

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

ROBERTO BERTTONI CIDADE

RESERVA DO POSSÍVEL: LIMITE *MÁXIMO* DO *STATUS* POSITIVO DA ATUAL
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS BRASILEIROS

MARÍLIA

2016

ROBERTO BERTTONI CIDADE

RESERVA DO POSSÍVEL: LIMITE *MÁXIMO* DO *STATUS* POSITIVO DA ATUAL
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS BRASILEIROS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília –
UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides
Soares da Rocha”, como requisito para obtenção do Título
de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do
Direito e do Estado).

Orientador: Prof^o. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior.

MARÍLIA

2016

Cidade, Roberto Berttoni

Reserva do Possível: limite *máximo* do *status* positivo da atual concretização dos direitos fundamentais sociais brasileiros/Roberto Berttoni Cidade; orientador: Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior. Marília, SP: [s.n.], 2016.

f. 180

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2016.

1. Direitos Fundamentais. 2. Direitos Sociais. 3. Limites dos direitos fundamentais.

CDD: 341.27

Para Cleide Berttoni Cidade, sem a qual
a própria existência seria impossível

AGRADECIMENTOS

Expressar a gratidão em breves linhas nunca é uma tarefa fácil, pois o trabalho ora desenvolvido é fruto essencialmente da empatia de diversas pessoas que de alguma forma contribuíram, incentivaram e possibilitaram a sua realização de concretização. Assim, não é possível elencar exaustivamente todos os que se fizeram presente durante o processo de elaboração, por isso desde já me desculpo com aqueles que aqui não foram citados.

Primeiramente, ficou honrado ter sido discente da instituição Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, local onde propiciou um crescimento pessoal e profissional indescritível, a quem agradeço na pessoa do coordenador do Programa de Mestrado em Direito, Prof. Dr. Lafayette Pozzoli.

Da mesma forma, a todos os professores por compartilharem suas experiências e ensinamentos que tanto contribuíra para o sucesso desta empreitada, em especial ao meu orientador Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, com auxílio na escolha, indicação e disponibilização de material de estudo, sem o qual não seria possível a conclusão do trabalho, cuja colaboração foi imprescindível, além de sempre fomentar a liberdade intelectual.

Ainda, aos colegas de turma que enriqueceram as discussões em sala de aula, trazendo diversas perspectivas das temáticas estudadas, que se desdobram em novos questionamentos, impulsionando o contínuo aprendizado e pesquisa.

Também, à todos que fazem parte da família “Univem” por serem atenciosos e acolhedores em todos os setores da instituição, transformando-a em extensão de nossos lares.

E, como não poderia deixar de ser, aos meus familiares, em especial ao meu pai e minha mãe que, com amor e carinho impares, além de possibilitarem e incentivarem a realização desse sonho, são exemplos de vida para mim, a quem eu devo tudo.

CIDADE, Roberto Berttoni. **Reserva do Possível**: limite *máximo* do *status* positivo da atual concretização dos direitos fundamentais sociais brasileiros, 2016. f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2016.

RESUMO

A presente pesquisa volta-se para tentativa de, dentro da perspectiva de uma teoria dos direitos fundamentais, identificar a natureza do instituto da reserva do possível. Busca-se, dentro da contextualização neoconstitucionalista, estabelecer uma relação lógica entre a reserva do possível e os demais instrumentos normativos do sistema jurídico, que, sem a intenção de estabelecer verdades absolutas, propõe critérios norteadores teóricos para a construção de um saber jurídico que possibilite maior segurança no momento se invocar o seu reconhecimento ou afastamento no caso concreto. Utiliza-se como referencial teórico a construção da teoria de direitos fundamentais elaborada por Alexy, fomentada por Canotilho, Sarlet, Barroso entre outros, em posição dialógica com aqueles que tendem atribuem natureza diversa como Torres, Barcellos, Rocha, entre outros. Desenvolve-se por meio da metodologia hipotético dedutiva, com a análise e interpretação de leitura com base em uma revisão bibliográfica que leva em consideração os referenciais e o diálogo crítico com seus interlocutores. Tem como material de consulta livros e artigos científicos como fontes diretas e indiretas acerca do objeto desta dissertação. Por fim, apresenta uma possibilidade de coexistência harmônica entre o instituto da reserva do possível e seu instituto antagônico, qual seja, o mínimo existencial, conformados via ponderação pela metódica hodierna de otimização dos direitos fundamentais sociais.

Palavras-chave: 1. Direitos Fundamentais. 2. Direitos Sociais. 3. Limites dos direitos fundamentais.

CIDADE, Roberto Berttoni. **Reservation of Possible: Maximum limit of the positive status of the current realization of the Brazilian fundamental social rights 2016.** f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2016.

ABSTRACT

This research turns to attempt, from the perspective of a theory of fundamental rights, identify the nature of the reserve as possible institute. Search is within the neoconstitucionalista context, establish a logical relationship between the reserve as possible and other legal instruments of the legal system, without the intention to establish absolute truths, it proposes theoretical guiding criteria for the construction of a legal knowledge that enables increased security at the time to invoke their recognition or removal in this case. It is used as a theoretical construction of the fundamental rights theory elaborated by Alexy, fomented by Canotilho, Sarlet, Barroso among others, in dialogic position with those who tend assign different nature as Torres, Barcellos, Rocha, among others. It is developed through deductive hypothetical methodology, analysis and interpretation of reading based on a literature review that takes into account the references and critical dialogue with his interlocutors. Its books reference material and scientific articles as direct and indirect sources about the subject of this dissertation. Finally, it presents a possibility of harmonious coexistence between the possible reservation institute and its antagonistic institute, namely the existential minimum, conformed via weighting by contemporary methodical optimization of fundamental social rights.

Keywords: 1. Fundamental Rights. 2. Social Rights. 3. Limits of fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1: CONSTITUCIONALISMO E A HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA MODERNA	13
1.1. Evolução histórica do constitucionalismo.	14
1.1.1. Evolução histórica do constitucionalismo europeu.	17
1.1.2. Evolução histórica do constitucionalismo norte americano.	26
1.2. O positivismo jurídico.	31
1.2.1. Breve análise de Hans Kelsen (1881-1973) e A Teoria Pura do Direito.	33
1.2.2. Breve análise de Herbert Hart (1907-1992) e O Conceito de Direito.	36
1.2.3. Breve análise de Norberto Bobbio (1909-2004) e O Positivismo Jurídico	41
1.3. O pós-positivismo e o neoconstitucionalismo	45
1.4. Da interpretação constitucional.	51
1.4.1. Constituição – conjunto normativo aberto de princípios e regras	52
1.4.2. Uma sociedade aberta de intérpretes	55
1.4.3. Métodos e princípios de interpretação constitucional	59
1.4.3.1. Métodos de interpretação constitucional	60
1.4.3.2. Princípios de interpretação da constituição.	62
CAPÍTULO 2: DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS BRASILEIROS E SUA CONCRETIZAÇÃO	64
2.1. Da terminologia <i>Direitos Fundamentais</i>	64
2.2. Da característica de fundamentalidade e sua dimensão procedimental-material	66
2.3. Do dimensionamento histórico dos direitos fundamentais	70
2.4. Dos direitos sociais como direitos fundamentais (em espécie na Constituição de 1988)	75
2.5. Das dimensões positiva e negativa dos direitos fundamentais sociais	88
2.6. De sua eficácia horizontal	91
2.7. Da restrição dos direitos fundamentais pelas teorias interna e externa	99
2.7.1. A teoria interna	100
2.7.2. A teoria externa	101
2.8. Da concretização dos direitos sociais	103
2.8.1. Políticas públicas (conceito)	105
2.8.1.1. Da institucionalização das políticas públicas	109
2.8.2. Da responsabilidade da Administração, discricionariedade administrativa e judicialização das políticas públicas	113
CAPÍTULO 3: A RESERVA POSSÍVEL COMO LIMITE MÁXIMO DO STATUS POSITIVO DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS BRASILEIROS	120
3.1. Custo dos direitos de Cass Sunstein e Stephen Holmes	120
3.2. Conceito	123
3.2.1. Natureza da reserva do possível	127
3.2.1.1. Como regra	127
3.2.1.2. Como valor	129
3.2.1.3. Como metanorma	130

3.2.1.4.	Como princípio	131
3.2.1.5.	Como condição de realidade.....	132
3.3.	Do orçamento e da reserva do possível	135
3.4.	Do mínimo existencial.....	140
3.4.1.	Da origem, do núcleo essencial e relação face a reserva do possível.....	143
3.4.2.	Da relação dialógica entre o mínimo existencial e a reserva do possível via ponderação.....	150
3.4.3.	Do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.....	154
3.5.	Do julgamento em trâmite dos RE 566471 e RE 657718.	159
CONSIDERAÇÕES FINAIS		164
BIBLIOGRAFIA		167

INTRODUÇÃO

As necessidades humanas são infinitas, enquanto os recursos necessários para supri-las são finitos, além de escassos. Esse tem sido um discurso reticente pelos governos mundo a fora que deve ser melhor observado, notadamente no que tange a investigação de sua legitimidade. Isto porque, com a evolução do Estado de Direito em Estado Democrático de Direito, o corpo social é regido por um sistema de princípios e regras que incorporou valores humanísticos e éticos com escopo de fomentar a dignidade da pessoa humana.

No entanto, em que pese hoje o direito ser visto como instrumento de desenvolvimento e transformações sociais, o seu caráter ideológico não é capaz de infirmar a afirmativa inicial. Ou seja, a factualidade imperativa de otimização das prestações estatais para atender o maior número possível de necessidades de sua população, fulcrado na adequação dos atos administrativos por meio de políticas públicas.

Assim, com base nessa primeira afirmativa de esgotamento dos meios e recurso para o suprimento das necessidades humanas, questiona-se: como definir aquilo que deixará de ser concretizado? De modo inverso e direito, o que pode ser exigido do Estado? E, de que modo pode ser realizada esta exigência?

Estas perguntas são resolvidas por meio de uma hermenêutica jurídica que leva em conta todos os avanços sociais ao longo da história. De outra forma, conforma o âmbito normativo desses direitos a fim de otimizar os valores insculpidos nos princípios fundamentais.

Mas, reiterando, para além dessa conformação, embora *a priori* ideologicamente tal ou qual expressão desses direitos sejam desejadas, justamente por englobarem no direito *prima facie*, a escassez de recurso e/ou meios de concretização legitima a omissão estatal com fundamento no instituto chamado “Reserva do Possível”, desde que presentes as características e elementos de seu reconhecimento, notadamente aferidos via ponderação proporcional e razoável.

Com efeito, presente trabalho desenvolve-se com o objetivo principal a identificação da natureza do instituto da reserva do possível dentro do sistema jurídico normativo brasileiro hodierno; bem como, sem a pretensão de esgotamento da matéria, identificar e objetivar os seus contornos enquanto escusa da implementação, especialmente afeto aos direitos sociais fundamentais, para a construção de um saber jurídico mais sólido.

Ainda, o desdobramento dos efeitos gerados à partir de seu reconhecimento, notadamente naquilo que afeta as políticas públicas e eventual possibilidade de sua judicialização.

Para tanto, parte de um primeiro estudo de contextualização do ambiente jurídico onde se desenvolve o referido fenômeno, com a indicação das características da formação do Estado Moderno, que inicialmente se desenvolveu pela perspectiva liberal, transformando-se em social e culminou na expressão democrática de direito. Empreende em estabelecer os marcos históricos e teóricos do constitucionalismo e a sua evolução à partir do século XVII, concentrando-se na relação de direito e poder, em uma divisão didática entre o constitucionalismo europeu e americano.

Ainda neste capítulo, tece considerações acerca do modo de aplicação do Direito consoante o positivismo jurídico nas visões de Hans Kelsen (1881-1973), Herbert Hart (1907-1992) e Norberto Bobbio (1909-2004) que, considerando não foram até os dias de hoje totalmente superadas, atribuem as características da normatividade ao sistema jurídico, com foco no estudo da estrutura da norma e seu juízo de validade.

Também, devido a virada ética havida após a segunda guerra mundial, qual deslocou o juízo de validade positivista para um juízo de legitimidade na ótica pos-positivista, tende a traçar um paralelo entre estas forma de utilização do direito, enquanto estruturas de poder, desembocando no chamado neoconstitucionalismo, qual passou a entender o homem em si mesmo como o objeto central das relações de regulamentação normativa.

Como resultado desta análise, visa estabelecer a hodierna hermenêutica constitucional, em destaque com a separação das normas em princípios e regras, conforme os ensinamento de Dworkin e Alexy, cujo sentido e significado há de ser extraído por uma comunidade plural e aberta de interpretes (Häberle), atribuindo à norma definitiva força normativa irradiante e vinculante da Constituição (Hesse), qual deve ser concretizada de maneira ótima em sua eficácia concreta. Desta feita, elencando um rol não taxativo dos princípios e métodos da atividade interpretativa.

Em sequência, estabelecendo novo corte temático, passa-se a estudar o núcleo central desse sistema constitucional, ou seja, os direitos fundamentais, concentrando-se nos direitos fundamentais sociais. Então, busca evidenciar os elementos procedimental-material de fundamentalidade, seu dimensionamento histórico, funcionalidade de características positivas e negativas, sua eficácia horizontal, além das perspectivas teóricas de seus limites.

Neste último ponto, realiza comparação entre as teoria interna e externa de limitações dos direitos fundamentais que, a depender da ótica quanto ao seu núcleo essencial, que pode derivar sua compreensão em relativo ou absoluto, cuja consequência é a identificação de uma visão de conformação ou configuração dos direitos fundamentais, acaba por influir diretamente

na aplicabilidade dos mesmos. Em outras palavras, modifica sensivelmente a racionalidade daquilo que pode ser exigido do Estado.

Seguindo, no que tange a ordem prática, a otimização da força normativa irradiante na concretização dos direitos fundamentais sociais perpassa pelas políticas públicas que, apesar de manter a sua preponderância política, não está livre da sujeição normativa daqueles institutos, quais se prestam como instrumentos de controle de suas práticas, norteando e dirigindo os atos administrativos, identificando a sua expressão máxima por meio de sua institucionalização.

Assim, considerando a perspectiva de *status* funcional predominantemente positivo dos direitos fundamentais sociais, uma vez reconhecida a ineficiência, inadequação ou mesmo ausência de políticas públicas para se atingir os objetivos da república, consubstanciado na força normativa da constituição, embora não desejável, mas pautado na aplicabilidade imediata e direta destes institutos, questiona-se a legitimação da possibilidade de judicialização para a obtenção material dos bem constitucionalmente garantidos, com o que conclui o segundo capítulo.

Por derradeiro, traz novo corte temático, uma vez já exposto toda a contextualização onde se desenvolve o fenômeno da reserva do possível, pautado no fundamento elaborado por Sunstein e Holmes sob a afirmação de que toda prestação estatal depende da possibilidade de concretização na disponibilidade de recursos, incluindo-se os de *status* negativo, passa-se a estudar a natureza da reserva do possível com a premissa da inexistência de qualquer direito absoluto, além de que, na medida do razoável, dependerá da aceitação do corpo social dessas práticas, tendo em vista, em última análise, é a sociedade quem arca com tais ônus.

De outra forma, considerando o comando ideológico de densificação e ampliação dos efeitos jurídicos do direito *prima facie* reconhecido, a exigência individual e/ou coletiva de concretização dos direitos fundamentais sociais estão a depender não apenas da racionalidade jurídica, mas sim de legitimidade da alocação dos recursos necessário, mediante a eleição prioritária de bens jurídicos, observado o iminente interesse social, aqui compreendido como daqueles que efetivamente vão financiar as atividades do Estado.

Analisa-se seu conceito à partir das mais diversas posições doutrinárias, por meio de um diálogo crítico das formulações colacionadas, utilizando-se de metodologia dedutiva na busca de uma coerência sistêmica em face aos direitos fundamentais sociais. Somente ai, é que objetiva elementos mínimos para se identificar a natureza da reserva do possível, passando a confirmar sua estrutura normativa.

Ainda, considerando que a reserva do possível está intimamente ligada às disposições orçamentárias, traça breves comentários aos procedimentos de obtenção e disposição de recursos estatais.

De outra senda, conquanto se perquire a natureza da reserva do possível como um limite à expressão do *status* positivo dos direitos fundamentais sociais segundo a hodierna hermenêutica constitucional nacional, não há como se deixar de estabelecer um paralelo com o instituto eminentemente contrário, o mínimo existencial, qual, embora de modo mais sucinto, é submetido a análise similar supra, a fim de se estabelecer a manutenção de ambos institutos no sistema normativo de forma harmônica e coerente.

Como resultado dessa relação, frisa-se a ponderação como meio cabível mais adequado para, via interpretação proporcional e razoável, possibilitar o reconhecimento ou rejeição destes institutos no momento da concretização dos direitos fundamentais sociais, seja em caráter individual, coletivo ou mesmo de controle das políticas públicas.

Todo estudo acima, desenvolveu-se com a utilização de metodologia hipotético dedutiva, debruçando-se na leitura e interpretação de obras clássicas e contemporâneas em revisão bibliográfica, com resultado na construção de um saber jurídico mais consistente à críticas, dada a harmonização e coordenação dos objetos de estudo à sistemática normativa de legitimação dos direitos fundamentais sociais.

CAPÍTULO 1: CONSTITUCIONALISMO E A HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA MODERNA

A pesquisa que ora se propõe tem com objeto na análise de fenômeno jurídico que se desenvolve no moderno Estado Democrático de Direito, qual está fundado na supremacia da Constituição enquanto conjunto sistêmico de normas composto por princípios e regras. Assim, torna-se de suma importância a compreensão mínima de cada um desses termos no intuito de desenvolver um conhecimento mais objetivo e concreto.

Neste aspecto, Canotilho afirma que atualmente “qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como Estado constitucional” (1993, p. 93), e, é insuficiente entender Estado como sendo apenas o de “Direito”, tornando necessária a sua concepção democrática, na medida que é o povo o responsável por legitimar o poder. Em suas próprias palavras:

A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do poder dos cidadãos. (1993, p. 98)

Logo, os elementos acima mencionados (Estado, Direito e Constituição) foram desenvolvidos, transformados e evoluídos num processo histórico lento e paulatino. Por esta razão não se pode deixar de trazer alguns de seus marcos históricos e teóricos jurídicos para a melhor contextualizar e compreender do objeto central do estudo (*a reserva do possível*) tendo em vista ser, a grosso modo, um dos limites do exercício do poder.

Outrossim, ao se falar em hermenêutica constitucional democrática também não se pode desprezar os demais conhecimentos circundantes, como a filosofia, a política, a ideologia, a sociologia, entre outros; especialmente com a virada ética havida após meados do século XX, que trouxe ao centro da justificação do exercício do poder o questionamento acerca de sua legitimação e propôs o deslocamento do objeto da hermenêutica jurídica da verificação racional lógica subjuntiva (positivismo clássico) para aferição razoável e proporcional de incidência de uma norma, norteado pela primazia do princípio dignidade da pessoa humana (pós-positivismo ou neopositivismo).

Feitos estes apontamentos, sem a pretensão de esgotar todos os aspectos das matérias mencionadas, passa a expor, ao menos de maneira sucinta, os elementos que compõe a equação de reconhecimento da *reserva do possível*, a fim de dar maior segurança jurídica aos operadores do direito, seja no momento de invocá-la ou de concedê-la.

1.1. Evolução histórica do constitucionalismo.

De plano, traz-se as lições de Barroso, qual afirma “Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of the law*, *Rechtsstaat*)” (2009a, p. 8), que se originou a partir das revoluções liberais, reformulando a distribuição do poder pautado nos institutos de igualdade e liberdade, em repúdio à arbitrariedade estatal. Com isso, o constitucionalismo “deu à ideia de Constituição sentido, forma e conteúdo específicos” (BARROSO, 2009a, p. 71).

Desta feita, parte-se da premissa de que não há no Estado moderno qualquer pessoa ou instituição que possa se sobrepôr aos *anseios* do Direito democrático, ou seja, dos valores de liberdade, igualdade, justiça e sobretudo a dignidade da pessoa humana, que foi albergado no seio da comunidade política como valor primário de convivência e justificação do Estado.

Enfim, a compreensão hodierna do constitucionalismo moderno nasce à partir da resistência ao absolutismo medieval europeu e foi se densificando à medida que o poder, até então exercido de forma concentrada, encontrou limites via divisão de suas funções no Estado, como se verá mais adiante.

Não há de se desprezar, no entanto, que desde a antiguidade já se discutia o poder, a exemplo as definições clássicas de Aristóteles dos modelos de governo (monarquia, aristocracia e república) e formas de governos (tirania, oligarquia e democracia), tendo sempre a preocupação quanto ao exercício em prol do bem comum e a possibilidade de desvirtuamento para fins particulares. A esse respeito Aristóteles:

Como constituição e governo significam a mesma coisa, e o governo é o poder soberano da cidade, é necessário que esse poder soberano seja exercido por 'um só', por 'poucos' ou por 'muitos'. Quando um só, poucos ou muitos exercem o poder buscando o interesse comum, temos necessariamente as constituições retas; quando o exercem no seu interesse privado, temos desvios... Chamamos 'reino' ao governo monárquico que se propõe a fazer o bem público; 'aristocracia', ao governo de poucos..., quando tem por finalidade o bem comum; quando a massa governa visando ao bem público, temos a 'polida', palavra com que designamos em comum todas as constituições... As degenerações das formas de governo precedentes são a 'tirania' com respeito ao reino; a 'oligarquia', com relação à aristocracia; e a 'democracia', no que diz respeito à 'polida'. Na verdade, a tirania é o governo monárquico exercido em favor do monarca; a oligarquia visa ao interesse dos ricos; a democracia, ao dos pobres. Mas nenhuma dessas formas mira a utilidade comum (1279 a-b). (*apud* BOBBIO, 1997, p. 56)

Em outros termos, a preocupação de se estabelecer elementos de legitimação e direcionamento do exercício do poder está presente desde os primórdios da história, mas, consoante o já assinalado, para o presente se fará um corte a partir dos movimentos de oposição

da concentração de poder medieval até a concepção atual da constituição e sua interpretação. Dito isso, salienta Tavares que o termo constitucionalismo assumiu ao longo do tempo quatro significados:

Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado. (2012. p. 23)

Com esses apontamentos se pode afirmar que o constitucionalismo versa sobre um fenômeno social vivo e pode ser estudado sob diversos aspectos, até porque não há um constitucionalismo, mas “modelos” de constitucionalismo.

Significa, conforme assinala Bobbio, considerando principalmente a influência política, ele tem como objeto central as relações de mando e obediência com referência aos problemas de poder atinentes a sua aquisição, conservação, perdimento, exercício, defesa e oposição do poder; e, complementa o seu pensamento dualista, ao frisar que o discurso de legitimação depende do prisma de preponderância em favor do povo ou do Estado, a saber:

Ex parte principis ou *ex parte populi*. Maquiavel ou Rousseau, para indicar dois símbolos. A teoria da razão de Estado ou a teoria dos direitos naturais e o constitucionalismo. A teoria do Estado-potência, de Ranke a Meinecke e ao primeiro Weber, ou a teoria da soberania popular. A teoria do inevitável domínio de uma restrita classe política, minoria organizada, ou a teoria da ditadura do proletariado, de Marx a Lenin. O primeiro ponto de vista é o de quem se posiciona como conselheiro do príncipe, presume ou finge ser o porta-voz dos interesses nacionais, fala em nome do Estado presente; o segundo ponto de vista é o de quem se erige em defensor do povo, ou da massa, seja ela concebida como uma nação oprimida ou como uma classe explorada, de quem fala em nome do anti-Estado ou do Estado que será. Toda a história do pensamento político pode ser distinguida conforme se tenha posto o acento, como os primeiros, no dever da obediência, ou, como os segundos, no direito à resistência (ou à revolução). (2004, p. 61)

Reforçando o exposto acima, com o intuito de se estabelecer um diálogo entre as correntes contrapostas e realizar juízo de ponderação de valores acerca dos referidos discursos de legitimação, não se pode esquecer que o exercício do poder ao longo do tempo transitou a sua preponderância entre os instituições que hoje se expressam como Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, dependendo do momento histórico e arranjos políticos que

tiveram o escopo de equalizar os interesses sociais (aqui utilizado no sentido de interesse do povo) e interesse público (aqui utilizado no sentido de interesse de manutenção do Estado).

Complementando:

O conceito de constitucionalismo, portanto, está vinculado à noção e importância da Constituição, na medida em que é através da Constituição que aquele movimento pretende realizar o *ideal de liberdade humana* com a criação de meios e instituições necessárias para limitar e controlar o poder político, opondo-se, desde sua origem, a governos arbitrários, independente de época e de lugar. (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 31)

Desta feita, fruto desse fenômeno, sem efetivamente adentrar em sua genealogia conceitual, a “Constituição” hoje deve ser compreendida como “um sistema assegurador das liberdades” (MENDES; BRANCO, 2014. p. 67), que “designa o modo de organização do poder político do Estado” (BARROSO, 2009a. p. 73-74); em outros termos “Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político” (CANOTILHO, 1993, p. 12).

Assim, o que se põe em destaque aqui são justamente estas tensões nas relações de poder que emolduraram os valores constitucionais, via exercício político, econômico e de força, com o intuito de entender os direitos fundamentais enquanto garantias conquistadas ao longo da história, que se prestam a fundamentar a exigência por parte da sociedade tanto uma atuação positiva como negativa do Estado, a fim de garantir não só as liberdades (*status negativus*), mas também proporcionar ações que fomentem a autonomia do cidadão com a diminuição das desigualdades substantivas (*status positivus*).

De outra maneira, ao que nos interessa no presente estudo, destaca que as relações de poder exercido pelo Estado sobre o cidadão hoje apenas se legitima se, e somente se, atendidos os referidos direitos fundamentais de caráter ótimo, vez que ao seu âmbito normativo fica aquém de sua extensão *prima facie*.

Com efeito, seguindo especialmente os destaques de Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso, Norberto Bobbio, André de Carvalho Ramos e Dirley da Cunha Junior, traz, brevemente, os principais expoentes e fatos históricos que influenciaram o pensamento jurídico moderno, para revelar que a “ideia da *organização constitucional* do Estado começou a ganhar vulto no século XVII com o chamado *movimento constitucional*, impulsionado pelas revoluções americana e francesa”. (CANOTILHO, 1993, p. 61). A fim da melhor análise da transformação do pensamento jurídico far-se-á uma divisão didática quanto aos “modelos” de constitucionalismo europeu e norte americano.

1.1.1. Evolução histórica do constitucionalismo europeu.

Antes do surgimento do chamado *movimento constitucional* a Europa medieval era caracterizada politicamente pela concentração de poder nas mãos dos senhores feudais e da igreja, que exerciam de forma soberana a autoridade divina de se deixar viver ou se fazer morrer. Mesmo assim, considerando que as tensões nas relações de poder são sempre dinâmicas, “surgem os primeiros movimentos de reivindicação de liberdades a determinados estamentos, como a Declaração das Cortes de Leão adotada na Península Ibérica em 1188 e ainda a Magna Carta inglesa de 1215” (RAMOS, 2014, p. 32).

O primeiro documento, expressou-se em uma manifestação em repúdio em face da concentração do poder real soberano, servindo de inspiração de para o futuro Estado Nacional. Já o segundo, versou sobre direitos de oposição ao Estado (garantias de liberdades) conferidos aos Barões da Inglaterra, na verdade impostos por estes, tendo em vista já haviam consolidado seu poder após a invasão normanda de 1066.

Continuando, devido a crise na Idade Média se originou o Renascimento e a Reforma Protestante que galgaram a transformação política em Estados Nacionais absolutistas. Destarte, não se pode deixar de suscitar a doutrina de Jean Bodin (1529-1596), que, conforme Mendes e Branco (2014, p. 50-51), publicou em Paris *Os Seis Livros da República* (1576) onde teorizou acerca do poder do soberano, com as características de ser *perpétuo* (irrevogável) e *absoluto* (originário). Sobre estas características interessante os apontamentos de Bobbio:

[...], define o Estado como "um governo justo de muitas famílias e daquilo que lhe é comum, com poder soberano" e o poder soberano como "poder absoluto e perpétuo" onde "absoluto" significa que não está submetido a outras leis que não aquelas naturais e divinas, e "perpétuo" significa que consegue obter obediência continua a seus comandos graças também ao uso exclusivo do poder coativo. (BOBBIO, 2007, p. 81)

Porém, isso não significava poder ilimitado; haveria ao menos dois obstes: o primeiro referente a impossibilidade “do rei de alterar as leis de sucessão e de alienar os bens que formam parte da fazenda pública” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 50), e o segundo acerca da vedação “do monarca dispor dos bens que pertencem aos súditos, para não se confundir com um tirano” (MENDES, BRANCO, 2014, p. 50).

No mesmo sentido:

Contrariamente ao que se pensa de modo geral, poder absoluto não quer dizer poder ilimitado. Quer dizer simplesmente que o soberano, detentor do poder de fazer leis válidas em todo o país, não está sujeito a essas mesmas leis, porque "não pode dar ordens a si mesmo". Contudo, como todos os outros seres humanos, o soberano está sujeito às leis que não dependem da vontade

dos homens — isto é, às leis naturais e divinas. Desta feita, a soberania aqui se caracteriza pela capacidade de declarar a guerra, firmar a paz, decidir em última instância as controvérsias entre os súditos, nomear magistrados e tributar. (BOBBIO, 1997, p. 96)

Importante destacar também que essa concepção se adequava às necessidades da época, tendo em vista que a França vivenciava um momento de instabilidade e insegurança em razão do choque entre católicos e protestantes. O seu discurso tinha o objetivo claro de unir a nação em torno de governo forte, por meio de um rei que pudesse dizer a lei e revogar aquelas que entendesse inúteis, sem a necessidade de consentimento de ninguém, estando submetido unicamente às leis naturais e divinas.

Essa visão veio a sofrer transformações com Hobbes (1588-1679), que escreve o “Leviatã” (1651) pouco depois da condenação à morte do rei da Inglaterra Charles I, a extinção da Câmara dos Lordes e o surgimento da república inglesa (1649-1658). Traz à discussão o “estado de natureza” do homem, que é aquele onde o homem, embora gozasse de todas as liberdades, viveria em permanente estado de beligerância - o homem seria o lobo do próprio homem -, então, para o aprimoramento de sua autopreservação, “o ser humano abdica dessa liberdade inicial e se submete ao poder do Estado (o Leviatã)” (RAMOS, 2014, p. 34).

Tal fato significa reconhecer a “origem” do poder no pacto social, com a transferência dos direitos individuais ao soberano e o surgimento corpo social (O Estado) que antecede a entidade política, que é assim descrito:

Isto é mais do que consentimento ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: *Autorizo e transfiro o meu direito de me governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires para ele o teu direito, autorizando de uma maneira semelhante todas as suas ações.* Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa chama-se REPÚBLICA, em latim CIVITAS. É esta a geração daquele grande LEVIATÃ, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele *Deus mortal, ao qual devemos*, abaixo do *Deus imortal*, a nossa paz e defesa. (HOBBS, 2003, p. 818)

Verifica-se, pois, ao deixar de legitimar o poder com origem divina tem intenção de findar as disputas políticas entre Estado e Igreja, submetendo esta ao poder daquele; porém, isso sem negar a sua a importância e a existência do poder espiritual.

Em outras palavras, em que pese a teoria filosófica jusnaturalista contenha como base uma expressão teológica da ideia do direito natural, esse fato não modifica a origem temporal do poder firmado por meio do pacto social, uma vez que pensada termos contratuais.

Por oportuno, o absolutismo aqui também se justifica porque a Igreja imiscuía-se nas questões de políticas de estado, tentando conduzir o governo para atender seus próprios interesses.

Outra transformação ocorrida com o pensamento hobbesiano é o trato de indistinção entre a esfera pública e privada, como se observa nas lições de Bobbio:

Com efeito, a razão pela qual os indivíduos deixam o estado da natureza para ingressar na esfera do Estado é que o primeiro, não regulado por leis impostas por um poder comum, se resolve numa situação de conflito permanente (o famoso "*bellum omnium contra omnes*"). Enquanto para Bodin a propriedade, como direito de gozar e dispor de uma coisa, à exclusão de todas as outras pessoas, é um direito que se forma primeiramente numa esfera de relações privadas, independentemente do Estado, para Hobbes o direito de propriedade só existe, no Estado, mediante a tutela estatal; no estado de natureza os indivíduos teriam um *ius in omnia* - um direito sobre todas as coisas, o que quer dizer que não teriam direito a nada, já que se todos têm direito a tudo, qualquer coisa pertence ao mesmo tempo a mim e a ti. (1997, p. 108)

Em suma, considerando o direito de propriedade só subsiste no Estado, verifica-se que as relações de domínio estão todas submetidas ao soberano e sujeitas a sua lei. Ou seja, equivale dizer que apenas a lei positiva confere efetivamente a propriedade. Aqui, também interessante suscitar o sentido de lei positivada segundo essa teoria filosófica:

Surge o conceito voluntarista e positivo de lei: «a lei, propriamente dita, é a palavra daquele que, por direito, tem comando sobre os demais». Deste modo, a lei é vontade e ordem e vale como comando e não como expressão do justo e racional. Daí a fórmula: «*autorictas, non ventas facit legem*»". (CANOTILHO, 1993, p. 818)

No mais, conforme já assinado acerca do absolutismo, a grosso modo, a ideia de Estado e poder mantiveram características muito próximas a doutrina de Jean Bodin.

Outro grande marco no pensamento constitucionalista ocorreu no ano de 1660, com o fim da república inglesa e o retorno da monarquia na com Charles II; que, como relata Barroso (2009a, p. 11), quando o seu sucessor (James II) tentou reestabelecer o absolutismo e o catolicismo foi derrubado em 1688 na denominada Revolução Gloriosa, momento em que Guilherme (William) de Orange se torna o novo monarca (Monarquia constitucional) já sob um regime de supremacia do Parlamento, com seus poderes limitados pela *Bill of Rights* (1689), onde figurava como principais garantias:

O Rei não pode, sem o consentimento do Parlamento, cobrar impostos, ainda que a forma de empréstimos ou contribuições voluntárias; ninguém poderá ser perseguido por haver-se recusado ao pagamento de impostos não autorizados pelo Parlamento; ninguém poderá ser subtraído aos seus juízes naturais, o Rei

não instituirá, em hipótese alguma, jurisdição excepcionais ou extraordinárias, civis ou militares; o Rei não poderá, em caso algum, fazer alojar em casas particulares soldados de terra ou mar etc. (MALUF, 1993, p. 132)

Ou seja, as funções hoje típicas do Executivo remanesceram nas mãos do monarca, contudo, o referido instrumento previa a necessidade de se convocar o parlamento, do qual dependia o seu consentimento, para os assuntos acima relacionados. Também, tratou sobre as matérias relacionadas ao que se refere a manutenção do exército em tempos de paz e de garantia imunidade parlamentar nas suas manifestações, obstando punições sem o devido processo legal.

Em suma, é ascensão do liberalismo moderado, redistribuindo o poder até então concentrado nas mãos do monarca (executivo) para o parlamento, que passa a ser preponderante e detém o exercício da soberania, uma vez que “o direito de fazer ou desfazer qualquer lei que seja; e, mais, [significa] que nenhuma pessoa ou entidade goza de reconhecimento legal para superar ou deixar de lado a legislação do parlamento” (DICEY, *apud*, MENDES; BRANCO, 2014, p. 51).

Nesta esteia, Locke (1632-1704) publica em 1690 o título de “Segundo Tratado do Governo Civil”, que, quanto a formação da sociedade política afirma:

Por natureza, todos os homens são “livres, iguais e independentes”, e nenhum homem pode estar “sujeito ao poder político de outro sem seu próprio consentimento”. Qualquer número de homens pode concordar em se juntar para se constituir em um corpo político, sem prejuízo dos outros, pois todos aqueles que não concordarem são meramente deixados de fora “na liberdade do estado da natureza”. (1994, p. 9)

Em outros termos, define o estado de natureza com igualdade entre os homens, que são originariamente governados pela leis naturais (Jusnaturalismo). Assim, para evitar conflitos, as pessoas racionalmente se submetem a um pacto.

Entende-se, desta forma, reiteradamente a origem do poder via contratualismo, sendo este a garantia do gozo de liberdades civis e políticas (concebidas no direito natural) asseguradas ao sujeito (transformado em cidadão) o direito de se insurgir contra o exercício do poder arbitrário estatal, divorciando-se por completo da visão hobbesiana.

Neste sentido:

O Estado, segundo a doutrina de Locke, resulta de um contrato entre o Rei e o Povo, contrato esse que se rompe quando uma das partes lhe violar as cláusulas. Os direitos naturais do homem são anteriores e superiores ao Estado, por isso o respeito a esses direitos é uma das cláusulas principais do contrato. (MALUF, 1993, p. 129)

O governo deve atender aos anseios do povo (bem comum) que é o detentor do poder supremo, e para tanto deve possuir as seguintes características:

O principal dever do governo é o de tornar possível, mediante o exercício do poder coativo, a observância das leis naturais que, para serem respeitadas, não teriam necessidade de nenhum governo caso os homens fossem todos seres racionais. Desde que os homens não são racionais, Locke precisa do consenso para fundar o Estado, mas o próprio consenso — ou seja, o acordo necessário para sair do estado de natureza e instituir o governo civil — é sempre um ato racional. (BOBBIO, 2007, p. 90)

Pelo destaque acima, nota-se que na teoria lockeana está pautada no pessimismo antropológico, pois crê que o poder ilimitado corrompe o homem, então adota posição evidente anti-absolutista. Assim, temendo a absorção das funções do Executivo pelo Legislativo (para Locke o judiciário estaria inserido nas funções do executivo), ou vice-versa, tornou-se um dos pioneiros a formular proposições de modo a distinguir o poder absoluto e moderado.

Concebeu, portanto, a divisão dos poderes como meio de proteção da sociedade civil, que mais tarde seria refinado por Montesquieu. Ou seja, sua doutrina tinha como objetivo prevenir que aqueles que criassem as leis também as executassem, estabelecendo-se como contrapontos de equilíbrio do exercício do poder. Ademais, importante destacar as características de generalidade e abstração, justamente prevenindo tanto juízos de exceção como imunidades (na verdade impunidades), fundado em seu caráter impessoal. Para demonstrar a validade desta assertiva, interessante aqui trazer a sua concepção de lei:

A lei é o instrumento que assegura a liberdade. A lei, afirma Locke nos célebres *Two Treatises of Government*, II, VI, 57, no seu verdadeiro conceito, «não é tanto a limitação, mas sim o guia de um agente livre e inteligente, no seu próprio interesse». A lei geral e abstracta é entendida já como a protecção da liberdade e propriedade dos cidadãos ante o arbítrio do soberano. (CANOTILHO, 1993, p. 818)

Então, importa dizer que a Lei submete os seus comando sobre todas as parte do contrato social, concedendo prévio conhecimento aos cidadãos, pois, ao mesmo tempo que limita o exercício do poder arbitrário, deve atender ao interesse da maioria de pessoas.

Assim, formula sua teoria política de monarquia constitucional composta por um sistema baseado no exercício do poder por duas partes, o Parlamento e o Rei.

Divide as funções estatais em legislativa e executiva; sendo a primeira originada diretamente do povo e é realizada por meio de representação junto ao Parlamento; já a segunda, se trata de delegação ao Rei (pelo Parlamento) para a concretização da vontade do povo. Assim, apenas pelo exercício político (por meio do Governo) é que se conseguiria pensar no exercício

de poder de um legislador razoável, juiz imparcial e um executivo que garanta a prática efetiva de decisões que observem o direito natural.

No entanto, a divisão das funções estatais como forma de autocontenção não é equitativa, pois, considerando que a soberania é do povo; e, sendo esse representado pelo Parlamento, assente que deve haver preponderância deste sobre aquele.

Além de formulações de contenção do poder, outro ponto importante na doutrina de Locke é o fato de o indivíduo ainda no estado de natureza já possuir capacidade de instituir propriedade, mas este ato deveria ser objetivado pela vida civil a fim de que consiga a paz e segurança, ou seja, pela lei. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 52).

Neste sentido, “Com Locke a propriedade converte-se num verdadeiro direito natural, pois nasce do esforço pessoal no estado de natureza antes da constituição do poder político, e como tal deve ter o seu livre exercício garantido pela lei do Estado (que é a lei do povo)” (BOBBIO, 2007, p. 23).

Por tudo isso, a teoria lokeana, foi cunhada para atender o Estado liberal, proporcionando, ao mesmo tempo, a descentralização do poder e garantia de liberdades, por meio do domínio da lei e de sua aplicação. Logo, a Lei, é o limite objetivo do exercício do poder, onde, existindo direitos anteriores ao Estado, o legislador tão somente os declara e aperfeiçoa a sua tutela com o escopo de impedir interferências arbitrárias na vida e/ou propriedade dos cidadãos.

Por sua vez, Montesquieu (1689-1755), envolvido no movimento iluminista que questionava a soberania divina, teorizou em “O Espírito das Leis” de 1748, reforçando o liberalismo político, onde a liberdade é definida como a faculdade de “poder fazer o que se deve querer e não ser forçado a fazer o que não se tem direito de querer” (MONTESQUIEU, 2000, p. 166).

Assim, a liberdade deve ser exercida nos limites legais, senão todos deteriam o poder soberano, esvaziando-se a ideia de governo democrático. Neste aspecto, “definirá as leis como as «relações necessárias que derivam da natureza das coisas», [...] ligando as leis gerais ao poder legislativo e as ordens e decisões individuais ao poder executivo” (CANOTILHO, 1993, p. 818).

Em outras palavras, o sua doutrina elabora um controle mecânico-racional do poder através da legislação, garantindo a liberdade política que se caracteriza pela “tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança; e para ter essa liberdade, precisa que o Governo seja tal que cada cidadão não possa temer outro” (MONTESQUIEU, 2000, p. 167-168).

Refina, portanto, o pensamento de divisão de poderes, em verdade divisão de funções do poder, pois, “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder Legislativo é reunido ao executivo, não há liberdade. Porque pode se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente” (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Nestes termos, imprescindível que o poder seja limitado pelo próprio poder; e, nesse sentido, sob o império da lei, um poder tem o dever de freiar o outro, que são assim definidos:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem o direito das gentes e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil.

O primeiro, o príncipe ou o magistrado cria as leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. (MONTESQUIEU, 2000, p. 167-168)

Veja, embora a divisão suscitada limite-se ao Legislativo e Executivo, há dois “Executivos”, sendo que um deles se aproxima do Poder Judiciário como compreendido hoje. Essa premissa serviu de inspiração ao princípio de divisão de tarefas, onde um estaria impedido de interferir na tarefa do outros, como forma de autocontenção do exercício do poder.

Note-se, assim, em que pese os juízes não devam ser fixos, o julgamento sim. Isto é, nos julgamentos promovidos pelo Estado o juiz deve se ater radicalmente a lei, sendo o juiz *bouche de la loi* (a boca da lei), para que “[...] os juízes sejam da condição do acusado, ou seus pares, para que ele não possa pensar que caiu nas mãos de pessoas inclinadas a fazerem a violência” (MONTESQUIEU, 2000, p. 168), preconizando o princípio do juiz natural.

Mais à frente, Rousseau (1712-1778), em o título Contrato Social (1762), propõe de modo explícito que a soberania, e consequentemente o poder, tem origem no pacto social onde o indivíduo voluntariamente delega (mas não transfere como teorizava Hobbes) parte de sua liberdade (direitos individuais) ao renunciar ao estado de natureza. Submete-se a uma lei geral e abstrata, passando a ser representado por um indivíduo ou assembleia.

Quanto ao estado de natureza, diferentemente de Hobbes, o pensamento de rousseano preconiza que o homem nasce bom (inocência e igualdade do homem), mas ao se associar com outros para cooperar e realizar o bem comum, essa relação cria uma contraposição entre o estado de natureza e cultura, gerando as causas da corrupção e desigualdades, minando a autonomia que o indivíduo desfrutava no estado de natureza.

Isso implica em reconhecer que o pacto social antecede ao pacto político, evidenciando a condição de igualdade das partes contratantes no estado de natureza:

Todas essas cláusulas, quando entendido, se reduzem a uma única, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade, cada qual se entregando por completo e sendo a condição de igual para todos, a ninguém interessa torna-la onerosa para os outros. (ROUSSEAU, [s.d], p. 24-25)

Assim, quanto ao corpo social, denominado *société civile*, confere-se ao adjetivo *civite* o significado de “civilizado”, contrapondo-se ao estado de natureza. Desta feita:

[...] em Rousseau o significado prevalente de sociedade civil como sociedade civilizada não exclui que esta sociedade seja também, em embrião, uma sociedade política diferente do estado de natureza, embora na forma corrupta do domínio dos fortes sobre os fracos, dos ricos sobre os pobres, dos espertos sobre os ingênuos, numa forma de sociedade política da qual o homem deve sair para instituir a república fundada sobre o contrato social, isto é, sobre o acordo paritário de cada um com todos os demais [...]. (BOBBIO, 2007, p. 48)

Justifica, assim, a formação do Estado (corpo político), em repúdio as desigualdades do indivíduo corrompido e subordina todos ao contrato social. Sua realização, porém, depende da organização do corpo político, por meio de um governo que exercerá o poder limitado pelo poder soberano do povo, assim conceituado:

Que é, portanto, governo? Um corpo intermediário, estabelecido entre vassalos e o soberano, para possibilitar a recíproca correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil como política. (ROUSSEAU, [s.d], p. 79)

Com efeito, “não há nem pode existir nenhum tipo de lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem sequer o contrato social” (ROUSSEAU, [s.d], p. 24-25). Ou seja, nem o governo, tampouco a lei maior não tem função dar limites à soberania, que pertence ao povo, mas somente de estabelecer as competência do poder. Verifica-se, pois, que o âmago da igualdade, aqui reestabelecida pela liberdade civil, importa que aquele que elabora as leis também está sujeito à ela.

Nesse sentido:

A Rousseau competirá o mérito de considerar a lei como instrumento de actuação da igualdade política e daí a consideração da lei como um produto de vontade geral. A lei era geral num duplo sentido: geral, porque é a vontade comum do povo inteiro, e geral porque estatui não apenas para um caso ou homem mas para o corpo de cidadãos. A lei é, pois, geral quanto à sua origem e quanto ao seu objecto: é o produto da vontade geral e estatui abstractamente para os assuntos da comunidade. (CANOTILHO, 1993, p. 818)

De outra forma, a liberdade política é definida pela observância à lei, que é a vontade geral que o povo prescreveu à si. Tudo isso porque Rousseau “desconfia dos governos e propõe que sejam limitados, para prevenir que se desvirtuem pela busca de fins particulares, apartando-se dos objetivos gerais que lhes seriam típicos” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 54).

Essa transformação no pensamento político-jurídico culminaram com a Revolução Francesa (1789) que “derruba a monarquia e a nobreza, castas dominantes até então, para impor uma Constituição escrita, com a preocupação de assegurar amplamente seus ideais de *liberté, égalité e fraternité*” (TAVARES, 2012, p. 34).

Em outros termos, foi motivada pelos reclamos da burguesia que compunha o Terceiro Estado (Trabalhadores urbanos, camponeses e a pequena burguesia comercial) qual “postulava outra coisa senão o poder político, pois como classe próspera e economicamente dominante se lhe deparava a contradição exasperadora de ver a máquina do Estado nas mãos do rei e das ordens aristocráticas e privilegiadas” (BONAVIDES, 2011, p. 538).

No mesmo ano de 1789 é editada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e, em 1791, edita-se a primeira Constituição formal europeia, com ideais de universalismo dos direitos individuais (reafirmando a contenção do poder soberano), divisão de poderes, soberania nacional e igualdade. “O povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha de ser o soberano, sem se deixar travar pela Constituição.” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 54), e seguindo a teoria roussoniana, o parlamento, baluarte da defesa do povo, passa a exercer a soberania ilimitada. Essa preponderância do Legislativo se repete na Constituição francesa de 1795.

A Revolução Francesa não vinha apenas restringir excessos de um regime anterior; propunha-se a suplantá-lo, defrontando-se, porém, com resistência pertinaz. Depois da Revolução Francesa, as monarquias absolutas, forçadas, transformaram-se em monarquias constitucionais, e o monarca passou a compartilhar o poder com as novas forças sociais, cujas desconfianças se dirigiam, sobretudo, ao rei. O monarca era visto como o perigo mais próximo à nova ordem. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 55)

Com isso:

No plano das ideias e da filosofia, o constitucionalismo moderno é produto do iluminismo e do jusnaturalismo racionalista que o acompanhou, com o triunfo dos valores humanistas e da crença no poder da razão. Nesse ambiente, modifica-se a qualidade da relação entre o indivíduo e o poder, com o reconhecimento de direitos fundamentais inerentes à condição humana, cuja existência e validade independem de outorga por parte do Estado. No plano político, notadamente na Europa continental, a Constituição consagrou a vitória dos ideais burgueses sobre o absolutismo e a aristocracia. (BARROSO, 2009a, p. 76)

Firmou-se, pois, que a voz do povo se expressa no Parlamento, local de representação da cidadania, com formulações de leis reconhecidas como sendo a vontade geral.

A lei, assim, se define e ganha a sua força tendo em vista a sua proveniência orgânica, mais do que por seu conteúdo. A lei é comando obrigatório válido, por ter sido adotada, de acordo com o procedimento próprio, pelo órgão constitucionalmente competente para representar a vontade dos cidadãos. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 55)

Com efeito, a liberdade encontra limite tão somente na lei e na igual liberdade do outro; logo, o governo não deve intervir nas relações privadas, primando apenas pela manutenção da ordem jurídica, que é limitada por uma Constituição escrita, com a essencialidade da divisão de poderes (MALUF, 1993, p. 134).

Com estes acertos verifica-se que todas as teorias de Estado pós idade-média têm como objeto central a origem do poder (pacto social), reconhecendo a soberania popular e a supremacia da lei como forma de autocontenção do Estado (governo), cuja hermenêutica positivista encontrará terreno fértil para se desenvolver, que será objeto de tópico próprio, razão pela qual encerra aqui o presente introdutório do pensamento constitucionalismo europeu, ressaltando a preocupação constante de se estabelecer limites para o exercício desse poder, em especial o caráter de sua legitimação racional.

1.1.2. Evolução histórica do constitucionalismo norte americano.

O cenário norte americano em muito divergia do europeu, embora, teve como inspiração os teóricos já suscitados, notadamente o liberalismo de Locke, a separação de poderes de Montesquieu e a força normativa da Constituição pelo *Pacto Social* de Rousseau. Isto é, conquanto a Europa os movimentos renascentista e posteriormente o iluminista tiveram como pano de fundo a luta pelas liberdades contra o absolutismo e sua concentração de poder, no lado americano se vê que até meados do século XVIII as colônias eram leais à coroa britânica, pois gozavam de certa autonomia política.

Note-se, embora o governador era designado por Lordes, “havia um corpo legislativo eleito pelos cidadãos locais (que preenchessem os requisitos de propriedade), bem como um Judiciário independente” (BARROSO, 2009a, p. 15).

No entanto, conforme assinala Barroso (2009a, p. 15), as imposições tributárias rompe esta harmonia, o que pode ser profundamente notado nos acontecimentos do *Stamp Act, de 1765*, o Massacre de Boston, em 1770, o *Boston Tea Party*, em 1773, e outras sanções praticadas pela Inglaterra, sendo os fatos mencionados assim descritos:

Stamp Act, de 1765 - Após a vitória sobre a França, na Guerra dos Sete Anos, concluída em 1763, a Coroa britânica instituiu um imposto do selo, incidente sobre jornais, documentos e diversos outros itens, sob o fundamento de que as colônias deveriam contribuir para sua própria defesa. Houve forte reação e desobediência fundadas em que as colônias não haviam sido ouvidas nem participavam do Parlamento, surgindo um dos slogans da revolução que estava por vir: “*No taxation without representation*”.

Massacre de Boston, em 1770 - Revogado o *Stamp Act*, foram em seguida aprovados pelo Parlamento os denominados *Townshend Acts*, impondo tarifas sobre as importações das colônias. Houve reação violenta em Boston, onde, em 1770, um destacamento militar inglês disparou contra a multidão, matando cinco pessoas e acirrando a determinação anticolonialista.

O *Tea Act*, de 1773 - Permitiu que a Companhia das Índias Ocidentais distribuísse seus estoques de chá no mercado americano, causando grande prejuízo aos comerciantes locais. Em retaliação, parte desse chá barato foi atirada ao mar, na baía de Boston. Os ingleses enviaram tropas para restaurar a ordem. A evolução dos eventos levou ao primeiro confronto entre tropas inglesas e americanos insurgentes, em Lexington, 1775. (BARROSO, 2009a, p. 15)

Com isso, a revolução americana convocou o Primeiro Congresso Continental, em 1774, com os representantes das Treze Colônias¹, sendo este o marco histórico da insurgência americana contra a Coroa.

Em seguida, reuniu-se o Segundo Congresso Continental, de 1775 a 1788, já em estado de guerra, que perdurou até 1781, quando se ratificou o *Articles of Confederation*, aprovado desde 1778. Neste período (1775), estimulou a adoção de constituições escrituras (fomentando a ideia da força da Constituição) e criou uma comissão a fim de elaborar a Declaração de Independência, tendo como principal redator Thomas Jefferson, qual foi assinada em 4 de julho de 1776.

Ocorre que, a concepção de Confederação conforme concebida originariamente se mostrou ineficaz a atender as necessidades das Treze Colônias, vez que “Não se previu a criação de um Executivo central nem de um Judiciário Federal. Além disso, o Congresso não tinha poderes para instituir tributos nem regular o comércio entre os Estados” (BARROSO, 2009a, p. 16).

Por essa razão, foi convocada uma convenção na Filadélfia em maio de 1787 para eleger as normas norteadoras dos Estados Confederados, com representantes de doze colônias (Rhode Island não enviou representantes). Em suas deliberações, revisando os institutos, acabam por abandonar o pensamento de uma Confederação e assumem o compromisso de uma Convenção Constitucional, que, após muitos estudos e debates, foi aprovada em 1787 pela Convenção a

¹ Massachusetts, Rhode Island, Connecticut, Nova Hampshire, Nova Jersey, Nova Iorque, Pensilvânia, Delaware, Virgínia, Maryland, Carolina do Norte, Carolina do Sul e Geórgia.

Constituição Norte-Americana, sendo a primeira Constituição escrita no mundo (como já visto no item anterior a Constituição da França foi editada em seguida no ano de 1791).

Com efeito:

A primeira Constituição escrita do mundo moderno passou a ser o marco simbólico da conclusão da Revolução Americana em seu tríplice conteúdo: a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação de Poderes, na igualdade” e na supremacia da lei (*rule of the law*). (BARROSO, 2009a, p. 17)

Neste ponto, interessante frisar que a Constituição Norte Americana tinha como objeto central regular somente a estruturação das funções da União e dos Estados-Membros, carecendo de qualquer conteúdo acerca de garantias fundamentais. Sobre o tema:

A Constituição originária de 1787, dos Estados Unidos da América do Norte, não continha um *Bill of Rights* (embora reconhecesse alguns direitos). Foram as dez primeiras emendas que, em 1791, acrescentaram o *Bill of Rights* àquele documento solene. A influência dos precedentes ingleses é invariavelmente reconhecida pelos autores, mas se deve acrescentar a experiência norte-americana como singular na formatação e substância desses direitos. (TAVARES, 2012, p. 488)

No mesmo sentido:

Em sua versão original, a Constituição não possuía uma declaração de direitos, que só foi introduzida em 1791, com as primeiras dez emendas, conhecidas como *Bill of Rights*. Nelas se consagravam direitos que já constavam das constituições de diversos Estados e que incluíam as liberdades de expressão, religião, reunião e os direitos ao devido processo legal e a um julgamento justo. (BARROSO, 2009a, p. 18)

Feito este aparte, salienta que efetivada a sua independência, o Estado Norte Americano expandiu seu território no século XIX via conquistas e negociações. Ainda, entre 1861 a 1865, foi palco de uma Guerra Civil (com mais 600 mil mortos em razão conflitos escravagistas entre o Sul e Norte, sendo esse último vitorioso).

Apesar desses fatos e tantos outros que sucederam em sua história, o texto constitucional conseguiu manter a sua síntese nos seus sete artigos (embora com emendas como já mencionado) em razão de dois aspectos; o primeiro, já destacado, limitou-se a estruturação das funções da União e dos Estados-Membros; o segundo, porque “o sistema jurídico americano, fundado na tradição do *common law*, dá aos tribunais um amplo poder de criação e adaptação do Direito e que, por isso mesmo, a Constituição tem hoje um sentido e um alcance que se distancia de sua concepção original” (BARROSO, 2009a, p. 18).

Em outros termos, a supremacia da constituição é fruto de uma visão de desconfiança dos legisladores, quais poderiam pretender a sua alteração para atender à interesses particulares, então, previu um procedimento mais dificultoso para sua emenda, conferindo um caráter de rigidez às normas lá contidas. Com efeito, pretendeu-se preservar as liberdades e garantias em face ao Estado (inclusive a proteção das minorias). Assim, “Tudo isso colaborou para que se encontrasse um valor jurídico único na Constituição, como instrumento de submissão dos poderes a limites” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 58).

Com este cenário, apesar de não constar expressamente como instituto jurídico na Constituição Americana, não se poderia deixar de ao menos citar também a origem da doutrina do *judicial review* (controle de constitucionalidade das leis) consolidada à partir do julgamento do caso *Marbury v. Madison* (1803).

Neste sentido:

O reconhecimento do acesso directo dos juizes à constituição a fim de controlarem a constitucionalidade das leis é um outro momento relevantíssimo para a gênese da justiça constitucional. Considerando-se que a interpretação das leis era uma tarefa específica dos juizes e que dentre essas leis se incluía a lei constitucional como «lei superior» (CORWIN), estava aberto o caminho para a ideia de *judicial review*. Em caso de conflito entre duas leis a aplicar a um caso concreto, o juiz deve preferir a lei superior (= lei constitucional) e rejeitar, desaplicando-a, a lei inferior. (CANOTILHO, 1993, p. 959)

Suscintamente, o mencionado *case* versa sobre o fato de que entre a eleição e posse de Jeferson (republicano), ainda no mandato de Adams (federalista), foram criaram diversos cargos no Poder Judiciário, desde já promovendo as suas nomeações, o que ocorreu até a noite anterior do último dia do mandato desde, sendo às vezes citados como “juizes da meia noite”.

Ocorre que, para a tomada da posse, além de devidamente selado o diploma de nomeação pelo Congresso Nacional, este documento deveria ser entregue ao indicado. Porém, o diploma de William Marbury não lhe foi entregue por esquecimento, e, diante da recusa do Secretário de Estado da nova administração (James Madison), aquele impetrou contra este um *writ of mandamus* (instituído por uma lei de 1789), exigindo a entrega do ato já assinado e aprovado pelo Congresso Nacional.

O caso teve o seguinte desfecho:

Ao redigir a decisão da Suprema Corte para o caso *Marbury v. Madison*, Marshall afirmou que a retenção do título necessário para a posse de Marbury era imprópria, mas negou a este a ordem impetrada. Isso porque o *writ* de que Marbury se valera havia sido incluído na lista dos temas da competência originária da Suprema Corte por lei ordinária. Segundo Marshall, a competência originária da Suprema Corte estava fixada pela Constituição, não

podendo ser alargada por diploma infraconstitucional. A lei que o pretendesse fazer entraria em atrito com o Texto Magno. Aqui, então, desenvolveu a tese de que a lei inconstitucional é inválida e de que cabe ao Judiciário assim declará-la. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 61)

Enfim, consoante já assinalado por Canotilho, a resolução do referido *case* da maneira que ocorreu denota importante significado histórico, na medida em que reafirma explicitamente a supremacia da constituição como valor jurídico máximo a ser seguido pelo Estado, impondo a observância da constitucionalidade vinculante sobre todos os órgãos a Administração pública, transformando esse controle da constitucionalidade uma das características do constitucionalismo moderno. Desta feita, conforme Mendes e Branco, a doutrina do controle judicial possui três assertivas básicas:

- a) a Constituição é concebida para ser a lei principal do país;
- b) cabe ao Judiciário a função de interpretar e aplicar a Constituição nos casos trazidos à sua apreciação, podendo recusar valia ao ato que infringe a Constituição;
- c) a interpretação judicial é final e prepondera sobre a avaliação dos demais Poderes. (2014, p. 62)

Em outros termos, restou reconhecido que o Poder Judiciário é o interprete máximo da Constituição, podendo (e devendo) invalidar os atos do Executivo e Legislativo em caso de conflito com os valores consagrados no texto maior. Ressalta, por oportuno, esse tema, como outros acima já abordados, foram revisitados outras vezes ao longo da história, mas, para não se perder o foco da presente pesquisa, encerra-se, aqui, esse breve introdutório da origem e evolução do constitucionalismo americano.

Todo esse apanhado histórico europeu e americano busca-se pôr em relevo a transformação do Estado de Direito em Estado Constitucional, onde a força máxima do sistema normativo (entenda-se a distribuição do exercício do poder) encontra-se disseminado por meio de textos positivados, que contém primordialmente institutos de garantias e liberdades do cidadão em face ao Estado, além da construção de sua própria composição e competências.

Porém, como se verá adiante, devido a evolução de sua ideologia em Estado Social e Estado Democrático de Direto, atribuiu-se, também, ao governo, além das perspectivas negativas de não intervenção arbitrária na vida privada, um *status positivus* que visa minorar as desigualdades sociais substantivas, tudo resguardando as características vinculantes do prisma vertical aqui tratadas, o que se reflete na dicotomia que ao final nos interessa de dever estatal versus possibilidade de concretização.

Ademais, a efetividade governamental e pacificação social se ocorre via regulamentação por instrumentos legais infraconstitucionais, quais são orientados pelos valores constitucionais.

Logo, para além do reconhecimento histórico de tais garantias e liberdades em face do Estado, o sistema jurídico é estruturado por teorias normativas que, a depender da ótica utilizada, implicam em significativa alteração no modo de aplicação do direito em todas as suas hierarquias. Portanto, passa-se análise sobre este modo de ver o direito segundo as óticas das teorias normativas positivista e pós-positivista.

1.2. O positivismo jurídico.

A evolução social ao racionalizar o poder, especialmente em grande parte dos estados democráticos ocidentais, reclamou a adoção de Constituições escritas como baluarte de sua justificação. Ou seja, segundo esta doutrina, a lei geral e abstrata (dissociada de elementos morais ou divinos) é único instrumento legítimo de impor a obrigação de fazer ou deixar de fazer, ganhando a característica de ser a expressão máxima da soberania popular e fundamenta a origem dos Estados modernos; reiterando, esta é a razão pela qual se faz necessário a inclusão do tema nessa pesquisa, mesmo de modo sucinto.

Em suma, com a insurgência contra o absolutismo, passa-se compreender a titularidade do poder como sendo pertencente ao povo (soberania popular), cujo exercício há de ser delegado aos representantes (legislativo) para que possa ser considerado legítimo. Assim, apenas o parlamento detinha a capacidade de reconhecer, via lei, a vontade do povo. Note-se, tal entendimento foi cristalizado no art. 6º da Declaração francesa de 1789:

A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Com efeito, o ambiente jurídico-político proporcionou uma supervalorização da lei. O instrumento recebe, portanto, um *status* único na história até então, com o intuito de expurgar do sistema jurídico valores jusnaturais (religiosos ou não) em prol da segurança jurídica e objetividade do sistema, visando evitar arbitrariedades em nome do direito. Tal fenômeno foi cunhado sobre três colunas (BOBBIO, 1995), sendo eles: (a) posição da norma positiva no sistema; (b) o modo de confecção; e, (c) forma de aplicação das leis.

A primeira característica, como já mencionado, o instrumento lei é supervalorizado em relação aos postulados principiológicos, retirando a força normativa daqueles não efetivamente reduzidos à termo. Como consequência, a visão de conformação social é obtida nos limites da lei. Surge, então, a codificação sistêmica de leis em analogia à ciências da natureza.

No segundo aspecto, a metodologia deixa de ser puramente empírica, ou seja, pautada em estudo de caso concreto, e passa a ter formulações teóricas, com o principal objeto a relação abstrata de uma hipótese e sua consequência.

Por fim, a última expressão prevê que a incidência normativa já contém uma solução *a priori* para os fatos jurídicos, vedando juízos de exceção, onde a subsunção da norma se dá pela via dedutiva. Em outros termos, os efeitos inerentes do reconhecimento da aplicação coercitiva da norma são previamente conhecidos por todo os atores sociais.

Feita esta introdução sumária, verifica-se que o positivismo jurídico, em seu cerne, visou afastar a moral do âmago do direito dando à este um caráter efetivo de ciência. Tudo isso ocorreu pela necessidade de proteção dos indivíduos contra os caprichos daqueles que detinham o poder, primando pela segurança jurídica e objetividade.

No entanto, não há de se desprezar que esse movimento se expressou por meio de diversas escolas, sendo as principais:

A Escola Histórica (alemã) – na verdade predecessora do positivismo jurídico, com fortes críticas ao direito natural –, tendo como com maior expoente Savigny, que, consoante Bobbio (1995, p. 51-53) possuía as características de individualidade e variedade do homem; irracionalidade das forças históricas; pessimismo antropológico; amor pelo passado e sentido da tradição;

A Escola da Exegese (francesa), com foco de seus estudos nas codificações, especialmente o código napoleônico, com maiores expoentes Zachariae, Bonnacase, Durantou, Aubry, Rau, Demolombe, Troplong, e, caracterizou-se pela inversão das relações tradicionais entre o direito natural e direito positivo; o Estado como fonte única do direito; interpretação consoante a vontade da lei; culto do texto da lei; e, respeito ao princípio da autoridade.

Escola Analítica (britânica) fundamentada no sistema da *Common law*, tendo com principal expoentes Austin.

Portanto, embora cada escola possua uma expressão própria do positivismo jurídico, para que não se perca de vista o objeto proposto no presente estudo, foi necessário a utilização dessas diversas correntes como se tivessem uma só roupagem.

Realizado este aparte, interessa apenas o cerne da concepção dos elementos norma e sua validade, bem como as técnicas hermenêuticas dessa corrente doutrinária concebido por três de seus maiores expoentes, Hans Kelsen (1881-1973), Herbert Hart (1907-1992) e Norberto Bobbio (1909-2004).

1.2.1. Breve análise de Hans Kelsen (1881-1973) e a Teoria Pura do Direito.

Hans Kelsen, em que pese não tenha sido um dos fundadores da doutrina positivista, certamente foi o que a sistematizou em sua mais alta expressão, notadamente no texto *Teoria Pura do Direito* (1934), onde nutre a purificação da ciência jurídica diante de preocupações metafísicas, pois, admite que à ciência não é dado pronunciar sobre juízo de valor, a fim de garantir a sua neutralidade. Para tanto, parte da premissa de que a ciência jurídica seria ciência pura, preocupada tão somente com o universo normativo. A esse propósito:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 1999, p. 1)

E, entende como normativo:

[...] o que transforma esse fato (natural) num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade [...] mas o sentido objetivo que está ligado a este ato, a significação que ele possui [...] significação jurídica recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma [...] que lhe empresta a significação jurídica. (KELSEN, 1999, p. 3)

Enfim, considera-se jurídico o ato que esteja previsto em uma norma jurídica como sendo um ato jurídico. Utiliza-se dessa mesma racionalidade para definir norma jurídica, pois a norma “é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma” (KELSEN, 1999, p. 3).

Em última análise o sistema seria legitimado por uma norma hipotética fundamental numa verificação hierárquica ascendente vertical, sendo, portanto, toda norma legal sinônimo de Direito. Esclarece-se que, embora esse tema (norma hipotética fundamental) seja um dos temas mais intrigantes do positivismo jurídico, aqui, deixará de se aprofundar, sob pena de desvirtuar o objetivo da pesquisa.

Assim, atendo-se às preposições do citado autor, o sentido de norma contém uma significação do dever-ser. Em suas próprias palavras:

O dever-ser – a norma – é o sentido de um querer, de um ato de vontade e – se uma norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo. (KELSEN, 1986, p. 3)

Então, a prescrição do dever-ser - ato de vontade - será aquela que o homem deve proceder em seus atos de modo concreto, não se preocupando, efetivamente, se a conduta se dá da maneira normatizada; mas, em caso de ilicitude (conduta diversa da prescrita), será imposta uma sanção, subordinado, assim, todos ao sistema jurídico e possibilitará a verificação da eficácia do sistema. Interessante a esse respeito:

É de notar, no entanto, que, por eficácia de uma norma jurídica que liga a uma determinada conduta, como condição, uma sanção como consequência, - e, assim, qualifica como delito a conduta que condiciona a sanção -, se deve entender não só o fato de esta norma ser aplicada pelos órgãos jurídicos, especialmente pelos tribunais - isto é, o fato de a sanção, num caso concreto, ser ordenada e aplicada - mas também o fato de esta norma ser respeitada pelos indivíduos subordinados à ordem jurídica - isto é, o fato de ser adotada a conduta pela qual se evita a sanção. (KELSEN, 1999, p. 8)

Ainda, Kelsen afirma que o *dever* apresenta além do sentido de obrigação outro mais amplo, pois “uma norma pode não só comandar mas também permitir, e, especialmente, conferir competência ou poder de agir de certa maneira” (KELSEN, 1999, p. 4).

Já no campo da verificação da validade da norma busca distinguir o mundo do ser (fatos) e o do dever-ser (direito), onde diz:

[...] assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato-de-ser que a põe, se não identifica com este ato, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são - tal como o ato que estabelece a norma - condição da validade. (KELSEN, 1999, p. 148).

Com efeito, a validade da norma jurídica restringe-se à verificação da formalidade de seus meios de produção, uma vez que “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma” (KELSEN, 1999, p. 135), qual seja, a norma hipotética fundamental, onde “A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva” (KELSEN, 1999, p. 142), logo, definidos os efeitos da norma no tempo e no espaço, a “eficácia é uma condição da validade, mas não é esta mesma validade” (KELSEN, 1999, p. 149).

Por sua vez, trabalha com o elemento valor como um juízo normativo:

O juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objetivamente válida, é um juízo de valor, e, neste caso, um juízo de valor positivo. Significa que a conduta real é “boa”. O juízo, segundo o qual uma conduta real não é tal como, de acordo com uma norma válida, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma, é um juízo de valor negativo. Significa que a conduta real é “má”. Uma norma

objetivamente válida, que fixa uma conduta como devida, constitui um valor positivo ou negativo

[...]

Se o valor é constituído por uma norma objetivamente válida, o juízo que afirma que um *quid* real, uma conduta humana efetiva, é “boa”, isto é, valiosa, ou “má”, isto é, desvaliosa, exprime e traduz que ela é conforme a uma norma objetivamente válida, ou seja, que deve ser (tal como é), ou que contradiz uma norma objetivamente válida, quer dizer, não deve ser (tal como é). O valor, como dever-ser, coloca-se em face da realidade, como ser; valor e realidade - tal como o dever-ser e o ser - pertencem a duas esferas diferentes. (KELSEN, 1999, p. 149)

De outra forma, embora pertencentes a diferentes esferas, a norma e valor se confundem e são expressos por meio de regras positivadas para que, consoante ao juízo de validade já explicitado, sejam consideradas inseridas no sistema jurídico como válidas (objetivadas) ou não válidas.

Ainda, como se verá a seguir, a interpretação em termos positivistas admite uma resposta correta (possibilidade) de aplicação da norma segundo o próprio sistema (moldura), vez que “o Direito vigente é sempre aplicável, pois não há 'lacunas'” (KELSEN, 1999, p. 173), e, em razão disso, o autor alertava para a presença de os *princípios gerais do direito* abstratos (mas não negava a sua existência – como o princípio constitucional da justiça, por exemplo) poderia gerar riscos para a segurança jurídica, via excesso de poder em caso de julgamento pautado em motivos subjetivos no preenchimento do espaço semântico.

Constata-se esse pensamento na obra *A Jurisdição Constitucional*, de 1928, onde poderia ocorrer de um magistrado constitucional complementar “espaço semântico” (moldura) de um princípio de termos vagos por meio de *ato de vontade*, isto é, criativo de “Direito novo”, o que contradiz com a hermenêutica contida na Teoria pura do direito, haja vista a “resposta” deve ser encontrada dentro do próprio ordenamento e não consoante o foro íntimo. Com efeito:

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. (KELSEN, 1999, p. 246)

Dito isso, Kelsen (1999, p. 245) entende que interpretar se trata de “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.” para “responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual”, cujo método se divide em duas espécies, a saber: “interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão

jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica”, podendo ser chamadas de autêntica e não-autêntica.

Assim, quando da aplicação da norma inferior (norma individual) o julgador estará vinculado formal e materialmente, pela norma superior (geral e abstrata, que em escala ascendente observa a norma hipotética fundamental), qual controla meio de produção da norma individual e formata o seu conteúdo ou veda regulação da matéria. Sobre o assunto é explícito:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. (KELSEN, 1999, p. 247)

Com esse pensamento contradiz a cultura jurídica até então produzida de que haveria única solução (norma individual) correta.

Encerra-se este ponto ressaltando o sua concepção de Direito era dirigida à defesa do Estado democrático e sua teoria normativista do Direito, alicerçada na filosofia kantiana, possuindo muitos outros aspectos a serem estudados que deixarão de ser tratados aqui em razão de fugirem da temática proposta.

Outrossim, não há de se deixar de mencionar, sem necessariamente adentrar às razões de fundo das críticas ao positivismo como um todo, a história mostrou que a indiferença aos valores éticos e a supervalorização da lei como estrutura formal foi a justificativa para a ocorrência daquilo justamente o que se pretendia prevenir (o Estado totalitário). Verifica-se isso na defesa dos acusados de Nuremberg que invocaram principalmente o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade. Inegável, no entanto, fora uma revolução na cultura jus-filosófico, que ressoa até os dias presentes.

1.2.2. Breve análise de Herbert Hart (1907-1992) e O Conceito de Direito.

Herbert Hart propôs uma teoria do Direito definida como sociologia descritiva, fulcrada na filosofia analítica, vez que era entusiasta de John Austin. Teve com maior expressão a obra *The Concept of Law* (1961). Frise-se, ainda, Herbert Hart e Ronald Dworkin tinham famosas e

acaloradas críticas acadêmicas mútuas, que, embora o presente trabalho não se preste a detalhar suas minúcias, interessante destacar que (a) revelou fragilidades no pensamento positivista; (b) ainda a habilidade intelectual de Hart ao rebater tais críticas; e, (c) teve como consequência significativa influencia no Direito e na teoria jus-filosófica de diversos países.

Dito isso, volta-se agora ao elementos propostos para o presente estudo, norma e regra, sua validade, bem como as técnicas hermenêuticas na teoria hartiana, que se desenvolveu integrando na equação jurídica a o elemento “obrigação” (distinguindo o *ser obrigado a* de *ter uma obrigação de*), com o intuito de diferenciar: (a) o ato praticado sob o comando do direito e de uma ameaça; (b) obrigação jurídica e moral; e, (c) qual a natureza das normas jurídicas e, em que medida, o Direito é uma questão de normas.

Hart inicia a sua tarefa à partir de críticas a obra *The province of jurisprudence determined* (1832), de John Austin; que, sinteticamente, concebe o direito pela presença de submissão coercitiva obrigatória de um sujeito à vontade de outrem. Logo, todo o sistema jurídico estaria embasado em tais ameaças coercitivas, cujas ordens devem ser oriundas do soberano e seus funcionários.

No entanto, este pensamento reducionista não o satisfaz; pois, bastaria saber quem é o soberano e quais são as suas ordens, para obter resposta aos esses questionamentos. Isto é, os critérios seriam suficientes, por exemplo, para esclarecer os comandos de um assaltante à sua vítima, mas inadequados a elucidar a compreensão do cidadão na vida social, ou seja, entende que comando e regra são diferentes.

O “Comando” é um imperativo e se presta a explicitar relação de uma ordem de uma pessoa sobre outra, com uma determinação ou vedação de conduta específica. Então o sentido imperativo denota que aquele que emite o comando tem autoridade sobre a outra pessoa (situação em que esta tem obrigação de agir daquela maneira), ou tem poder de impor-lhe algum mal caso não siga com seu comando (ocasião que, embora não tenha obrigação, está, sendo obrigada a agir daquela forma).

Por outro lado, a regra se trata de um enunciado impessoal, qual não determina ou veda a conduta de determinada pessoa, porém a torna obrigatória em abstrato a um número indeterminado de pessoas, durante um certo espaço e tempo, inclusive contra o próprio criador,

pois, é independente desde. Outrossim, a regra deve ser observada do ponto de vista *externo*² e *interno*³, com fundamento na *aceitação*.

A regra jurídica, portanto, prescinde de sanção necessária para a verificação de sua validade, visto ter no reconhecimento dos atores sociais ao sua obrigatoriedade, pois, “onde há direito, aí a conduta humana se torna-se em certo sentido não-facultativa ou obrigatória” (HART, 1994. p. 92). Em outros termos, a fórmula “comando garantido por ameaça” é insuficiente a explicar as normas jurídicas, dada as características de serem impessoais, abstratas, gerais, independentes e possuírem sentido interno. Assim, normas jurídicas mais se compatibilizam aos termos de regras do que a comandos.

Com isso, ao invés de tratar a regra isoladamente, Hart elabora seu conceito de direito tendo em vista ela é parte integrante a um *sistema jurídico*, composto por *regras primárias* e por três tipos de *regras secundárias*: regras de reconhecimento, regras de alteração/modificação e regras de julgamento. Em suas próprias palavras:

Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas acções, quer queiram quer não. As regra do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundaras em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados. As regra do primeiro tipo dizem respeito as acções que envolvem movimento ou mudanças físicos; as regra do segundo tipo tornam possíveis actos que conduzem não só a movimento ou mudanças físicos, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações. (HART, 1994, p. 91)

Fundamenta, Hart, o apontamento acima suscitando que um corpo social estruturado exclusivamente com regra primárias gera *incertezas*⁴, seria *estático*⁵, bem como *ineficaz*⁶ a pressão social difusa. Sendo assim, propõe como “remédio” à estes defeitos, com integração das regras secundárias às primárias, que passam a compor o sistema jurídico.

² Compreensão do fenômeno social - específico do observador, qual se até a explicar o Direito em no sentido psicológicos e/ou sociológicos, logo, com o capacidade de verificar a existência de um comportamento uniforme e regular de observância da norma como guias e/ou critérios de valoração da conduta, inclusive pelos autores que não a aceita, que só as obedecem para não sofrerem algum tipo de sanção ou punição.

³ Explicação do sistema normativo - Estabelece a conduta das pessoas que aceitam as normas jurídicas e, em particular, conforma o agir dos agentes do Estado e demais atores jurídicos inseridos em um determinado contexto.

⁴ Se ausentes as regras secundárias, não se teria direção para solucionar eventual conflito entre normas.

⁵ O desenvolvimento e eventual alteração das regra dependeria unicamente do desenvolvimento da própria sociedade em um processo lento.

⁶ Considerando que sempre haverá disputas acerca da verificação da violação ou não de uma regra, imperioso se estabeleça uma autoridade definitiva, e não especial, para efetivar à regra, sob pena de ficar àquela verificação sujeita à visão do ofendido o à cargo da pressão social.

Veja:

A introdução de um corretivo para cada defeito (referindo-se às regras secundárias) poderia em si ser considerado um passo na passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico, uma vez que cada um desses remédios traz consigo muitos elementos que não permeiam o direito: os três remédios em conjunto são sem dúvida o bastante para converter o regime de regras primárias naquilo que é indiscutivelmente um sistema jurídico. (HART, 1994, p. 103)

Desta feita, o remédio contra a *incerteza* seriam a *regras de reconhecimento*, que, chancelada pela marca da *autoridade*, elimina a dúvida acerca da existência da regra, cuja verificação pode se confundir com os critérios de validade do sistema jurídico. Em sistemas mais simples pode ser representado pela sua gravação (ou inscrição) para se obter sua *aceitação*. Já em sociedade mais complexas, reclama a observância de outros requisitos que se prestam a elucidar método de solução de eventual conflito dessa regras, como a hierarquização, por exemplo, devendo ser considerada a regra de reconhecimento como “fonte superior” do direito.

Ademais, a aceitação se trata de questão factual, posto que se as regras não são obedecidas rotineiramente, não podem ser consideradas válidas. Portanto, a regra existirá somente se for eficaz, variando, assim, no tempo e no espaço. Logo, as regras de reconhecimento estabelecem a forma que as normas jurídicas devem assumir para serem consideradas normas válidas.

De outro turno, em face da *estática* do sistema o remédio seriam as *regras de alteração/modificação*, as quais competem atribuir “poder a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias [...], e para eliminar as regras antigas” (HART, 1994, p. 105). Destaca, também, que estas e as regras de reconhecimento possuem uma relação estreita com estas: “porque, quando as primeiras existirem, as últimas terão necessariamente de incorporar uma referência à legislação como aspecto identificador das regras” (HART, 1994, 105).

Por fim, diante a *ineficácia* perante a pressão social difusa o remédio seria as *regras de julgamento*, que são aquelas que identificam *quem* deve julgar (atribuindo-lhe esse poder) e estabelece o método (o processo a se seguir), ou seja, de “proferir determinações dotadas de autoridade quanto ao facto de uma regra (primária) ter sido violada” (HART, 1994, p. 107). Note-se, pois, que esta regra secundária está também umbilicalmente ligada às demais, na medida em que em tal deliberação versará, necessariamente, sobre aquilo compreendido como regra.

Arrematando, quanto a validade do sistema, nas palavras do próprio Hart, verifica-se o entrelaçamento das regras primárias e secundárias:

Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas, e por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efetivamente aceites como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários. A primeira condição é a única que os cidadãos privados *necessitam* de satisfazer: podem obedecer cada qual “por sua conta apenas” e sejam quais forem os motivos por que o façam. [...] A segunda condição deve também ser satisfeita pelos funcionários do sistema. Eles devem encarar estas regras como padrões comuns de comportamento oficial e considerar criticamente como lapsos os seus próprios desvios e os de cada um dos outros. (1994, p. 128)

Como consequência desse pensamento, a norma é concebida à partir de uma *textura aberta*⁷, exigindo-se interpretação, vez que, por mais que parece simples e clara a regra primária, devido regras linguísticas (HART, 1994, p. 139), podem haver interpretações conflitantes sem, necessariamente, que uma se sobreponha a outra, inexistindo resposta única (HART, 1994, p. 165). Veja:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. [...] Aqui, na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis. (HART, 1994, p. 148)

Nessa situação, restará um julgamento discricionário da matéria, sem se esquecer, no entanto, que todos os juízes, inclusive os constitucionais, fazem parte de um sistema cujas regras que lhes oferece elementos para formatar as decisões judiciais de modo adequado (HART, 1994, p. 159), frisando que este espaço de discricionariedade não há de ser confundido com arbitrariedade.

Logo, o direito tende, fundado em sua própria estrutura - a regra de reconhecimento - a sua identificação. Caracteriza-se, ainda, como um sistema que se autorregula por meio das normas de alteração e julgamento, restando evidenciado a natureza normativa no comando

⁷ Aquela que, devido às regras de linguagem, atribui ao aplicador do direito uma certa discricionariedade semântica, tendo em vista que se utilizam de conceitos imprecisos, vagos ou polissêmicos, dada a incapacidade de regulação específica de todos os fatos sociais.

imperativo jurídico (provido de autoridade) das regras primárias, cujo exame de validade (e modificação em caso de alteração de concepção no tempo) fica à cargo das regras secundárias.

Com isso, encerra-se aqui a análise da teoria hartiana, a fim de não se dispersar em demasia do objeto da pesquisa.

1.2.3. Breve análise de Norberto Bobbio (1909-2004) e O Positivismo Jurídico.

Para fechar a análise do positivismo jurídico quanto a concepção e dos elementos norma e regra, sua validade, bem como as técnicas hermenêuticas, passa-se à teoria de Norberto Bobbio, que teve por base a teoria kelseniana, porém, desenvolvida por meio de um positivismo crítico, haja vista não rígido, tampouco ideologicamente conotado. A expressão forte de seu pensamento se encontra na obra *O Positivismo Jurídico* (1961), onde interessante destacar a concepção do referido autor acerca dessa doutrina:

Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. [...] O positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo. (BOBBIO, 1995, p. 26)

Como consequência elabora o conceito de direito como:

[...] um conjunto de regras que são considerada (ou sentidas) como obrigatórias em uma determinada sociedade porque sua violação dará, provavelmente, lugar a intervenção de um “terceiro” (magistrado ou eventualmente um árbitro) que dirimirá a controvérsia emanando uma decisão seguida de uma sanção ao que violou a norma. (BOBBIO, 1995, p. 27)

Enfim, dos assertos acima se nota que suas definições detêm os componentes normativos, fundamentação coativa e expressão interna, tratando o direito de forma sistêmica como “*um conjunto de normas*, ou regras de conduta” (BOBBIO, 2001, p. 22), para a formação de uma sociedade estável, como também trabalhado pelos demais autores. Apesar disso, dada a natureza crítica de sua teoria, se utiliza de um total de sete fundamentos (BOBBIO, 1995, p. 131 e seguintes) que, para ele, são necessário na caracterização dessa teoria normativa.

O primeiro deles “diz respeito ao *modo de abordar, de encarar o direito*: o positivismo jurídico responde a esse problema considerando o *direito como um fato e não um valor*” (BOBBIO, 1995, p. 131). Assevera que o jurista deve observar os fenômenos jurídicos tal qual qualquer cientista, abstendo-se de juízos de valor. Assim, o direito, para ser caracterizado como “positivo” não há de ser bom ou mau, pois, há de ser estruturado considerando apenas o seu aspecto formal, que é justamente o critério de verificação de validade.

Em outros termos, difere juízo de fato e juízo de valor; onde aquele, por se tratar de *ciência*, significa uma tomada de conhecimento da realidade, e, este significa tomada de decisão diante de algo que já foi informado.

O segundo fundamento versa acerca da *definição do direito* em razão ao elemento coação, derivado da *teoria da coatividade do direito*. Se trata de consequência de se fazer valer, à força, as normas vigentes de uma determinada sociedade, haja vista que “o direito é um conjunto de normas que regulam o uso da força coativa” (BOBBIO, 1995, p. 155), estabelecendo *quem, quando, como* e em que *quantidade* ela está autorizada a ser utilizada.

Destaca-se, aqui, dois pontos relevantes neste pensamento: (a) o entendimento de ser o Estado detentor exclusivo do poder coativo; e, (b) a evolução da compreensão que o destinatário desse poder passa a ser não só os cidadãos, mas como também os órgãos estatais, inclusive os com atribuições de julgamento, sujeitando-se todos à norma.

O terceiro se refere às *fontes do direito*. A relevância das fontes do direito se origina no fato de que o direito “válido” pressupõe a validade daquela, na medida em que a norma somente será considerada válida, se válida for sua fonte, isto é, normativamente autorizada. O positivismo tem como base o culto a lei, sendo esta sua fonte preeminente.

No entanto, considerando os aspectos históricos do desenvolvimento do Estado moderno, admite que o positivismo jurídico não fez desaparecer outras fontes, como os costumes, que, num *ordenamento complexo* (identificado pela pluralidade de fontes) tem por remanescer a relação entre o direito e o costume, excluindo-se o reconhecimento deste quando *contra legem*.

Tal relação deve ser observada considerando o caráter *paritário* ou *hierarquizado* dessas fontes, preponderando a norma sobre o costume. Com isso, as normas podem ser divididas em *fontes de qualificação jurídica* (normas superiores, que atribuem qualificação jurídica à outras normas), e *fontes de conhecimento jurídico* (normas subordinadas) (BOBBIO, 1995, p. 166), cuja integração sistêmica pode ocorrer via *reconhecimento* (ou *recepeção*) ou *delegação* (BOBBIO, 1995, p. 164). Ainda, identifica-se como fonte a prestação jurisdicional (por meio delegado) na aplicação da equidade e o estado “de natureza das coisas”.

O quarto requisito discorre a respeito da *teoria da norma jurídica*, e tem em vista que o positivismo jurídico aprecia a norma pela *teoria imperativista do direito*. Seu conteúdo expressa um comando “como positivo ou negativo, autônomo ou heterônomo⁸, como técnico ou ético” (BOBBIO, 1995, p. 132), reafirmando o monopólio estatal do poder (vinculação à concepção

⁸ Imperativos autônomos são aqueles nos quais quem estabelece a norma e quem deve segui-la são a mesma pessoa; imperativos heterônomos são aqueles nos quais quem estabelecem a norma é pessoa diferente daquela que deve segui-la.

legalista-estatal), sendo este sua única fonte, e a lei a sua exclusiva expressão normativa, o que excluiria o procedimento consuetudinário, pois seria “inútil, se considerarmos, em lugar do ordenamento estatal, o internacional” (BOBBIO, 1995, p. 181).

Por isso, analisa a *relação de subordinação* por diversos espectros para melhor compreensão do que seria o “comando” e “conselho” e “diretriz”⁹. Inicia-se pelo *sujeito ativo* (à quem é atribuída a competência do comando - autoridade); o *sujeito passivo* (destinatário obrigado a); ainda, *à razão para obedecer* (de caráter formal); a *relação ao fim* (objetivo); também, *relações às consequências do acatamento* (diferencia a responsabilidade dos sujeitos ativo e passivo); e, por fim, a *relação às consequências do inadimplemento* (sanção). Então categoriza os imperativos de modo dualista em *positivos* e *negativos*; *autônomos* e *heterônomos*; *pessoais* e *impessoais*; *gerais* e *individuais*; e, *abstratos* e *concretos*.

O quinto ponto diz respeito à *teoria do ordenamento jurídico*. Fundamentado no pensamento kelseniano já exposto, para se evitar a insegurança jurídica e arbítrios, o ordenamento deve se sustentar na *unidade, coerência e completude*. A unidade subdivide-se em formal (meio de produção da norma) e substancial (conteúdo da norma). A coerência se observa por não admitir normas contrárias ou contraditórias. Completude, por inadmitir lacunas.

O sexto trata do *método da ciência jurídica*. Como se verá, este é um dos pontos cruciais que identificam a doutrina de Bobbio. Ao se falar em método se refere ao *problema de interpretação* (em sentido lato), pois o positivismo se sustenta pela *teoria da interpretação mecanicista*, atribuindo ao jurista um elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito, é assim, pois, “o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para *produzir*, mas *reproduzir* o direito” (BOBBIO, 1995, p. 212). Mas, esta reprodução importa em *interpretar* o direito. E, o que isso significaria?

Partindo de uma ideia sintetizada, interpretar comportaria a extração do sentidos dos signos linguísticos, por meio de uma atividade complexa, que pode ser objetivada de diversas maneiras dependendo da relação que se estabelece entre os signos. Dentro da doutrina positivista ora analisada (a inclusiva) a interpretação geralmente se dá de modo *textual*¹⁰ (meio léxico, teleológico, sistêmico e histórico), mas por também se dar de modo *extratextual* (auto integração) dada a impossibilidade de previsão a priori de todos os fatos da vida, estando presente aí uma atividade não meramente interpretativa (*genus*), mas produtiva (*species*) do direito quando não expressamente prevista solução no sistema jurídico. Tal integração se utiliza como metodologia a analogia dedutiva (consustanciada na capacidade de *expansão lógica* do

⁹ Uma categoria intermediária mista das demais.

¹⁰ Para remontar a vontade do legislador.

ordenamento). A par de tudo isso, observa-se o formalismo metodológico foi flexibilizado no século passado, a saber:

A concepção jus positivista da ciência jurídica sofreu forte declínio no nosso século. Hoje, o movimento de pensamento que diz respeito ao realismo jurídico tende a conceber a tarefa da jurisprudência extrair do estudo de uma dada realidade (o direito, considerado como um dado de fato sociológico) proposições empiricamente verificáveis, que permitem formular previsões sobre futuros comportamentos humanos (particularmente, prever as decisões que os juízes tomarão para o caso que deverão julgar). (BOBBIO, 1995, p. 122)

Enfim, no que tange à interpretação jurídica, dispõe de outros meios, especialmente pautado na teleologia lógica, a se verificar as condições de realização do direito, características próprias do realismo jurídico, denotando a insatisfação e insuficiência de métodos do positivismo jurídico subjuntivo, voltando-se à reaproximação do direito à ética. Ou seja, o positivismo não sucumbe à outros métodos, notadamente quanto a aplicação de regras, mas, como se verá adiante nesta pesquisa, seu método interpretativo será mitigado, tendo nos pensamentos críticos de Bobbio fundamentação sólida para tanto.

O sétimo acena à identificação de *teoria* e *ideologia*. Aqui, observa-se o positivismo jurídico: como *teoria* ao se tratar do processo cognitivo da realidade, tem por finalidade exclusiva de informa-la, cuja verificação de validade se restringe a dicotomia verdadeiro ou falso; como *ideologia* por ser expressão do comportamento avaliativo que o homem assume em face de uma realidade, não há de se falar em juízo de verificação de validade, mas de tipologia, como *conservadora* ou *progressista*. Disserta, neste ponto, alertando acerca do extremismo que pode ser entendido o positivismo jurídico (*dever absoluto* ou *incondicional de obedecer a lei enquanto lei*), e propõe um positivismo ético (aquele que se obedece por convicção).

Assim, categorizando o explicitado tem-se que “Positivismo como método para o estudo do direito – corresponde ao fundamento primeiro; Positivismo como teoria do direito – corresponde aos fundamentos segundo a sexto; Positivismo como ideologia do direito – corresponde ao fundamento sétimo” (BOBBIO, 1995, p. 233.).

Então as justificativas de obediência podem ser pautadas no ideal de justiça expostas em quatro tipificações: *realista da justiça* (reconhecida como a vontade do mais forte); *concepção convencionalista da justiça* (baseada no relativismo ético, trata daquilo que os homens concordam em considerar justo); *concepção sagrada da autoridade* (o poder proveniente de uma investidura sagrada ou divina); e, por fim, *concepção do Estado ético* (vê no Estado a missão de realizar a eticidade), sendo esta expressão o verdadeiro baluarte do positivismo ético (moderado) que entende válido, porque:

Enquanto as outras teorias da obediência absoluta às leis não têm um vínculo particular com o positivismo ético, tal vínculo existe com respeito à concepção hegeliana do Estado, que representa o fundamento histórico direto do aspecto ideológico do jus positivismo alemão. (BOBBIO, 1995, p. 229)

Dito isso, firma que o positivismo ético moderado além de admitir o direito como meio de se realizar a ordem, também sustenta que a lei *geral e abstrata* é a forma mais perfeita de espelhar o direito, e conclui:

Dos três aspectos nos quais pode se distinguir o positivismo jurídico, me disponho a acolher totalmente o método; no que diz respeito à teoria, aceitarei o positivismo em sentido amplo e repelirei o positivismo em sentido estrito; no que concerne à ideologia, embora seja contrário à versão forte do positivismo ético, sou favorável em tempos normais à versão fraca, ou positivismo moderado. (BOBBIO, 1995, p. 238)

Portanto, encerrando-se este item, identifica-se em Hans Kelsen a pessoa que sistematizou positivismo jurídico de forma mais expressiva, com teorização robusta quando da distinção de direito e moral na busca de um direito puro de influências políticas e sociológicas. Em Herbert Hart, por sua vez, à partir de reformulações do pensamento de Austin, insere elementos internos na teoria da obediência, evoluindo o pensamento anterior. Finalizando, Norberto Bobbio ao voltar os olhos para o realismo jurídico, densificou o positivismo ao ajustá-lo ao positivismo jurídico ético moderado.

Tudo isso se mostra importante nesta pesquisa porque, embora os direitos fundamentais sociais sejam eivados de valores concebidos como princípios, a sua concretização observa o imperativo dos institutos positivados e de caráter irradiante vinculativo constitucional, logo, sob a perspectiva de ser um comando de realização, o pensamento aqui em análise se presta a identificar sua expressão válida segundo a ótica integrativa, harmônica e unitária, qual não admite conteúdo contrário ou contraditório. Desta feita, em que pese mitigada a técnica mecanicista da subsunção positivista, os seus critérios para aferição de validade ainda remanescem presentes no ordenamento hodierno.

1.3. O pós-positivismo e o neoconstitucionalismo.

Do exposto até aqui possível notar a transformação do pensamento jurídico atinentes às relações de poder pela sua racionalização e teorização cada vez mais complexa. O constitucionalismo hierarquizou o direito, mantendo em seu núcleo as ideologias que definem as sociedades no decorrer do tempo, a fim de atender às necessidades para o seu desenvolvimento. O positivismo o sistematizou imprimindo relações de validade do direito, quais foram muito criticadas, pois, também devido às ideologias, teve seu objetivo desvirtuado

permitindo interpretações radicais formalísticas se tornando o meio de exercício de poder pelo qual originariamente fora criado à combater (a insegurança jurídica e as arbitrariedades).

Com isso, especialmente no mundo pós-segunda guerra mundial, as sociedades modernas não mais se satisfizeram apenas com os juízos de validade, contudo, enquanto método, o positivismo não pode ser ignorado até os dias de hoje. Então, o juízo de validade transformou-se em juízos de legitimidade, pela reaproximação da moral ao direito, que em grande parte dos países se deu a partir de sua reconstitucionalização e redemocratização.

Assim, há de se asseverar que neoconstitucionalismo (sem inferir quanto a genealogia ou adequação do termo) significa uma designação dada a um novo modo de pensar o direito constitucional, mitigando o jusnaturalismo (crença em princípios de justiça universalmente válidos) e juspositivismo (objetividade científica), fazendo com que as relações de poder ora são analisadas com os fundamentos clássicos já expostos, ora com fundamentos antagônicos à estes, em prol de um ideal maior, a dignidade da pessoa humana. Neste sentido:

O marco filosófico do novo direito constitucional é o póspositivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo. (BARROSO, 2005, p. 5)

Ou seja, o neoconstitucionalismo teve por fundação a perspectiva filosófica do pós-positivismo, que se identifica notadamente em sua metódica de interpretação:

A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. (BARROSO, 2005, p. 6)

Outrossim, não se pretende buscar identificar nesta pesquisa se o aqui chamado pós-positivismo se trate efetivamente de superação ou não do positivismo, pois, com visto evoluiu no decorrer da história para atender as exigências modernas. Ainda:

É verdade que, para os positivistas inclusivos, o fundamento das normas revestidas de conteúdo moral será sempre um ato de autoridade, validado por uma regra de reconhecimento aceita pela prática da comunidade política. No

final das contas, eles não se afastam do brocardo hobbesiano de que *autoritas non veritas facit legem*. Já para os não-positivistas, a vigência dos princípios morais não decorrerá de um "teste de pedigree", mas de exigências da própria moral, acessíveis à razão humana. Porém, para ambas as linhas os valores morais incluídos nas constituições são jurídicos e devem produzir efeitos no mundo concreto. (SARMENTO, 2009, p. 6 – grifo nosso).

Assim, Sarmento (2009, p. 2) esclarece que o termo "neoconstitucionalismo" é oriunda da doutrina espanhola e italiana, sendo difundida pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, na coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo (s)* publicada na Espanha em 2003. E, juntamente com aquele, dentre os doutrinadores nacionais, Barroso (2005), Barcellos (2005a), Sarlet (2010), Streck (2011), como tantos outros, indicam que foram os pensamentos heterogêneos de Ronald Dorkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Konrad Hesse, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, entre outros, que o densificou, embora “nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista” (SARMENTO, 2009, p. 2).

Aqui, considerando que o estudo individualizado da teoria de cada um deles derivaria a presente pesquisa para objetivo diverso ao proposto, passa-se a traçar as características do neoconstitucionalismo em linhas gerais, trazendo os apontamentos dos referidos mestre quando oportuno, em especial nos capítulos seguintes.

Feito este recorte, para fins acadêmicos, empresta de Barroso (2005) a divisão do estudo em: marco histórico; marco filosófico; marco teórico (a força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e, a nova interpretação constitucional), que são a seguir apresentados sinteticamente.

Por *marco histórico*, como já suscitado, entende-se a reconstitucionalização e redemocratização dos países europeus após a Segunda Guerra Mundial, que pode ser observada nos documentos da Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, Constituição da Itália, de 1947, sendo seguido pelos demais países¹¹ à exemplo Portugal (1976) e da Espanha (1978), o que desde já denota a efetiva força dos referidos instrumentos como transformadores e conformadores das sociedades modernas através de seu conteúdo substancial:

[...] não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família. (SARMENTO, 2009, p. 2-3)

¹¹ No Brasil isso ocorreu com a Constituição Federal de 1988.

Contemporaneamente à isso, tais países criaram, ou revitalizaram, seus Tribunais Constitucionais, assim, “de poder quase ‘nulo’, mera ‘boca que pronuncia as palavras da lei’, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo” (SARMENTO, 2009, p. 3) ganhando protagonismo na defesa social.

O *marco filosófico*, também já assinalado, teve como objeto a reaproximação da filosofia ao direito (e conseqüentemente à moral), mitigando o jusnaturalismo e o positivismo, passando a ser chamado (mesmo que impropriamente) de pós-positivismo, que “busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas” (BARROSO, 2005, p. 6).

Em suma, a interpretação deixa de ser mecanicista (juízo de validade), para se utilizar de teorias de argumentação (juízo de legitimidade), que tem como pano de fundo a dignidade da pessoa humana. Como consequência “A ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas” (SARMENTO, 2009, p. 3-4), ou seja:

[...] a argumentação jurídica, apesar de não se fundir com a Moral, abre um significativo espaço para ela. Por isso, se atenua a distinção da teoria jurídica clássica entre a descrição do Direito como ele é, e prescrição sobre como ele deveria ser. Os juízos descritivo e prescritivo de alguma maneira se sobrepõem, pela influência dos princípios e valores constitucionais impregnados de forte conteúdo moral, que conferem poder ao intérprete para buscar, em cada caso difícil, a solução mais justa, no próprio marco da ordem jurídica. Em outras palavras, as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, e a diferenciação entre eles, essencial nas sociedades complexas, permanece em vigor, mas as fronteiras entre os dois domínios tornam-se muito mais porosas, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça, e a cultura jurídica começa a “levá-los a sério”. (SARMENTO, 2009, p. 4-5)

Quanto ao *marco teórico*, se subdivide em três categorias: a força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e, a nova interpretação constitucional.

A *força normativa da Constituição* confere caráter vinculativo e obrigatório às suas disposições, cuja racionalidade desse pensamento foi exemplarmente trabalhada por Konrad Hesse, na obra de mesmo nome, onde principia o seu raciocínio pautado no fato de que a norma-base de todo o ordenamento jurídico (A Constituição) deve estar fulcrada na realidade sociopolítica. Assim, atribui à ela o elemento *vontade*, sob pena de “quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo” (HESSE, 1991, p. 14).

Neste sentido:

A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p. 19)

Com efeito, essa “vontade” conforma a interpretação e aplicação do direito constitucional:

Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a «actualização» normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência. (CANOTILHO, 1993, p. 229)

Dos arrestos acima, nota-se que o instituto busca, no momento da interpretação constitucional, direcionar o operador para o juízo de possibilidades em face das condicionantes de contextualização na realidade histórico-cultural, com o escopo de garantir sua concretização ótima. Nas palavras do próprio Hesse: “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes em uma determinada situação” (HESSE, 1991, p. 22); pois, “As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*)” (HESSE, 1991, p. 24); logo, “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia” (HESSE, 1991, p. 15).

Enfim, não se trata apenas da imperatividade da norma, mas sua vinculação está ligada à necessidade de estabilização do instrumento na exata medida do âmbito de abrangência possível pelas condicionantes do ser, levando a “vontade” transformadora do texto da Constituição a cabo para a realidade.

No que concerne a *expansão da jurisdição constitucional*, considerando a abertura substancial do conteúdo constitucional, viu-se a necessidade de criação de tribunais

constitucionais que garantissem não só a imperatividade da Constituição, mas também lhe pudesse atribuir sentido em caso de eventual necessidade de resolução de conflito; - o chamado controle de constitucionalidade.

Tal fato originou-se na Alemanha (1951), o que foi seguido por muitos países na Europa e no mundo à exemplo da Itália (1956), Chipre (1960), Turquia (1961), Grécia (1975), Espanha (1978), Portugal (1982), Bélgica (1984), Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992), Eslovênia (1993), Argélia (1989), África do Sul (1996), Moçambique (2003) e Reino Unido (2009). No Brasil, o controle de constitucionalidade é previsto desde Constituição republicana, de 1891.

Então, como já tratado no item do *evolução histórica do constitucionalismo norte americano*, a criação dos referidos tribunais possibilitou o fomento da doutrina do *judicial review* (à partir do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, 1803), cabendo à eles a função, em último caso, de interpretar e aplicar a Constituição, atendo-se à sua força normativa, preponderando sobre a avaliação dos demais Poderes.

Assim, insistindo no fato de que o neoconstitucionalismo admite a inclusão de valores morais no texto jurídico, e que “os valores morais incluídos nas constituições são jurídicos e devem produzir efeitos no mundo concreto” (SARMENTO, 2009, p. 6), indubitável que, com a possibilidade da análise pelos tribunais constitucionais acerca destes institutos, quanto provocados, houve um amplo alargamento das competências judiciais, chegando-se à discussão de politização da jurisdição ou judicialização da política, via ativismo judicial, o que será objeto de análise em momento oportuno nesta pesquisa.

Quanto a *nova interpretação constitucional* será tratado em tópico próprio, pois, aproveitar-se-á o ensejo para aprofundamento da matéria.

Com efeito, para o encerramento deste item, consoante Barcellos (2005a, p. 2-4), destaca que o neoconstitucionalismo pode ser identificado por seu aspecto *metodológico-formal*, com a força normativa da Constituição (que além de normas imperativas, são normas hierarquicamente superiores e vinculantes), e seu aspecto *material* (com a introdução explícita de valores e opções políticas em seus textos, para a promoção da dignidade humana, gerando a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas).

Enfim, o momento histórico vivido traz consigo novos critérios de conformação do direito, em especial aqueles afetos aos direitos fundamentais pelo seu caráter aberto, no qual toca o instituto da reserva do possível ora investigada. Assim, a busca a de densificação dos direitos reconhecidos *prima facie* dependem do estabelecimento de seu âmbito normativo

conforme a atual hermenêutica jurídica, pois, considera que inexistente norma a não ser aquela interpretada, razão pela qual se passa a tecer algumas considerações sobre esta técnica.

1.4. Da interpretação constitucional.

Antes de tudo, para fins de delimitação objetiva do tema ora aqui tratado, o que se utilizará doravante no decorrer da pesquisa, interessante diferenciar três expressões similares, porém com significados completamente distintos, conforme leciona Canotilho (1993, p. 201-203), quais sejam: a) *Realização constitucional*; b) *Interpretação constitucional*; e c) *Concretização da constituição*.

Sinteticamente, *Realização constitucional* significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais (atividade legiferante), onde todos os cidadãos contribuem direta ou indiretamente na fundamentação da constituição.

A *Interpretação constitucional* tem por objeto a capacidade de atribuir significado (ato decisório) a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição (norma constitucional) obtendo elemento norteador normativo-constitucionalmente fundado na resolução de problemas, que pode se apresentar de três dimensões:

- (1) interpretar a constituição significa procurar o direito contido nas normas constitucionais;
- (2) investigar o direito contido na lei constitucional implica uma actividade — actividade complexa — que se traduz fundamentalmente na «adscrição» de um significado a um enunciado ou disposição linguística;
- (3) o produto do acto de interpretar é o significado atribuído. (CANOTILHO, 1993, p. 202)

Já a *Concretização da constituição* se trata de um processo que transmuta o texto da norma (enunciado) em um comando de norma concreta (norma jurídica); servindo as técnicas hermenêuticas de intermédio para a descoberta da norma de decisão na resolução de problemas constitucionais, qual gerará seus efeitos no mundo dos fatos. Logo, “A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção de uma norma jurídica” (CANOTILHO, 1993, p 202-203).

Dito isto, de modo simplista, vê-se que interpretar é atribuir significado e sentido à norma, consoante já trabalhado quando da análise das doutrinas positivistas de Kelsen, Hart e Bobbio, tornando despicando as sua repetição, lembrando que, mesmo no cenário neoconstitucionalista, “ao se falar em nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores, teoria da argumentação, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subjuntivas.” (BARROSO, 2004, p. 6).

Portanto, para efeito da presente pesquisa se propõe, sem a pretensão de esgotamento da matéria, indicar possíveis formulações sobre as questões de: O que se interpreta? Quem interpreta? E, como se interpreta?

1.4.1. Constituição – conjunto normativo aberto de princípios e regras.

O objeto da interpretação constitucional, por óbvio, são as normas constitucionais, porém, consoante o arrazoado da evolução do pensamento jurídico, tais normas hoje se apresentam por meio de um conjunto de regras e princípios, cuja a distinção ganhou fomentos nas obras Ronald Dworkin e Robert Alexy. Em ambos os casos a argumentação teve origem na tentativa de se explicitar o caráter da norma de direito fundamental.

Suscintamente, Ronald Dworkin em seus confrontos com Oxford, Herbert Hart, no chamado “ataque geral ao positivismo” (*general attack on positivism*), critica tal pensamento porque um sistema jurídico constituído exclusivamente por regras não ofereceria instrumentos satisfatórios à resolução dos casos difíceis (*hard cases*), e, se posto à apreciação judicial, não restaria ao juiz opção senão uma decisão eminentemente discricionária.

Por esta razão, identifica no mundo normativo não apenas a presença de regras, mas também de princípios, distinguindo-os pelo ponto de vista lógico, consoante sua dimensão de peso (*dimensiono of weight*).

A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrão apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis da maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso em nada contribui para a decisão. [...] A distinção lógica entre princípios e regras aparece claramente quando consideramos princípios que nem mesmo se assemelham a regras. [...] Os princípios trazem uma dimensão que as regras não têm – dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. [...] as regras não tem essa importância. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes [...]. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. (DWORKIN, 2002, p. 39, 41, 42 e 43)

Isto é, a regra, e seu juízo de validade, opera-se pela compreensão do tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*), o que inclusive especifica seus efeitos; pois, é patente em afirmar que no caso de colisão de regras uma delas não é válida. Embora caiba especificação de exceções para sua coexistência, o que significará maior completude de seu enunciado, se as houver em demasia “seria desajeita demais repeti-la cada vez que a regra fosse citada; contudo, em teoria,

não há razões para que nos proíba de incluí-las e quanto mais o forem, mais exato será o enunciado da regra” (DWORKIN, 2002, p. 40).

Os princípios não possuem esta estrutura, dado o seu caráter aberto, e seus efeitos concorrem entre si modulados pela já mencionada dimensão de peso. Com isso em mente, quando da atividade concretizadora do direito, notadamente no que tange aos casos difíceis, o referido autor faz longa explanação se utilizando da figura metafórica do juiz Hercules, qual seria capaz de encontrar uma resposta correta (*right answer*) e garantiria a integralidade do sistema. Frise-se, não “a resposta correta”, mas “uma resposta correta”, aquela que melhor atender as necessidades do caso concreto.

Em outros termos, a integração dos princípios permite seja encontrada uma resposta correta nos casos não abrangido pelas regras, ou mesmo, direcionar a decisão para a regra mais adequada quanto há múltiplas possibilidades de incidência de regras. Dito isso, estrutura uma teoria substantiva que melhor corresponde a concretização da Constituição consubstanciada em metódica de solução de eventual colisão de normas para a obtenção de uma a resposta via integração; no caso de princípios em concorrência (ponderação de sua dimensão ou peso), já, em se tratando de regras júizo de validade (tudo ou nada).

Assim, o dimensionamento e peso dos princípios, em caso de colisão, não implica, necessariamente a declaração de invalidade de um deles, resolvendo-se por meio da especificidade de cada caso, com a primazia de um dos princípios colidentes, naquele caso. Mas, de modo algum, isso vem a significar que o princípio “menos importante” (no caso específico) deixou de pertencer ao sistema jurídico (para os demais casos); vez que, futuramente, seja por já inexistir circunstâncias de conflitos, seja por terem modificado seu peso em um novo caso concreto, aquele princípio então preterido pode se tornar essencial para a formulação da norma de decisão, passando a deter a protagonismo antes conferido à outro que lhe era contrário.

Por sua vez, Robert Alexy propõe uma distinção entre regras e princípios tratando-os como espécies do gênero norma (tal como Dworkin), no entanto, a sua verificação se dá em caráter *qualitativo* e não de grau, o que pode ser constatado na tese dos princípios como *mandamentos de otimização*.

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las

posibilidades reale sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios o cualitativa y no de grado toda norma es o bien una regla o un principio. (ALEXY, 1993, p. 86-87)

No campo da interpretação, para a solução de conflito entre regras, se utiliza da introduzirão exceções, onde “*Un conflicto entré reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina sel conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas*” (ALEXY, 1993, p. 88). Isto porque, diferentemente do conceito de validade social, a validade jurídica não pode ser graduada ou pesada. Desta feita, se “*una regla vale y es aplicable a un caso significa que vale también su consecuencia jurídica.*” (ALEXY, 1993, p. 88).

É justamente nesse ponto há divergência entre os posicionamentos de Alexy e Dworkin. Conquanto Dworkin defende que as cláusulas de exceção poderiam ser, ao menos teoricamente, enumeráveis, para Alexy “*las cláusulas de excepción introducibles en las reglas sobre la base de principios ni siquiera son teóricamente enumerables*” (ALEXY, 1993, p. 100). Referente a colisão de princípios, Alexy indica que a resolução também seria diversa da proposta para as regras, introduzindo o conceito de *precedência condicionada*, onde um dos princípios cederia parte de sua eficácia:

Cuando dos principios entran en colisión —tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido— uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que. Bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. (ALEXY, 1993, p. 89)

Dito isso, nota-se que a ideia de Alexy acerca da precedência condicionada está ligada ao fato de que a “importância” do princípio depende das circunstancia de cada caso concreto e deve ser considerada via ponderação segundo o preceito de *otimização* da norma, que, pelo seu “*carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales*” (ALEXY, 1993, p. 111), que são: de

adequação¹², e necessidade¹³ e de proporcionalidade em sentido estrito¹⁴. Em suma, em havendo conflito de princípios, potencializa-se os efeitos de um deles, com o mínimo de retração (decência) da eficácia daquele preterido, resguardando a validade de seu caráter *prima face*.

Para não se estender em demasia, explicitado que o conteúdo normativo dos sistemas atuais são compostos por princípios e regras, bem como estabelecido a distinção de suas características e forma de resolução em caso de eventuais conflitos consoante o pensamento amplamente reconhecido hodiernamente, encerra esse item acerca do que seria objeto da interpretação (o que se interpretar?) nos termos da jus-filosofia neoconstitucionalista para explicitar os demais elementos que compõe a técnica hermenêutica atual.

1.4.2. Uma sociedade aberta intérpretes.

Uma vez concebido o objeto da interpretação, fica a pergunta à quem é incumbida a tarefa de realiza-la? Para responder esta indagação adere às preposições de Peter Häberle notadamente a obra: *Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição - contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição* (1975).

Sua teoria de sociedade aberta de intérpretes da constituição tem como sustentáculo primordial o fato de todo o corpo social deve contribuir para a obtenção do sentido da norma, visto que: quem vive a norma acaba, mesmo que indiretamente, por interpretá-la ou co-interpretá-la (*Wer die Norm "ledt", interpretiert sie auch (mit)*). (HÄBERLE, 2002, p. 13), logo, conclui que “O 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 elemento cerrado ou fixado como *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 2002, p. 13), ou seja, todo o corpo político-social figura como forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Proaktivkräfte*) em *sentido lato*, agindo ao menos como pré-intérpretes (*Vorinterpretieren*).

Vê-se, portanto, as questões jurídicas estariam atreladas intimamente às questões políticas, não havendo como ser dissociadas umas das outras, buscando nessas forças uma interpretação adequada e democraticamente legítima consubstanciada no diálogo jurídico.

¹² Refere-se à factualidade possível, obstando os meios que possam vir a impedir a concretização do princípio, bem como a utilização do meio menos gravoso para tal.

¹³ Se liga a ideia do grau de interferência de um princípio sobre o outro.

¹⁴ Relaciona-se às possibilidade jurídicas, sopesando os seus efeitos.

Apesar disso, o seu pensamento não nega que “Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normativa do voto minoritário)” (HÄBERLE, 2002, p. 14).

Ainda, interessante destacar que a abertura interpretativa se presta a legitimar a conformação normativa, onde a concepção de “povo” é sensivelmente alterada, veja:

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão [...]. (HÄBERLE, 2002, p. 37)

Isto significa que, a *democracia do cidadão* é entendida, em termos häberleanos, pautado na primazia do acesso aos direitos fundamentais, superando o esquema restritivo pelo qual o povo soberano somente delegaria o poder e cuja cidadania seria exercida exclusivamente via sufrágio. Logo:

Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes "corporativos" ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significa um empobrecimento ou um auto engodo. De resto, um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional como ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes "não corporativos" ("*nicht-zünftige*" *Interpreten*). (HÄBERLE, 2002, p. 34)

E, impõe-se notar de extrema relevância a “comunicação entre norma e fato” (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), a qual constitui condição da própria interpretação constitucional nas possibilidades fáticas, sendo esta a razão para o pluralismo jurídico.

Nestes termos, entende que a interpretação, e conseqüente estabelecimento do conteúdo normativo, não deve ser realizada segundo a lógica do “um ou outro” (*Entweder-oder*), mas de acordo com um pensamento permanentemente aberto e plural às múltiplas alternativas e possibilidades da consciência coletiva. Elucidam Mendes e Do Vale a relevância do pensamento de Häberle ressaltando a conseqüência da utilização de tal método como “uma teoria constitucional das alternativas” que desemboca numa “teoria constitucional da tolerância” (MENDES; DO VALE, 2008/2009, p. 9). Ainda:

O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na *res publica* existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O

pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor. (HÄBERLE, *apud* MENDES; DO VALE, 2008/2009. p. 9)

Em razão disso, depara-se com a análise das circunstâncias e condições da realidade como elemento intimamente ligado ao método hermenêutico. Também, em última análise, na realização, interpretação e concretização do direito constitucional se tem presente envolvido o poder político que, embora não seja determinante exclusivo da norma, é parte significativa de sua conformação. Então, para lograr êxito de adequação nesta forma interpretativa plural, elenca como legitimados em um catálogo não taxativo para interpretação constitucional (lembrando se trata da realidade alemã), sendo eles:

Órgãos do Estado – composto por àqueles com poderes de decisões vinculantes, como a Corte Constitucional, o Legislativo e Executivo, ressaltando a possibilidade de revisão judicial pelo primeiro em se tratando dos demais.

Participantes das Decisões – inclui todos que, de alguma forma, auxiliam na formação da decisão, tais como as partes em processo com recurso constitucional, onde justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal Constitucional a tomar uma posição ou a assumir um *diálogo jurídico*; também, outros participantes do processo com direito de manifestação prevista na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, quando eventualmente convocados; os órgãos e entidades estatais, assim como os funcionários públicos, seus agentes políticos ou não, nas suas esferas de decisão; os pareceristas ou *experts*; os peritos e representantes de interesses, que atuam nos tribunais; Grupos de pressão; partidos políticos e frações parlamentares; requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo.

Opinião Pública - via mídia, em geral, imprensa, rádio e televisão; e,

Doutrina - por sua própria atuação na definição normativa e por tematizar a participação de outras forças produtoras de interpretação.

Como consequência dessa participação da sociedade a conformação constitucional tende a relativização da interpretação, assim compreendida:

1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os partícipes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente.
2. Na posição que antecede a interpretação constitucional "jurídica" dos juízes (*Im Volfeld juristischer Verfassungsentpretation der Richter*), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente intérpretes da Constituição. O conceito de "participante do constitucional" (*am Verfassungsprozess Beteiligte*) relativiza-se na medida em

que amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte da interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (*die pluralistische Öffentlichkeit*) desenvolve força normatizadora (*normierende Kraft*). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública.

3. Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material "subsiste" sem interpretação constitucional por parte do juiz. (HÄBERLE, 2002, p. 41-42)

Portanto, segundo esta teoria, justifica-se a abertura da interpretação da constituição pela necessidade de análise do seu conteúdo político, inclusive por ser seu elemento vital ou mesmo central, haja vista define o modo de se desenvolver as relações sociais na vida civil (isto é, a sociedade plural).

É de se notar, ainda, que o poder de conformação do legislador difere qualitativamente daquele do juiz, porém, sob o prisma quantitativo, não há diferenças. De qualquer sorte, a conformação encontra limites na própria Constituição pela sua própria força normativa, em especial nos princípios fundamentais de acordo com o exposto neste estudo, quando tratado o movimento neoconstitucionalista.

Faz-se aqui um aparte de que esta abertura interpretativa também alarga as possibilidades de ocorrência do fenômeno da mutação constitucional¹⁵, reiterando o fato de que a norma posta será sempre uma norma interpretada. Sobre o tema Mendes e Do Vale destacam:

Retira-se da obra Peter Häberle a observação segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*). Interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (*Einen Rechssatz "auslegen" bedeutet, ihn in die Zeit, d.h. in die öffentliche Wirklichkeit stellen – um seiner Wirksamkeit willen*). Por isso, Häberle introduz o conceito de pós-compreensão (*Nachverständnis*), entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende "supervenientemente" uma dada norma. A pós-compreensão nada mais seria, para Häberle, do que a pré-compreensão do futuro, isto é, o elemento dialético correspondente da idéia de pré-compreensão. [...] Em outras palavras, a norma, confrontada com novas experiências, transforma-se necessariamente em uma outra norma. (2008/2009. p. 16)

Neste sentido, a mutação constitucional se trata de um fenômeno pelo qual, apesar de não se alterar o texto expresso da lei, altera-se o seu significado e alcance do conteúdo normativo, por meio de *interpretação*, em um processo lento, claramente perceptível somente quanto

¹⁵ Este fenômeno que poderia ser abordado em estudo próprio, mas será apenas mencionado sucintamente em linhas gerais, sob pena de se perder o objetivo proposto.

confrontando cronologicamente em épocas distintas, tendo como sua mola propulsora de alteração, a própria realidade.

Com efeito, fica deveras evidenciado que o objeto desta pesquisa (reserva do possível) é condicionada (a) ao reconhecimento pré-constituído comum dos interpretes (todos) da constituição de sua legitimidade (que corresponderá ao limite máximo de concretização constitucional); bem como, (b) em se tratando de instituto que se contrapõe frontalmente à concretização dos direitos fundamentais, o estabelecimentos da expressão nuclear desses não podem ser ignorados (que representa o seu o limite mínimo ou prioritário). Em suma, desde já põe em destaque o questionamento do que seria razoável e proporcional se exigir do Estado? Assim, a resposta está a depender da conformação conferida por esta sociedade abeta de interpretes.

De outra forma, cerrando este item, verifica-se pelo assertos supra que a teoria de Häberle propõe instrumentalizar a hermenêutica constitucional, onde àquele que está sujeito à norma também participa da conformação de seu âmbito, atendendo aos anseios democráticos de legitimação do direito, haja vista não alija opiniões e posições diversas, expressando-se pela mediação entre Estado e Sociedade em um procedimento dialógico *político-constitucional*, vez que se trata de *processo público*; qual objetiva congrega todos os atores para interpretação (e conseqüente concretização), num “concerto” oriundo da mescla de todas as opiniões, manifestações e interesses, a fim de se conseguir uma *unidade política*. E, para o exercício interpretativo, a doutrina moderna tem-se utilizados os princípios e métodos a seguir.

1.4.3. Métodos e princípios de interpretação constitucional.

Quanto aos métodos interpretativos e princípios de interpretação constitucional (para responder ao questionamento de: como se interpretar?), considerando, ainda que forma indireta, muitos dos assuntos atinentes a estes temas já foram tratados. Por isso, a sua invocação específica será recorrente nos demais capítulos desta presente pesquisa, sem esgotar as suas dimensões, categorias ou aspectos, os elencará de modo sucinto com o escopo de denotar que, consoante o fenômeno neoconstitucionalista, são empregados para garantir principalmente a unidade, integração e coerência do sistema normativo. Servem como instrumentos de orientação hermenêutica na realização, interpretação e concretização do direito constitucional, utilizando-se como principal base teórica os ensinamentos Hesse já exposta e as definições desenvolvidas por Canotilho, que são referenciados por Bastos (2002, p. 173 e seguintes), Cunha Junior (2012, p. 226 e seguintes), Mendes e Branco (2014, p. 104 e seguintes), Moraes (2014, p. 15) e Tavares (2012, p. 109), além de outros.

1.4.3.1. Métodos de interpretação constitucional.

Do exposto até este momento, reitera-se que interpretar é uma atividade intelectual prática que busca alcançar o conteúdo normativo para a solução de situações concretas (TAVARES, 2012, p. 101). Assim:

“[...] poder-se-á dizer que a interpretação das normas constitucionais é um *conjunto de métodos*, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares”. (CANOTILHO, 1993, p. 212-213)

Enfim, objetivando a pesquisa, passa-se a elencar os instrumentos práticos e específicos da concretização de normas constitucionais, sem adentrar às questões de suas problemáticas internas, restringindo-se a sua enumeração teórico-metodológicas.

O *método jurídico* (método hermenêutico clássico) – Tal método se desenvolve como se a Constituição fosse uma lei em sentido estrito; logo, a interpretação constitucional se equipara a interpretação legal. O sentido da norma é obtido pelos “elementos interpretativos: (i) do elemento filológico (= literal, gramatical, textual); (ii) do elemento lógico (= elemento sistemático); (iii) do elemento histórico; (iiii) do elemento teleológico (= elemento racional); (iiiii) do elemento genético” (CANOTILHO, 1993, p. 213). Com isso, a letra da constituição é tanto o ponto de partida como o seu limite interpretativo (BASTOS, 2002, p. 182).

Sintetizando, identifica-se o fato jurídico – premissa menor (ser) – e busca-se no ordenamento jurídico, via raciocínio lógico silogístico, a premissa maior (dever ser), submetendo as consequências e efeitos da incidência da norma, cujo enquadramento é nominado de subsunção (BARROSO, 2009a, p. 296).

O *método tópico-problemático* – Este método tem como escopo a resolução de conflitos específicos e concretos, partindo-se do problema (análise das condicionantes factuais de possibilidades) para a norma, cuja incidência, em geral, são aquelas de caráter aberto e de conteúdo indeterminado. Assim, devido a textura aberta da norma inviável raciocínio subjuntivo. Com isso utiliza-se a ponderação de argumentos plurais para adaptar e adequar a norma ao fato (CANOTILHO, 1993, p. 214). Veja:

Aqui a interpretação cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico, para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica, de forma a atender, dentro de certos limites oriundos da forma pela qual a norma está posta, às mudanças operadas na sociedade, mudanças tanto no sentido do desenvolvimento quanto no de existência de novas ideologias. (BASTOS, 2002, p. 111)

Com essas assertivas, destacas dois pontos: o primeiro é a necessidade de observância da Vontade da Constituição (Hesse) e consequente respeito aos princípios fundamentais; bem como que a interpretação há de ser plural fundado na ética do outro nos termos já explicitados da sociedade aberta de interpretes (Häberle), sendo estes dois elementos os limites da norma, sob pena de ser permitido um decisionismo arbitrário e, sobretudo, deslegitimado.

O *método hermenêutico-concretizador* – De plano, interessante destacar que este método é diverso do último na medida em que aquele prima (tem como ponto de partida) o problema em si, e este, no sentido inverso, estabelece sua base no texto normativo em face ao problema. Isto é, há de se ter a pré-compreensão do seu sentido da norma, que, via interpretação se obtém o sentido de sua compreensão (efeitos de fato), portanto, o interprete age, de certa forma, com atividade criativa à partir da contextualização histórico-jurídico-social consubstanciado nos pressupostos de possibilidades, concretizando seus efeitos dentro dos limites destes fatores. Neste sentido:

(1) os pressupostos subjectivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional: (2) os pressupostos objectivos, isto é, o contexto, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica: (3) relação entre o texto e o contexto com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em «movimento de ir e vir» (círculo hermenêutico). (CANOTILHO, 1993, p. 214).

Enfim, “O método procura-se legitimar a construção da solução mais razoável para o problema, desde circunscrita às possibilidades oferecidas pelo texto constitucional” (BARROSO, 2009a, p. 278).

O *método científico-espiritual* – Se trata de método fundado em valores sociológicos que levam em conta “(i) as bases de valoração (= ordem de valores, sistema de valores) subjacentes ao texto constitucional; (ii) o sentido e a realidade da constituição como elemento do processo de integração” (CANOTILHO, 1993, p. 215). Em outros termos, interpretar seria buscar o sentido axiológico último da norma, por meio de uma leitura flexível e extensiva do sistema jurídico, pautado em os valores históricos e sociais face a realidade do Estado, que se moldam para a sua conformação.

O *método jurídico normativo-estruturante* – Este método concebe como elementos distintos o “texto constitucional”, “norma constitucional” e “norma de decisão”. O primeiro seria a base linguística com preposições a serem interpretadas. O segundo a compreensão, genérica e abstrata derivada de interpretação baseada em um programa normativo sistêmico. E, por fim, o terceiro seria a norma constitucional efetivamente concretizada pelo interprete

(legislador, juiz ou admiração pública), com nítida função de realização constitucional na resolução de questões práticas. A esse respeito, “O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro – o texto – neste sentido o interprete produz a norma” (GRAU, 2006, p. 83). Dito isto, vê-se que a norma só pode ser efetivamente analisada em confronto à realidade, pois, a norma em si seria muito mais complexa que o mero enunciado linguístico, que é considerado apenas o aponta do *iceberg*.

1.4.3.2. Princípios de interpretação da constituição.

Fechando este capítulo, tal qual se fez em relação aos métodos, passa-se a elencar os princípios norteados da atividade interpretativa, restringindo-se a sua enumeração teórica, quais seja:

O princípio da unidade da constituição – tem como cerne evitar contradições (antinomias, antagonismos), servindo como “ponto de orientação”, “guia de discussão” e “fator hermenêutico de decisão”, exigindo do interprete a compreensão sistêmica global do ordenamos com o fito de harmonizá-lo (CANOTILHO, 1993, p. 226).

O princípio do efeito integrador – Associado ao princípio anterior, se presta justamente a resolução dos problemas jurídico constitucionais, favorecendo os aspectos que visem a integração política e social, contribuindo para o fortalecimento da unidade política (CANOTILHO, 1993, p. 227).

O princípio da máxima efetividade – também chamado de princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, há de ser pensado de modo a propiciar que a norma constitucional um sentido de eficácia mais ampla possível. Opera sobre todas as relações constitucionais, sendo notadamente invocado quando da análise da incidência dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 1993, p. 227).

O princípio da “justeza” ou da conformidade funcional – compete aos órgãos estatais incumbidos da interpretação constitucional evitar que se formule sentido que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte (CANOTILHO, 1993, p. 227).

O princípio da concordância prática ou da harmonização – conjugado concomitantemente aos princípios da unidade, efeito integrador e máxima efetividade, objetiva impor, na ordem prática, que se evite sacrificar em sua totalidade quaisquer bens da vida em conflito, sendo muito suscitado na defesa dos direitos fundamentais. Parte da ideia que todos os bens jurídicos constitucionalmente eleitos como fundamentais possuem o mesmo “valor”,

cuja preponderância de um deles, quando colidirem, há de ser na exata medida para obtenção de resultado prático adequado. (CANOTILHO, 1993, p. 228).

O princípio da força normativa da constituição – já citado reiteradamente, advindo da doutrina de Hesse, fundamenta-se no fato que a constituição é um instrumento de alteração das realidades sociais, razão pela qual lhe se atribui o elemento “vontade”, e, quando da resolução de problema jurídico-constitucionais, esta vontade há de prevalecer para que se chegue a uma eficácia ótima da lei fundamental (CANOTILHO, 1993, p. 229).

Poder-se-ia, ainda, tratar aqui os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, contudo, a fim de se evitar repetições exaustivas os mesmo serão estudados nos próximos capítulos, vez que são parte integrante indispensável na relação de concretização dos direitos fundamentais sociais.

Por fim, embora não se trata de interpretação constitucional, para dar maior completude ao estudo, aproveita-se o ensejo e elenca *O princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição* – caracteriza-se como controle de constitucionalidade na interpretação. Isto é, em havendo várias possibilidades de enquadramentos ou sentidos a ser extraídos das normas infraconstitucionais (normas polissêmicas), a única legítima a ser aceita é aquela que estará em consonância dos ditames da lei maior. Frise-se, em havendo ao menos um sentido legítimo, a norma infraconstitucional não deve ser declarada inconstitucional, mas apenas o sentido que ofende a constituição (*contra legem*).

Concluindo, estes elementos instrumentais se prestam para a interpretação constitucional enquanto preceitos metodológicos e valorativos para, segundo a concepção jus-filosófica neoconstitucionalismo, se extrair o sentido da norma (a norma de decisão) que garante simultaneamente a unidade, integração, máxima eficiência e harmonia do sistema jurídico, notadamente no que tange ao conflito de normas não hierarquizadas e de expressão fundamental, o que é de suma importância para o reconhecimento legítimo do instituto da reserva do possível, na medida em que há de invariavelmente se equacionar em face a um direito fundamental, inexistindo meio de se desprezar qualquer das técnicas ou princípios acima suscitados.

CAPÍTULO 2: DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS BRASILEIROS E SUA CONCRETIZAÇÃO

Antes de discorrer sobre a temática proposta neste capítulo, sintetiza o capítulo anterior que buscou demonstrar brevemente as relações entre direito e política, expondo as alterações da concepção do exercício do poder por meio do direito, notadamente a partir do movimento constitucionalista até o neoconstitucionalista; bem como o desenvolvimento do positivismo e pós-positivismo, com o transito do campo da validade para a legitimidade dos institutos normativos via evolução de métodos e técnicas hermenêuticas.

Desta feita, culminou em diversos métodos interpretativos do sistema legal composto por um conjunto unitário, harmônico e integrador de normas que se expressam por regras e princípios, cujo resultado objetiva potencializar e maximizar seus efeitos, em especial em caso de conflitos daquelas hierarquicamente iguais, denotando a tônica atual das relações de poder no momento da realização, interpretação e concretização do direito.

Assim, faz-se novo corte metodológico concentrando a esta pesquisa nos direitos fundamentais sociais e a problemática de sua concretização na realidade nacional, sob pena de se desvirtuar de sua proposta originalmente.

2.1. Da terminologia *Direitos Fundamentais*.

Primeiramente, conveniente compreender a terminologia *direitos fundamentais*, em face da a expressão *direitos humanos* (e outras símiles, como “direitos naturais”¹⁶, “direitos subjetivos públicos”¹⁷, “liberdades públicas”¹⁸, entre outras). Seguindo as orientações de Canotilho (1993, p. 495) e Miranda (2007, p. 10 e 14), verifica-se a distinção assim sintetizada por Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos,

¹⁶ Direitos inatos pela condição do homem, que se contrapõe ao direito positivo racional.

¹⁷ Concebido à partir de uma perspectiva individualista, versa sobre a limitação estatal à vontade do indivíduo, que, caracteriza-se como uma situação jurídica de vantagem concedida pela constituição.

¹⁸ Se trata de limitação da estatal na esfera individual, mediante a mediação da relação liberdade-autonomia em face do interesse coletivo.

de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (2012, p. 18)

Complementando seu pensamento:

[...] percebe que *os direitos fundamentais na condição de direitos constitucionalmente assegurados possuem uma abrangência em parte distinta dos direitos humanos*, seja qual for o critério justificador de tal noção, por mais que exista uma maior ou menor convergência entre o catálogo constitucional dos direitos fundamentais e o elenco de direitos humanos, convergência que será maior quanto maior a sinergia com os níveis de positividade dos direitos humanos na seara internacional. (SARLET, 2016, [s.p.])

Diferenciar estas expressões, porém, não significa separar seu conteúdo categoricamente; pois, considerando possuem uma relação íntima, em especial pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra, fomentado pelas normas contidas na Declaração Universal de 1948 e tantos outros instrumentos internacionais e regionais em um “processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente – embora principalmente –, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional” (SARLET, 2012, p. 20), que “seria mais vasta do que a constituição escrita, pois abrangeria não apenas os princípios jurídicos fundamentais informadores de qualquer Estado de direito, mas também os princípios implícitos nas leis constitucionais escritas” (CANOTILHO, 1993, p. 980), justificando as razões de que, por vezes, acabam por ser utilizados como sinônimos.

De outro turno, é de se ressaltar o constitucionalismo em si é uma expressão cultural e nem todas as ordem sociais desta natureza contempla a expressão *direitos fundamentais*; bem como, mesmo aquelas que a adota, não detém necessariamente a mesma concepção normativa, ainda que se espelhem nas mesmas fontes históricas jus-filosóficas.

Assim, com a evolução hodierna do pensamento neoconstitucionalista fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, há de se compreender que o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos prescinde de positividade expressa no rol constitucional (os chamados princípios implícitos), ou seja, mesmo aqueles que tiveram origem exclusivamente nos tratados internacionais (direito humanos) podem vir a integrar o sistema normativo de um Estado (direitos fundamentais) dependendo de sua concepção material-procedimental pelo corpo social ao longo da história. A esse respeito:

[...] firma-se aqui posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no

Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais), estejam localizados em outras partes do texto constitucional ou nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil, são direitos fundamentais. (SARLET, 2008b, p. 10)

Tudo com fundamento na promoção da dignidade da pessoa humana:

[...] os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material). Esse conceito, entretanto, ainda fica a depender da ordem constitucional concreta de cada Estado, uma vez que, o que é fundamental para certo Estado, pode não ser para outro.

Desse modo e sem embargo de sua necessária fundamentalidade formal e material, os direitos fundamentais devem ser entendidos, em última análise, como as reivindicações indeclináveis que correspondem a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade, ou mesmo no plano universal. (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 574-575)

Logo, note-se que a doutrina clássica qualifica os *Direitos fundamentais* pela positivação, conquanto os *Direitos humanos* versam sobre a própria condição humana, válidos para todos e à qualquer tempo, ressaltando que ambos têm como objeto central de sua defesa a dignidade da pessoa humana. Arrematando:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada a designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (SILVA, 2005, p. 178)

Justifica-se, ainda, a opção pela utilização da terminologia de *Direitos fundamentais* uma vez que amplamente adotada nos sistemas jurídicos normativos de inspiração na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976, incluindo-se o brasileiro.

2.2. Da característica de fundamentalidade e sua dimensão procedimental-material.

Explicitada a escolha terminológica, sucede o questionamento de: qual direito deve ser considerado fundamental? Consoante José Afonso da Silva:

[...] qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata a situação jurídica sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; [...] devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados (2005, p. 178).

Em outros termos, a fundamentalidade está intimamente ligada a dignidade humana, servindo de vetor para o reconhecimento dos típicos direitos fundamentais (vida, liberdade e igualdade). Por isso, não é demais lembrar que a proteção à dignidade teve como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e hoje, no direito brasileiro, é compreendido como *princípio jurídico* positivado (Artigo 1º, III, Constituição Federal); que, nas palavras de Sarlet, pode ser concebido como:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (2006, p. 60).

De outra forma:

A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana é a ideia que informa, na filosofia, o imperativo categórico kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e - não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais (BARROSO, 2009a, p. 250)

Assim, baseado na evolução histórica jurídica, este valor fora recepcionado como *princípio da dignidade da pessoa humana*, tornando-se o núcleo das atividades das políticas estatais. Sobre isso Rocha afirma:

Esse princípio vincula e obriga todas as ações e políticas públicas, pois o Estado é tido como meio fundado no fim que é o homem, ao qual se há de respeitar em sua dignidade fundante do sistema constituído (constitucionalizado). É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções (1999, p. 7).

Bem por isso se trata de um dos fundamentos da República:

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um

mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade. (MORAES, 2014, P. 18)

Portanto, dos acertos supra, pode-se perceber que o exercício da cidadania (digna) tem como pressuposto a observância dos *Diretos fundamentais* no desenvolvimento social, cuja “positivação jurídico-constitucional não «dissolve» nem «consome» quer o momento de «jusnaturalização» quer as raízes fundamentantes dos direitos fundamentais (dignidade humana, fraternidade, igualdade, liberdade).” (CANOTILHO, 1993, p. 498), isto é, mantém-se as características de elemento legitimativo-fundamentante da própria ordem jurídico-constitucional.

Feito este aparte, o reconhecimento dos direitos com o qualificativo de fundamentais encontra forte significado na doutrina da Alexy (1993, p. 29 e seguintes), onde expressa uma teoria de conformação constitucional (voltado à análise da Constituição Alemã).

Inicia sua análise de reconhecimento de fundamentalização de direitos dando atenção às dimensões dogmáticas *analítica, empírica e normativa*, onde identifica como modelos possíveis: o exclusivamente procedimental¹⁹ e o exclusivamente material (modelo *tópico*)²⁰, porém acaba firmando entendimento que ambos não de ser mitigados com o escopo de obter uma teoria integrativa estruturante dos direitos fundamentais, classificando-a como mista *procedimental-material* (ALEXY, 1993, 39), com efeito:

Significa que, a más de los contenidos del sistema jurídico que desde el punto de vista de la Constitución son meramente posibles, existen unos contenidos que son constitucionalmente necesarios y otros que son imposibles. El hecho de que las normas iusfundamentales determinen los contenidos constitucionalmente necesarios e imposibles, constituye el núcleo de su fundamentalidad formal (ALEXY, 1993, p. 505 – grifo nosso).

Desta feita, a *fundamentalidade formal* (ápice da hierarquia jurídica, com efeitos vinculantes ao legislador, o Executivo e Judiciário) soma-se à *fundamentalidade substancial* (preceitos para propiciar o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana) na intenção de concretizar as normas que norteiam o modo de vida de uma sociedade.

A esse respeito Canotilho, em referência aos apontamentos supra, sintetiza tais características como:

¹⁹ Objetada pelo seu resultado de abstração, pois, agregaria diversas teorias “válidas” dificultando a sua substituição evolutiva e reduzir-se-ia a uma *Teoria unipolar*.

²⁰ Contrapondo-se ao modelo anterior, o modelo exclusivamente *tópico* também é objetado pela dificuldade de se controlar o regime de legitimidade das diversas teorias.

a) Fundamentalidade formal

A fundamentalidade formal, geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (cfr. CRP, art. 288. °Id e e); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais (cfr. afloramento desta ideia no art. 18.71 da CRP).

b) Fundamentalidade material

Significa que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. (1993, p. 499-500)

Ainda, o último autor referenciado, perante o questionamento da prescindibilidade do reconhecimento da fundamentalidade substancial – que poderia ser considerada suprida pela fundamentalidade formal (positivação) –, sustenta ser aquela necessária, haja vista, se assim não fosse, fechar-se-ia o conjunto normativo constitucional substantivo para aquele exclusivamente positivado e impediria o reconhecimento, e conseqüente aplicação, de “novos” direitos que não fossem declarados pela via legislativa, contrariando o sistema aberto e plural já aventado pela teoria de Häberle. Neste sentido:

Aliás, o conceito material dos direitos fundamentais não se trata de direitos declarados, estabelecidos, atribuído pelo legislador constituinte, pura e simplesmente; trata-se também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da ideia de Direito, do sentimento jurídico coletivo (conforme entender, tendo em conta a expressões correspondem a contes filosóficas-jurídicas distintas)

[...]

Os direitos fundamentais, ou pelo menos os imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana, radiam no Direito natural (ou, se preferir, em valores éticos superiores ou na consciência jurídica geral), de tal sorte que devem ser tidos como *limites transcendentales* do próprio poder constituinte material (originário) e como *princípios axiológicos fundamentais*. Não se esgotam, porém, no Direito natural. (MIRANDA, 2008, p. 15)

Ou seja, os direitos fundamentais historicamente consagrados e amplamente reconhecido pelo corpo social é que, em última análise, amoldam a vida social, razão pela qual caracterizam-se em limites estatais (tanto de carácter positivo como negativo).

Assim, embora reconheça que os direitos fundamentais podem ser categorizados quanto a estrutura, titularidade, exercício, objeto, conteúdo ou função, denota que sua natureza

subjetiva, quer de resistência (direitos de liberdade), quer de prestação (direitos sociais), todo necessariamente se relacionam com o poder; primeiramente porque não há direitos fundamentais sem a presença do Estado, ou ao menos uma sociedade civil integrada; e, em segundo lugar o corpo social tem de os identificar como tal, de forma mais ou menos ampla, para o seu exercício de defesa em face deste mesmo Estado (MIRANDA, 2008, p. 10).

Dito isso, os direitos fundamentais se caracterizam como aqueles que se encontram em posição hierarquicamente superior aos demais, com métodos de modificação dificultados, quando possível, um vez serem frutos de desenvolvimento histórico concebido consoante as ideologias e filosofias jurídicas contemporâneas ao seu reconhecimento e posterior adensamento de seus aspectos formal e substancial.

Possuem força vinculante a todo aparelhamento estatal e social, com o escopo de proporcionar e instrumentalizar a efetivação direta, imediata, abstrata, horizontal, uniforme e universal de expressão concreta da dignidade humana, na medida das possibilidades, enquanto valor essencial ao exercício da cidadania conforme percebida pelos indivíduos que integra o corpo político na vida em comunhão de seus pares.

2.3. Do dimensionamento histórico dos direitos fundamentais.

Uma vez caracterizados os direitos fundamentais pelos seu aspecto formal-material, sem necessidade de retomar minuciosamente os marcos históricos e teóricos, Miranda (2008, p. 19 e seguintes) observa que eles se desenvolveram em cinco fases: 1ª fase (Direito dos antigos); então inaugura-se a Liberdade dos Modernos com a 2ª fase (Direitos estamentais); posteriormente ampliados com os direitos universais na 3ª fase (Direitos liberdades e garantias); e, 4ª fase (Direitos, liberdades, garantias e Direitos sociais) – os dois últimos objetivados para proteção interna do Estado – ; culminando na 5ª fase (proteção internacional), via adensamento de todos os anteriores.

Com efeito, a grosso modo, a 1ª fase está ligada a evolução social do surgimento do Estado moderno (assunto alheio ao objetivo da pesquisa); a 2ª fase ocorreu na consagração do absolutismo até sua modificação para Estados constitucionais (objeto já tratado no capítulo anterior); a 3ª fase se dá à partir da consolidação do liberalismo burguês já no século XIX até seu declínio; a 4ª fase, já no século XX, configura-se pela contraposição do liberalismo radical por meio da concepção de Estado Social; e, a 5ª fase, a contemporânea, tende a densificar (alargamento e aprofundamento) os direitos já consagrados com o fito de acompanhar o processo histórico de “lutas sociais e os contrastes de regimes políticos – bem como o progresso

científico, técnico e econômicos (que permite satisfazer necessidades cada vez maior da populações cada vez mais urbanizadas)” (MIRANDA, 2008, p. 32-33).

Assim, reiterando, os direitos fundamentais se tratam de conquistas históricas que alteraram sucessiva e gradativamente a realidade social para atender as demandas de cada época. Logo, a doutrina tende a dividi-los em *gerações* ou, hodiernamente, para se evitar o pensamento que os direitos fundamentais têm sido sucessivamente superado, substituídos e sobreposto, classificá-los em *dimensões*; sendo esta a terminologia que será adotada a presente pesquisa. Explica-se acerca da terminologia gerações:

[...] é bastante problemática, já que a ideia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior, enquanto no âmbito que nos interessa nunca houve abolição dos direitos das anteriores “gerações”, como indica claramente a Constituição brasileira de 1988, que inclui indiscriminadamente direitos de todas as “gerações”. Além disso, o termo geração não é cronologicamente exato. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 23)

E, consoante a doutrina moderna:

Conquanto esta maneira de ver possa ajudar a apreender os diferentes momentos históricos dos direitos, o termo *geração*, geração de direito, afigura-se enganados, por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras – quando, pelo contrário, o que se verifica em Estado social de direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigência das pessoas e das sociedades. Nem se trata de um mero somatório, mas sim de uma interpenetração mútua, as conseqüente necessidade de harmonia e concordância prática. (MIRANDA, 2008, p. 30)

No mesmo sentido:

[...] a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno “Direito Internacional dos Direitos Humanos”. (SARLET, 2012, p. 32)

Enfim, seja qual for a nomenclatura utilizada, uma vez que se trata da evolução sistêmica do conjunto normativo via adensamento de seu âmbito de eficácia concreta, muitos em caráter cumulativo, esta distinção se presta unicamente para denotar o momento histórico ao qual ou tal direito fundamental adveio, tendo em vista que cresce a convergência de opiniões acerca das ideias de que a concepção dos referidos direitos se desenvolveram à partir de seu reconhecimento formal nas primeiras Constituições sob a ideologia liberal burguesa, e hoje se difundem nos textos constitucionais e instrumentos Direito Internacional “de múltiplas e

diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos.” (SARLET, 2012, p. 32), chegando a ser compreendidos como direitos multifuncionais ou multidimensionais.

Em outras palavras, “As gerações dos direitos revelam a ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, que se proclamam gradualmente na proporção das carências do ser humano, nascidas em função da mudança das condições sociais” (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 615).

Com isso, vê-se que a doutrina clássica elenca corriqueiramente os direitos fundamentais em três dimensões (embora, a expressão gerações), sendo eles atinentes aos direitos de liberdades em geral (1ª dimensão), os direitos sociais (2ª dimensão) e direitos difusos e coletivos (3ª dimensão), porém já está sendo aventado por alguns autores uma quarta e até quinta dimensões. A esse respeito:

Na primeira geração encontram-se os direitos individuais, que traçam a esfera de proteção das pessoas contra o poder do Estado, e os direitos políticos, que expressam os direitos da nacionalidade e os de participação política, que se sintetizam no direito de votar e ser votado. Na segunda geração estão os direitos sociais, econômicos e culturais, referidos normalmente como direitos sociais, que incluem os direitos trabalhistas e os direitos a determinadas prestações positivas do Estado, em áreas como educação, saúde, seguridade social e outras. Na terceira geração estão os direitos coletivos e difusos, que abrigam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos do consumidor. Já se fala em uma quarta geração, que compreenderia o direito à democracia e ao desenvolvimento. (BARROSO, 2009a, p. 176)

Com a mesma tônica:

Os direitos fundamentais, destarte, passaram a se manifestar institucionalmente em três gerações ou dimensões sucessivas, dando ensejo ao surgimento dos direitos da primeira, da segunda e da terceira geração ou dimensão, que correspondem, respectivamente, aos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade. [...] Mas já se fala tranquilamente em direitos de quarta geração ou dimensão. (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 614-615)

Elaborando este pensamento, reporta-se à evolução histórica do constitucionalismo já tratada no primeiro capítulo e reitera que os direitos de primeira dimensão objetivaram as liberdades individuais (subjetivas) como limites negativos da atuação Estatal (verdadeiros direitos de resistência), em especial na seara dos direitos civis e políticos (BONAVIDES, 2004, p. 562).

Originaram-se no final do século XVIII como levante em face ao absolutista, por meio das revoluções francesa e norte-americana, inaugurando o Estado liberal que prevaleceu até

século XIX, fomentando o constitucionalismo pela racionalização do direito. Exemplifica-se como direitos de primeira dimensão o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de religião, à participação política, etc.. Regulavam, assim, a dicotomia do público/privado em nítida separação da sociedade e Estado.

Por sua vez, os direitos de segunda dimensão se relacionam com os direitos sociais pautados no princípio da igualdade substancial, que geram deveres prestacionais ao Estado em situação diametralmente oposta aos anteriores (TAVARES, 2012, p. 501); de outra forma “São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 151). Têm como marco histórico as reivindicações trabalhistas ocorridas durante a Revolução Industrial (que impactou diretamente as cidades pelo crescimento demográfico urbano) com a transformação da concepção liberal para o Estado Social. Tiveram, em um primeiro momento, baixa efetividade normativa por serem apreendidas como normas programáticas (BONAVIDES, 2004, p. 564). Seus marcos jurídicos foram as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) incorporando uma série de comandos de cunho trabalhista e social que reclamam atuação positiva concreta por parte do Estado. Exemplifica-se como o direitos à saúde, à educação, ao trabalho, habitação, previdência social, assistência social e ao transporte, que voltarão a ser objeto do próximo item.

Os direitos de terceira dimensão, conforme salienta Bonavides (2004, p. 569), que cita as lições de Vask, são definidos como aqueles ligados à fraternidade expressando-se pelo direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente, o direito à propriedade sobre o patrimônio comum a humanidade. Em outros termos, protege interesses de titularidade coletiva ou difusa (transindividuais – seu grande marco), admitindo novos direitos em um processo contínuo em prol das gerações humanas presentes e futuras. Sarlet ressalta que:

Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. (2012, p. 34)

Tem seu marco histórico pautado nas inovações tecnológicas tendentes à potencializar o desenvolvimento social e econômico a fim de preservar as expressões culturais e permitir a autodeterminação dos povos, norteando os atos estatais pelas considerações globais, de ajuda recíproca entre os Estados, para uma coordenação de crescimento integral, fomentados pela fraternidade e solidariedade, complementando, assim, a tríade do lema da Revolução Francesa

– liberdade (direitos de 1ª dimensão), igualdade (direitos de 2ª dimensão) e fraternidade (direitos de 3ª dimensão). Então, compilando o até aqui exposto, colaciona distinção e caracterização desses direito por Cunha Junior:

Enfim, enquanto os direitos de primeira dimensão (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais, materiais ou concretas - enfatizam o princípio da igualdade, os direitos fundamentais de terceira dimensão - que encerram poderes de titularidade coletiva ou difusa atribuídos genericamente a todas as formações sociais - consagram o princípio da solidariedade ou fraternidade e correspondem a um momento de extrema importância no processo do desenvolvimento e afirmação dos direitos fundamentais, notabilizados pelo estigma de sua irrecusável inexauribilidade. (2012, p. 627)

Para além disso, Sarlet (2012, p. 35), Cunha Junior (2012, p. 627), Carvalho Ramos (2014, p. 50), entre outros, reportam-se para as lições de Bonavides que, ao analisar a conjectura contemporânea de ideologia neoliberal, bem como a globalização política e econômica, elencam ainda os direitos de 4ª e 5ª dimensões, constituídos pela direito a universalização democrática dos anteriormente descritos e o direito a paz, respectivamente. Assim:

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão máxima universalidade, para qual o mundo inclina-se no plano de todas as relações de convivência.

[...]

Globalizar direitos equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de ultimo, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir. (BONAVIDES, 2003, p. 571)

E, conclui:

A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da trílice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade. (BONAVIDES, 2004, p. 575)

Enfim, quanto aos ditos direitos de 4ª dimensão prima pela plena democracia, pois, seria o único ambiente político capaz de incorporar os valores das três dimensões anteriores de modo institucionalizado, com densificação universal, ou seja, global, pouco importando as classificações ou denominações normativas do indivíduos, haja vista “o Homem é a constante axiológica, para o qual convergem todos os interesses do sistema” (CUNHA JUNIOR, 2012, p.

628). Ainda, além da universalização, Cunha Junior (2012, p. 628) exemplifica como integrantes desta dimensão os como direitos contra manipulações genéticas, o direito à mudança de sexo e, em geral, os relacionados à biotecnologia.

Por fim, os direitos da 5ª dimensão corresponde ao direito à paz em toda a humanidade, a ser desenvolvido por um Estado Democrático de Direito de expressão social, em um aspecto perpétuo com aspirações kantianas, efetivada por meio de agregação, via solidariedade de todas as crenças, etnias, expressões culturais e sistêmicas, na concretização legítima da dignidade da pessoa humana.

Aqui, faz-se um aparte para suscitar a teoria da multifuncionalidade de Jellinek, que será melhor trabalhada no item específico “Das dimensões positiva e negativa dos direitos fundamentais sociais” a frente, qual classifica os direitos fundamentais pelo seu *status*.

Esta teoria na presente pesquisa é mitigada compreendendo que, embora haja uma dimensão (negativa ou positiva) preponderante, todos os direitos fundamentais se expressam, ao menos em alguma medida, por meio de ambas, pois, mesmos os direitos clássicos de defesa (de dimensão preponderante negativa) se não forem instrumentalizados via aparelhamento estatal (ai se encontraria a expressão positiva), tornam-se inócuos; e, em sentido contrário, mas sob a mesma métrica, àqueles direitos prestacionais (de dimensão preponderantemente positiva), se não houver a limitação da atuação estatal em face do privado para a sua concretização (ai se encontra a dimensão negativa) também terá o mesmo resultado.

Com isso, encerra-se o proposto de uma análise generalizada do dimensionamento histórico dos direitos fundamentais.

2.4. Dos direitos sociais como direitos fundamentais (em espécie na Constituição de 1988).

Do exposto até aqui, buscou-se delinear as normas fundamentais enquanto instrumentos jurídicos vinculantes que correspondem aos valores sociais que se entende mínimos para o exercício de uma vida digna. Partiu-se da análise da caracterização de sua fundamentalidade, tanto formal quanto material, cujo reconhecimento ocorreu devido ao progresso filosófico e as alterações das relações de poder ao longo da história, passando do absolutismo ao liberalismo, deste ao Estado social, que transformou-se em Estado democrático de direito (de ideologia neoliberal), visando a maximização da proteção dos interesses individuais, coletivos e difusos, via atribuição de subjetividade às referidas normas que se expressa ora em sua perspectiva positiva, ora negativa, a fim de nortear a atividade estatal para o desenvolvimento integral da sociedade.

Assim, faz-se mais um corte temático que, dentro os direitos fundamentais, concentra-se apenas nos direitos sociais, em especial àqueles contidos na Constituição de 1988, e a problemática de sua concretização (O que se pode exigir? O quanto se pode exigir? De quem se pode exigir? Como se pode exigir?).

Porém, antes há de se asseverar a compreensão dos direitos sociais como fundamentais, salienta:

É inquestionável que a abertura material do catálogo abrange os direitos individuais, considerados como tais e para os efeitos deste trabalho os direitos fundamentais de cunho negativo, dirigidos *prima facie* à proteção do indivíduo (isolada ou coletivamente) contra intervenções do Estado, [...] igualmente abrange os chamados direitos sociais, identificados como direitos essencial e preponderantemente dirigidos a prestações positivas do Estado, sejam normativas ou fáticas, pode ser inferido basicamente das seguintes constatações. [...] virtualmente pacificada na doutrina internacional a noção de que – a despeito da diversa estrutura normativa e de suas consequências jurídicas – ambos os “grupos” de direitos se encontram revestidos pelo manto da “fundamentalidade”. (SARLT, 2012, p. 64)

Ou seja, qualifica-se como fundamental os direitos sociais pela sua natureza ontológica, embora já o é assim designado formalmente no nosso sistema. Por outro turno, impõe ressaltar que a consagração de tais direitos acima elencados significa limites do poder legiferante, notadamente pela norma contida no princípio de proibição de retrocesso, desde já aderindo à ideia de que são afetados no conteúdo do art. 60, §4º, do mesmo diploma legal, uma vez que:

A moderna doutrina constitucional, sem desprezar o aspecto didático da classificação tradicional em gerações ou dimensões de direitos, procura justificar a exigibilidade de determinadas prestações e a intangibilidade de direitos pelo poder reformador *na sua essencialidade para assegurar uma vida digna*. Com base em tal premissa, não são apenas os direitos individuais que constituem cláusulas pétreas, mas também as demais categorias de direitos constitucionais, na medida em que sejam dotados de fundamentalidade material. (BARROSO, 2005a, p. 179)

Verifica-se, então, a carta constitucional nacional elenca expressamente como direitos sociais fundamentais àqueles contidos no Capítulo II, do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), atribuindo-lhes, hoje, eficácia plena e imediata (art. 5º, §1º), o que rompe com a o pensamento do instrumento de 1934 que, embora já constassem direitos sociais com inspiração na Constituição Alemã de 1919, os tratava sob a ótica de normas programáticas inseridas nos título da Ordem Econômica e Social.

Desta feita, temos consagrado de modo positivo os direitos sociais fundamentais (art. 6º) o direito a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a

segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, ainda, (art. 7º-11) de proteção ao trabalhador.

No entanto, no corpo da Constituição de 1988 há outros institutos que tratam diretamente da ordem social (art. 170 a 193) que, pelos seus objetivos, não há como serem subestimados ante a influência direta sobre os anteriormente mencionados (SARLET, 2012, p. 65), vez que entendidos como desmembramentos advindos daqueles. Ainda, a abertura material se mostra não taxativa do catálogo dos direitos fundamentais, enquanto fruto da concepção do Estado Social de Constituição Dirigente, que aponta para a recepção dos direitos humanos (art. 5º, § 2º) admitindo a formulação de “novos” direitos, não havendo razões para se desprezar o conteúdo dessa natureza no próprio texto constitucional, pouco importando sua topografia.

Ademais, todos versam acerca de instrumentos multidisciplinares e multifuncionais. Então, de uma perspectiva dogmático-jurídica, consubstanciado na fundamentalidade formal e material já desenvolvida, incluindo-se o prisma filosófico, e, tendo em vista os compromissos expressos e/ou implícitos firmados pelo Constituinte, que aderiram ao ideal de justiça nesta seara, a interpretação constitucionalmente adequada é de um alargamento da concepção dos direitos fundamentais para todos os instrumentos normativos de caráter social (SARLET, 2008b, p. 5). Sintetizando estes pensamento:

Uma primeira constatação que se impõe e que resulta já de um superficial exame do texto constitucional, é a de que o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer, sob o rótulo de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional, considerando o universo legislativo brasileiro) acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais. (SARLET, 2008b, p. 6)

Vê-se que para além dos já citados explicitamente do Título II, também o devem ser assim considerados aqueles que compõem a Ordem Social (Título VIII), que são assim sistematizados: os (Capítulo II) direito a seguridade social, direito a saúde, direito a previdência social e direito a assistência social; (Capítulo III) direito a educação, cultura e desporto; (Capítulo IV) direito a ciência e tecnologia (Capítulo V) direito da comunicação social; (Capítulo VI) direito a um meio ambiente (equilibrado); e, (Capítulo VII) direito a família, criança, adolescente, jovem e do idoso.

Com efeito, reitera que os direitos fundamentais sociais manifestam-se principalmente pela sua característica de exigir atuação positiva do Estado (que é o destinatário da norma),

portanto de natureza prestacional, onde “Uma *prestação* significa, porém, colocar à disposição dos homens meios para a satisfação de necessidades existenciais e humanas (prestações fins)” (CANOTILHO, 1993, 461). Corroborando:

Assim, podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. (SILVA, 2005, p. 286)

No entanto, conquanto a dimensão prestacional seja sua dimensão característica, também se identifica dimensões negativas de limites em face ao Estado, tal qual àqueles de primeira dimensão, logo os “direitos sociais convivem simultaneamente direitos de defesa (liberdade e igualdade) e direitos prestacionais, razão pela qual, à luz do critério adotado, a expressão ‘direitos sociais’ não se revela adequado para servir de epígrafe ao grupo dos direitos a prestações.” (SARLET, 2012, p. 141), pensamento que será mais desenvolvido em abordagem específica do tema mais adiantes nessa pesquisa.

Desta feita, a característica prestacional somada à força normativa da constituição impõem ao Estado um dever positivo de, dentro das possibilidades da conjuntura político-jurídica, efetivar as normas de direito sociais pela concretização ótima; e, em caso de omissão (considerado um arbítrio estatal), gera direito subjetivo judicializável por serem normas autoaplicáveis. Este é o entendimento de Dimoulis e Martins sobre o assunto:

A principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado. Por este motivo, cada direito fundamental constitui, na definição constitucionalista do alemão Gerorg Jellinek (1851-1911), um “direito subjetivo público”, isto é um direito individual que vincula o Estado. (2014, p. 49)

Tal pensamento tem por base o fato de que “a constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na forma e medida em que o direito social de ser assegurado, o chamado ‘livres espaço de conformação’ (*Ausgestaltungsspielraum*)” (KRELL, 2002, p. 2). Ou seja, o Poder Público não pode se furtar dessa atuação positiva sob pena de configuração de inconstitucionalidade por omissão. A esse respeito:

O não cumprimento *total* ou *parcial* desse dever constitucional de legislar gera, impreterivelmente, um estado de proteção insuficiente do direito fundamental. Destarte, como tem sido analisado em outros estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de

intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*). (MENDES; BRANCO, 2014, p. 652)

No mesmo sentido:

A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no § 1^a, do art. 5^a e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, conseqüentemente, inviabilize seu exercício. (MORAES, 2014, p. 204)

Complementando o pensamento dogmático-jurídico:

A concepção de objetividade e de valores relativos aos direitos fundamentais fez com que o princípio da igualdade tanto quanto da liberdade tomassem também um sentido novo, deixando de ser mero direito individual que demanda tratamento igual e uniforme para assumir, conforme demonstra a doutrina e a jurisprudência do constitucionalismo alemão, uma dimensão objetiva contra os atos de arbítrio do Estado. (BONAVIDES, 2004, p. 568-569)

Veja, portanto, conjugando todos estes pensamentos acima, tem-se que os direitos sociais, quais inequivocamente possuem reconhecidos sua fundamentalidade, pautados no princípio da dignidade da pessoa humana, em especial na expressão do princípio da igualdade material, determinam ao Estado um dever positivo prestacional que, se omissivo, configura interesse subjetivo público possibilitando a judicialização de questões afetas à sua concretização.

Passa-se, então, a elencar os direitos sociais em espécie no bojo da Constituição de 1988, consoante descritos por Cunha Junior (2012, p. 762-789), Mendes (2014, p. 626-672), Moraes (2014, p. 203-215) e José Afonso da Silva (2005, p. 285-317), que são assim sinteticamente compreendidos:

Direitos do trabalhador – art. 7^o – tem como objeto a proteção, regulamentação e garantia ao trabalho e emprego (I, II, III, XXI), ao salário (IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XII, XVI, XVII), ao repouso (XV, XVII, XVIII, XIX, XXIV), à proteção laboral (XX, XXII, XXVII, XXVIII, XXXIII), outros direitos sociais do trabalhador (XI, XIII, XIV ao XVI e XXX ao XXXIV), a extensão dos direitos relativos aos trabalhadores domésticos (IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV), o direito de sindicalização (art. 8^o), direito de greve (art. 9^o), direito de participação dos trabalhadores em colegiados dos órgãos públicos (art. 10) e o direito de

representação nas empresas (art. 11) (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 782-767), não fazendo quaisquer distinções entre trabalhares urbanos ou rurais.

Os institutos acima elencados ratificam que a proteção ao trabalho e, conseqüentemente, a sua regulamentação para o seu exercício digno, apresentam-se como uma das estruturas essenciais do desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Em razão disso, a doutrina se debruça para, dentro destas especificações, categorizar o “trabalho decente” como sendo aquele que observa “um salário justo; à saúde; ao repouso suficiente; à higiene e segurança; à seguridade social, que inclua seguro desemprego e aposentadoria; à abertura do diálogo com todos os atores sociais e ao próprio emprego, premissa para todos os outros, essenciais ou complementares” (MINORI, 2009, p. 279).

Com a mesma tônica Moraes assevera:

[...] a individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz um abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstratos, fazendo intervir também o trabalhador (exatamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade. (2005, p. 476)

Com efeito, é de se notar que a categorização deste ramo do direito, enquanto integrante do conteúdo dos direitos fundamentais sociais, tendem ao fomento, manutenção e melhorias das condições de trabalho; pois, não há de se esquecer para muitas pessoas a força de trabalho é o único bem jurídico capaz de dispor no mercado para obter renda que lhe provenha os meios de sobrevivência.

Desta feita, a regulação há de se pautar de modo a evitar ingerências nas relações privadas que impossibilitem ou dificultem esse exercício, ao mesmo tempo que propicie igualdade substancial. Ou seja, estabelecer mecanismos adequados de possibilitar a autonomia do cidadão.

Direito à educação – art. 205 a 214 – se presta a permitir o pleno desenvolvimento da pessoa a fim de que goze de autonomia em sua vida civil, qualificando-a para o trabalho. Sua expressão impõe a obrigatoriedade do ensino básico, de forma gratuita, dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, incluindo-se a oferta à todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (art. 208, I), além de fomentar o desenvolvimento de pesquisas no ensino superior. Nestes termos:

A garantia do direito à educação de qualidade é um princípio fundamental e basilar para as políticas e gestão da educação básica e superior, seus processos de organização e regulação. No caso brasileiro, o direito à educação básica e superior, bem como a obrigatoriedade e universalização da educação de quatro

a 17 anos (Emenda Constitucional - EC no. 59/2009), está estabelecido na Constituição Federal de 1988 (CF/1988), nos reordenamentos para o Plano Nacional de Educação (PNE). A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB/1996), com as alterações ocorridas após a sua aprovação, encontra-se em sintonia com a garantia do direito social à educação de qualidade. (MEC, 2014, p. 16).

Desdobra-se, assim, em muitas facetas.

Considerando que o homem é um ser constituído de corpo e alma, pode ser entendido como *direito à vida* na medida que, conforme já preconizava Santo Agostinho, a sabedoria, na persecução da verdade, na descoberta pelo homem de seu fim último, necessidade de conhecimento para alimentar a alma para sobreviver, o que é obtido por meio da educação.

Ainda, como um *direito humano*, originário do direito natural, com o fim estratégico à consecução da igualdade, do desenvolvimento e da paz, o que o faz ser consagrado em diversos diplomas internacionais. Também, um *direito da personalidade*, pois é primeiro bem da pessoa, como leciona Bittar:

O direito à educação carrega em si as características dos direitos personalidade, ou seja, trata-se de um direito natural, imanente, absoluto, oponível erga omnes, inalienável, impenhorável, imprescritível, irrenunciável [...] não se sujeitando aos caprichos do Estado ou à vontade do legislador, pois trata-se de algo ínsito à personalidade humana desenvolver, conforme a própria estrutura e constituição humana. (2001, p. 158)

Ademais, para dar substancialidade ao referido direito a prestação educacional tem de ser adjetivada pelo termo “educação de qualidade”, assim definida:

A “educação de qualidade” é aquela que contribui com a formação dos estudantes nos aspectos culturais, antropológicos, econômicos e políticos, para o desempenho de seu papel de cidadão no mundo, tornando-se, assim, uma qualidade referenciada no social. Nesse sentido, o ensino de qualidade está intimamente ligado à transformação da realidade. (MEC, 2014, p. 52)

Isso significa ter como objetivo o dever de ampliação para todos, indistintamente, de forma gratuita, obrigatória e de plena participação e acesso, assegurando a inclusão social e a valorização do outro na formação coletiva da sociedade.

E, por fim, de modo interdisciplinar se desenvolve por meio do *Direito à cultura* – (art. 215 e 216) – relacionando-se diretamente ao seu desenvolvimento, fomento, preservação e difusão das expressões culturais em seus múltiplos aspectos de caráter social, intelectual ou artístico, seja de natureza material ou imaterial, que expressem a formação e historicidade da identidade do povo brasileiro.

Direito à saúde – art. 196 a 200 – se trata de um direito “todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além do acesso *universal e igualitário* às ações e serviços para sua *promoção, proteção e recuperação*” (grifo nosso). Isso é, pauta-se pelo valor da vida humana, sendo instituído o SUS para o atendimento da população, que é regulado pela Lei n. 8.080/90, embora possa haver concorrência da iniciativa privada (art. 199).

Interessante, para melhor compreensão do objeto deste direito, a definição do termo *saúde* conforme preconiza Henrique Hoffmann Monteiro Castro:

Corresponde a um conjunto de preceitos higiênicos referentes aos cuidados em relação às funções orgânicas e à prevenção das doenças. "Em outras palavras, saúde significa estado normal e funcionamento correto de todos os órgãos do corpo humano", sendo os medicamentos os responsáveis pelo restabelecimento das funções de um organismo eventualmente debilitado (2005, [s.p]).

E, por Humenhuk:

A saúde também é uma construção através de procedimentos. [...] A definição de saúde está vinculada diretamente a sua promoção e qualidade de vida. [...] O conceito de saúde é, também, uma questão de o cidadão ter direito a uma vida saudável, levando a construção de uma qualidade de vida, que deve objetivar a democracia, igualdade, respeito ecológico e o desenvolvimento tecnológico, tudo isso procurando livrar o homem de seus males e proporcionando-lhe benefícios. (2002, [s.p.])

Enfim, note-se que a proteção jurídica se dá em duas expressões, a preservativa e a tratativa, sendo a primeira conectada à minoração de riscos, e a segunda afeta a recuperação do indivíduo, ambas com o caráter normativo vinculativo irradiante a serem desenvolvidas por meio de políticas públicas, com o escopo de universalização.

Direito à alimentação – art. 6º, *caput* – norteia as políticas nacionais para gerar acesso regular, seja direta ou indiretamente, à alimentação suficiente, adequada (quantitativa e qualitativamente) e sustentável, consoante às tradições culturais das pessoas que a consomem, para fim de uma realização física e mental, individual e coletiva, de uma vida digna.

Indubitável a alimentação e a nutrição são elementos essenciais para o desenvolvimento individual, bem como se prestam à prevenção de riscos contra a saúde, na afirmação de um pelo desenvolvimento humano.

Assim, surge já durante o período da Primeira Guerra Mundial o termo “segurança alimentar”, ligada a capacidade do país produzir elementos para, em caso de embargos, boicotes ou cercos, não ficarem vulneráveis, e “a segurança alimentar foi hegemonicamente tratada

como uma questão de insuficiente disponibilidade de alimentos” (PODESTÁ, 2011, p. 28). O significado deste termo foi adensado da concepção de abastecimento quantitativo, incorporando o sentido de garantir ainda o acesso universal aos alimentos, o aspecto nutricional e, por conseguinte, as questões concernentes à composição, à qualidade e ao aproveitamento biológico e sanitário. Corroborando:

O desenvolvimento humano a ser perseguido pelos Estados nacionais liga-se, intimamente, na qualidade de vida do seu povo e a fome, de modo particular, mostra-se como uma forma de afastar o indivíduo da participação nos destinos da democracia de um Estado.

[...]

Nunca é demais lembrar que o direito humano à alimentação adequada tem por pano de fundo as práticas alimentares promotoras de saúde, atinentes à diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis. (MEDEIROS; *et al*, s.d., p. 32 e 34)

Tendo como base tais ponderações, destaca-se tal direito atribuí ao Estado o dever de, perante a sociedade e os indivíduos, em caráter multidisciplinar, regular, fomentar e desenvolver métodos e tecnologias para a produção adequada (em quantidade suficiente e qualidade satisfatória), considerando os fatores culturais de escolha dos alimentos da nação.

Direito à moradia – art. 6º, *caput* – partindo da premissa maior de que a moradia adequada é essencial para o desenvolvimento de uma vida digna, Leão Junior (2014, p. 24-25) afirma que as políticas nacionais voltadas a concretizar este direito deve observar os seus aspectos de proteção, pessoal, físico, espacial e temporal, para possibilitar o atendimento das necessidades do indivíduo e sua família, no intuito de integra-lo à sociedade mediante o acesso aos demais equipamentos públicos, com o fito de gozar plenamente de todos os direitos sociais.

Com efeito, como exemplos de propostas de ações concretas em território nacional vem sendo desenvolvido por meio de *acordo entre as partes*, em se tratando de desocupação e áreas para a ampliação de atividades que impliquem em necessidade de remoção de casas, tais como hidroelétricas; *mutirões*, com a disponibilização de material pelo Estado; *urbanização*, em razão de diversas ocupações irregulares nas cidade, fazendo presente a segurança da propriedade e o fornecimento de serviços públicos; *Bolsa aluguel*, como alternativa possível, de caráter temporário, à atender àqueles que foram desalojados involuntariamente por ato administrativo; além da reforma fundiária, entre outros.

Em suma, sumariamente, estas diretrizes visam dar a segurança da posse, a disponibilidade de serviços, infraestrutura e equipamentos públicos, em localização adequada, com habitabilidade que atenda às perspectivas culturais, por um custo acessível, priorizando a não discriminação e acesso aos grupos vulneráveis.

Direito ao transporte – art. 6º, *caput* – positivado na carta constitucional recentemente, é considerado um direito meio para possibilitar o acesso aos demais direitos sociais, primando pela mobilidade urbana sustentável, compreendida como o:

[...] resultado de um conjunto de políticas de transporte e circulação que visa proporcionar o acesso amplo e democrático ao espaço urbano, através da priorização dos modos não motorizados e coletivos de transporte, de forma efetiva, que não gere segregações espaciais, socialmente inclusiva e ecologicamente sustentável. Ou seja: baseado nas pessoas e não nos veículos. (FANINI, 2011, p. 10).

Em se tratando de direito meio, embora a positivação recente na seara constitucional, já vem sendo tratado nos diplomas legais afetos aos demais direitos sociais, em especial quanto a sua estrutura e acessibilidade, a exemplo: Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257/01), Plano Nacional de Mobilidade Urbana (Lei n. 12.587/12), Lei do Passe Livre (Lei n. 8.899/1994), Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), Prioridades (Lei n. 10.048/2000), Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9394/96), Estatuto da Juventude (Lei n. 12.852/2013), e Programa de *Tratamento fora do domicílio*, (Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/1990, disciplinada pela Portaria Federal nº 055/1999), entre outros. Tudo isso sem se esquecer que deve manter a feição coletiva e sustentável do direito.

Direito ao lazer – art. 6º, *caput* – voltado à valorização da qualidade da vida, refletindo-se nas condições de trabalho (direito ao descanso), bem como à recreação, compreendida como divertimento, esporte e brincadeiras, propiciando um meio ambiente socialmente equilibrado, tanto para repor as energias, como integrar os membros da comunidade política (SILVA, 2005, p. 315).

Em seu parâmetro social tem como corolário limitar a jornada de trabalho (permitindo a recuperação do trabalhador, o que desde já nega a ideologia utilitárias capitalista em face da proteção da pessoa), bem como permitir a interação com a família e os amigos, ou seja, “um tempo para afirmação dos direitos fundamentais individuais da intimidade e da vida privada, muito embora sofra o trabalhador com a falta de cultura de utilização desse tempo” (CALVET, 2006, p. 35)

Neste sentido, Dumazedier definiu que o lazer:

[...] é um conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e entreter-se ou, ainda, para desenvolver sua informação ou formação desinteressada, sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora após livrar-se ou desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais. (*apud*, GOMES, 2008, [s.p]).

De outra forma, implica em conformar o sentido da “qualidade de vida” do cidadão, baseada na disponibilidade qualitativa dos bens da vida essenciais, com o real desenvolvimento humano, econômico, social e ambiental, isto é, do tempo livre das obrigações cotidianas e necessárias à realização de suas próprias experiências.

Enfim, a regulamentação deste instituto deve voltar-se à quantidade de tempo de seu exercício; à existência de local adequado, notadamente para promover o convívio social; possibilitar a mais diversa gama de manifestações culturais da sociedade; e, a ludicidade das atividades, consoante os significados na cultura referenciada. Portanto, o lazer é um direito dinâmico peculiar de cada grupo social, cujas identidades devem ser preservadas.

Direito à segurança – art. 6º, *caput*, e art. 144 – trata-se de direito difuso, portanto de terceira dimensão, que visa garantir aos cidadãos o direito de conviver pacificamente, permitindo o amplo exercício da liberdade ir e vir, protegendo a integridade física, psíquica e moral através de todos os mecanismos estatais, em especial pelo aparato policial e judiciário, que têm o dever de prevenir, investigar e combater o cometimento de delitos, aplicando-se a lei penal.

Em outros termos, o Estado é o responsável pela estabilidade e das relações sociais e jurídicas, exercendo o poder de polícia para tanto. Com esse entendimento, verifica-se que Silva (2009, p. 777 e 778) assevera que a “ordem pública será uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir a curto prazo, a prática de crimes”. Nestes termos:

[...] a ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/1988). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social (HC 101.300, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5-10-2010, Segunda Turma, DJE 18-11-2010).

Logo, tal direito toca a estruturação (aperfeiçoamento e modernização) desse poder via polícia civil e militar, podendo ser auxiliados, mas nunca substituídos, pela guarda civil na manutenção e preservação da ordem pública, bem como pelas forças armadas, na “guerra” contra a violência; onde “se faz necessária uma nova concepção de ordem pública, em que a colaboração e a integração comunitária sejam os novos e importantes referenciais” (SILVA, 2009, p. 636), isto é, com participação popular.

Direito à Previdência Social – art. 6º, *caput*, arts. 201 e 202 – tem como corolário instituir a cobertura que assegure ao cidadão na velhice, em caso de doença, invalidez ou morte, meios de subsistência mínimas, a si, cônjuge/companheiro e/ou familiares dependente, mediante a filiação em instituto próprio e pagamento de contribuições.

Na realidade nacional o sistema previdenciário é estabelecido por dois Regimes Básicos, de ingresso compulsório Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos e Militares (RPPS); ainda de dois Regimes Complementares de Previdência privado (aberto ou fechado) e público (fechado).

O âmbito normativo irradiante vai além do caráter protetivo (seja sobre o risco individual ou coletivo), expressando-se como instrumento do desenvolvimento econômico e social, isto é, do bem estar, via segurança da população hipossuficiente, a exemplo o incapaz ao trabalho, aos pensionistas e aos aposentados na velhice, cujos benefícios devem ser conferidos, se necessário, considerado os proventos a situação fática do segurado, a fim de se manter o equilíbrio econômico, para não se tornar um garante universal.

Proteção à Maternidade e à Infância – art. 6º, *caput* – dado o seu caráter interdisciplinar, está inserido nos direitos de proteção ao trabalho (como, por exemplo, vedação de trabalho infantil e estabilidade temporária da gestante/mãe, ainda, transferência de função se interferir ou causar risco à gravidez, licença maternidade, intervalo para amamentação e salário maternidade), assistência médica (inclusive ao aborto, se houver enquadramento), direito a educação e cultura para que se obtenha autonomia social, previdência e assistência social na concessão material mínima à subsistência digna, entre outros aspectos difundidos nos demais institutos, em especial à proteção da família (art. 226 a 230), incluindo-se as possibilidades de adoção monoparental e homoafetiva, neste caso, em prol do melhor interesse da criança.

Assistência aos Desamparados – art. 6º, *caput*, e arts. 203 e 204 – Visa, independentemente de contribuição, atender as mesmas necessidades da previdência social, que ainda são estendidas às acrianças, adolescentes e portadores de deficiência, via amparo, para habilitação ou reabilitação da pessoa, a fim de que se integre na sociedade.

A sua regulamentação está contida na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS - Lei n. 8.742/93), que a define em seu artigo 1º como “direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que prove os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”. Desta feita, o estipulado como “mínimo social” significa àquilo necessário para existência com dignidade, o que se traduz em um benefício de prestação continuada; noutros termos, uma renda mensal concedido àquelas pessoas portadoras de deficiência e ao idoso (esse, se não abrangido pela Previdência Social).

Rege-se pela supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica; pela universalização dos direitos sociais, para que o destinatário seja atendido pelas demais políticas públicas; respeito ao cidadão, promovendo sua autonomia, a convivência familiar e comunitário, também pelo escopo de não discriminação; além de ampliação de acesso e informação da população.

Direito a um meio ambiente social equilibrado – art. 225 – se trata de direito social fundamental de terceira dimensão (transindividual e universal), que objetiva a proteção do meio ambiente, para as gerações presentes e futuras, pois é “uma condição essencial para o livre desenvolvimento das potencialidades do indivíduo e para a melhoria da convivência social” (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 777).

Interessante destacar, Hugo Nigro Mazzilli, aduz:

O conceito legal e doutrinário é tão amplo que nos autoriza a considerar de forma praticamente ilimitada a possibilidade de defesa da flora, da fauna, das águas, do solo, do subsolo, do ar, ou seja, de todas as formas de vida e de todos os recursos naturais, como base na conjugação do art. 225 da Constituição com as Leis ns. 6.938/81 e 7.347/85. Estão assim alcançadas todas as formas de vida, não só aquelas da biota (conjunto de todos os seres vivos de uma região) como da biodiversidade (conjunto de todas as espécies de seres vivos existentes na biosfera, ou seja, todas as formas de vida em geral do planeta), e até mesmo está protegido o meio que as abriga ou lhes permite a subsistência. (2005, 142-143)

Assim, tem seu objeto composto por uma tríplice dimensão, a saber o individual, social e intergeracional. Isto porque, é considerado um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Logo, compreendido na categoria jurídica da *res comune omnium* (de interesse comum). Então, além de irradiar a prevenção e danos, orienta a utilização da propriedade para que esta atinja a sua função social, permitindo, se for o caso, a intervenção estatal em pela inobservância desse preceito.

Direitos da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso – arts. 226 a 230 – De expressão interdisciplinar, busca prevenir riscos à integridade física e intelectual, com a instrumentalização de meios a minimizar as desigualdades, concedendo-lhes acesso especial aos equipamentos e serviços públicos, cujas minúcias iriam se reportar aos demais direitos sociais ou então derivar em muito o objeto de estudo, por esse motivo deixa de trazer os elementos que compõe cada qual; no entanto, exemplificadamente, relaciona sua expressão com o reconhecimento da união homoafetiva, da família monoparental, do direito ao planejamento familiar, da defesa da mulher (Lei Maria da Penha), entre outros.

Com efeito, sucintamente, estes são os direitos sociais em espécie contidos na Constituição Federal de 1988, cujo rol, pelo já explicitado, não é taxativo, possibilitando, por meio da sociedade aberta de interpretes e dentro dos limites democráticos, o reconhecimento de novos direitos da mesma estirpe a serem incorporados.

2.5. Das dimensões positiva e negativa dos direitos fundamentais sociais.

Durante a busca da identificação da fundamentalidade dos direitos sociais restou consignado que os mesmos se caracterizam por ter alta expressão de sua dimensão positiva (ou seja, pela imposição vinculante de ação em face ao Estado, o que também pode ser designado como *status positivus*; porém, à exemplo de Sarlet já citado, há quem entenda os direitos sociais ainda mantenha a sua dimensão negativa, os chamados direitos de resistência ou *status negativus*, devendo eles, como todos os direitos fundamentais, ser classificados como multifuncionais.

Este entendimento é fruto de mitigação e adaptação às circunstâncias atuais da doutrina constitucional em face a teoria de classificação funcional dos direitos fundamentais elaborada por Georg Jellinek, na sua obra intitulada “Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos” (*System der subjektiv öffentlichen Rechte*), referenciada por Alexy (1993, p. 249) Dimoulis e Martins (2008, 50), Sarlet (2012, p. 133), Cunha Junior (2012, p. 576) entre outros.

Primeiramente, consoante Cunha Junior (2012, p. 577), atendo-se à formulação clássica, esclarece que: “Pelo *status subjectionis* ou *status passivo*, o indivíduo estaria subordinado aos poderes estatais, sujeito a um conjunto de deveres, e não de direitos. O Estado, nessa relação, tem o poder de vincular juridicamente o indivíduo por meio de ordens e proibições”, isto é, o estabelecimento de comandos de comportamento sob pena de sanção afeto ordinariamente à qualquer sistema normativo, logo, o destinatário da norma neste caso é o indivíduo.

Por sua vez, Dimoulis e Martins elaboram seu pensamento acerca dos *status negativus*, *status positivus* e *status activos* como conformação normativa, onde o destinatário da norma se

inverte na relação, passando a figurar o Estado. Assim, com muita propriedade, nas palavras do próprio autor, pode se dizer *status negativus*:

Trata-se de direitos que permitem aos indivíduos resistir a uma possível atuação do Estado.

[...]

A essência do direito está na *proibição imediata de interferência imposta ao Estado*. Trata-se de um direito negativo, pois gera a *obrigação negativa* endereçada ao Estado, a obrigação de *deixar de fazer algo*. Trata-se de uma obrigação de *abster-se da intervenção* na esfera da liberdade garantida pela Constituição (imperativo de omissão – *Unterlassungsgebot*). (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 51).

Já, o *status positivus*, que expressaria a característica primordial dos direitos sociais, podem ser categorizados em duas dimensões objetivas, a prestacional e normativa (vinculação ou diretiva), assim entendidas:

O Estado deve agir no sentido indicado pela Constituição (E deve interferir na esfera I). De forma simétrica o indivíduo tem o direito (positivo!) de receber algo, que pode ser material ou imaterial (E deve entrar na esfera I).

[...]

Nada obstante as prestações estatais (dimensão objetiva) que realizam os direitos sociais podem ser de duas espécies. Primeiro, podem ser prestações materiais (na terminologia alemã “ações fática positivas” – *positive faktische Handlungen*) que podem constituir, primeiro, no oferecimento de bem ou serviços a pessoa que não podem adquiri-los no mercado (alimentação, educação, saúde, etc.) e, segundo, no oferecimento universal de serviços monopolizados pelos Estado (segurança pública).

Segundo, podem ser prestações normativas (na terminologia alemã “ações normativas positivas” – *positive normatibe Handlungen*) que constituem nas criação de norma jurídicas que tutela interesses individuais. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 53)

Por fim, elenca *status activos*, ou políticos, ou de participação, que é definido como:

Essa categoria de direitos oferece a possibilidade de participar na determinação da política estatal de forma ativa (o I pode interferir no E). Trata-se de direitos ativos porque possibilitam uma “intromissão” do indivíduo na esfera política decidida pela autoridades do Estado (o i pode “entrar” no E). Os direitos mais característicos são o direito a escolher os representante políticos (sufrágio) e de participar diretamente da formação da vontade política (referendo, participação em partidos políticos). (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 53)

Embora ainda influente tal teoria em seus termos originais, Cunha Junior (2012, p. 576) e Sarlet (2012, p. 134) enfatizam que é necessária uma adaptação na atual visão neoconstitucionalista, pois originalmente concebida sob a ideologia liberal, hoje contraposta pela ideologia social.

Apontam, a exemplo, a premência de releitura do *status negativus*, entendido atualmente à partir do direito fundamental de liberdade que vincula não só o legislador; mas, também em atenção a doutrina de Hesse, atribui à esta categoria de direito fundamental um *status jurídico material* do direito fundamental, divorciando-se da concepção exclusivamente formal liberalista.

Quanto ao *status activus*, da mesma forma, a atual concepção se modifica com o alargamento de seu âmbito, integrado o *status activus processualis* de Häberle; e, ainda com base no ultimo referencial, concernente ao *status positivus*, compreende-o por uma dimensão objetiva, reconhecendo-lhe o *status positivus socialis*.

Em suma, dos acertos supra sobre as três últimas classificações funcionais, seja qual for a dimensão do direito fundamental, é voltada ao indivíduo ou corpo social como beneficiário da norma, restando ao Estado a obrigação de, no aspecto negativo *deixa de fazer* (limites negativos), e no positivo *fazer* (imperativo positivo), que podem ser modulados pela democracia participativa, uma vez que, conforme as adequações ao direito constitucional contemporâneo, todos os direitos fundamentais se expressam, ao menos em alguma medida, por meio de ambas.

No que toca a titularidade, pode-se compreender por dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais “a característica desses direitos de, em maior ou em menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 175), e a dimensão objetiva o “significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 175).

Evoluindo tal ideário, Alexy contempla que os direitos fundamentais se expressam como um feixe de posições jusfundamentais, na medida em que a norma estria sujeita a atuação do interprete, podendo derivar para múltiplos sentidos com dimensões negativa e positiva, dependendo do caso concreto, em que pese oriundo do mesmo comando (ALEXY, 1993, p. 420).

Corroborando com este entendimento, Sarlet (2012, p. 155), ao tratar das normas prestacionais afirma que “abrangem um feixe complexo e não necessariamente uniforme de posições jurídicas, que podem variar quanto ao seu objeto, seu destinatário e mesmo quanto à sua estrutura jurídicapositiva, com reflexos na sua eficácia e efetivação”.

À partir desta compreensão, as normas e posições que compõem um direito fundamental como um todo, pelo seu caráter *prima face*, podem ser compreendidas a partir de (1) posições jurídicas básicas; (2) seu grau de generalidade e (3), sua qualidade de regras ou princípios, ou seja, se estabelecem posições jurídicas definitivas ou *prima facie* (ALEXY, 1993, p. 243). Isto

quer dizer que, entre a norma e a posição jurídica existem três relações: “*una relación de precisión, una relación medio/fin y una relación de ponderación*” (ALEXY, 1993, p. 243).

A *relação de especificação* é definida pela liberdade escolha de enfoque ao problema para se descobrir, segundo o conteúdo e forma da norma, a sua verdade jurídica, sempre pautada em métodos princípios científicos.

A *relação meio/fim* vincula-se, de maneira decisiva às normas de organização e procedimentos de participação sociais, que incorporam os direito fundamental, consoante uma relação meio-fim.

A *relação de ponderação* intervém diretamente nas relações anteriormente mencionadas, influenciando na definição do significado normativo (relação de especificação), bem como identificando ou excluindo os procedimentos e organização participativos legítimos (relação meio/fim). Contudo, expressa-se também fora deste âmbito, na medida em que se presta a resolução de eventual colisão de uma posição *prima facie* com outras posições *prima facie* e com princípios que não dizem respeito a posições jurídicas individuais, mas a interesses coletivos (ALEXY, 1993, p. 243-244).

Desta feita, o referido autor conclui que:

Si se parte del hecho de que el grado de generalidad no es ninguna razón a favor o en contra de la inclusión de una posición en el derecho fundamental como un todo, hay cuatro cosas que podrían ser llamadas "derecho fundamental como un todo": (1) un haz de posiciones definitivas, (2) un haz de posiciones definitivas, inclusive las relaciones que existen entre ellas, (3) un haz de posiciones definitivas y prima facie y (4) un haz de posiciones definitivas y prima facie, inclusive las relaciones que existen entre ellas.
[...]

Un derecho fundamental como un todo de este tipo es algo basicamente distinto a un derecho fundamental como un todo que consiste sólo en una conjunción de posiciones definitivas. (ALEXY, 1993, p. 243-244).

Enfim, compreende os direitos sociais, enquanto parte integrante dos direitos fundamentais, normas multifuncionais, superando a classificação estanque de *status* negativo e *status* de positivo de Jellinek, a depender da relação formada a fim de que dê otimização ao instituto em consonância com os valores consagrados no corpo político.

2.6. De sua eficácia horizontal.

No que tange a eficácia dos direitos fundamentais (força vinculante), este pode ser observadas pela perspectiva da eficácia vertical e horizontal. A eficácia vertical seria aquela de coordenação sistêmica, onde a constituição serviria como vetor direcional, ordenando, de “cima

para baixo”, um modo de interpretação e aplicação do direito, com o escopo de eliminar eventuais antinomias ou divergência nas relações entre o Estado e o indivíduo.

De outro turno, a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais versa acerca da “incidência e aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas (relações entre indivíduo e indivíduo)” (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 648) sendo assim considerados mais que meros direitos subjetivos públicos consoante as anotações de Alexy, que reproduz afirmação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha:

De acuerdo con la jurisprudência permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no solo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, em tanto decisión básica jurisdico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia. (1993, p. 526)

Deste modo, falar-se em eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais significa reconhecer que os seus conteúdos normativos, embasados na dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, condicionam a autonomia privada, obstando decisões individualistas que destoem do senso coletivo, “daí a necessidade de se estender a eficácia dos direitos fundamentais às relações havidas entre os homens, com o fim de proteger o homem da prepotência do próprio homem, em especial de pessoas, grupos e organizações privadas poderosas” (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 649).

Interessante trazer neste ponto alguns importantes marcos históricos deste pensamento, notadamente, o *caso Lüth* (alemão) e o *caso Shelley vs. Kraemer* (norte americano).

Em apertada síntese, o primeiro, versou sobre recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) interposto por Erich Lüth, opondo-se à condenação imposta a ele em um tribunal estadual (*Landgericht*) - que considerava o ato praticado contrário à moral e aos costumes com fundamento no Código Civil alemão - em razão de ter se expressado, pública e reiteradamente, convocações de boicote aos filmes de Veit Harlan, qual havia, na década de quarenta, realizado filmes de conteúdo de propaganda anti-semita, notadamente o de o título de *Jud Süß* (o Judeu Süß). Tal decisão fora reformada pelo Tribunal Constitucional, cuja decisão foi arrazoada no direito fundamental à liberdade de opinião que *irradiaria* sua força normativa à relações privadas, fazendo prevalecer essa expressão fundamental, via juízo de ponderação, sobre o entendimento anteriormente esposado. A esse respeito, Sarmiento (2010b, p. 138), afirma que se inaugura as teses chamadas de teorias de eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a teoria dos deveres de proteção.

Já, o segundo, também de modo sumário, tratou acerca de um loteamento, na cidade de Saint Louis, que pretendia evitar a presença de negros, por meio de contrato que previa cláusula de proibição de venda dos lotes para não brancos. E, ao ser realizada a venda de um imóvel à um casal de negros, o ato foi questionado juridicamente fundamentado na cláusula restritiva de natureza privada, ou seja, em respeito a autonomia da vontade entre particulares. O pleito logrou êxito junto ao Tribunal Estadual de Missouri. No entanto, levado à conhecimento da “Suprema Corte, entendeu que a cláusula restritiva feria a cláusula de igualdade ora estampada na Emenda XIV da Constituição americana”. (SILVA, 2008, p. 19). De outra forma, conquanto o posicionamento jurisprudencial consolidado é de se preservar a autonomia da vontade privada nas relações entre particulares (pois, que o aspecto substantivo da igualdade constitucional estaria afeto somente nas relação envolvendo Estado-indivíduo), firmou-se entendimento que “se o Judiciário tutelasse o suposto direito dos autores com base na convenção, ele estaria emprestando a sua força e autoridade a uma discriminação contrária à Constituição” (SARMENTO, 2010b, p. 216). Em suma, utilizou-se do *state action*, para, sob o fundamento de violação direta da norma constitucional, mais “valorosa” do que as de dimensão privada, reformar o posicionamento adotado pela Corte regional.

Observe-se, ainda, que os posicionamentos adotados dependem da constitucionalização dos direitos privados, que deriva do pensamento ideológico pós-positivista. Nos dizeres de Silva (2008, p. 46-48), que se utiliza dos ensinamentos de Favoreu, este processo pode se dar de três formas: *Constitucionalização-jurisdição*, que é quando cria-se condições para o exercício da jurisdição constitucional da matéria privada; *Constitucionalização-elevação*, quando ocorre o “deslizamento” da matéria para a seara constitucional, restringindo a liberdade legislativa; e, *Constitucionalização-transformação*, que afeta dos diferentes ramos dos direitos, passando a ser assim designado “constitucional” parte que toca a lei maior, tais como direito constitucional penal, direito constitucional civil, entre outros.

Em que pese estes processos mereçam maiores digressões, que facilmente caberiam em uma monografia própria, isso nos desviaria do objeto central da pesquisa. Assim, apenas para dar coesão à questão levantada, suscita a exposição de Sarmento (2010b, p. 92-108) sobre a alteração do núcleo central do direito privado dos códigos (consoante a concepção liberal) para a Constituição devido a modificação das ideologias e da atividade legislativa cada vez mais precisa e específica. Então:

[...] a posição hierárquica superior da Constituição, a abertura das suas normas, e o fato de que estas, por uma deliberada escolha do constituinte, versam também sobre relações privadas, possibilitam que se conceba a lei

maior como novo centro do Direito Privado, apto a cimentar as suas partes e a informar seu conteúdo. Ao invés de um ordenamento descentra do e fragmentado, tem-se um sistema aberto, em cujo vértice localiza-se a Constituição. A unidade do ordenamento, não apenas no senti do lógico-formal, mas também no substantivo, fica recomposta, pois a Constituição costura e alicerça todo o manancial de normas edita das pelo nada parcimonioso legislador contemporâneo. (SARMENTO, 2010b, p. 100)

Isto significa que a constitucionalização, na visão do autor supra, não se resume a elevação do *status* das matéria que ordinariamente são versadas no Código Civil, indo mais além, traduz uma releitura deste instrumento à luz da lei maior sobre os tema de propriedade, posse, contrato, empresa e família, em uma verdadeira reconstrução conceitual do Direito Privado. Isto porque, a Constituição funciona tanto como limite ao legislador (a quem é atribuído o dever primário de concretização), quanto projeta relevantes efeitos hermenêuticos (refletindo diretamente no modo de apreciação das matérias judicializáveis, que, em última análise vincula o Judiciário), reforçando o princípio da interpretação conforme à Constituição. Neste sentido Karl Larenz:

Los principios jurídicos contenidos en la Constitución, como, por ejemplo, el fundamento social del Estado (arts. 20 y 28 da Lei Fundamental) o la vinculación social de la propiedad, son en definitiva módulos que requieren recibir un contenido. Su concretización corresponde, en primer término, a los auto res de las leyes ordinarias, y a los tribunales sólo en tanto en cuanto aquellos hayan dejado margen para ello. La vinculación del juez a la ley conforme a la Constitución (art. 97, ap. 1, Ley Fundamental) condiciona la 'primacía de concretización' del legislador. En tanto que el legisla dor haya dictado una regulación específica y ésta se mantenga dentro de los límites prefijados por los principios constitucionales, el juez, por tanto, ha de tomar la en consideración y no puede eludir la median te una distinta concretización de los princi pios a la cual quisiera dar preferencia. Por ello sólo hay margen para una concretización directa de los principios constitucionales por la jurisprudencia em tanto en cuan to el legislador no haya hecho uso de su derecho preferente de concretización, y por tanto, especialmente, cuando el Derecho legal ordinario poned de manifiesto lagunas, así como en el caso de que la regulación legal no pueda ser interpreta da confor me a la Constitución y, por consiguiente, se le haya de negar vali dez. (apud, SARMENTO, 2010b, 104-105)

Portanto, falar-se em constitucionalização, em última análise, denota, concomitantemente, observar as escolhas políticas da sociedade no modo de conviver e a ótica da dogmática jurídica na realização do direito.

Levando em consideração o já exposto supra, para evidenciar os efeitos dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, Canaris propõe sejam observados os seguintes questionamentos:

Primeira: quem é destinatário dos direitos fundamentais - apenas o Estado e os seus órgãos, ou também os sujeitos de direito privado? Segunda: o objecto do controlo segundo os direitos fundamentais é o comportamento de quem - o comportamento de um órgão do Estado, ou de um sujeito de direito privado? Terceira: em que função são aplicados os direitos fundamentais - como proibições de intervenção ou como imperativos de tutela? (2003, p. 52)

Para responder primeira pergunta pondera pela primazia da autonomia distinguindo *eficácia imediata* (efetivos direitos e judicializáveis) e a imediata *vigência* (vinculação do Estado, em especial o legislador) dos direitos fundamentais, tendo como conclusão parcial de seu pensamento que o “destinatário das normas dos direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e seus órgãos, mas não os sujeitos de direito privado” (CANARIS, 2003, p. 55). Como consequência, já se extrai a resposta para a segunda indagação, onde entende que o “objecto do controlo segundo os direitos fundamentais são, em princípio, apenas regulações e actos estatais, isto é, sobretudo leis e decisões judiciais, mas não também actos de sujeitos de direito privado, ou seja, e sobretudo, negócios jurídicos e actos ilícitos” (CANARIS, 2003, p. 55).

Sobre o último ponto estabelece que o *imperativo de tutela* há de ser conferido segundo a verificação de dever estatal de proteger o cidadão perante o outro, conjugando a *proibição de insuficiência*, que se trata de uma combinação da proibição de intervenção e proibição de excesso.

Assim, entre eles é permitido aquilo que não for proibido. Quando, portanto, o Estado deixa um cidadão actuar sem regulamentação em face do outro, não pode ver-se aí, em regra, a concessão de uma autorização para uma ofensa na esfera de bens do outro - que, além disto, também teria ainda de poder considerar-se como objecto de uma previsão de tutela jurídica mas simplesmente, e tão-só, a omissão de uma intromissão. (CANARIS, 2003, p. 61)

A par disso, tem-se que os direitos fundamentais, *prima facie*, não se aplicam diretamente na relações privadas, ou seja, são livres de intervenção estatal, que só possível mediante uma legitimação especial à partir do imperativo de tutela e da proibição de insuficiência.

Com posicionamento destoante, considerando principalmente o carácter objetivo dos direitos fundamentais e sua eficácia irradiante na realidade nacional, isso sem deixar de prestigiar a autonomia privada, Sarmento de forma explícita diz que:

No Brasil, considerando a moldura axiológica da Constituição de 88, é indubitoso que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata, ressalva dos aqueles direitos que, pela sua própria natureza, só podem produzir efeitos em face do estado (e.g., direitos do preso). A Carta de 88 não cancelou a clivagem absoluta entre o público e o privado, na qual

se assentam as teses que buscam negar ou minimizar a incidência da Constituição e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. (2010b, p. 319)

Em síntese, não há de se falar em esvaziamento da autonomia privada na medida em que se busca a construção de *standards* adequados de ponderação que respeitem a concepção plural e heterogênea social, cuja aplicabilidade direta dos direitos fundamentais tem o nítido escopo de minimizar as assimetrias em tais relações, não se esgotando em mera abstenções, mas extraíndo comandos prestacionais para tanto, que depende de uma lógica racional razoável, em especial perante as relação coletivas ou transindividuais, estabelecida em consonância aos preceitos democráticos.

Explicitados estes dois posicionamentos, assevera-se que foram formuladas as três teorias de aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, quais sejam: a) teorias negativas, que rejeitam a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas; b) teoria da eficácia indireta e mediata e c) teoria da eficácia direta e imediata.

No primeiro caso, chamada de doutrina do *state action*, originária do Estados Unidos, a vinculação normativa dos direitos fundamentais afeta única e exclusivamente o Estado, jamais os particulares, com clara influência da ideologia liberalismo clássico. Tem por fundamento, dar primazia a liberdade individual, definindo um espaço de conduta privada que não tem que se adequar à Constituição, garantido a autonomia pessoal em face as ações estatais.

Porém, este vertente foi mitigada pela jurisprudência da Suprema Corte à partir da década de 40, que passou a adotar a denominada *public function theory* (teoria da função pública), admitindo os efeitos das normas de direitos fundamentais nas relações dos particulares se tocarem o exercício de funções públicas.

A segunda teoria, embora contemple a possibilidade de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, os considera tão somente marcos valorativos norteadores, e condiciona este efeito à prévia atuação do legislador infraconstitucional, qual precisaria conformar as relações privadas por meio do direito com base das normas constitucionais fundamentais.

Os entusiastas desta teoria enfatizam a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas extinguiria a autonomia da vontade, arranhando as estruturas do Direito Privado, o qual ficaria à mercê do Direito Constitucional. Em consequência, cabeira ao Judiciário a tarefa de complementar as cláusulas indeterminadas deixadas pelo legislador, além de expurgar as inconstitucionalidade das normas privadas incompatíveis com os direitos fundamentais. Tal função é perceptível nas Cortes Constitucionais como da Alemanha e Itália,

onde se desenvolve o controle de constitucionalidade concentrado. Tal teoria foi desenvolvida pelo autor alemão Günter Dürig, em trabalho publicado em 1956, sendo amplamente acolhida na doutrina da Alemanha.

Por último, tem-se a teoria da eficácia direta ou imediata, ou seja, aquela que admite a incidência das normas fundamentais nas relações privadas independentemente de prévia atuação legislativa, que, apesar de também ter origem alemã, elaborada por Nipperdey e Leisner no início da década de 50, não foi bem recepcionada naquele país, mas floresceu na Espanha, Argentina e Portugal, onde, inclusive, é expressamente prevista na carta constitucional, servindo de inspiração para o constituinte nacional.

Aqui, Silva (2008, p. 87), põe em relevo que as relações privadas têm características específicas, o que exprime a necessidade de se ponderar os direitos fundamentais com a autonomia da vontade, com o fito de obter um ponto razoável racional, fundado na metanorma da proporcionalidade. Logo, a dimensão de eficácia de concretude dos direitos fundamentais nas relações privadas não se assemelham àquela estabelecida em face do Estado e o indivíduo.

Feita esta análise, Canotilho (1993, p. 595) aponta como alternativa para a ideia de dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata (horizontal) diversas soluções diferenciadas, considerando a *multifuncionalidade* ou *pluralidade* de funções dos direitos fundamentais em cada caso concreto. Dito assim, tencionando fomentar a igualdade nas relações civis, tal qual ocorre nas relações verticais em face ao Estado, evidencia que “as entidades públicas não são «donas» das relações privadas para transformarem a «autonomia individual» num concentrado de deveres harmonizatórios” (CANOTILHO, 1993, p. 596), e propõe uma metódica de diferenciação composto por grupos de soluções possíveis para a garantir a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

GRUPO I — *Eficácia horizontal expressamente consagrada na Constituição* – considerando a normatividade sistêmica, o próprio conjunto fundamental estabelece a eficácia imediata, vinculando o Estado e o particular a seus efeitos.

GRUPO II — *Eficácia horizontal através da mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada* – Neste caso cabe ao legislador, como entidade pública, densificar o ordenamento privado de forma vinculativa aos preceitos fundamentais, sendo considerada, pois, de modo imediato na edição de novas normas jurídico-privadas; ou seja, orientados pelos princípios de liberdade, igualdade e dignidade, isso sem perder a tônica da subjetividade de suas dimensões negativa e positiva, quanto versem sobre função de defesa (*Abwehrrechte*) ou prestacionais, respectivamente.

GRUPO III — *Eficácia horizontal imediata e mediação do juiz* – Nos dois primeiros grupos se propõem teses que incidem quando não há referências expressas na lei ou Constituição que trate dos direitos fundamentais, sendo então posto ao Poder Judiciário a apreciação de seu reconhecimento e conformação da eficácia horizontal a fim de se estabelecer uma ordenação adequada das relações jurídicas privadas do ponto de vista do direito, que terá a mesma carga vinculante conferido ao legislador no grupo anterior; porém, em caso concreto. Aqui, cabe ao juiz dar “operatividade prática à função de protecção (objectiva) dos direitos, liberdades e garantias” (CANOTILHO, 1993, p. 598), se utilizando das seguintes técnicas:

- a) Em primeiro lugar, devem fazer uma aplicação do direito privado legalmente positivado em conformidade com os direitos fundamentais pela via da interpretação conforme a constituição.
- b) Se a interpretação conforme os direitos, liberdades e garantias fôr insuficiente cabe sempre na competência dos tribunais a desaplicação da lei (por inconstitucional) violadora dos direitos (subjectivos) ou dos bens constitucionalmente garantidos pelas normas consagradoras de direitos fundamentais.
- c) A interpretação conforme os direitos, liberdades e garantias das normas de direito privado utilizará como instrumentos metódicos não apenas as clássicas cláusulas gerais ou conceitos indeterminados (exemplo: boa-fé, abuso de direito) mas também as próprias normas consagradoras e defensoras de bens jurídicos absolutos (vida, liberdade). (CANOTILHO, 1993, p. 598)

Ou seja, opera a concretização dos direitos fundamentais, conformando-o em uma de normas de decisão para gerar a efetividade horizontal.

GRUPO IV — *Poderes privados e eficácia horizontal* – a problemática exposto aqui se configura pelo fato da irradiação dos efeitos horizontais das normas fundamentais podem advir “poderes sociais” ou “privados” (associações, empresas, igrejas, partidos) - e não das entidades públicas -, o que torna necessário uma convergência de compreensões ideológicas. Mas, os “«poder privado» ou «poder social» não são juridicamente assimiláveis a «poderes públicos» e não oferecem contornos jurídicos para se transformarem em categorias operacionais” (CANOTILHO, 1993, p. 598), significa dizer ausente a força vinculante de suas decisões às entidades públicas; contudo, devem objetivar os direitos, liberdades e garantias dos poderes sociais tanto quanto o faz com as forças públicas, primando pela igualdade nas relações privadas.

GRUPO V — *O núcleo irredutível da autonomia pessoal* – por último, reproduzindo a teoria negativista, por considerar um confisco substancial da autonomia pessoal a imposição vinculante do Estado sobre o privado, não se admite a eficácia horizontal.

Enfim, elabora parâmetros que não adere exclusivamente a uma ou outra teoria de aceitação ou negação da eficácia horizontal, que deve ser percebida e utilizada com base na função (teleologia) do instituto invocado, mitigando, portanto, a possibilidade de seu reconhecimento. E, fechando seu pensamento, suscita pela indispensabilidade da interpretação normativa que deve ser cumprida em atenção a tarefa de concordância prática dos vários princípios e interesses, realizada conforme a Constituição, isto é, conforme os próprios direitos fundamentais enquanto elementos norteadores desta, para encontrar a solução adequada para cada caso concreto.

Complementando estes apontamento, sobre a realidade nacional Sarlet, suscitando a norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, arremata:

[...] previsão expressa da aplicabilidade direta (imediata) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o que, por sua vez, não se contrapõe ao fato de que, no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópicosistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipótese de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência da cada um. (2012, p. 327)

Portanto, no que tange a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, nos quais se arrola os direitos sociais, em que pese haver diversas teorias que indicam a possibilidade ou impossibilidade de aplicabilidade imediata, o constituinte brasileiro, com aspiração no ideal de justiça do Estado Social, optou por consignar expressamente a aplicabilidade imediata afeta a todos (Estado e indivíduos).

2.7. Da restrição dos direitos fundamentais pelas teorias interna e externa.

Embora a ideologia que circunda os direitos fundamentais seja de efetivação máxima horizontal, uniforme e universalizável, há na doutrina a elaboração de argumentos que restringem a sua conformação em parâmetros racionais, na medida em que se acolhe o seu relativismo, ou seja, tem-se como premissa não serem absolutos.

Dito assim, concebendo os direitos fundamentais enquanto componentes de um modelo de um sistema jurídico composto por princípios (caráter aberto) e regras, as normas estão sujeitas a intervenção de fatores extra legais que revelam ser significantes na especificação de seu espaço normativo. Tais fatores, podem ser de cunho filosófico, econômico ou mesmo social;

enfim, estão ligados à natureza “do ser” influenciando no modo de se compreender (na interpretação) do “dever ser”, estabelecendo limites àqueles por meio da declaração de, a depender da ótica utilizadas, de sua conformação ou configuração.

Com isso, passa-se a investigar a legitimação deste fenômeno e em que medida isso ocorre, tendo em vista que a problemática a ser equacionada afeta sobre o que é protegido e não protegido pelos direitos fundamentais. A esse respeito, pode-se dividir os posicionamentos doutrinários em duas teoria opostas, a teoria interna e teoria externa.

2.7.1. A teoria interna.

Como expoente deste pensamento Friedrich Klein, autor alemão, referenciado por Alexy (1993, p. 267-271), e Planiol e Ripert, autores franceses, referenciado por Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 127-128), defendem que os direitos fundamentais não comportam restrições.

Para sustentar esta afirmação, têm como premissa que a configuração normativa dos direitos fundamentais ocorre em sua formulação conceitual, mas nunca via restrição (daí a utilização do termo configuração do direito); em razão disso o nome de teoria interna, pois os limites do direito estariam em si mesmo.

Ou seja, partem da lógica de que *o direito e sua restrição* são duas categorias distintas que para serem idealizada no mundo jurídico, sendo que primeiro viria a norma e depois a suas restrição. Mas, uma vez que a norma já se basta nos seus próprios contornos conceituais, inexistente, portanto, o sua *restrição*, restando apenas *o direito*. Ou seja, tudo aquilo estiver fora do conceito normativo, não é direito. A isso foi atribuída a terminologia de “limite imanente”.

Como consequência deste pensamento, a teoria interna não admite conformação normativa por meio de ponderação, ou seja, quando há colisão de institutos.

Isso porque os direitos fundamentais seriam tratados pela categoria de *regras*, havendo exclusivamente o juízo de validade. Com efeito, “impossível distinção entre direito *prima facie* e direito definitivo, no âmbito da teoria interna, é algo que decorre diretamente de seu pressuposto central, ou seja, da unificação da determinação do direito e de seus limites imanentes” (SILVA, 2014, p. 129).

Corroborando com esta afirmação, “Na lógica da *teoria interna* não há restrição, legítima ou ilegítima, de direitos fundamentais, mas a apenas ou violação ou respeito do conteúdo normativo de direito fundamental; restrições identifica-se, ai, como violação do direito” (NOVAIS, 2010, p. 295).

Nesse contexto:

[...] a diferença entre *os limites imanes* e as *restrições a direitos fundamentais* decorrentes de colisões é facilmente perceptível, e pode ser traduzida pelo binómio declarar/constituir. Enquanto nos casos de colisões se *constituem* novas restrições a direitos fundamentais, quando se trata dos limites imanes o que a interpretação constitucional faz é apenas *declarar* limites previamente existentes. (SILVA, 2014, p. 133)

De outra senda, a análise de Alexy (2011, p. 300- 306) da teoria do alcance material de Friedrich Müller, expressa que a concepção da norma já corresponde às condições fáticas que se encaixam em sua previsão. Em suma, Müller assevera o âmbito normativo é decisivo para o alcance objetivo de um direito fundamental, cujo limite (imane) são impostos pela qualidade (natureza) jurídica da norma, fazendo-se estender à sua expressão material.

Com efeito, estão compreendidas no âmbito normativo ações *específicas*²¹; sendo que o qualitativo específico corresponde a “*Una forma de ejercicio es específica cuando no se puede demostrar que carece de la conexión objetiva con la estructura (que previamente tiene que ser desarrollada dogmáticamente) del ámbito normativo de derecho fundamental*” (MÜLLER, *apud* ALEXY, 1993, p. 302). O que equivale dizer, ausente este qualificativo, não se compreende um direito em seu caráter fundamental.

Logo, a teoria interna se concentra na natureza do âmbito normativo válido e determinado, e tudo aquilo que exceda este limite não é direito.

2.7.2. A teoria externa.

Contraopondo à teoria interna, tem-se a teoria externa, qual admite influência de outros fatores não legais como elementos conformadores da norma. Preocupa-se, ordinariamente, com a legitimidade da atuação dos poderes públicos na realização e concretização dos direitos fundamentais. Tal teoria é parte integrante das teorias de direitos fundamentais de Gomes Canotilho, Jorge Reis Novais e Robert Alexy, sendo que este último assim a define:

El concepto de restricción de un derecho sugiere la suposición de que existen dos cosas — el derecho y sus restricciones — entre las cuales se da una relación de tipo especial, es decir, la de la restricción. Si la relación entre derecho y restricción ha de ser definida de esta manera, entonces existe, primero, el derecho en sí, que no está restringido, y, segundo, lo que queda del derecho cuando se le añaden las restricciones, es decir, el derecho restringido. Esta es la teoría que suele ser llamada - por lo general, con intención crítica - teoría externa.

²¹ Comportando as modalidades materialmente específicas, específicas, constitucionalmente específicas, protegidas ou materialmente pertencentes, mas não aquelas modalidades não específicas de exercício de direitos fundamentais.

[...]

La relación es creada sólo a través de una necesidad externa al derecho, de compatibilizar los derechos de diferentes individuos como así también los derechos individuales y los bienes colectivos. (1993, p. 268)

Note-se que esta noção se aplica ao modelo normativo de regras e princípios proposto por Alexy, conquanto o reconhecimento *prima facie* da fundamentalidade do direito na forma de princípios (concebidos como mandamentos de otimização) atribui a eles a característica que possibilita a *ponderação/sopesamento*; que “é exatamente aquilo que liga - e fundamenta - o caráter inicial e *prima facie* de cada princípio com o dever-ser definitivo nos casos concretos.” (SILVA, 2014, p. 165). Ademais, não se pode falar em *restrição* de um direito fundamental em abstrato, exigindo-se sempre a operação de *ponderação/sopesamento*.

Logo, pode-se dizer que a *ponderação/sopesamento* (restrição) é a solução alternativa aos *limites imanes* (configuração) - que são incompatíveis, nos termos descritos -, para a conformação espaço normativo.

Coadunando com estas preposições, Canotilho é expresso em firma que o problema dos limites imanes (configuração da norma) é irresolúvel através de critérios de *ponderação/sopesamento* (restrição); veja:

Esta otimização é possível porque os princípios transportam dimensões objectivas possibilitadoras de uma ponderação de bens juridico-constitucionais efectuada a partir da própria constituição. Nota-se, porém: esta ponderação assenta na ideia: (1) de que entre as normas constitucionais não há qualquer hierarquia normativa material (ex. o «bem da saúde pública» não é superior ao «direito de greve»); (2) de que a ponderação é feita entre «bens constitucionais»; não é uma ponderação de valores extra-constitucionais, pois deve tratar-se de bens constitucionalmente reconhecidos; (3) a otimização de bens constitucionais levada a efeito através da ponderação não pressupõe qualquer «exercício abusivo», «arbitrário» ou «inespecífico» de um direito fora do respectivo âmbito de protecção, pois o problema dos «limites imanes» é irresolúvel através de critérios prévios, livres de qualquer ponderação, só podendo construir-se como resultado de ponderação de princípios jurídico-constitucionalmente consagrados. Numa palavra: os chamados «limites imanes» são o resultado de uma ponderação de princípios juridico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade e garantia. (1993, p. 609)

Assim, o desenvolvimento da teoria externa se dá em uma relação de dois momentos distintos; o primeiro quando do reconhecimento do direito fundamental instituidor de uma posição jurídica *prima facie*; e, o segundo *a posteriori*, via *ponderação/sopesamento* é que se define a *restrição* deste mesmo direito fundamental, que deverá estabelecer uma posição jurídica definitiva fundamental para o caso em concreto, cessando seus efeitos tão somente

naquilo que ficou legitimamente restringido, o que garante a otimização tanto a si quanto a eventual bem jurídico fundamental colidente.

Nessa esteira, a *restrição* se verifica como elemento constitutivo e não declaratório.

Com base nisso, adotar a teoria externa como teoria de limites dos direitos fundamentais é possibilitar o controle da atividade estatal (em especial a interventora), pois admite na relação de conformação do direito fundamental definitivo elementos não jurídicos, que culminam na aferição da legitimidade do ato, por meio de necessária justificação constitucional e o respeito as ideologias insculpidas na própria Constituição.

Propicia, ao mesmo tempo, operacionalidade da atuação estatal e segurança jurídica em relação aos direitos fundamentais no caso concreto, provendo mecanismos mais claros e transparentes para a identificação da legitimidade das restrições. Define, portanto, o espaço efetivo garantido pela norma jusfundamental; haja vista que um direito constitucional sem reservas poderia levar à concepção de direito ilimitado.

Dadas estas características, e considerando que na realidade pátria a Constituição de 1988 acolheu uma sistemática de regras e princípios, a teoria externa parece ser a que melhor se amolda para definir os limites dos direitos fundamentais sociais nacionais, dentre eles os sociais. Em primeiro, porque eles, na maioria das vezes, comportam posições jurídicas *prima facie*; e, em segundo, em razão de ser convencionado que a melhor forma de solução para eventual colisão dos mesmos se daria via ponderação, visto não absolutos.

2.8. Da concretização dos direitos sociais.

Uma vez identificados as dimensões processual-material dos direitos fundamentais, que lhes atribui o reconhecimento de fundamentalidade dentro do sistema normativo composto por princípios e regras; ainda, visto eles se expressam pelas dimensões funcionais positiva e negativa a depender a interpretação, que é realizada pela sociedade aberta de interpretes, gerando efeitos imediatos e horizontais na realidade brasileira, com sua força vinculante; passe, então, a análise dos métodos de concretização, que se dá via elaboração, implementação e execução de *políticas públicas*, pautadas na ideologias do Estado Social, contrapondo-se o liberalismo clássico de intervenção mínima.

Desnecessário, aqui, tecer novamente as ponderações acerca da evolução estatal à partir da inauguração do Estado moderno (século XVII), reportando-se que já tratados no capítulo anterior, bem como o desenvolvimento humanístico dos direitos fundamentais desde o século XIX, em especial na segunda metade do século XX via constitucionalização e redemocratização dos Estados ocidentais, quais foram objetos dos itens anteriores deste capítulo, culminando no

chamado Estado Social. Doravante, concentra-se na concepções atuais de políticas públicas dentro do Estado Democrático de Direito.

Assim, ressalta-se as suas características de garantir e promover os direitos fundamentais de liberdade, igualdade e fraternidade, servindo eles de limites da atuação estatal, tanto quanto de impulso em direção ao ideário eleito pelo corpo social. A esse respeito Paulo Bonavides descreve o Estado Social como:

O Estado parece doravante como aliado, o protetor dos novos valores, ao passo que a Sociedade figura como o reino da injustiça, o estuário das desigualdades. [...] no Estado social, o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As constituições tendem assim a se transforma num pacto de garantia social, num seguro com que o Estado administra a sociedade. (2004, p. 380)

Veja, portanto, há de se compreender que a legitimidade da Constituição, e conseqüentemente do Estado, se dá exclusivamente à partir da capacidade de produzir a pacificação social, via minimização das desigualdades (inclusão social) em uma interação da ordem jurídica com as ordens política e social; realizadas por meios democráticos e de atuação positiva.

Este aspecto ativo do Estado é caracterizado pelo desenvolvimento de políticas públicas, que devem equacionar a capacidade financeira do Estado com o seu dever prestacional para atendem as incontáveis necessidades da sociedade. Dito de outra forma, considerando a amplitude das demandas, é praticamente pacífico na doutrina ser impossível o atendimento imediato e integral dos sem números de necessidades sociais em face da limitação (escassez) de recursos sócio-econômicos do Estado, encontrando-se aí a problemática principal e sistêmica da atuação estatal, notadamente na escolha de prioridades para o atendimento dos interesses.

Isto é, não significa peremptoriamente, como já demonstrado pela ótica neoconstitucionalista, autorização de inercia estatal. Pelo contrário, além de ser imposta pela força normativa da constituição uma postura positiva, ela há de ser otimizada, incumbindo o Estado não só a concretizar os direitos fundamentais, mas, de realizar uma administração proporcional e razoável para, de um lado, atender o maior número possível dessas necessidades; e, de outro, não onerar em demasia o contribuinte em prejuízo do desenvolvimento econômico. Logo, visível a importância das políticas públicas em equacionar estes dois elementos.

2.8.1. Políticas públicas (conceito).

Descrito, genericamente, os objetivos das políticas públicas, elabora melhor o tema com a análise de sua conceituação e função, ao passo que são elas que determinam o padrão da proteção social a ser implementado pelo Estado na resolução de problemas. Com efeito:

[...] o acento tônico incide não tanto na existência objectiva de problemas, mas nas escolhas, nos fins e nos meios subjectivamente definidos ou individualizados por um governo, por um partido, por um grupo social ou económico. A política aproxima-se da ideia de estratégia adoptada por determinados sujeitos (ministros, partidos, governos, grupos) para resolver determinados problemas da comunidade. (CANOTILHO, 1993, p. 29)

E, elevando este conceito ao campo constitucional:

A Política Constitucional preocupa-se com a definição de conceitos e estratégias, tendo em vista uma futura alteração do direito constitucional vigente (política de direito constitucional) e da própria realidade constitucional (política constitucional). Consequentemente, à política constitucional pertence: (1) discutir e explicar os fins, os meios e os resultados a obter com as suas propostas de modificação constitucional (política constitucional como análise de fins, meios e resultados); (2) criticar e desenvolver estratégias de acção com a finalidade de obtenção de resultados práticos de conformação constitucional (política constitucional como proposta de acção política). (CANOTILHO, 1993, p. 155)

Por sua vez, Dworkin define política contrapondo-a a ideia de princípio (já elaborada no primeiro capítulo) firmando:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). (2002, p. 36)

Mas, conforme apontamentos de Comparato (1998, p. 44) sobre esse pensamento, em sede de argumentação jurídica, a distinção completa entre princípios e política não procede, pois a ideia original de que princípios estabelecem direitos (individuais) e políticas estabelecem uma meta ou finalidade coletiva são “excessivamente esquemáticas”²². Dito isso, ele busca trazer operacionalidade ao sistema jurídico ao conjugar os dois elementos concomitantemente, o faz “na tarefa de interpretação do direito vigente e de construção do direito futuro” (COMPARATO, 1998, p. 44) e conclui que “[...] se a política deve ser claramente distinguida

²² Reconhece, neste ponto, que o estudo constitucional tradicional não considera a política nem norma, nem ato, logo, algo alheio ao campo estritamente jurídico, podendo ser distinguida daqueles enquanto elemento da realidade. Contudo, passa a discorrer que, na prática, esta distinção não se sustenta, pois há um liame estreito entre política e direito quanto ao sua finalidade.

das normas e dos atos, é preciso reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes” (COMPARATO, 1998, p. 44-45).

Em suma, o que se pretendeu demonstrar com os arrestos supra é que a dimensão política está intimamente atrelada à expressão jurídica, havendo influências mútuas, irradiando desde o ápice vertical do sistema jurídico até as relações cotidianas; o que, no campo da concretização dos direitos fundamentais sociais ocorre via políticas públicas.

Corroborando com este posicionamento, Grau (2008, p. 26), diz “A expressão *políticas públicas* designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como *uma política pública* — o direito é também, ele próprio, uma *política pública*”.

Porém, há de se ressaltar que o juízo de validade de uma política pública não segue obrigatoriamente a mesma sorte o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem, isto é, cabível o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma política pública, em razão de sua finalidade, sem esta decisão gere efeitos sobre aquelas e vice e versa (COMPARATO, 1998, p. 45).

A par desse elementos, Bucci (1997, p. 91) define política pública como “A função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos – à saúde, à habitação, à previdência, à educação – legitima-se pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais”.

Em outros termos, se utiliza da ótica do aplicador na coordenador dos meios disponíveis ao Estado, harmonizando as atividades públicas e privadas, “na realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 1997, p. 92).

No mesmo sentido:

A definição das políticas públicas implica opções a serem feitas pelo Poder Público. Essas opções são externadas por variados instrumentos, como a Constituição, as emendas à Constituição, os atos normativos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e de órgãos e entidades da Administração Pública. (DI PIETRO, 2014, p. 829)

Ainda, Bucci explicita que a sistematização conceitual leva a diferenciação de *política pública*, *plano* e *planejamento*. Com efeito, *política* algo mais amplo que o plano, identifica-se pelo processo de escolha conforme já conceituado. Porém, “Há uma certa proximidade entre as noções de política pública e a de plano, embora a política possa consistir num programa de ação

governamental que não se exprima, necessariamente, no instrumento jurídico do plano” (BUCCI, 1997, p. 94).

Note-se, portanto, ordinariamente a política pública se expressa por meio de uma lei, logo, sujeita ao juízo de constitucionalidade, incluindo-se o prisma da separação de poderes, pois:

[...] como programas de ação, ou como programas de governo, não parece lógico que as políticas possam ser impostas pelo Legislativo ao Executivo. O mais correto seria que pudessem ser realizadas pelo Executivo, por iniciativa sua, segundo as diretrizes e dentro dos limites aprovados pelo Legislativo. (BUCCI, 1998, p. 97)

Assim, exemplifica-se a política de educação que, por ser dotada de fundamentalidade, serve como guia e instrumento dos agentes públicos (Administrador e Legislador ordinário). Ilustrando, o art. 212 da Constituição Federal fixa percentual mínimo (um parâmetro objetivo) a ser aplicado no ensino de modo que a Lei n. 9.394/96, qual estabelece as diretrizes e bases da educação nacional deve o obedecer.

Desta feita, o *plano* “é a lei abstrata e geral, na qual se estabelecem os objetivos da política, suas metas temporais, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação” (BUCCI, 1997, p. 95). Por sua vez, o *planejamento* é compreendido como pressuposto indispensável de todo programa de ação política, econômica ou social, enquanto método. Este posicionamento foi consolidado no pós segunda-guerra.

A esse respeito Barcellos (2005a, p. 10) é enfática em afirmar que a concretização dos direitos sociais, assim como a simples manutenção do aparelhamento público, geram despesas financeiras para o Estado, cujos recursos são limitados. Logo, a eleição dos fins e meios a serem efetivados encontram alguns parâmetros objetivos e ideológicos determinantes de prioridades nas políticas públicas, que por sua vez estão vinculados à própria Constituição. Ou seja, submetidas às regras jurídicas. De outra forma, considerando a conformação constitucional aberta e plural, no Estado democrático, verifica-se que:

A definição dos gastos públicos é, por certo, um momento típico da deliberação político-majoritária; salvo que essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais [...] não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo. (BARCELLOS, 2005a, p. 13)

Então, as políticas públicas, só porque se trata de *política*, não é de livre formatação a fim de favorecer os detentores de suas forças, onde o jurídico de certa forma orienta pela efetivação substancial dos preceitos fundamentais constitucionais de igualdade e liberdade. Sinteticamente, “a liberdade do titular de um mandato político simplesmente não justifica ou

autoriza decisões idiossincráticas, comprovadamente ineficientes ou simplesmente sem sentido” (BARCELLOS, 2005a, p. 13). Com a mesma tônica:

[...] não há total e completa Liberdade (de conformação) do Legislador para incluir neste sistema de planejamento o que bem entender. O legislador, e muito menos o administrador, não possuem discricionariedade ampla para dispor dos recursos como bem entenderem. Existem vários tipos de limites a esta Liberdade do Legislador para utilizar os recursos públicos. Ela é conformada pela Supremacia da Constituição. (SCAFF, 2005, p. 91)

Dito isso, a construção conceitual de política pública como um conjunto de metas e instrumentos de ação governamental, sob uma visão dogmática jurídica, impõe a possibilidade do desenvolvimento teórico ao menos de três temas afeto ao seu controle: *a identificação dos parâmetros de controle; a garantia de acesso à informação; e a elaboração dos instrumentos de controle* (BARCELLOS, 2005a, p. 15).

Por *identificação dos parâmetros de controle*, entende-se a oferta de meios de fiscalizar a elaboração e execução das políticas públicas em consonância com os objetivos do regramento constitucional. Para tanto, pode-se utilizar de parâmetros objetivos positivados, como o já citado da educação (art. 212) entre outros (arts. 195 e 198, por exemplo); assim, por meio de meras operações de verificação é possível se constatar se o quanto de recursos destinados estabelecido na norma estão sendo efetivamente destinados àquela área corresponde. Ainda, há de se utilizar parâmetros de aferição do resultado para se captar se o fim esperado da atuação estatal coincide com o volume de recursos destinados, o que se faz por hermenêutica neoconstitucionalismo (proporcional e razoável); enfim, visa identificar se os *status* mínimos estão sendo atingidos na promoção da dignidade humana. E, se os parâmetros das políticas públicas a serem implementadas que se ligam ao “como” (meio - processo) adequado a ser realizado na maximização de seus resultados, ou seja, de modo mais eficiente.

Já a *garantia de acesso à informação* permite conferir os dados acerca da disponibilidade dos recursos públicos, a previsão orçamentária e sua execução. É embasado nos anseios democráticos de transparência para que o cidadão esteja ciente dos atos praticados pelo poder público, ressalvado o sigilo legalmente estabelecido. Se presta, desta forma, como instrumento de controle social quando do exercício do voto na forma de controle político.

Por fim, a *elaboração de instrumentos de controle* se apresenta como possibilidade, embora indesejável, de atuação judicial sobre as políticas públicas quando inexistentes ou ineficientes ao atendimento dos direitos fundamentais. Fundamenta-se na aplicabilidade direta e imediata (art. 5º, §1º) desses direitos, gerando como consequência uma punição, a ineficácia de ato administrativo ou a substituição do agente competente quanto a decisão de sua

concretização. Diz-se indesejável, pois, “O processo de judicialização é assimétrico e, por isso, não logra universalizar os direitos que devem ser prestados pelo Estado” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 664).

Continuando, outra forma de diferenciação das políticas públicas se dá em seu “nível hierárquico”, considerando a relação meio-fins. Isto é, ainda aproveitado o exemplo dado, conquanto a política nacional de educação é uma política geral para o setor da educação (política “de fins”), ela pressupõe a elaboração conjunta de outras políticas “de meios”, que definam o processo de contratações (política de recursos humanos) e investimentos (política para aquisição e/ou construção de novas unidades de ensino), que se interligam, em sua expressão “política”, nas suas escolhas de prioridades.

Por tudo isso, o seu conceito não pode ser entendido somente a prestação dos serviços públicos propriamente ditos; indo além, abrange as funções de coordenação e fiscalização dos agentes públicos e privados, que se moldam pelo processo político de escolhas de prioridades do governo por meio da eleição de objetivos e procedimentos (BUCCI, 1997, p. 95-97).

No mesmo sentido, Comparato (1998, p. 45-46) assinala que a inclusão das políticas públicas nos diplomas jurídicos transformam a lei, antes vista como instrumento de soberania popular, em instrumentos de governo em prol do desenvolvimento social. Ou seja, são parâmetros de soluções jurídicas prementes (*Massnahmegesetze*), que orientam as atividades privadas (*Lenkungsgesetze*) ou os procedimentos administrativos públicos (*Steuerungsgesetze*).

De qualquer sorte, o reconhecimento da fundamentalidade substancial dos direitos sociais – na esteira do respeito à dignidade humana como um dos objetivos primordiais do Estado brasileiro –, impõe à Administração, pela força normativa vinculante daqueles, a obrigação de concretização dentro dos limites das possibilidades fáticas, pressuposto que Estado não está autorizado a se distanciar. Em outros termos “A concepção corrente do Estado de bem-estar diz respeito à sua finalidade compensatória, distributiva, para acentuar que um mínimo de realidade dos direitos fundamentais clássicos (liberal-democráticos) depende da institucionalização dos ‘direitos fundamentais sociais’” (NEVES, 1994, p. 71).

2.8.1.1. Da institucionalização das políticas públicas.

Uma vez definidos os contornos, características e objeto das políticas públicas, interessante dar destaque à obra “fundamentos de uma teoria jurídica das políticas públicas” de Bucci (2013) sobre a sua institucionalização como forma de objetivar e materializá-las no tempo e no espaço. Para tanto, trabalha com a ideia de *instituições* em duas perspectivas.

A primeira afeta aos planos macro, micro e mesoinstitucional. Nesta seara o governo representaria o plano marcoinstitucional, conquanto as políticas públicas (menor unidade do programa de governo) ao plano microinstitucional; e, entre ambas os ajustes, elementos, iniciativas e normas desse programa na qualidade mesoinstitucional. E, a segunda se refere aos arranjos institucionais.

Com isso, trata a *institucionalização* como processo de determinação de modelo das ações estatais entabulado pelos seus arranjos. Ou seja, a *instituição* é uma estruturas jurídicas consubstanciado em uma dimensão objetiva despersonalizada (expressão externa), que constitui as posições subjetivas de direitos e deveres, em suma, “seriam fórmulas sociais de ‘estabilização espontânea’” (BUCCI, 2013, p. 207-208).

Se utiliza como base referencial as teorias institucionalistas de Santi Romano e Maurice Haurion, que serão sucintamente tratadas. Frise-se, embora símiles, divergem quanto ao entendimento do significado da *instituição*, onde, para o primeiro comportaria o próprio direito e para o segundo a sua fonte.

Feito este aparte, salienta que Santi Romano (*apud* BUCCI, 2013, p. 209-217), com o escopo de dar objetividade as instituições (aqui compreendidas à partir da norma posta), acaba por exprimir o processo de institucionalização segundo a “consciência coletiva”, portanto, despersonalizada. Nas palavras do próprio Santi Romano:

O processo de objetivação, que dá origem ao fenômeno jurídico, não se inicia com a emanação e uma regra, mas em um momento anterior; as normas não são senão uma manifestação, uma de suas várias manifestações, um meio que se faz valer o poder daquele *eu social* de que se fala. (*apud* BUCCI, 2013, p. 211)

Com efeito, compreende a instituição se expressa em unidade (relação jurídica ou não jurídica de caráter plural) que, posta pela norma, transforma o político em jurídico e lhe atribui sentido harmônico aos interesses sociais no empenho de organização do corpo social. Desta feita, a institucionalização não se presta a estabelecer limites ao poder estatal, pelo contrário, o anima em forma de *estrutura e função*.

Por sua vez, Maurice Haurion (*apud* BUCCI, 2013, p. 217-227), como já salientado, entende que a instituição está ligada a fonte do direito, estabelecendo, assim, uma conexão com a “duração da continuidade do real”, onde se verifica sua objetivação na dicotomia do direito subjetivo/objetivo, assim definida por ele:

Os juristas entendem por direito subjetivo tudo o que se mantém pela vontade consciente de sujeitos determinados, como por exemplo, as situações contratuais e disposições testamentárias chamadas de última vontade; pelo

contrário, entende-se por direito objetivo tudo o que, em direito, se mantém sem ajuda da vontade consciente dos sujeitos determinados e que, dessa maneira, parece manter-se por si mesmo como, por exemplo, uma regra do direito consuetudinário. (HAURION, *apud* BUCCI, 2013, p. 219)

Discorrendo acerca desta dualidade, relembra que o subjetivismo teve seu apogeu no início do século XIX e posteriormente foi mitigado pela contraposição objetivista, consoante as óticas de Duguit e Durkheim no que se refere, respectivamente, as questões de “ordem pública” e superação do individualismo cuja obediência esta putada na “consciência das massa”.

Em razão disso Maurice Hauriou estabelece que a positivação possui limites de eficácia objetivos (na própria lei) na medida em que se tornem inaptos à inovações social. Então, arrematando a definição da referida dicotomia, considera que “os elementos subjetivos são o que constituem a força criadora e, portanto, a ação; os elementos objetivos, a regra de direito, o meio social, a ordem pública, não são senão elementos de reação de duração de continuidade” (HAURIOU, *apud* BUCCI, 2013, p. 221).

A partir disso, Maurice Hauriou admite a concepção de duas categorias institucionais, a *instituições-pessoas* e *instituições-coisas*. A primeira reveste-se em corpos constituídos, a exemplo do Estado, associações e sindicatos; e, a segunda, referem-se às estruturas permanente do Estado. Em ambas as situações as instituições tem como finalidade realizar uma obra em um grupo social, a organização do poder para a realização da obra e a manifestação de comunhão a respeito da realização da obra.

No que toca aos elementos institucionais, assevera que o elemento da *ideia-diretriz*, justamente por ser ideológico (ou seja, metafísico) é tratada como *plano de ação e organização em vista da ação*, adequando a noção de *fim* vinculado ao *resultado*, conquanto a *ação* liga-se aos *meios* para a sua obtenção. Isto é, sobreleva o interesse social na atuação do Estado, comparando-o à uma empresa, e atribui aos seus atores as mesma características de um acionista com participação na concepção, elaboração, execução e fiscalização das ideias desenvolvidas.

Um segundo elemento a ser tratado é o poder, que ganha contornos subjetivos, vez que há expressão de vontade quando da sua organização, notadamente entabulada pelos institutos da separação de poder e representatividade.

Por fim, o terceiro elemento compreenderia a “manifestação de comunhão”, cuja objetividade, por meio de seu espectro sociológico se encontra enraizado de forma latente no consciente coletivo. Assim, Maurice Hauriou sintetiza:

O verdadeiro elemento objetivo do sistema jurídico é a instituição; é verdade que ela contém um germe subjetivo que se desenvolve por meio do fenômeno da personificação; mas o elemento subjetivo subsiste no *corpus* da instituição

e só esse *corpus*, cuja ideia-diretriz e seu poder organizado, já é muito superior em virtude jurídica à regra de direito. *São as instituições que fazem a regra de direito, não são as regras de direito que fazem as instituições.* (apud BUCCI, 2013, p. 227)

Em suma, traz um detalhamento acerca das noções de poder e direito, em especial as concepções de *organização e poder organizado pelo direito* em sua expressão no espaço e tempo, o que serve de base para a elaboração de um abordagem publicista jurídica das políticas públicas.

Continuando, tendo em vista os marcos teóricos apresentados, vê-se que hoje os *arranjos institucionais*, concebidos à partir das normas, decisões e medidas estatais, desenvolvem-se na obtenção de um bem comum, que são materializados sistemicamente por meio das políticas públicas.

Desta feita, a sua objetivação e organização ocorre por meio do direito, que serve como amalgama dos referidos arranjos, dando-lhe direção consoante ao interesse social. Em razão disso:

O adjetivo *institucional* refere-se ao conjunto de estruturas jurídicas, políticas e sociais que tornam um objeto definido, distinto do ambiente que o cerca, a partir de certa ordenação e unidade funcional sedimentada, que reproduz a reiteração de determinados comportamentos. (BUCCI, 2013, p. 236)

E, sobre os atores, Virgílio Afonso da Silva referindo-se à doutrina de Häberle, firma:

O mais importante é que o *instituir* a ideia de direitos fundamentais no meio social não é obra exclusiva da constituição e de seu complexo normativo, mas sobre tudo da atividade do legislador e também de todos aqueles "que vivem dispersos no meio social", os titulares dos direitos fundamentais. (SILVA, 2014, p. 135-136)

Então, este processo se caracteriza: pela objetivação (com a despersonalização do governo que a institui); criação de um modelo/padrão de organização; sua juridicização; e, pelo reconhecimento de uma ideia-diretriz orientando todos os atores sociais no campo da ação.

Logo, os *modelos institucionais* se trata do padrões repetível em situações semelhantes, replicando-se sistemicamente, pautados nos valores e referências históricas, conforme o compromisso ideológico identificado na ideia-diretriz.

Como consequência:

Os direitos fundamentais, concebidos como instituição, [...] não são dependentes da vontade subjetiva de determinados indivíduos; eles ganham vida na medida em que fazem parte da consciência de um número indeterminado de indivíduos. A partir daí, transformam-se em coisa social objetiva. (Apud SILVA, 2014, p. 136)

Enfim, o que se busca pela institucionalização é a elaboração de modelos a serem implementados pela autoridade competente (*standards*), com força cogente, baseada no reconhecimento da ideologia da política pública pelos atores sociais, garantindo os meios adequados para se alcançar o fim almejado, servindo também de parâmetros na resolução de eventual colisão de direitos fundamentais, pois confeccionadas de forma a buscar a harmonização e coordenação sistêmica do direito.

2.8.2. Da responsabilidade da Administração, discricionariedade administrativa e judicialização das política públicas.

A concretização dos direitos fundamentais sociais, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, dá-se por meio das políticas públicas conforme já suscitado; e, tendem estabelecer modelos institucionais com a organização sistêmica do poder por meio do direito, conformados pelos seus arranjos.

Cabe ressaltar ainda, na realidade nacional isto ocorre pelo ideário insculpido no art. 3º da Constituição Federal de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização; bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais; além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ou seja, o reconhecimento da fundamentalidade *procedimental-material* dos direitos sociais impõe ao poder público que o cumprimento de suas funções positivas e negativas sejam orientadas por esse conjunto axiológico, consoante a ótica do Estado Social, vez que:

O Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessários, para concretizar comandos normativos de isonomia. (BONAVIDES, 2004, p. 378)

Como consequência dessa assertivas, há atribuição de uma série de programas, tarefas e fins a serem realizados, o que se pode chamar de *responsabilidade da Administração Pública*. Antes de discorrer sobre este termo, porém, necessário trazer a definição de *ato administrativo*. Quanto a seu conceito, Mello diz ser a:

[...] declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. (2010, p. 385)

Por sua vez, Moreira Neto:

[...] é, assim, a manifestação unilateral de vontade da administração pública que tem por objeto constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes. (2014, 236)

E, Di Pietro:

[...] constitui declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes; é preferível falar em declaração do que em manifestação, porque aquela compreende sempre uma exteriorização do pensamento, enquanto a manifestação pode não ser exteriorizada; o próprio silêncio pode significar manifestação de vontade e produzir efeito jurídico, sem que corresponda a um ato administrativo; falando-se em Estado, abrangem-se tanto os órgãos do Poder Executivo como os dos demais Poderes, que também podem editar atos administrativos. (2014, p. 204)

Suas características são estudadas sob diversos prismas, tais como perfeição, validade e eficácia (MELLO, 2010, p. 385-387); imperatividade, existência, validade, eficácia, exequibilidade, executoriedade, efetividade e relatividade (MOREIRA NETO, 2014, p. 242-249); presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade, autoexecutoriedade, e tipicidade (DI PIETRO, 2014, p. 206-210), que deixarão de ser tratados especificamente sob pena de desvirtuamento da presente pesquisa.

No entanto, há um elemento comum entre todas as formas de ver o ato administrativo, assim, há de se asseverar que o regime de validade está sujeito ao controle de legalidade e legitimidade, inclusive pela via judicial, em especial o controle de constitucionalidade, o que equivale dizer, os atos administrativos devem se ater às disposições positivas ou negativas das normas fundamentais.

Outro elemento importante do ato administrativo é a discricionariedade que, segundo Mello (2010, 962), ocorre “quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma *certa esfera de liberdade*, perante o que caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei”; de outra forma “atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito” (DI PIETRO, 2014, 221).

Destaca-se que a discricionariedade, como visto, é tema especialmente afeto ao ramo do Direito Administrativo, desta feita, empresta deste as características básicas de oportunidade e conveniência quando se menciona de discricionariedade legislativa, ressalvando que essa tem caráter político, mas ambas serão tratadas igualmente nesta pesquisa.

Então, seja por liberalidade legal para atendimentos das necessidades emergentes, seja pela impossibilidade do legislador prever materialmente todas as situações a serem contempladas pela lei, seja pela possibilidade de inviabilidade jurídica do exercício administrativo, ou mesmo pela inviabilidade lógica de sobreposição de poderes, é conferido ao administrador/legislador uma abertura normativa para que, quanto ao mérito do ato, possa decidir segundo seus critérios de conveniência e oportunidade da solução que entenda adequadamente (uma dentre as possibilidades) o objetivo da norma.

No entanto, conforme já suscitado quando tratadas as perspectivas das políticas públicas, a discricionariedade administrativa é modulada pelos institutos fundamentais que, embasados na força normativa da constituição, possibilita uma abertura da discussão dentro do controle de legalidade e/ou legitimidade. Este fenômeno ocorre em particular sobre as expressões positivas (direitos prestacionais) para a superação de omissões contumaz da Administração. Rocha, sustenta:

A razoabilidade das políticas públicas em face das determinações constitucionais há que ser comprovada e dada a público para ser válida. Não é livre o agente público, governante ou legislador para conformar as práticas estatais aos domínios de suas escolhas particulares. Não há liberdade de ação do Estado. Há, é certo espaço de discricionariedade, como também há ambiente vedado à opção livre (2005, p. 458).

Desta feita, possibilita imiscuir-se no mérito do ato (substituindo-se a conveniência e oportunidade por razoabilidade e proporcionalidade), via ativismo judicial, sem que isso se configure violação do princípio da separação de poderes estampado no Art. 2º da Constituição Federal, que tem como escopo “[...] a afetação das funções aos órgãos deve ser feita de modo a se obter uma relativa especialização funcional, ou seja, cada aparato orgânico deve, *predominantemente*, exercer uma delas, sendo estruturado com vista ao exercício adequado da atividade” (RAMOS, 2010, p. 113).

Corroborando com este pensamento:

O juiz poderá, a instância da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de *razoabilidade*, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidade *em abstrato* abertas pela lei, revelou-se, *in concreto*, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em consequência

desta avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência tomada com apoio em regra outorgada de discricção, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, à toda evidência a providência tomada era incabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada. Ou seja, mero fato de a lei, *em tese*, comportar o comportamento profligado em juízo não seria razão bastante para assegurar-lhe legitimidade e imuniza-lo da censura judicial.

Não se suponha que haveria nisto invasão do chamado “mérito” do ato, ou seja, do legítimo juízo que o administrador, nos casos de discricção, deve exercer sobre a conviência ou oportunidade de certa medida. (MELLO, 2010, p. 963-964)

Também:

[...] o exercício da discricionariiedade pela Administração não se valida apenas por conter-se no âmbito de atuação que lhe foi aberto pelo legislador, como até recentemente se admitia, uma vez que, além desse requisito, faz-se necessário que as soluções escolhidas, sobre se cingirem a esses lindes legais, se apresentem também realistas e razoáveis em face da integralidade da ordem jurídica e, em acréscimo, concorram efetivamente para que sejam atingidos resultados legítimos. (MOREIRA NETO, 2014, p. 777)

Ainda:

[...] poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariiedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei. (DI PIETRO, 2014, p. 221)

Evidencia-se, então, a atuação discricionária administrava está sujeita ao controle judicial, seja pela adoção de uma possibilidade não razoável dentro da discricção, ou mesmo pela inercia/inobservância arbitrária dos preceitos constitucionais fundamentais, haja ou não norma infraconstitucional regulamentadora, até porque, as políticas públicas são integrantes do texto constitucional e devem ser assim compreendidas.

Por sua vez, Ramos esclarece que a análise da razoabilidade e proporcionalidade é justamente o que diferencia a discricionariiedade administrativa de uma discricionariiedade judicial:

A discricionariiedade legislativa decorre da inexistência de parâmetros normativos ou da flexibilidade; a administrativa está relacionada, igualmente, à abertura textual, mas também, ao entendimento explícito de mais de uma possibilidade de conduta diante da espécie fática; por último, a

discricionariedade judicial sobre, de um modo muito mais amplo do que em sede legislativa ou administrativa, todo o campo da criatividade na interpretação. (RAMOS, 2010, p. 129)

Assim, complementando:

Nos casos-limite envolvendo o limiar de conceitos indeterminados ou a opção entre soluções exegéticas discrepantes, metodicamente fundadas, o juiz, ao contrário do que sucede nas vertentes legislativa e administrativa, não se guia por critérios de conveniência e oportunidade política e sim por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso, sempre procurando refletir “a consciência jurídica geral”. (RAMOS, 2010, p. 125).

De outra forma, Cunha Júnior:

Queremos expressar, com isso, que a dita liberdade de conformação do legislador encontra nítidos limites e está vinculada à observância do padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna. Isso significa, evidentemente, que, não atendido esse padrão mínimo, seja pela omissão total ou parcial do legislador, o Poder Judiciário está legitimado a interferir - num autêntico controle dessa omissão inconstitucional - para garantir esse mínimo existencial, visto que ele "é obrigado a algo onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social)", não satisfazendo os direitos fundamentais sociais. Assim, as decisões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos deixam de ser questões de discricionariedade política, para serem uma questão de observância de direitos fundamentais, de modo que a competência para tomá-las passaria do Legislativo para o Judiciário. (2012, p. 784-785).

Em suma, põe em relevo que em todos os casos a norma de decisão que pretenda tratar de assuntos afetos às políticas públicas serão ponderadas pelos institutos da razoabilidade e proporcionalidade que, para se evitar repetições exaustivas, salienta-se serão tema de item específico no próximo capítulo. Continuando, edifica-se a possibilidade da judicialização com os seguintes argumentos:

Esclarecida, assim, essa clássica falsa objeção à judiciabilidade das políticas governamentais, estabeleçamos, desde logo, que o juízo de constitucionalidade, nessa matéria, tem por objeto não só as finalidades, expressas ou implícitas, de uma política pública, mas também os meios empregados para se atingirem esses fins. [...] isso, quanto à inconstitucionalidade comissiva. Impossível, porém, não reconhecer que, também em matéria de políticas públicas, pode haver inconstitucionalidades por omissão. (COMPARATO, 1998, p. 46)

Logo:

[...], a judicialização ocorre quando o Poder Judiciário adota medidas de natureza política, ou seja, decide questões cuja incumbência, originalmente, seria do Poder Legislativo e do Poder Executivo, mas estes, muitas vezes

omissos, não cumprem suas atribuições, cabendo ao Poder Judiciário suprir as lacunas por eles deixadas. (BRITO; CAVARZZANI, 2015, p. 78)

Ademais, a própria Constituição Federal atribui objetividade à esta relação (normatividade dos institutos), qual comporta todos os elementos de uma relação subjetiva, inexistindo exceção quanto a forma de apreciação das questões provocadas. A este respeito, Ramos pontifica:

Assiste-lhe razão ao equiparar o contencioso objetivo ao contencioso subjetivo em termos de exercício de função jurisdicional, pois tanto neste quanto naquele existe a aplicação do direito objetivo a uma situação fática que a ele se ajusta, quer compreenda esse suporte fático um litígio envolvendo direitos e interesses subjetivos, quer se reduza à verificação da adequação formal e material de um ato legislativo (que atua sobre a configuração do ordenamento, mas a ele também se submete) à Constituição. (2010, p. 118).

Consoante já contextualizado nos itens anteriores, devido ao processo de *redemocratização* nacional, que culminou na promulgação da Constituição Cidadã (*abrangente*), com a admissão de um sistema de *controle de constitucionalidade*, reforça-se o fenômeno da judicialização que, conforme Barroso implica em:

[...] algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (2009c, p. 3)

E, complementando, Ramos elucida que:

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo). (2010, p. 129)

Uma vez aceito este fenômeno (*controle de constitucionalidade*), destaca o seu caráter excepcional para sanar a eleição discricionária não razoável ou a inercia/inobservância arbitrária de preceitos fundamentais, reiterando o questionamento: o que cabeira como *objeto* no controle das políticas públicas? Sobre isso, Barcellos elenca cinco objetos, sendo os dois primeiros referentes ao conteúdo das políticas públicas em si, conquanto os demais tocam os aspectos do processo de decisão e execução:

[...], será possível controlar, em abstrato, (i) *a fixação de metas e prioridades* por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; em concreto, será possível cogitar do controle (ii) *do resultado final esperado* das políticas públicas em determinado setor.[...] (iii) *a quantidade de recursos a ser investida* em termos absolutos ou relativos, em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais; (iv) *o atingimento ou não das metas fixadas* pelo próprio Poder Público; e (v) *a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos* destinados a determinada finalidade. (2010, p. 128-129)

Ou seja, a intensidade do controle constitucional das políticas públicas se apresenta a depender da hermenêutica contemporânea pautada “na consciência jurídica geral”, consoante o ideário dos objetivos constitucionais e análise de viabilidade factual, fomentando a concretização das normas fundamentais postas.

Então, vê-se que a responsabilidade da Administração é de efetivar as políticas públicas consagradas na Constituição Federal. Assim, cabe ao legislador a função de disciplinar os temas, sob pena de mandado injuntivo. Ao executivo, ordinariamente, efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica, com a elaboração e execução dos arranjos institucionais. E, ao magistrado, quando provocado, aplicar as normas fundamentais, direta ou indiretamente.

Por tudo isso, para encerrar este capítulo, a título de conclusão parcial, buscou-se demonstrar que o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais, com premissa em seu aspecto procedimental-material, reclama efetivação em todas as suas dimensões e aspectos multifuncionais, por meio de sua eficácia universal, geral e horizontal, conformados pela teoria externa de limites de tais direitos, cuja concretização se realiza via políticas públicas.

Estas, por sua vez, estabelecem de modo de proceder e padrões de comportamento da Administração Pública replicáveis (institucionalização), que estão sujeitos ao controle de legalidade e constitucionalidade (juridicalização), substituindo o órgão originariamente responsável, em caso de ineficiência, inadequação ou omissão.

Tais medidas impactam diretamente no exercício do poder estatal, o que evidencia íntima relação ao objeto da pesquisa (reserva do possível), na medida em que o processo de tomada de decisões (seja na esfera administrativa ou judiciária) referirá diretamente na disponibilidade orçamentária, efetividade dos direitos fundamentais sociais, e, em última análise, ao ônus de suportar os encargos de custear as referidas políticas públicas.

Com efeito, remanesceu para o último capítulo a investigação da natureza jurídica da reserva do possível, a legitimidade de seu reconhecimento segundo o sistema jurídico nacional, com atenção aos parâmetros retro suscitado, em especial em face a dialogicidade com o instituto *mínimo existencial*, além de objetivar o conteúdo do que se pode entender por *proporcional e razoável* neste confronto normativo.

CAPITULO 3: A RESERVA POSSÍVEL COMO LIMITE MÁXIMO DO STATUS POSITIVO DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS BRASILEIROS

O primeiro capítulo se prestou a contextualizar o ambiente do Estado democrático do direito em que se desenvolve o fenômeno jurídico denominado *reserva do possível*. Para tanto discorreu-se sobre o constitucionalismo e sua evolução desde a inauguração do estado moderno, com sua transformação pelas ideologias liberal, social e democrática. Este movimento caracterizou-se pela juridicização de regras e princípios que passaram a comportar valores naturais consoante a ótica positivista para a pós-positivista, ou seja, embora não se tenha superado por completo as definições clássicas de validade normativa, esta evoluiu em uma abertura abrangente axiomática que integrou sistema jurídico, dando-lhe sentido e significado, inculcadas nas mais altas estratificações hierárquicas, tudo em prol do papel transcendente da dignidade da pessoa humana.

Já no capítulo segundo, concentrou o objeto da pesquisa no nos direitos fundamentais, em especial os fundamentais sociais, discorrendo sobre suas características procedimental-material, suas dimensões positiva e negativa, além de sua eficácia horizontal, as teorias de limites normativos, bem como, os meios de concretização por intermédio das políticas públicas institucionalizadas, com reconhecimento da possibilidade de judicialização deles para se alcançar os objetivos da república.

Ocorre que, embora o alcance do conteúdo normativo detenha dimensão positiva, e seja desejável a sua densificação até a sua mais alta expressão, este encontra limites nas condicionantes de possibilidades factuais, o que equivale dizer, encontra limites conforme já exposto na teoria externa.

Dentre estes limites é que se localiza, como forma de defesa do Estado, a reserva do possível dada a irrefutável escassez de recursos (sejam econômicos, estruturais ou humanos) para atender o sem números de necessidades sociais de caráter preponderantemente prestacionais, realizando, aqui, um novo corte temático.

3.1. Custo dos direitos de Cass Sunstein e Stephen Holmes.

Antes de adentrar propriamente nas questões terminológicas, origem histórica e marco filosófico da reserva do possível, interessante pôr em destaque a problematização suscitada por Sunstein e Holmes no que se refere aos encargos assumidos pelo Estado ao longo do tempo

conforme a abordagem dada na obra *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*²³, que trata da dimensão econômica do custo dos direitos.

Em apertada síntese, enfatizam que todo direito é concebido como um mínimo de caráter prestacional, incluindo-se os direitos “de liberdades”, ou de defesa, pois, também reclamam a realização de despesas públicas para seu exercício. Nesse sentido:

“Onde há um direito, há uma ação para defendê-lo” é uma máxima legal clássica. Indivíduos gozam de direitos, num sentido legal como oposto a moral, somente se males por eles sofridos forem justa e previsivelmente reprimidos pelo seu governo. Este simples fato revela a inadequação da distinção entre direitos negativos e positivos. Ele demonstra que todos os direitos legalmente protegidos são necessariamente direitos positivos. Direitos são custosos porque ações são custosas. (...) Quase todo direito implica um dever correlato, e deveres só são levados a sério quando seu descumprimento é punido pelo poder público servindo-se dos cofres públicos.²⁴ (SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p. 43 – tradução nossa)

Reforça esta afirmação o fato do reconhecimento de que todos os direitos são sindicáveis perante o Judiciário, e só serão viáveis se isto acontecer. Porém os custos, em última análise, devem ser suportados pela sociedade, figurando aí a questão se este ônus atende ao interesse público e social.

Em outros termos, refuta a afirmação liberal e que os direitos de defesa ou liberdades custariam nada, ou muito pouco, aos cofres públicos, o passo de que os direitos sociais seriam extremamente onerosos em razão seu real caráter ideológico. Assim, adaptam a famosa frase de Dworkin – *Levando o direito a sério*²⁵ –, dizendo “*Levar os direitos a sério é levar escassez a sério*”²⁶ (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 94 – tradução nossa).

A partir deste pensamento, relativizam os direitos na medida em que nada que custe dinheiro pode ser absoluto, o que também abrange os direitos fundamentais. Desta feita, sugerem um novo conceito de direito subjetivo, no qual a dimensão do custo esteja inserida:

Assim, para dar conta desta realidade instável, não se deve considerar direitos fora da dimensão de tempo e espaço, ou como um dado absoluto. É mais realista e mais produtivo definir direitos como poderes individuais, derivados da pertinência a uma comunidade política, e investimentos seletivos de recursos públicos escassos, feitos para alcançar objetivos comuns e resolver o

²³ O custo dos direitos: Porquê as liberdades dependes dos tributos (tradução nossa).

²⁴ “Where there is a right, there is a remedy” is a classical legal maxim. Individuals enjoy rights, in a legal as opposed to a moral sense, only if the wrongs they suffer are fairly and predictably redressed by their government. This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights. Rights are costly because remedies are costly. [...], almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse.

²⁵ Taking rights seriously.

²⁶ Taking rights seriously means taking scarcity seriously.

que é geralmente percebido como problemas comuns e urgentes.²⁷ (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 123 – tradução nossa)

Então, considerando esta escassez impeditiva de realização uniforme e universal dos mesmos, qualificar os direitos em fundamentais e exigir a sua concretização implica necessariamente em realizar escolhas (trágicas – na acepção de Guido Calabresi e Philip Bobbit) de alocação de recursos, privilegiando uns em detrimento de outros. Fica evidente, portanto, a influência da dimensão econômica sobre a teoria jurídica, revelando substancialmente a ideia de que não existe direito se não houver meios (econômicos) para torná-los efetivos. Acrescenta-se a essa perspectiva os seus reflexos orçamentários:

A limitação desses recursos pode torná-los escassos e, então, será necessária a adoção e *escolhas trágicas*, onde se opta por quem atender e disso resulta o consumo de recursos que poderiam atender a outro ou a outros.

[...]

As decisões alocativas são, como bem captado por Calabresi e Bobbitt, *escolhas trágicas*, pois, em última instância, implicam na negação de direitos que, no campo da saúde, podem redundar em grande sofrimento, eu mesmo em morte.

[...]

Temos, então, que não só as escolhas trágicas são políticas como também que critérios como “opinião pública” ou “clamor popular” talvez devam ser desconsiderados, em algumas situações, especialmente quando as preferências endógenas puderem ser atribuídas à uma má apreensão da realidade (AMARAL, 2011, p. 84, 147 e 203).

Por seu turno, observa Flávio Galdino, com leitura da obra de Sunstein e Holmes:

Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita. (GALDINO, 2005, p. 204).

No entanto, Galdino não deixa de estabelecer um paralelo da limitação econômica com a concepção de norma de direito fundamental presente na teoria externa dos limites aos direitos fundamentais, pois, aquela visão do custo dos direitos não pode ser tratada como mero óbice à consecução destes. Em sua perspectiva:

De fato, parece correto sustentar que não se deve afirmar a existência de um direito fundamental determinado, ou seja, o direito de uma determinada pessoa

²⁷ *To take account of this unstable reality, therefore, we ought not to conceive or rights as floating above time and place, or as absolute in character. It is more realistic and more productive to define rights as individual powers deriving from membership in, or affiliation with, a political community, and as selective investments of scarce collective resources, made to achieve common aims and to resolve what are generally perceived to be urgent common problems.*

receber uma determinada prestação quando seja absolutamente impossível, sob prisma prático e econômico-financeiro, realizá-lo. Impõe-se uma prévia análise de custo-benefício para compreenderem-se as consequências das escolhas. (GALDINO, 2005, p. 235)

Portanto, estes são os contornos que cercam o instituto da reserva do possível, onde as limitações orçamentárias, estruturais e humanas impedem a concretização uniforme e universal dos direitos sociais, havendo, por fundamento na argumentação razoável e proporcional de ideologia humanista, em termos da possibilidade de ponderação exposto por Häberle, proferir-se decisões de escolhas trágicas com sacrifício de alguma expressão dos direitos fundamentais, mesmo que minimante, consoante já trabalho na teoria de Alexy quanto ao seu mandamento de otimização. Porém:

[...] falar em ponderação é pouco. A ponderação, desacompanhada de *standarts* que a estruturam e limitem, pode transformar-se numa ‘caixa preta’, de onde o intérprete consegue sacar que se qualquer solução, convertendo-se num rótulo pomposo para o mais deslavado decisionismo. (SARMENTO, 2010c, p. 196)

Isso porque “As ordens constitucionais devem ser cumpridas em toda a extensão possível. Ocorrendo a impossibilidade fática ou jurídica, deve o intérprete declarar tal situação, deixando de aplicar a norma por esse fundamento e não por falta de normatividade” (BARROSO, 2009a, p. 220). Com efeito, dentro deste cenário, busca-se a objetivação do instituto com o fomento de uma construção do saber jurídico mais preciso, fornecendo ao operador segurança ao invocá-lo, passando, agora, ao seu detalhamento consubstanciado na análise doutrinária dogmática como se tem elaborado desde o início deste trabalho.

3.2. Conceito.

A *Reserva do Possível* teve sua origem na em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional alemão, em decisão conhecida como *Numerus Clausus* (BverfGE n.º 33, S. 333), onde se discutiu a viabilidade de se exigir, pela via judicial, o direito subjetivo de ingresso em universidade (considerando que lá há previsão constitucional acerca da liberdade de escolha profissional) em face da uma demanda muito grande para único curso (medicina).

Sendo assim, fixou seu objeto na ponderação entre um direito fundamental assegurado e as consequências de eventual determinação positiva a ser suportada pela sociedade em face da ausência de elementos estruturais para dar efetivo cumprimento. O que equivale dizer, a obrigatoriedade de formação de novas turmas, com o encargo de investimento na contratação

de professores e até mesmo construção de novas instalações para ministração das aulas. Enfim, em última análise, versou sobre o interesse social em custear estas despesas.

No caso em comento, conclui-se pela negativa, com a afirmação de que não é dado ao indivíduo exigir do Estado (que repassaria este ônus à sociedade) nada além do razoável. Apesar de ser uma perspectiva legítima, esta teoria foi “importada” sem se ater à suas peculiaridades. Então, aqui, passou a ser invocada pela Administração indiscriminadamente, com o que não se pode concordar, dada a relevância do tema. Quanto ao seu núcleo conceitual:

Essa teoria, na verdade, é uma adaptação da jurisprudência constitucional alemã (*Vorbehalt des Möglichen*), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. (KRELL, 1999, p. 246)

Mas, não se pode se utilizar de entendimento do direito comparado sem considerar características jurídicas e sociológicas de nossa realidade. Isto porque, reiterando, conquanto na Alemanha já se efetivou os direitos sociais mínimos de forma satisfatória, por meio da universalização do acesso aos serviços públicos mais básicos, esse ainda é um problema na realidade do Estado brasileiro. A respeito:

No que se refere à reserva do possível, concebida na experiência constitucional alemã, importa estudá-la com os cuidados devidos, inclusive porque ela não pode ser transposta, de modo automático, para a realidade brasileira. Com efeito, aqui não se trata, para o Estado, de conceder o mais, mas, antes, de cumprir ainda com o mínimo. Ou seja, é evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a reserva do possível não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao mínimo existencial, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial. (CLÈVE, 2003, p. 160)

Então, lá, a lógica de que o indivíduo não pode exigir do estado prestações alheias às definidas às políticas públicas encontra amparo no limite do razoável e proporcional, pois, injusto impor à sociedade que arque com esse ônus (Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica).

Dito assim, parte-se da premissa de relatividade material do conteúdo normativo dos direitos fundamentais (reporta-se às questões hermenêuticas já tratadas) equacionando a força normativa da constituição com limites factuais de possibilidades identificados por Hesse, a ponderação de uma concepção de constituição plural de Häberle e a otimização normativa fundamental de Alexy, cujo conjunto harmônico de tais teorias são necessárias para uma interpretação de legitimidade do instituto em comento.

Com efeito:

Em última análise, a aplicação da teoria da reserva do possível implica reconhecer, de um lado, a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação; de outro, a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa (discricionária) do Executivo como óbices à efetivação dos direitos sociais fundamentais. Isso significa que a inexistência efetiva de recursos e ausência de previsão orçamentária são elementos não absolutos a serem levados em conta no processo de ponderação por meio do qual a decisão judicial deve tomar forma. (MÂNICA, 2003, 185)

Ou seja, para a sua objetivação do instituto imperioso estar presente três requisitos, a inexistência efetiva de recursos, a ausência de previsão orçamentária e atuação administrativa em alguma medida para a otimização dos objetivos republicanos. E, só por meio da ponderação razoável e proporcional é que se chegará a uma decisão da (im)possibilidade jurídica de seu reconhecimento.

Ainda, há de suscitar que a reserva do possível se trata de *exclusiva matéria de defesa do Estado*, uma vez que versa sobre escusa de implementação dos comandos prestacionais contidos nas normas de direitos fundamentais, que em nada se aproveita o particular.

Por sua vez, Barcellos faz um apontamento interessante sobre a possibilidade de sua arguição em sede de demandas subjetivas:

Nada obstante, o proveito de estabelecer em abstrato e previamente parâmetros no que diz respeito ao conteúdo do mínimo existencial parece evidente, já que o debate sério acerca da reserva do possível não é realmente viável no âmbito das demandas subjetivas. Imagine-se o quadro. O particular vai a juízo e postula, com fundamento nas disposições constitucionais examinadas acima, determinada prestação em face do Poder Público. Este, em defesa, alega a reserva do possível. O que poderá fazer o juiz encarregado de decidir a causa? Determinar perícia no orçamento do caixa do ente público em questão? Não parece realista. No mais das vezes, o magistrado ou bem ignorará a alegação acerca da limitação financeira ou bem aceitará sem maior possibilidade de verificação de sua realidade. (2011, p. 289)

Mas, fundado na premissa de que o ônus da prova incumbe a quem alega, mesmo considerando a supremacia do interesse público, contrastando a assertiva supra, firmou-se entendimento que o ônus de sua comprovação remanesce ao Estado. Veja:

[...] o ônus da prova em demonstrar que a concessão de determinada prestação esbarra na reserva do possível deve pesar sobre o Estado, e não sobre o jurisdicionado, até porque não seria razoável exigir deste último que apresentasse em juízo todos os dados e informações necessários para que se proceda à referida análise. Não basta, portanto, que o Estado invoque genericamente a reserva do possível para se opor à concessão judicial de prestações sociais – como, infelizmente, tem ocorrido na maior parte das ações

nesta matéria. É preciso que ele produza prova suficiente desta alegação. (SARMENTO, 2010a, p. 23)

Ademais, reiterando as assertivas de que os direitos fundamentais sociais possuem eficácia imediata com pretensão de concretização integral e universalizável de sua dimensão positiva, a denegação de seu conteúdo normativa deve ser considerado apenas em caráter excepcional. Em outros termos, a simples afirmação de inexistência de orçamento não basta para o seu reconhecimento.

Os problemas de "caixa" não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de "caixas cheias" do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, o que representaria uma violenta frustração da vontade constituinte e uma desmedida contradição do modelo do Estado do Bem-Estar Social. (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 783)

Então, caso a reserva do possível seja a única matéria de defesa do Estado, e ela não for provida, impende a decretação da revelia (mesmo com características diversas daquelas dadas ao particular atribuídas com fundamento no princípio da supremacia do interesse público). Esta consequência se presta a evitar a “modelização” de defesas sem quaisquer esclarecimentos de sua conformação. Quanto a sua ocorrência, interessante os apontamentos de Barcellos:

[...] mesmo a dogmática dos princípios constitucionais reconhece que a estrutura dos princípios é composta de duas partes, que se convencionou denominar de núcleo e área não nuclear. E se é verdade que o núcleo do princípio funciona como um a regra, impondo efeitos determinados, também é verdade que em sua área não nuclear - os princípios indicam um sentido geral e demarcam um espaço dentro do qual as majorias políticas poderão legitimamente fazer suas escolhas. (2010, p. 119)

Em outros termos, segundo este entendimento, a reserva do possível somente poderá ser acolhida se colidir com a parte relativa (não nuclear) do direito fundamental conflitante, posto que o comando normativo constitucional determina o atendimento de uma expressão mínima de suas garantias fundamentais. Complementando, Sarlet elenca os três elementos a serem necessariamente analisado para o seu provimento em sede de defesa:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial

no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (2008b, p. 24)

Então em face de todas estas características pode-se formular um conceito onde, a reserva do possível é expressão empírica e objetiva que versa sobre matéria exclusiva de defesa a ser alegada pelo Estado, de caráter excepcional, cujo ônus probatório do suscitante deve versar sobre a ausência de disponibilidade recursos financeiros, estruturais e humanos, bem como demonstra a existência de previsão orçamentária compatível para a concretização do padrão do mínimo existencial dos direitos fundamentais, cujo reconhecimento depende, via ponderação, da análise de proporcionalidade e razoabilidade da atuação administrativa e o interesse subjetivo a ser atendido, com escopo na maximização ótima de seu conteúdo.

3.2.1. Natureza da reserva do possível

Apesar de existir um certo consenso quanto ao seu conteúdo normativo central, o termo reserva do possível recebe os mais variados tratamentos na doutrina quanto ao significado de sua natureza. Note-se, não a classificou até aqui como regra, valor, metanorma, princípio, ou condição de realidade, sendo tratado exclusivamente como um fenômeno jurídico na perspectiva neoconstitucionalista que visa restringir a prestação dos direitos sociais, pela ótica da teoria dos limites externos dos direitos fundamentais.

Todavia, para uma utilização terminológica que melhor se adeque ao fenômeno descrito necessário esboçar análise individualizada dessas categorias, utilizando-se de metodologia excludente fundamentada nas premissas utilizadas, sem, contudo, estabelecer verdades absolutas.

3.2.1.1. Como regra.

Partindo de uma interpretação dworkiana da concepção de regra, qual também é aceita por Alexy, compreender a reserva do possível nesta categoria implica submetê-la ao procedimento de um *juízo de validade* do “tudo ou nada”.

Essa circunstância não parece correta, pois, ausente a possibilidade de ponderação com o *juízo de legitimidade*. Além disso, em caso de procedência de seu pedido de reconhecimento também recusar-se-ia a possibilidade da otimização do núcleo essencial do direito fundamental ora preterido; ainda, se válida a reserva do possível, a consequência seria a exclusão do direito conflitante (inválido) do sistema normativo. Equivale dizer, neste caso, a compreensão de sua natureza nesta categoria normativa importa em acolher a concepção interna dos limites dos direitos fundamentais (limites imanentes).

Ou seja, a contrário senso, o reconhecimento da reserva do possível deve ser aferido por um juízo de *legitimidade* (razoabilidade e proporcionalidade) e não de *validade*, consoante já tratado no primeiro capítulo. Nesse sentido Alexy afirma:

[...] la propiedad de derecho vinculante prima facie significa que la cláusula restrictiva de este derecho, la ‘reserva de lo posible en el sentido de aquello que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad’, no tiene como consecuencia la ineficacia del derecho. Esta cláusula expresa simplemente la necesidad de ponderación de este derecho. (1993, 497-498)

Consequentemente, seguindo o pensamento acima colacionado a aplicação da reserva do possível se dá quando há uma colisão entre ela e um direito fundamental categorizado como princípio, cujo o efeito prático de sua ocorrência, no caso em concreto, implica em declarar que certa expressão do conteúdo normativo de tal direito fundamental extrapola esse limite do razoável, razão pela qual a escusa de sua concretização é aceitável, ou seja, legítima, em que pese não desejável.

Com esta assertiva, reitera-se o pensamento de que os direitos fundamentais não são hierarquizados, tampouco devem ser abstratamente considerados, cuja prevalência, em havendo colisão, há de ser aferida caso a caso, ainda que se possa previa e hipoteticamente enxergar eventuais situações de ocorrências conflituosos para uma tentativa de formação racional de *standards*.

No entanto, Barcellos (2005b, p. 203) admite a ponderação de regras nos casos difíceis, em que a discricão se utiliza de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas de indeterminação de outra natureza, bem como quando “[...] a incidência da regra no caso produz uma injustiça tão grave que parece intolerável” (BARCELLOS, 2005b, p. 204); ainda “[...] há uma colisão de regras, insuperável por qualquer das técnicas tradicionais da hermenêutica jurídica” (BARCELLOS, 2005b, p. 212). Mas, mesmo considerando essa argumentação, compreende-se que a reserva do possível não se conforma à essa estrutura normativa, vez que alheia à qualquer destes enquadramentos.

Ademais, insistindo na evolução do Estado para a concepção do Estado Social, cuja a ideologia é de fomento das ações públicas que visem minorar as desigualdades formais e substanciais, conferir o caráter de regra à reserva do possível tornaria sua escusa excepcional em um padrão normativo fechado, bastando análise de seus requisitos objetivos para o deferimento; isto é, extirparia desta relação os elementos axiomáticos da dignidade da pessoa humana e afins para uma visão puramente utilitarista, o que é contrassenso.

Então, desde já fica excluída a categoria de regra.

3.2.1.2. Como valor.

A teoria de Alexy (1993, p. 138-172) aborda especificamente a questões de valores, onde, sua estrutura essencial em muito se aproxima a ideia de princípio, porém, os distingue pelo seu âmbito deontológico e axiológico, expressando-se, o primeiro, como “do bom” e, o segundo, como “dever-ser”. Elabora, assim, uma construção teórica do que seria valor, ordem de valores, hierarquia de valores, sistema de valores e ponderação, culminando em um sistema de valoração, cujas objeções dividem-se em três grupos: filosóficas, metodológicas e dogmáticas.

Suscintamente, as *objeções filosóficas* se apresentam sobretudo contra o conceito de *objetividade*. Isto é, fundado na ideia de Max Scheler de que os valores correspondem a um fato moral (empírico), ao qual sua cognição estaria condicionada, pressupõe como fundamento um sentimento alheio à razão. Logo, seu objeto deveria ser perceptível pelo cognicente intuitivamente, e não de modo analítico. Sendo assim, este critério não é passível de definição, estado sujeito à variação ambiente e, portanto, não satisfaz um juízo de validade (verdadeiro/falso). Logo, tal entender até pode ser utilizado nas teorias valorativas em geral, mas não teorias intuicionistas. Isso porque estará a depender fundamentação que pode ser jurídica, social ou ética. Enfim, se mostra vulnerável por partir de suposições ontológicas e epistemológicas questionáveis, não servindo como base para o desenvolvimento de sua teoria.

Já as *objeções metodológicas* são realizadas contra a possibilidade de escolhas subjetivas e arbitrárias. No que se refere a criação de uma ordem hierarquizada, admite ser impossível se elencar taxativamente todos os valores existentes, bem como não há controle na eleição escalonada deles (lógica dos valores), possibilitando a aquilo que Carl Schmitt, chamou de “tirania dos valores”. Então de modo algum uma teoria neste moldes seria aceitável para a definição de aplicabilidade dos direitos fundamentais e/ou identificação de seus limites. Quanto a ideia de ponderação, também haveria a possibilidade do arbítrio, na medida em que a decisão sobre sua validade ou não estaria sujeita à apreciação de um interprete; contudo, agregasse um aspecto racional colhido da evolução histórico-social do valor (princípio da concordância prática), compondo o seu sentido e significado, o que eliminaria a possibilidade de seu desvirtuamento, este aspecto oportuno, portanto.

Por fim, no que pertine as *objeções dogmáticas* funda-se na premissa de que a liberdade subjetiva sucumbiria à uma objetividade de valores, o que os levaria a ter praticamente as mesmas características das regras. Ou seja, corre-se o risco de um retorno a ideologia de um positivismo clássico de normatividade excessiva, tanto para permitir como negar liberdades. Embora não inteiramente refutada esta objeção, revela-se imprópria, pois restringiria o desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Então, considerando que “*Lo que en el modelo de los valores es prima facie lo mejor es, en el modelo de los principios, prima facie debido*” (ALEXY, 1993, p. 147); ainda, a sua teoria de valores se pauta em especial no elemento metodológico de ponderação, e conceber a reserva do possível como valor significaria a sua ocorrência fundada em uma objetivação empírica intuitiva sem parâmetros específicos; ou, de um escalonamento hierárquico desarrazoado; ou, ainda, de uma formatação dogmática fechada que se assemelhe ao positivismo, o que certamente gera o risco de uma criação sistêmica de incidência contrariando a sua própria origem, vez que resolvida sob o prisma “do melhor” e não “do devido”.

De outra forma, relegando a reserva do possível para “o bom”, dependendo das premissas de seu conhecimento, eventual norma de decisão que a declare pode ser exarada com cunho utilitarista e não humanístico, como é de se esperar.

Com efeito, refuta-se esta categoria de valor.

3.2.1.3. Como metanorma.

Por sua vez Humberto Ávila (2005), na obra “Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, elabora uma concepção de outra espécie normativa que seria o “postulado”, também denominada de “metanorma”.

Define postulados normativos os institutos com o qualificativo de “segundo grau”, quais não impõem um *fim* ou um comportamento *específico* (comando), servindo como suporte estruturante de aplicação de outras normas. Sua função é otimizar e efetivar os princípios e as regras, estabelecendo uma *vinculação* de elementos e impõe determinada *relação* entre eles, razão pela qual se distinguem. A exemplo, elenca a ponderação, a concordância prática e proibição de excesso como postulados inespecíficos; e a proporcionalidade, a razoabilidade e a igualdade, como postulados específicos.

Em suma, se tratam de instrumentos hermenêuticos para a aplicação direta das normas, vez que carecem de objeto próprio a ser conhecido. São fatos indemonstráveis. Uma proposição admitida como verdade, como válido, não como um dogma, até porque não podem ser sopesados ou ponderados.

Veja, portando que a reserva do possível, enquanto instituto jurídico, se apresenta na colisão entre o dever prestacional estatal e a inexistência de recursos para suportar tal prestação. A sua realização figura com sobreposição àquilo que indivíduo pode esperar o do Estado.

De outra forma, se trata de uma hipótese e uma consequência com efeitos declarativos de validade e legitimidade, por se tratar de um *fim* e não um *meio*, que obsta a concretização dos direitos fundamentais.

Pode-se dizer que seu reconhecimento prescreve um comportamento a ser seguido pela Administração Pública estruturado em um comando de omissão que se materializa diretamente no mundo do ser.

Em outros termos, não há que se utilizar a reserva do possível como fundamento ou parâmetro estruturante da própria reserva do possível (ou mesmo de um direito fundamental); não atua como intermediária entre o princípio/regra e o direito subjetivo, já que é o papel determinante no resultado.

A funcionalidade da metanorma (ou postulado) é diferente, logo, afastada essa categoria de sua natureza.

3.2.1.4. Como princípio.

Poderia se suscitar os apontamentos da “lógica do mais ou menos” de Dworkin (refinados por Alexy com a máxima otimização), para definir a reserva do possível como princípio, tendo em vista que, a primeira vista, teria a função de formar uma relação equânime entre elementos preponderante e preponderado.

Ou seja, uma vez que a sua natureza implica ordinariamente numa colisão a um princípio fundamental se utilizaria das formulações de resolução de conflitos entre princípios como forma de pacificação de eventual litígio *in concreto*, por meio da relativização de um deles, sem que isso configure a retirada do sistema jurídico o instituto vencido.

Não se pode concordar com tal afirmação, posto que, dada a dimensão vertical dos direitos fundamentais isso reclamaria a inclusão da reserva do possível no mesmo patamar privilegiado daqueles, e não parece o caso. Sobre o assunto salienta Sarlet e Figueiredo:

[...], não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanes dos direitos fundamentais. (2008d, p. 10)

Ou seja, seria estranho conceber um sistema jurídico de ideologia social em que confere aos direitos fundamentais força normativa vinculante, e, conjuntamente estabelecesse outro instituto de mesma categoria para conceder escusa à Administração em concretizar aqueles.

Isso porque, como dispõe Mello, princípio:

Por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que

lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (2010, p. 53)

Então, como já suscitado, pensá-la como princípio carece de congruência lógica ao sistema, pois a reserva do possível visa justamente a abstenção da obrigação vinculante dos comandos contidos nos direitos sociais. Não se presta, sequer, como fonte ou método interpretativo, já descartados nos itens anteriores.

Enfim, ainda que tenha um objeto imediatamente finalístico, a sua pretensão não se reveste, de fato, em declarar/reconhecer um direito, mas, ao contrário, em uma legitimação de deixar de concretizar outros direitos diante de ausência das condições de possibilidades desse, revestindo-se como verdadeiro limite (externo) extrajurídico.

Então, a reserva do possível também não pertence à esta categoria.

3.2.1.5. Como condição de realidade.

Dada a exclusão das demais categorias, resta o enquadramento da reserva do possível como condição de realidade; como um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito, ou seja, uma condicionante real.

Aqui, parte-se da premissa que o Direito é um fenômeno social prescritivo da realidade, influenciando e sendo influenciado pelas condições de possibilidades fáticas conforme os termos kelseniano de eficácia normativa. Sendo assim, pretender que se normatize (dever ser) algo impossível, faticamente, é algo sem sentido.

Então no campo dos direitos fundamentais, notadamente nos sociais de dimensão prestacional, a precisão de realização de condutas substantivas implica se pautar por um patamar lógico de possibilidade, sob pena de tornar o texto constitucional em uma mera “folha de papel”, como já descrevera Lassale. Isso resultaria em a negar a função modificadora da realidade pelo direito. Nestas condição, a escassez de recursos disponíveis (material e jurídica) é um dado da experiência.

De outro turno, Hesse (1991, p. 13) é expresso em firma que “o significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco”, pois “a eventual ênfase em uma ou em outra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo” (1991, p. 14).

Veja, ao elaborar o seu pensamento de atribuir o elemento vontade à Constituição (*Wille zur Verfassung*), transformando-a em força normativa, faz com que ela obtenha a maior eficácia possível por meio de um desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional, originária de três vertentes:

Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. (HESSE, 1991, p. 19)

Aqui, sem desprezar as outras vertentes, põe-se destaque a segunda, qual seja, a de uma *ordem legitimada pelos fatos* que nada mais significa que uma compreensão racional da norma jurídica dentro do campo das possibilidades. Então arremata:

A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. [...] Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p. 19)

Em outros termos, é de se verificar que a necessidade de contextualização da realidade histórico-cultural no momento da interpretação/aplicação das normas constitucionais, atribui um limite positivo a sua expressão normativa, que é identificado pela análise das possibilidades (as condicionantes), haja vista:

[...] a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e a preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes em uma determinada situação. (HESSE, 1991, p. 22)

Em suma, a pretendida ótima eficácia da norma constitucional necessita, indubitavelmente, de coerência com as condições reais de realização, assinalando que "As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultem da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*)" (HESSE, 1991, p. 24).

Isso porque, no que tange à interpretação:

O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na *res publica* existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para ‘novas’ realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor. (HÄBERLE, apud MENDES; VALE, 2008/2009, p. 9)

Com fundamento nestes apontamento há de se compreender a reserva do possível é um elemento condicionante do direito ligado as possibilidade reais de concretização das normas fundamentais. Ou seja, considera que o “dever ser” de um direito fundamental, só é direito, se realizável (que, nos termos defendidos por Sunstein e Holmes, financeiramente realizáveis); para além disso (o não razoável ou não proporcional) é que se encontra a legitimidade do reconhecimento da reserva do possível isentando o Estado do dever prestacional.

Melhor dizendo, o reconhecimento da reserva do possível configura-se como *restrição* (ou limite máximo do *status positivus*) do direito fundamental, consoante a teoria externa de limitações dos direitos fundamentais que, à partir do ponto não razoável, conforma seu conteúdo normativo em face das condicionantes da realidade.

É esta a razão que leva a delimitação do conteúdo normativo de um preceito fundamental a ser conhecido por meio da interpretação que, além dos elementos racionais e teóricos, integra na relação hermenêutica as condicionantes históricas e sociais, para, enfim, atribuir sentido e significado legítimo à norma. Afinal, a Constituição é senão um reflexo da realidade existente, com indicativo de um caminho a ser seguido no intuito de se concretizar os objetivos da república, sendo assim:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008d, p. 10)

Com efeito, o aspecto da (in)disponibilidade de recursos (que assume maior relevância na discussão da efetividade dos direitos fundamentais prestacionais) também se liga aos meios necessários à concretização dos direitos e a disponibilidade jurídica deste meio. Tal assertiva

identifica que o agente público destinatário da obrigação de concretização da norma deve ter acesso à estes meios, não bastando a existência dos recursos, exigindo, conjuntamente, a capacidade jurídica de dispô-los.

Sendo assim, verifica-se que a reserva do possível se compatibiliza a esta categoria, uma vez que, seja pela inexistência efetiva de recursos, seja pela inexistência de meios de sua utilização, denota que o seu cabimento, com amparo exclusivamente em fatores não jurídicos, impede, via *restrição*, a concretização efetiva de direito um fundamental, transformando-se em uma espécie de limite *máximo* de seu *status* positivo dos direitos fundamentais sociais.

3.3. Do orçamento e da reserva do possível.

O efeito imediato do acolhimento ou rejeição da reserva do possível impacta diretamente no orçamento público, o que torna indissociável estes assuntos, sem se esquecer, como já consignado, ele deve observar os preceitos constitucionais e diretrizes das políticas públicas, estando sujeito ao controle de constitucionalidade e legalidade.

Primeiramente, salienta que não é o foco desta pesquisa a os mecanismos contábeis quanto a alocação concreta de recursos, nem mesmo as fórmulas de sua captação para o cumprimento de decisões judiciais que determinem a concretização dos direitos fundamentais sociais. Restringe-se a uma análise, *in abstracto*, de cunho predominantemente hermenêutico; até porque, não se detém conhecimento específico técnico-científico prático da seara contábil.

Por isso, concentra-se nas perspectivas dos comandos vinculantes orçamentários de realização dos direitos sociais e, na falta de seu atendimento espontâneo, em sua determinação por ordem judicial.

Parte-se, portanto, das disposições que o próprio constituinte cuidou em inserir no texto magno com a estipulação de obrigações claras, inequívocas e específicas de destinação dos recursos públicos. Tal fato exemplifica nos seguintes institutos:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
I – [...]

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:
I – [...]

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da

receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

ADCT

Art. 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde.

Enfim, indubitável a preocupação do constituinte com a viabilidade econômica dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição. O que não significa, de modo algum, que a ela engesse os poderes públicos, ceifando-lhes a capacidade administrativa discricionária, conforme já mencionado quando se tratou das limitações e conformação das políticas públicas.

Ainda, vale observar que a alocação orçamentária também sofre influência de outros documentos internacionais, consoante os apontamentos de Barcellos:

[...] se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes deverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento. No caso brasileiro, a essa conclusão se chega igualmente em decorrência de um conjunto de compromissos internacionais assumidos formalmente. Com efeito, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre o direito das crianças e também o Pacto de São José de Costa Rica obrigam os Estados signatários a investirem o *máximo de recursos disponíveis* na promoção dos direitos previstos em seus textos. (2011, p. 284-285)

De outro turno, não é demais lembrar que os direitos fundamentais se expressam tanto na dimensão positiva (prestacionais) como na negativa (de defesa), sendo que ambas dependem de uma estrutura estatal ativa e eficiente para serem efetivados, o que significa em qualquer dos casos gerar despesas onerosas e devem estar presentes na previsão orçamentária, conforme as premissões de Sunstein e Holmes oportunamente apresentadas.

Mas, ainda há na doutrina uma distinção, mesmo que para efeitos didáticos, a exemplo:

Nesse prisma, o que interessa no presente estudo é especificamente a diferenciação que a doutrina costuma fazer entre os direitos fundamentais chamados *de defesa* e os direitos fundamentais *a prestação em sentido estrito*, também denominados de *direitos fundamentais sociais*. É que estes, ao contrário daqueles, dependem para sua efetivação de uma atuação material direta do Estado, a qual requer investimento e previsão orçamentária. (MÂNICA, 2003, p. 176)

De outra senda, se de um lado a obtenção de receita pelo Estado foi vastamente regulamentada pela Constituição como reflexos dos direitos fundamentais de primeira

dimensão, estabelecendo limites mais claros ao poder de tributar, com a especificação o procedimento a ser desenvolvido administrador público; do outro lado, tal limitação também se faz presente na realização de despesas, embora afeta a discricionariedade administrativa.

Nessa estira, Giacomoni (2010, p. 25 e 58) destaca que o orçamento público é o principal instrumento para viabilizar políticas públicas distributivas, cuja função se presta além de possibilitar o controle político do executivo e demais os órgãos de representação, servindo, inclusive, como instrumento de auxílio para programar a ação de governo na concretização dessas ações.

Para tanto, firmou-se limites formais e materiais ligados às obrigação de se criar previsão orçamentária para o dispêndio desses recursos; que, ordinariamente, são frutos de decisões políticas eticamente assumidas pelo povo representado no Congresso Nacional.

Sendo assim, o orçamento público é regido pelos institutos contidos nos art. 2º, art. 3º, art. 5º, art. 6º e seu §1º, e art. 15 da Lei 4.320/64, art. 7º e 16 do Decreto-Lei nº 200/67, art. 37, §5º, §8º do art. 165, IV, art. 166 e art. 167, III, da Constituição Federal, notadamente pelos: princípio da unidade (previsto em instrumento único); princípio da totalidade (uma consolidação, de forma a permitir uma visão geral do conjunto das finanças públicas); princípio da universalidade (o orçamento deve conter todas as receitas e todas as despesas do Estado. Indispensável para o controle parlamentar); princípio anualidade ou periodicidade (elaborado e autorizado para um determinado período de tempo); princípio exclusividade (deve conter apenas matéria orçamentária ou financeira); princípio da especificação, especialização ou discriminação (receitas e despesas discriminadas); princípio da não vinculação ou não afetação das receitas (evita o engessamento); princípio do orçamento bruto (caixa único); princípio do equilíbrio; princípio da legalidade (autorização jurídica); princípio da publicidade (direito a informação); princípio da clareza ou objetividade (conhecível); princípio da exatidão (previsão de estimativas) – conforme se sintetiza dos ensinamentos de Giacomoni (2010, p. 63-83), Silva (1962, p. 13-42) e Torres (2011, 106-131).

Feito esse aparte, o orçamento público pode ser definido como o plano que expressa monetariamente, para um período de tempo, todo o programa operacional do governo e suas fontes de financiamento.

Já o sistema orçamentário adota o modelo estabelecido pela Lei n. 4.320/64 para as três esferas de governo. Mas, é a Constituição Federal, nos arts. 163 ao 169 que coordena o sistema de finanças públicas com o auxílio do Plano Plurianual (PPA), na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e na Lei Orçamentária Anual (LOA), todas de iniciativa legislativa do Poder Executivo, quais servem de limites formais da realização do orçamento.

Com efeito:

No âmbito orçamentário, fundamental para que o Estado demonstre a origem das receitas (oriundas de seu patrimônio, de imposições fiscais e de empréstimos) e o destino das despesas e investimentos, foi estabelecido um sistema de planejamento constituído por um conjunto de 03 leis que se sucedem e se completam: a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Todos os Planos e Programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição deverão ser elaborados em consonância com o plano plurianual (art. 165, §4º, CF), e a LDO deverá estar sempre em consonância com o PPA (art. 166, §4º, CF). (SCAFF, 2005 p. 90-91)

Porém, dada a ideologia neoliberal mercantilista, não raro se confronta os custos da efetividade dos direitos fundamentais sociais com os interesses financeiros do Estado e, por vezes, o econômico tem preterido o jurídico, subvertendo as prioridades constitucionais em nome do *superávit* primário, o que se requerer uma pesquisa mais profunda.

Coadunando com esse pensamento, Amaral (2001, p. 147) firma “que há menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas e que a escassez não é acidental, mas essencial, toma vulto a alocação de recursos”. Com isso, as questões econômicas deverão passar por análise da alocação dos recursos, que se dá em duas ordens: quanto disponibilizar (decisão de primeira ordem) e a quem a atender (decisão de segunda ordem).

Nessa perspectiva, fundamentado nas lições de Jhon Elser, acrescenta uma terceira ordem, que seria aquela onde o benefício de alguns interesses prejudicariam o benefício de outros. Como resultado:

Esse caráter disjuntivo das escolhas traz, muitas vezes, uma teia de consequências, uma cadeia de ações e reações que não conseguem ser sequer imaginadas dentro da ótica estrita da microjustiça, e que só vem sendo abordada há poucos anos. [...] A decisão de proteger um dado interesse muitas vezes gera novas formas de ameaça, tomando as decisões alocativas ainda mais complexas. (AMARAL, 2001, p. 150)

Assim, para equacionar este problema de alocação de recursos busca na teoria de Justiça Distributiva elementos filosóficos para orientar as ideologias políticas.

Como os direitos fundamentais são a positivação de direitos humanos, que têm natureza de direitos morais, cabe indagar se há também um critério pré-positivos de alocação que possa, tal como os direitos morais, ser deduzido e afirmado pela razão, ou se, ao contrário, as decisões alocativas, especialmente de primeira e segunda ordem, comportam opções políticas intercambiáveis, ainda que com resultados finais díspares. (AMARAL, 2001, p. 155)

Conclui seu pensamento estabelecendo critérios (pautado no postulado de “a cada um segundo sua necessidade”) e procedimentos (a cada um segundo seu mérito) como forma de dar uma solução a esse dilema, mesmo que redunde em escolhas trágicas (haja vista que o proveito de um significará o prejuízo de outro), cujo ponto fulcral a ser utilizado é a eticidade das teorias de justiça distributiva.

Reitera-se, este dilema ainda passa pelo processo político de tomada de decisões, pois:

O que usualmente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política (justa ou injusta, sindicável judicialmente ou não) de não se gastar dinheiro com aquele mesmo “direito”. [...] O referido argumento usualmente presta-se a encobrir as trágicas escolhas que tenham deixado de fora do universo do possível a tutela de um determinado bem invocado na qualidade de “direito” fundamental. (GALDINO, 2005, p. 235)

Em razão disso, imperioso distinguir o *possível* quando, comprovadamente, não há meios de concretização universal e integral dos direitos fundamentais (inclusive em razão da observância das normas de alocação orçamentária). O fato de não ser possível essa concretização é observado porque os meios suficientes foram alocados em outras prioridades que não aquelas indicadas na expressão máxima das políticas públicas, mas sim nas expressões prioritárias. Logo, escolha alocativa realizada dentro da discricionariedade administrativa deve, sempre, se atender pelo menos a um mínimos estabelecido dos direitos sociais, definido pelo seu núcleo essencial.

Isso não significa o aprisionamento as decisões políticas, mas sim o seu condicionamento em conformidade aos anseios sociais inseridos na Constituição, compatibilizando-os com ideia de satisfação ótima (tanto quando possível) de todos os direitos fundamentais, seja qual for a sua dimensão ou função.

Enfim, é nesse ambiente que a reserva do possível, se invocada sem parâmetros mais objetivos, justifica a ineficácia de concretização dos direitos fundamentais de prestações positivas, pois, ainda que houvesse “vontade política”, a escusa remanesce em face a escassez de recursos por tomada de decisões equivocadas, ineficientes e/ou em desalinho ao interesse social, desde já isentaria a prestação estatal.

Para além do problema de alocação ordinária de recursos, necessário incluir nessa relação os meios necessários de cumprimento do dever fundamental à revelia das normas constitucionais orçamentárias. Ou seja, quando o Poder Judiciário atua determinando o seu atendimento compulsório pela Administração, pela admissão da judicialização das políticas públicas, consoante os fundamentos já aventados no capítulo anterior.

Destaca, também, o contido art. 100 da Constituição, que regula o sistema de pagamento de precatórios e requisições de pequeno valor, onde, em seu parágrafo quinto estabelece obrigatoriedade de inclusão no orçamento das entidades de direito público as verbas necessárias ao pagamento de débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, apresentados até primeiro de julho de cada ano, fazendo-se tal quitação até o final do exercício seguinte, o que atinge frontalmente a previsão orçamentária a longo prazo.

Tudo isso dificulta a alocação orçamentária justa, uma vez que essas inclusões, por certo, comprometem outras verbas, modificando sua previsibilidade. Em outros termos, em se tratando de ônus inesperado a sua sincronização com as reservas das despesas e investimentos esperados prejudicam a realização das despesas. De qualquer sorte, no entanto, pior que a concretização compulsória de um direito fundamental seria concretização alguma, sob a justificativa não razoável de ausência de recursos por sua alocação orçamentária em setores não prioritários.

Desta forma, para que a objeção da reserva do possível não se transforme em elemento meramente subjetivo é que se necessita elaborar padrões de reconhecimento; só assim se assegurará o orçamento que envolve a implementação de políticas pública, no intuito que “seja possível este exercício de liberdade jurídica é necessário assegurar a liberdade real (Alexy), ou a possibilidade de exercer suas capacidades (Amartya), através dos direitos fundamentais sociais”. (SCAFF, 2005 p. 90).

3.4. Do mínimo existencial.

Do exposto até aqui, restou consignado que a transformação evolutiva do Estado moderno, em liberal, após para o social e deste para o democrático, culminou, pela perspectiva pos-positivista, com a atribuição de uma série de comandos normativos para concretização dos direitos fundamentais sociais, mediante a execução de programas, tarefas e fins, por meio de políticas públicas.

Ainda, segundo a opção aqui adotada, este conteúdo normativo é conformado pela teoria externa de limites dos direitos fundamentais, tendo em vista o irrecusável reconhecimento de finitude dos recursos financeiros, estruturais e humanos disponíveis ao Estado; ou seja, há influência direta desses elementos extra jurídicos na concretização constitucional, identificados como limites do *status* positivo de tais direitos (a reserva do possível).

Frise-se, também, em momento algum se sustentou que o reconhecimento legítimo da reserva do possível sirva como escusa ilimitada que isente a Administração do cumprimento dos comandos normativos prestacionais dos direitos fundamentais.

Contrariamente à isso, com espeque nas ideias de otimização dos direitos fundamentais de Alexy, elaborou o pensamento de que a reserva do possível é a exceção, cuja regra é a implementação máxima possível de seus espectros horizontal, uniforme e universal.

Então, contrapondo-se ao limite *máximo* do *status* positivo dos direitos fundamentais, de outra banda, a doutrina também elaborou um limite *mínimo* do mesmo *status*, assim denominado *mínimo existencial*.

Em outras palavras, em que pese a análise da obra de Holmes e Sustain conclua que todos os direitos fundamentais - inclusive os individuais – demandem custos de efetivação; inegável também o seu aspecto positivo irradiante, superando assim a concepção isolada dos *status subjectionis, negativus, positivus e activos*, de Jellinek, conforme já acentuada no capítulo anterior.

Conjuntamente, revelou-se a inexistência de caráter absoluto dos direitos fundamentais, dado que seu espaço de conformação exige o equacionamento com as condicionantes da realidade, qual deve ser efetivado por força da característica dirigente da Constituição.

Esta atividade ganha expressão forte no liberalismo igualitário e nos ideais de justiça distributiva de John Rawls. Frise-se, especialmente pelo seu conceito de justiça como equidade, formulando uma nova visão de estrutura da sociedade a partir de um novo contrato social estabelecido sob “um véu de ignorância”, defendendo o pensamento de uma igualdade substantiva. Essa teoria escora-se em dois princípios, a saber:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. (RAWLS, 2000-c, p. 64).

Aqui, as liberdades, iguais para todos, versam sobre as liberdades políticas e às liberdades da pessoa que, apesar de impossível enumerá-las taxativamente, destaca as consideradas mais importantes:

A liberdade política (o direito de votar e ocupar um cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física (integridade da pessoa); o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e a detenção arbitrárias, de acordo com o conceito de estado de direito. Segundo o primeiro princípio, essas liberdades devem ser iguais. (RAWLS, 2000-c, p. 65).

Com isso, o instrumento constitucional, e as leis à ele subordinado, devem garantir o amplo exercício destas liberdades num cenário de uma sociedade pluralista, onde o modo de ver e conceber a realidade deriva conforme os interesses pessoais implicados nas relações.

Ao discorrer sobre essa relação se institui que, em uma democracia, a igualdade estabelecida por tais instrumento deve ter aceitação por todos, gerando efeitos uniformes.

De outro turno, quanto a primeira parte do segundo princípio suscitado por Rawls, admite a presença das desigualdades sociais, porém as imprime a qualificação de ser necessária a existência de vantagens mútuas (eficácia). Assim, propõe premissas de prioridades, onde a regra inicialmente prioriza a liberdade, para então se invocar o qualificativo dessa liberdade sob o primado da justiça eficaz e do bem-estar.

Isso porque as desigualdades sociais são consideradas constitutivas da sociedade, visto que “A estrutura básica deve permitir desigualdades organizacionais e econômicas, desde que estas melhorem a situação de todos, inclusive a dos menos privilegiados, e desde que sejam compatíveis com a liberdade igual e a igualdade de oportunidade” (RAWLS, 2000-b, p. 335).

Por fim, quanto a segunda parte do segundo princípio, versa sobre o princípio da igualdade equitativa de oportunidades propriamente dito, atuando de forma a dar maiores benefícios aos menos favorecidos (princípio da diferença), significando isso que uma desigualdade de oportunidades deve fazer aumentar as chances dos que têm menos oportunidades.

Este pensamento comporta análise evolutiva entre a obra *Uma Teoria da Justiça* e a obra *O Liberalismo Político*, como observa Barcellos:

A evolução do pensamento de Rawls, portanto, no ponto que aqui interessa, parte de uma consideração da justiça distributiva globalmente considerada (o princípio da diferença e seus três elementos: maximização do bem-estar dos menos favorecidos, posições e funções abertas a todos e igualdade equitativa de oportunidades) que, do ponto de vista jurídico, consubstancia um fim estabelecido pelo constituinte e dirigido ao legislador. Nada obstante, ainda neste primeiro momento, a percepção da imprescindibilidade do mínimo existencial (posição equitativa de oportunidades) conduziu o autor a situar este elemento fora da estrutura dos dois princípios, como um pressuposto lógico da equitatividade de sua construção.

Já na segunda fase, o autor vai distinguir dentro do princípio da diferença um conteúdo mínimo, ao qual conferirá status de direito subjetivo constitucional, embora não utilize essa expressão nem especifique qual o conteúdo material desse mínimo. O mínimo existencial, note-se, deixa de ser um fim a atingir pela atuação do legislador para transformar-se em um direito constitucionalmente assegurado, independentemente da intervenção legislativa. As prestações que representam um *plus* em relação a este mínimo continuam no âmbito da competência do Legislativo, a quem caberá promover

as políticas de justiça social que realizem de forma mais ampla a justiça distributiva. (2011, p. 150)

Então, justamente a feição de uma igualdade equitativa é que se permite idealizar um núcleo inafastável dos comandos normativos constitucionais em face ao Estado, a fim de que tome uma postura positiva em frente essas desigualdades sociais, com o fito de minimizá-las, posto que as injustiças acabam por gerar situação de exclusão e opressão; ponderações que se coadunam com a ideia matiz do *mínimo existencial*.

3.4.1. Da origem, do núcleo essencial e da relação face a reserva do possível.

Embora a doutrina de Rawls seja marcante na superação de uma concepção utilitarista da justiça social, a o *mínimo existencial* (*Existenzminimum*), da mesma forma que a reserva do possível, tem origem alemã, notadamente na jurisprudência do Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), como consequência da busca do atendimento das necessidades humanas, correspondendo a um imperativo de dignidade humana. Sobre o assunto:

A Corte Constitucional Alemã extraiu o direito a um “mínimo de existência” do princípio da dignidade humana (artigo 1, I, Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistêmica junto ao princípio do Estado Social (artigo 20, I, LF). Assim, a Corte determinou ao um aumento expressivo do valor da “ajuda social” (*Sozialhilfe*), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nesta Linha, a jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um “mínimo vital”. (KRELL, 2002, p. 61)

A esse respeito, sintetizando o exposto por Sarlet e Figueiredo (2008d, p. 4-5), no início década de cinquenta (pós-guerra), formulou-se a pretensão de reconhecimento do interesse subjetivo a uma garantia positiva mínima da prestações necessárias ao amplo exercício de uma vida digna, o que foi acolhido pela Corte acima mencionada. Acerca da argumentação destaca os seguintes trecho:

[...] certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados nas suas atividade sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais. (Cf. BVerfGE 40, 121 (133), *apud* SARLET; FIGUEIREDO, 2008d, p. 5)

Com efeito, denota que, em sua origem, prepondera a expressão de solidariedade enquanto conteúdo Estado Social de Direito. Portanto, tem por objeto central o valor dignidade, cuja aferição, segundo Canotilho (referenciado na ordem jurídica portuguesa), pode ser realizada em cinco perspectivas:

- (1) Afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável (CRP, arts. 24.º, 25.º, 26.º).
- (2) Garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade (cfr. refração desta ideia no art. 73/2º da CRP).
- (3) Libertação da «angústia da existência» da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas (cfr. CRP, arts. 53.º, 58.º, 63.º, 64.º).
- (4) Garantia e defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de direito.
- (5) Igualdade dos cidadãos, expressa na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo, (cfr. CRP, art. 13º), isto é, igualdade perante a lei. (1993, p. 363).

Sobre essas observações, vê-se que o *mínimo existencial* objetiva promover a igualdade substancial por meio da promoção ativa do *status* positivo dos comandos contidos nos direitos fundamentais, especialmente os sociais, servindo como um limite mínimo a ser implementado.

A esse respeito:

Neste contexto, agrega-se a noção de que a dignidade da pessoa humana integra a assim designada ordem pública dos Estados que a consagram, cuidando-se (notadamente no que diz com o núcleo essencial do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes) tanto de um fundamento para a limitação de direitos fundamentais (restringem-se direitos em prol da garantia da dignidade) quanto de um limite dos limites, ou seja, de uma barreira contra limitações efetuadas em proveito de outros bens fundamentais (SARLET, 2012, p. 82).

De outra forma, pode-se dizer que:

O mínimo existencial configura, assim, núcleo de deveres fundamentais do Estado Contemporâneo em relação a todos os que compõem a sociedade político-global e a essência dos compromissos que todos os seus membros assumem pela só condição de, vivendo em reunião com os outros, solidarizar-se com os seus mais necessitados (ROCHA, 2005, p. 447).

Uma vez definida a sua origem como desdobramento das expressões da dignidade da pessoa humana, passa-se a identificar o seu *conteúdo essencial*, com foco no *conteúdo essencial dos direitos sociais* para identificar os contornos de sua eficácia.

Antes, porém, necessário suscitar em linhas gerais que a doutrina diferencia a defesa do núcleo essencial normativo dos direitos fundamentais pelas “teoria absoluta do núcleo essencial” e “teoria relativa do núcleo essencial”, que influenciará na identificação em sua eficácia. Segundo as lições Alexy (1993, p. 267), Canotilho (1993, p. 619), Virgílio Afonso da Silva (2006b, p. 42), Mendes (2012, p. 47) e Sarlet (2010, p. 29) elas assim as diferenciam.

A *Teoria absoluta do núcleo essencial*, emprega ao seu conteúdo um valor objetivo, cuja proteção se realiza em caráter abstrato, via uma posição subjetiva de tal modo indisponível, logo, sua eficácia é compreendida em sua globalidade, isto é, irrestringível.

Por sua vez, a *teoria relativa do núcleo essencial*, concebe o seu conteúdo um valor subjetivo, cuja proteção se realiza apenas sobre a posição concreta assumida pela norma (direito subjetivo definitivo) e a eficácia depende do sentido e significado atribuído (por meio de ponderação) em face a de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e com ele colidentes, ou seja, restringível.

Feito esse aparte, há de relacioná-las, respectivamente, com as teorias interna (limites imanentes) e externa (limites por restrições *a posteriori*) de restrição dos direitos fundamentais, já trabalhadas no capítulo anterior, reiterado que, para a presente pesquisa assume posição com a última.

Sob este prisma, o conteúdo do núcleo essencial do mínimo existencial figura com elemento dinâmico, devendo se conformar na norma definitiva. É compreendida, portanto, pela proibição do excesso e proibição da proteção insuficiente, justificada na resolução de eventual conflito entre princípios; o que significa que este instituto comporta restrição, no mesmo sentido do posicionamento adotado por Alexy, Canotilho, Mendes, Virgílio Afonso da Silva e Sarlet, que diz:

Sem embargo, discordo daqueles que afirmam que o direito ao mínimo existencial é absoluto, não se sujeitando à reserva do possível. Infelizmente, em sociedades pobres, nem sempre é possível assegurar de maneira imediata e igualitária as condições materiais básicas para a vida digna de todas as pessoas. [...] Em suma, não me parece que o mínimo existencial possa ser assegurado judicialmente de forma incondicional, independentemente de considerações acerca do custo de universalização das prestações demandadas. (SARLET, 2010, p. 29 e 30).

Coadunando:

Segundo os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essencial e, portanto, a ser protegido, depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo e

poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso (SILVA, 2006b, p. 42).

E:

Se se considerar que os direitos individuais consagram posições definitivas (Regras: Regel), então é inevitável a aplicação da teoria interna. Ao contrário, se se entender que eles definem apenas posições *prima facie* (prima facie Positionen: princípios), então há de se considerar correta a teoria externa. Para os termos desta obra, entendemos que os direitos fundamentais hão de ser concebidos, primordialmente, como princípios. (MENDES, 2012, p. 34)

Mas, consoante assinalado por Sarlet há aqueles que rejeitam a teoria relativista do *mínimo existencial*. Exemplifica-se isso com os seguintes apontamentos:

Esse mínimo existencial não tem dicção constitucional própria, carecendo de conteúdo específico, abrangendo qualquer direito, ainda que originariam ente não-fundamental, considerado em sua dimensão essencial e inalienável. [...] entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao mínimo existencial que seria sempre exigível quedando os demais direitos positivos sob a reserva do possível (AMARAL, 2011, p. 65-66 e 66-67).

Também:

Os direitos econômicos e sociais existem, portanto, sob a “reserva do possível” ou da soberania orçamentária do legislador”, ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesas por parte da Administração. *A pretensão do cidadão é à política pública, e não à adjudicação individual de bens.*

[...]

A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.) (TORRES, 2010, p. 74).

Ainda,

Todas as normas da Constituição que são relacionadas a direitos e garantias fundamentais são preceitos normativos que vinculam o poder do Estado de forma direta e imediata. [...] Isso se explica juridicamente pelo fato de o § 1º do art. 5º da CF referir-se a normas “definidoras” de direitos. As normas que definem de forma insuficiente um direito não são imediatamente aplicáveis na realidade social – não porque isso não seja desejável, mas porque é simplesmente impossível aplicar um direito sem conhecer as hipóteses e condições de sua incidência e as formas de seu exercício. [...] Consideramos que a reserva do possível não pode ser utilizada no ordenamento brasileiro

como critério para limitar a aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais pelas seguintes razões. (DIMOULIS; MARTIS, 2014, p. 96-98)

Enfim, para esta corrente, fazendo uma adequação às concepções de princípios e regras das teorias de direitos fundamentais de Dworkin e Alexy, o núcleo essencial do *mínimo existencial* ganha contornos de regra, sendo incabível qualquer forma de restrição, ou seja, sua configuração se realiza por meios dos limites imanentes da norma, encarando-o como verdadeiros direitos subjetivos públicos, isto é, expressão normativa de caráter objetivo.

Neste sentido, interessante a posição de Barcellos que “separa” o núcleo essencial dos direitos fundamentais expressos por princípios (o que equivale dizer atribui a esse núcleo uma natureza diferente do princípio propriamente dito).

[...] uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do “tudo ou nada”, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites. (BARCELLOS, 2011, p. 286)

E, arremata reconhecendo a possibilidade de coexistência do *mínimo existência* com a *reserva do possível*, desde que aqueles sejam integralmente atendidos:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (BARCELLOS, 2011, p. 296).

Mas, do exposto, não se pode aceitar essa distinção entre o a natureza do princípio fundamental (direito *prima facie*) e a natureza de seu núcleo essencial (ora encarado como regra), pois, considera-se que, se integrante da mesma norma, o *mínimo existencial* possui a mesma natureza daquela. Então, mesmo nesta seara mantem-se adepto os mandamentos de otimização de Alexy, que somente são possíveis por meio da ponderação consoante o

entendimento da teoria relativista do núcleo essencial dos direitos fundamentais (teoria externa das restrições dos direitos fundamentais).

Logo, liga o seu conteúdo de forma íntima à regra de proporcionalidade (será objeto do próximo item) que, à luz da ponderação, contrapõe os graus de realização e de importância dos elementos envolvidos. Isto significa que, a depender da intensidade da restrição, ainda que seja considerada leve, e carecendo de fundamentação, qualquer restrição ao núcleo essencial é considerada ilegítima. “Nesse sentido, restrições não fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas” (SILVA, 2006b, p. 43).

Embora haja a referida dissonância quanto a natureza do núcleo essencial do *mínimo existencial*, o reconhecimento do seu dimensionamento quanto a sua função positiva (caráter ativo - prestacional) e negativa (a depender da concepção absoluta ou relativa de defesa) é amplo:

O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra intervenção Estatal e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e *status positivus*, sendo certo que não raro se concentram uma na outra ou se complicam mutuamente a proteção constitucional positiva negativa. (TORRES, 1989, p. 70).

Em sentido semelhante:

O direito mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida. Ele ostenta tanto uma dimensão negativa como uma positiva. Na sua dimensão negativa, opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão positiva, ele envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais. Não há, todavia, consenso sobre as prestações que compõem este conjunto, e o meu objetivo aqui não é o de elaborar qualquer tipo de elenco a tal propósito. (SARLET, 2010, p. 79)

Por fim, quanto ao conteúdo do *mínimo existencial*, a doutrina assevera que é composto das mais diversas formas, dependendo da realidade social a qual se está inserido. Desta forma, não existe um rol taxativo, em que pese há um certo consenso acerca de suas matérias, a exemplo:

[...] *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, pelo menos: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o

acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos (BARROSO, 2009a, p. 253)

Em perspectiva símile:

De qualquer modo, o referido “padrão mínimo social” para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia; o conteúdo concreto desse *mínimo*, no entanto, varia de país para país. A ideia do mínimo social se manifesta também os diversos projetos de lei municipal para uma “*renda mínima* necessária à inserção na sociedade” (KRELL, 2002, p. 63).

Ainda:

O conceito do mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino (CLÈVE, 2003, p. 160).

E,

No âmbito do direito brasileiro, assim como se verifica no caso lusitano, verifica-se, em termos gerais, uma adesão – ressalvadas peculiaridades importantes – à tradição alemã de fundar o direito ao mínimo existencial tanto no direito à vida, quanto, em especial, na dignidade da pessoa humana, inclusive vinculando-o ao livre desenvolvimento da personalidade, de tal sorte que – a despeito de algumas divergências – o mínimo existencial abrange não apenas a garantia da sobrevivência física (o que significaria a redução do mínimo existencial a um mínimo vital) quanto abarca o que se convencionou designar de um mínimo existencial sociocultural (e mesmo, como já se sustenta mesmo entre nós, de um mínimo existencial ecológico ou ambiental), incluindo, portanto, o direito à educação e, em certa medida, o próprio acesso a bens culturais. (SARLET, 2011, p. 278)

Verifica-se, pois, que a ausência de especificação de seu conteúdo também ocorre para abranger o maior número de garantias essenciais, tendendo ao seu adensamento progressivo. Para uma delimitação mais específica demandaria percorrer, com profundidade, caminhos filosóficos, o que desvirtuaria a intenção do presente estudo, qual se foca na reserva do possível como limite *máximo* da dimensão positiva dos direitos fundamentais, e, como visto, é objetivado a partir de desse pressuposto *mínimo*.

Ademais, consoante o disposto no segundo capítulo, por integrar ao próprio princípio possui sua força normativa que, em caso de ausência de implementação não-razoável, reitera-se a possibilidade de sua judicialização, independentemente da existência de políticas públicas

para a sua concretização, com fundamento em sua aplicabilidade direta na realidade brasileira, sob pena de esvaziar o caráter dirigente da Constituição.

Basta, para tanto, que o amparo do interesse subjetivo garantido (direito *prima facie*) encontre na realidade as condições de concretização que, por meio da ponderação proporcional, para que se identifique a legitimidade de sua exequibilidade (transformando-se em direito definitivo). Enfim, o *mínimo existencial* se apresenta como importante elemento na concretização dos direitos fundamentais, vez que expressa o limite *mínimo* do *status* positivo dos comandos contidos nos direitos fundamentais.

3.4.2. Da relação dialógica entre o mínimo existência e a reserva do possível via ponderação.

Dos itens explorados neste capítulo, viu-se que os direitos fundamentais, notadamente os sociais, não são absolutos, uma vez que, para a sua concretização, dependem da análise de possibilidades referentes a existência de recursos do Estado (Sunstein e Holmes) de ordem financeira, estrutural ou humana. Estabelece, assim, um limite *máximo* da força normativa de seu *status* positivo, denotando ser uma *restrição dos direitos fundamentais*.

Em contrapartida, há também um limite *mínimo* a ser considerado, denominado *mínimo existencial*, que se identificaria com o núcleo essencial dos princípios normativos dos direitos fundamentais sociais; mas, em face da opção adotada nesta pesquisa, sua conformação (e não configuração, pois implicaria o acolhimento da teoria interna dos limites e núcleo absoluto dos direitos fundamentais) se expressa em uma abrangência relativa a depender da relação estabelecida com os fatores extra legais e/ou com os demais princípios de mesma hierarquia.

Por fim, reiteradamente, suscitou-se que esta relação (afeta tanto ao limite *máximo* como ao limite *mínimo* dos direitos fundamentais) é resolvida via ponderação, especialmente com a aplicação dos institutos da razoabilidade e proporcionalidade, quais se passa a delinear.

Porém, antes disso, interessante como elemento desta equação um exame sobre os institutos do *interesse público* e *interesse social*, conforme estabelecido no sistema legal vigente, conquanto institutos orientadores da interpretação dos direitos fundamentais.

Dito isso, insistindo no fato de que os atos jurídicos de concretização dos direitos fundamentais, em geral (pois, ressalva-se a eficácia horizontal), são realizados pelo Estado; ou seja, têm como destinatário de seus comandos a Administração Pública, conclui-se que seus atos são *atos administrativos*, consoante já descritos no item 2.8.2.

Com essa premissa, tem-se:

O direito administrativo, ao mesmo tempo em que é concebido como provedor da defesa o indivíduo contra o Estado, apresenta como princípio fundamental o da *supremacia do interesse público*; e isso ocorre sem que, em regra, seja questionada a dissociação entre *interesse público* — interesse cujo titular é o Estado — e *interesse social* — cujo titular é a sociedade.

[...]

A distinção entre interesse público e interesse social se impõe. O modo de produção capitalista supõe a separação do Estado e da sociedade, no que é reforçada a dicotomia direito público/direito privado. Daí por que se afirmar que toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção na ordem social. (GRAU, 2008, p. 170 e 171).

Desta feita, o primeiro elemento a ser levado em conta na ponderação quanto da interpretação e concretização dos direitos fundamentais é se sua efetivação (ou negativa) atende quais desses interesses.

Isto é, em que pese a conclusão de que “toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção na ordem social” (GRAU, 2008, p. 171), caracteriza-se o *interesse público* os mecanismo de defesa da manutenção do próprio Estado (ideal capitalista de meios de resultados); isto não quer dizer, no entanto, que o *interesse público* se pauta pelo lucro, mas sob o prisma da eficiência utilitária, por meio de uma extensão universalizável (apesar de finita) de suas práticas, para atingir o bem comum sem o esgotamento de seus recursos; ou, ainda, uma orientação de ideal de moralidade objetiva.

Por sua vez, o *interesse social* se caracteriza pela primazia dos ideais humanísticos elaborados, desenvolvidos e reconhecidos ao longo dos séculos, que dão sentido e orientação às práticas sociais, incluindo-se as administrativas, cuja ótica de efetividade significa universalização dos meios para o exercício de uma vida digna à todas as pessoas, não sendo aceito qualquer forma de restrição dessa dignidade, ao menos em seu núcleo essencial, de um único indivíduo em o proveito dos demais componentes deste corpo social.

Com base nestas afirmação, identificar a *reserva do possível* como instrumento exclusivamente pautado no *interesse público* equivale reconhecer a sua supremacia tem natureza liberal, com o fim precípua de manutenção da superestrutura do poder e nada mais. Destarte, não há realização e concretização dos direitos fundamentais sociais senão por meio do Estado, a saber:

[...] o Estado, apesar de todos os pesares, é ainda, entre nós, o único defensor do interesse público, não sendo inviável a visualização de momentos de legitimidade, nele, em que venha (o Interesse público) a se confundir com o interesse social. A destruição e mesmo o mero enfraquecimento do Estado conduzem, inevitavelmente, à ausência de quem possa prover adequadamente

o interesse público e, no quanto isso possa se verificar, o próprio interesse social (GRAU, 2008, p. 147).

De forma semelhante:

Estado. Trata-se do funcionamento de um aparelho de poder centralizado que possa efetivamente controlar determinado território e impor suas decisões por meio da Administração Pública, dos tribunais, da polícia, das forças armadas e também dos aparelhos de educação e propaganda política. Sem a existência de Estado, a proclamação de direitos fundamentais carece de relevância prática. Estes não poderiam ser garantidos e cumpridos e perderiam sua função precípua, qual seja, a de limitar o poder do Estado em face do indivíduo. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 2014).

Portanto, considerando tudo mais o que foi dito quanto à necessidade a aquisição de recursos para a realização e concretização dos direitos fundamentais sociais, é de ser ter em mente que a instituto da *reserva do possível*, em verdade, atende preponderantemente ao *interesse social*, na medida em que, em última análise, os recursos são originados da arrecadação de tributos. Nestes termos:

De forma geral, a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esse direitos. Novamente: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a referida técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear as despesas geradas por determinado direito subjetivo. (BARCELLOS, 2011, p. 277)

Enfim, o que se põe em relevo em juízo de ponderação na relação entre a *reserva do possível* e o *mínimo existencial* é a persuasão racional daquilo que a sociedade (e não o Estado) está disposto a suprir, pois, persiste a lógica de que, quanto maior a abrangência de um direito fundamental social, certamente será igualmente maior a necessidade de arrecadação de recursos para sua concretização.

Reitera-se, também, não se trata de liberalidade da disposição dos recursos, haja vista:

Não pode haver direitos fundamentais apenas onde há cofres e onde se valorizem moedas. No entanto, há que se contar com elas para que os homens vivam em condições materiais minimamente razoáveis para se fazerem dignos. A chave da eficácia dos direitos fundamentais não é a mesma que abre e fecha os cofres onde se guardam os dinheiros públicos, mas o sistema que abre os dois sistemas – o jurídico fundamental e o econômico-financeiro – são acoplados para que o movimento de ambos seja concatenados e comprometido. (ROCHA, 2005, p. 455)

Em suma, falar-se na realização e concretização dos direitos fundamentais sociais, implica na ponderação da relação das possibilidades factuais, restritas pelas condições do meio social, bem como da abrangência normativa em face à outros direitos de mesma grandeza e hierarquia, que, pela ótica do Estado dirigente, impõe tarefas ao administrador equacionando de forma concatenada ambos os sistemas (jurídico e econômico-financeiro), razão pela qual já se suscitou que a eleição de prioridades para o dispêndio de recursos estatais não pode divergir do objetivo principal do Estado, que é a promoção social, e não a acumulação de riquezas.

Com efeito, não é porque a conformação de um direito fundamental social possui restrições advindas de elementos externos ao próprio direito, que o administrador pode ignorar a sua concretização mínima; pois, uma vez amparado no princípio da solidariedade humana, estabelece-se como valor razoável o custeio pelo corpo social desse patamar mínimo de abrangência (*mínimo existencial*), cuja expressão é objetivada pelo reconhecimento paulatino de sua densificação, fundamentado por meio da evolução do pensamento jus-filosófico contrastado com as condições da realidade.

Ainda, de igual forma, tudo aquilo que extrapole o limite dessa conformação, embora possa, em teoria, ser inserido na abrangência normativa dos comandos dos direitos fundamentais sociais em termo filosóficos *prima facie*, diante da ausência de *meios* (jurídicos ou financeiros) para a sua concretização, torna-se legítimo a omissão em acolher o comando fundamental, desde que, não por ausência de justificação sistêmica, mas sim por verdadeira impossibilidade devidamente comprovada, que é aferida justamente na relação de ponderação. A esse respeito:

A possibilidade da tutela judicial, bem como o seu conteúdo, dependerão do resultado da ponderação, que, como vai acontecer, deve ser pautado pelo princípio da proporcionalidade. Esta solução é profundamente comprometida com a efetivação dos direitos sociais, mas leva em consideração todas as dificuldades fáticas e jurídicas envolvidas neste processo, bem como a existência de uma ampla margem de liberdade para os poderes políticos neste campo, decorrente não só da sua legitimidade democrática, como também da sua maior capacidade funcional. (SARMENTO, 2010a, p. 17)

Com efeito, denota ser cabível dentro sistema jurídico atual a convivência harmônica dos institutos da *reserva do possível* e do *mínimo existência*, inclusive ambos amparados pelo *interesse social*, a fim de se obter a maximização dos efeitos dos direitos fundamentais sociais, dirigidos pelas políticas públicas para o alcance dos objetivos da república inseridos no artigo 3º da Constituição Federal. Resta, portanto, a definir a concepção do que seriam as metanormas de proporcionalidade e razoabilidade à luz da visão neoconstitucionalista.

3.4.3. Dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Inicialmente, reitera-se o já disposto sobre a diferenciação dos institutos definidos como regras e princípios realizadas no primeiro capítulo, cuja repetição tornar-se-ia preciosismo.

Também, já suscitado brevemente apontamentos sobre os postulados (metanormas) quando se tratou da natureza da reserva do possível, firmando que esta figura jurídica se trata de instrumento de *meio* para a efetivação de *fins* (os direitos fundamentais), utilizados como orientares da formação da norma de decisão, via ponderação. Assim, neste tópico tece apontamentos sobre as características destes instrumento.

Não é demais lembrar que vivemos a *era dos princípios*. Mas, todos institutos jurídicos por vezes assim intitulados realmente o são? E, as metanormas também possuem esta natureza?

Este questionamento permeia o direito ocidental, incluindo até mesmo o anglo-saxão, fazendo aparecer três posições. As duas primeiras com o não-reconhecimento de um plano instrumental (princípios para uns e regra para outros); e, uma terceira aderindo a ideia de se tratarem de postulados de interpretação/aplicação do direito, aos quais estariam inseridos a proporcionalidade e a razoabilidade jurídica, que é o que nos interessa no presente estudo.

Salienta-se que, ainda há na doutrina e na jurisdição, utilização comum de ambos os instituídos como se fossem normas primárias, consoante a definição de Ávila, recebendo o tratamento de princípios, certamente por influência de uma ótica positivista na aplicação/interpretação do direito posto. Ademais, Grau (2006, p. 160), mediante a análise do pensamento de diversos autores, compreende que os princípios prescindem de posituação expressa ao passo que com a abertura de conteúdo valorativo impregna o sistema normativo de tal forma que seu reconhecimento depende apenas do interprete identificar uma lógica harmônica e coerente ao ordenamento, a que chama de *direito pressuposto*.

Verifica-se esta afirmação com Bonavides (2004, p. 285) ao elencar os institutos em comento no feixe de dispositivos constitucionais desta categoria, apesar de refletir se, na verdade, não seriam melhor identificados apenas como “princípios de interpretação”. Da mesma forma Guerra Filho (2016) adere a tal posicionamento, em especial pela característica de relatividade de seu conteúdo. E, também Barroso (2009, p. 255) com sucedâneo no *due process of law* americano e jurisprudência alemã, assenta que: “razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis, não havendo maior proveito metodológico ou prático na distinção” (BARROSO, 2009, p. 258).

Canotilho (1993, p. 268) por sua vez, utiliza-se do postulo da proibição de excesso para deslizar sobre as nomenclatura, chegando a denominar os institutos de *Standard* jurisprudencial, em que pese estabeleça que lhe é discutível o fundamento constitucional, pois,

para uns, derivado do princípio do Estado de Direito; para outros, oriundo dos direitos fundamentais.

De outra banda, a proporcionalidade e razoabilidade são considerados como regra (de interpretação), consoante a visão de Alexy, visto o “*carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales*” (ALEXY, 1993, p. 111), que são: de adequação, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito, já tratados nesta pesquisa. Compartilha desse entendimento Silva (2002, p. 79), ainda mais quando se observa os conceitos elaborados por Dworkin e Alexy.

Observa-se isso, quando Alexy anota que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito, via ponderação, significa “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção” (Alexy, *apud* MENDES, 2012, p. 84).

De outra forma, são postulados que ordenam “a relação de vários elementos (meio e fim, critérios e medidas, gera geral e caso individual), e não mero exame de correspondência entre hipótese normativa e os elementos de fato” (ÁVILA, 2005, p. 90), se prestam a fornecer instrumentos para, dentro do sistema normativo, obter-se uma solução legítima.

Enfim, não tem funcionalidade de impor a promoção de um fim (como os princípios). E, “Só elípticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas” (ÁVILA, 2005, p. 122).

Desta feita, os institutos em comento são definidos como postulados (ou metanormas) de *interpretação* para efeito da presente pesquisa. Superada, desta forma, a indeterminação de sua natureza, consoante anota Bastos (2002, p. 232), Bonavides (2004, p. 392) e Barroso, que expõe:

[...] a ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do *common law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De pane isso, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os

mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis, não havendo maior proveito metodológico ou prático na distinção. Essa visão, todavia, não é pacífica. (BARROSO, 2009a, p. 257-258)

Em suma, apesar de origem distinta, o seu fim é precípua, de limitar a atuação estatal, ou no caso dos direitos fundamentais sociais possibilitar a fundamentação contra a proibição de não-suficiência (*Untermverbot*), determinando ação, com o fito de equacionar os meios e fins almejados pelas normas constitucionais, tendo em seu núcleo elementos intercambiáveis. Note-se:

Eleva-se o “princípio” da razoabilidade que, sem oferecer a solução final, ao menos torna o caminho do interprete da lei não tão diversificado ou aleatório aos olhos do cidadão comum. Vê-se, pois, que o critério da razoabilidade exprime uma tentativa de determinação do critério ou critérios que incidirão no caso concreto. (BASTOS, 2002, p. 232)

Isto é, embora a palavra razão possa expressar em muitos sentidos, tais como indicar certeza, lucidez, motivo, tem origem genealógica no latim *ratio* e o grego *logos*, ambos com sentido de: contar, reunir, juntar. Ao fazer esta análise, racionalizar significa ordenar o sentido das coisas, por meio da capacidade intelectual de pensar e se exprimir correta e claramente. De acordo com esse pensamento, Ávila, dispõe que:

Há casos em que é analisada a constitucionalidade da aplicação de uma medida não com base em uma relação meio-fim, mas com fundamento na situação pessoal do sujeito envolvido. A pergunta a ser feita é: a concretização da medida abstrativamente prevista implica a não realização substancial do bem jurídico correlato para determinado sujeito? Trata-se de um exame concreto individual dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da particularidade ou excepcionalidade do caso individual. [...] A razoabilidade determina que as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos sejam consideradas na decisão. (2005, p. 149-150)

Com efeito, a razoabilidade pauta-se nos seguintes elementos: a) verificação de paradigma ao que ocorre no dia-a-dia, e não o extraordinário; b) Considerar, além disso, as peculiaridades da situação em face da abstração e generalidade da norma.

Tais elementos, explicitam que a razoabilidade se presta a repudiar a arbitrariedade com prevalência da justiça no caso concreto, isto é, a equidade, em congruência ao ideário do sistema normativo.

De outro turno, pode-se distinguir a razoabilidade da proporcionalidade pelo fato de, o primeiro instituto ter como moldura da relação entre critério e medida, e, o segundo, a relação entre meio e fim, expressa por uma funcionalidade tridimensional, a saber:

O princípio da proporcionalidade (*verhältnismässigkeit*) pretende, por conseguinte, instituir, como acentua Gentz, a relação entre fim e meio, conformando o fim e o fundamento da intervenção com efeitos desta para que se torne possível o controle de excesso (“*eine Übermasskontrolle*”). (BONAVIDES, 2004, p. 392)

Ainda sobre o postulado da proporcionalidade, ele se liga umbilicalmente a noção de igualdade aristotélica, onde o justo é o proporcional, e o injusto é o que viola a proporção.

Frise-se, há discussões na doutrina espanhola sobre o seu *status*, admitindo duas posições distintas: a) como princípio geral de direito que expressa um critério de interpretação dos direitos fundamentais; b) como limite dos limites aos direitos fundamentais (PULIDO, 2005, p. 504). Em relação ao primeiro, determina ao interprete encontrar um equilíbrio entre os interesses conflitantes, com escopo na doutrina positivista. Com significado diverso, referindo-se à segunda posição, Lunhõ (1997, p. 19) o pontifica como uma manifestação de “mitologia jurídica”, por se tratar de uma fonte do direito (de conteúdo axiológico e não deontológico).

Já em relação a sua função de proibição de excesso, tanto nas dimensões positivas e negativas dos direitos fundamentais sociais, caracteriza-se pelos elementos de *adequação, utilidade e proporcionalidade* em sentido estrito.

Cuida-se o princípio da razoabilidade, ou proporcionalidade ampla, de um princípio constitucional implícito que exige a verificação do ato do poder público (leis, atos administrativos ou decisões judiciais) quanto aos seguintes aspectos: adequação (ou utilidade), necessidade (ou exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, tal princípio impõe que as entidades, órgãos e agentes públicos, no desempenho de suas atividades, adotem meios que, para a realização de seus fins, revelem-se adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se logra promover, com sucesso, o fim desejado; é necessário se entre os meios igualmente adequados, apresentar-se como o menos restritivo a um direito fundamental; e, finalmente, é proporcional em sentido estrito se as vantagens que propicia superam as desvantagens causadas. (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 90)

Com isso, entende-se por *adequação*:

[...] é a pertinência ou aptidão (*Geeignetheit*), que, segundo Zimmerli, nos deve dizer se determinada medida representa “o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público”, conforme a linguagem constitucional dos tribunais. [...] Com designo de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto que “a medida seja suscetível de atingir o

objetivo escolhido”, ou, segundo Hans Huber, que mediante seu auxílio possa alcançar o fim desejado. (BONAVIDES, 2004, p. 396-397)

Já, por *utilidade*:

Quando se fala em "necessidade" ou em "exigibilidade", nos termos da regra da proporcionalidade, não se quer fazer menção a uma situação de necessidade, de urgência ou de que "algo precisa necessariamente ser feito". Isso por duas razões. Em primeiro lugar porque a adoção da medida — mesmo que eventualmente necessária nos termos da proporcionalidade — pode ser uma questão de oportunidade e conveniência política. Não há, nesse sentido, relação alguma entre necessidade ou exigibilidade e imposição da conduta. Em segundo lugar porque o exame da necessidade de uma medida, nos termos da regra da proporcionalidade, é um teste comparativo. Isso significa que um ato estatal é necessário quando comparado a outras alternativas que poderiam ter sido utilizadas para a mesma finalidade. Assim, um ato estatal que limita direito fundamental "é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido". (SILVA, 2014, p. 170-171)

E, *proporcionalidade em sentido estrito*:

O princípio da proporcionalidade em sentido restrito (*Verhältnis-mässigkeit*) Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à «carga coactiva» da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de *ponderação*, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de «medida» ou «desmedida» para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim. (CANOTILHO, 1993, p. 383-384)

Enfim, estes institutos se prestam, segundo Ávila (2005, p. 96-98), por meio do juízo de ponderação chegar a uma concordância prática, com inibição de excessos, para se obter uma igualdade substancial em harmônica dos direitos fundamentais sociais do sistema jurídico.

Veja, portanto, a finalidade de ambos, por se tratarem de metanormas, é de estabelecer critérios no exercício de ponderação, que é aquele onde se parte do reconhecimento do direito *prima facie* que, confrontando-se com outro de mesma estirpe, passa a se utilizar desses postulados para se verificar a preponderância de um sobre o outro, sem, contudo, extirpar o vencido do sistema legal, potencializando o efeito de ambos na medida do possível. Coadunando com este pensamento:

Tendo em conta que a aplicação dos deveres implica limitação da dimensão subjetiva de direitos, é importante ressaltar a consideração obrigatória do princípio da proporcionalidade, assegurando que todas as medidas tomadas em nome dos deveres (limitação ou redefinição do conteúdo de direitos fundamentais) estejam ajustadas ao sistema constitucional, resguardando,

além disso, sempre o núcleo essencial do direito fundamental afetado. (SARLET, 2012, p. 208)

Dito isso, notório que em caso de conflito entre um direito fundamental social (aqui, incluindo-se o seu núcleo essencial do mínimo existencial) e a reserva do possível, a questão não está livre de parâmetros e critérios para a conformação da norma de decisão que venha acolher ou rejeitar de seu reconhecimento, que, por vezes, dentro da argumentação discursiva não é pacífico, a exemplo de breve análise de julgamento atual que se encontra em tramite junto ao STF, qual se utiliza para dar perspectiva de dimensão prática à pesquisa.

3.5. Do julgamento em trâmite dos RE 566471 e RE 657718.

Para tentar sintetizar todo o arrazoado teórico aqui disposto, bem como, para mais fácil entendimento substancial sobre o tema, além de demonstrar a dificuldade existente no campo da resolução dos conflitos envolvendo o a relação de comando prestacional fundado em preceito fundamental e a escassez de recursos, faz-se breves apontamentos os votos já proferidos em nossa Corte Constitucional sobre o tema de obrigatoriedade fornecimento de medicamentos²⁸, frisando não se trata efetivamente de metodologia de análise de caso, posto que posicionamento parcialmente adotado está sujeito a revisão à qualquer momento, pois o julgamento se encontra suspenso.

Desta feita, apenas para contextualização mais precisa, o RE 566471, interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, tem como objeto e fundamento a recusa de fornecimento de medicamento que, além de ser alto custo, não existe previsão no programa estatal (ou seja, não se encontra contemplado pela política pública de saúde – ausência registro na Anvisa).

Já o RE 657718, embora com o mesmo objeto, foi interposto pela autora, pois vencida em sua pretensão junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, qual acolheu a legitimidade da recusa pelos apontamentos acima.

Com efeito, note-se, mesmo antes de adentrar as minúcias do julgamento que os recursos provém de soluções destoantes apesar de versar, em tese, sobre o mesmo tema.

Complementando este apontamento, destaca-se os seguintes trechos dos votos até então proferidos pelos Ministros Marco Aurélio Melo, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, respectivamente. O primeiro, relator, após discorrer sobre a importância da defesa dos direitos humanos, decide (RE n. 566471 – j. 15.09.16, aditado em 28.09.2016):

²⁸ As referências foram obtidas junto ao sítio do STF, notadamente via notícias e votos disponibilizados pelo órgão disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325411>> Acesso 19.11.2019.

Os fundamentos do acórdão recorrido e as razões do extraordinário revelam as perplexidades decorrentes de decisões dessa natureza: teria o Tribunal usurpado as competências do Executivo e do Legislativo? Ou a relevância constitucional do direito envolvido e as circunstâncias concretas legitimam a atuação judicial interventiva? Quais os limites e as possibilidades da interferência judicial sobre os deveres positivos do Estado quanto aos ditos direitos fundamentais de segunda geração – os direitos socioeconômicos? A circunstância de a universalização do direito à saúde depender da formulação e execução de políticas públicas exclui a competência do Poder Judiciário em casos como o da espécie? É possível a fixação de critérios objetivos capazes de racionalizar os milhares de litígios sobre a matéria espalhados por todo o país?

É chegada a hora de o Supremo responder a esses questionamentos, sob o ângulo da repercussão geral, presente a recusa do Estado em fornecer medicamento de alto custo, necessário à saúde de paciente reconhecidamente hipossuficiente.

[...]

Nos artigos 194 a 217 da Carta da República, foram disciplinados com miudezas a seguridade social [saúde, previdência social e assistência social], a educação, cultura e desporto. A saúde pública foi tratada nos artigos 196 a 200, consignando-se, no primeiro, ser a saúde “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. A saúde, nela englobado o acesso a medicamentos, constitui bem vinculado à dignidade do homem. É verdade que o desenvolvimento da dimensão objetiva do direito à saúde deve ficar a cargo de políticas públicas. Todavia, os traços de fundamentalidade, inalienabilidade, essencialidade e plena judicialização desses direitos estarão sempre presentes na dimensão do mínimo existencial. O direito à saúde como direito ao mínimo existencial é direito fundamental.

[...]

As impugnações feitas pelo Estado do Rio Grande Norte devem ser analisadas levando-se em conta a fundamentalidade do mínimo existencial e a implicação desse reconhecimento com o direito à saúde. Surge sempre a controvérsia sobre definir o nível possível de tutela judicial voltada a obrigar o Estado a realizar os serviços necessários.

[...]

Não cabe ao Poder Judiciário formular políticas públicas, mas pode e deve corrigir injustiças concretas. Em casos do tipo, não se admite a alegação alusiva ao caráter puramente programático das normas constitucionais versando o direito à saúde.

Verificada transgressão ao mínimo existencial, o direito individual à saúde revela-se imponderável frente aos mais relevantes argumentos de ordem administrativa, como o do comprometimento de políticas de universalização da prestação aos demais cidadãos e de investimentos em outras áreas.

[...]

A tese da reserva do possível – como reserva fática ou como legalidade orçamentária – não merece prosperar.

[...]

No entanto, na busca do equilíbrio entre as facetas liberal e social do Estado, há de se entender o dever estatal de fornecimento de medicamentos de alto custo, fora dos programas estatais de distribuição universal – mantendo-se, em atitude minimalista, restrito ao tema do recurso –, como subsidiário ao dever legal de alimentos da família. A solidariedade social, manifestada pelo custeio tributário dos serviços públicos, deve ser observada de forma sucessiva, neste caso, ao dever de solidariedade familiar, fundado na Constituição e disciplinado no Código Civil.

[...]

Antes de concluir, três advertências devem estar presentes.

A primeira é que não se está, com a proposta formulada, inovando na ordem jurídica. Trata-se de iniciativa de racionalização substancial e procedimental de espécie de litígio dos mais tormentosos do dia a dia forense, fundamentada, integralmente, nas disciplinas constitucional e infraconstitucionais, civil e instrumental, sobre o tema. Nada foi proposto que não encontre em dispositivo jurídico correspondência normativa.

A segunda é a de não se estar enfraquecendo o mínimo existencial, tornando-o ponderável frente aos deveres familiares. A fórmula desenvolvida visa densificar o dever estatal de tutela, incluindo, no núcleo constitutivo dessa obrigação, a incapacidade financeira da família solidária, e não apenas a do indivíduo.

A terceira é reiterar que não se está a sugerir medida a abranger outros direitos sociais. Versa-se, exclusivamente, a situação de recusa do Estado em fornecer medicamento em razão do alto custo e da ausência em listas oficiais de distribuição. Essa orientação, inclusive, não deve ser observada se a negativa alcançar produto incluído em rol próprio de política de distribuição universal, considerada a configuração inequívoca do dever legal.

Ante o exposto, estando configurados, conforme assentado na origem, os elementos objetivo e subjetivo do direito da recorrida à tutela estatal do mínimo existencial, desprovejo o recurso do Estado do Rio Grande do Norte.

Dos arrestos colacionados, coadunando à doutrina de Lobo, já aqui mencionada, e muitas vezes citado no julgamento, adere ao posicionamento de reconhecer a existência de núcleo absoluto dos direitos fundamentais (mínimo existencial), no caso à saúde, conferindo, mesmo sem a previsão de política pública que a contemple, o direito de percepção da prestação estatal, apenas ressalvando que há de ser aferida a sua imprescindibilidade – adequação e necessidade - por meios técnico, sob pena de esvaziamento do comando normativo. Ou seja, se utiliza da metodologia de ponderação razoável, enquanto critério de medida (e não de relação entre meios e fins), atribuindo, segundo seu entendimento, especial atenção ao ideário do Estado Social.

Já Barroso, também após de fixar o objeto sobre a obrigação de fornecimento de medicamentos em a previsão em política pública, aduz (RE n. 566471 – j. 28.09.16):

[...] proponho 5 (cinco) requisitos cumulativos que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de determinada prestação de saúde. São eles: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos no âmbito do SUS é, em regra, desse ente federativo.

4. Ademais, proponho a observância de 1 (um) parâmetro procedimental: a necessária realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde (e.g., câmaras e núcleos de apoio técnico em saúde no âmbito dos tribunais, profissionais do SUS e CONITEC).

[...]

5. Desprovisionamento do recurso extraordinário em razão da incorporação, no curso do processo, do medicamento em questão pelo Sistema Único de Saúde.

Ele, por sua vez, igualmente com a metódica de razoabilidade, inclusive via estabelecimento de critérios objetivos, e sob a ótica dos custos dos direitos, prestigia o interesse social identificado nesta pesquisa, para isentar o Estado de custear tratamento não incluso em política pública.

Com efeito, estes dois posicionamentos são suficientes para denotar que a própria razoabilidade, como instrumento de mediação entre a pretensão e a sua concretização justa, não possui raiz taxativa e está a depender do ideário eleito a ser defendido, comportando multiplicidades de significados dados pela teoria da argumentação.

Por fim, Fachim, mitiga ambos os entendimentos, firmando que (RE n. 566471 – j. 28.09.16):

Quanto ao mérito propriamente dito, vale dizer, possibilidade de dispensa de medicamento não incorporado – desde que comprovada a excepcionalidade do caso concreto – com base em critérios de imprescindibilidade e ausência de substituto, entendo que o acórdão regional – embora sucinto no ponto, deixou nítida a CONCLUSÃO DE QUE ERA DEVIDA A DISPENSA DO MEDICAMENTO NÃO INCORPORADO POR EFETIVA NECESSIDADE À MANUTENÇÃO DA VIDA DA AUTORA, SEM SUBSTITUTO NA REDE PÚBLICA E POR ELA NÃO OSTENTAR CONDIÇÕES DE ADQUIRI-LO. Mantidas essas premissas fático-probatórias no acórdão regional, não vejo como alterar a conclusão do dever de prestar, à luz do entendimento que passo a desenvolver.

Em suma, adverte que, sendo a saúde um direitos de todos e dever universal do Estado, e havendo previsão de política pública, não identifica problemas para a concessão de ordem

positiva de implementação do direito à percepção de medicamento de alto custo, o que não significa a intervenção entre poderes.

Mas, caso se o bem perquirido não se encontre previsto em política pública, o seu deferimento depende da observância de seguintes cinco critérios, infra elencados:

1. Demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública;
2. Preferencial prescrição por médico ligado à rede pública;
3. Preferencial designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e, em não havendo a CDB, a DCI (denominação comum internacional).
4. Justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/ tratamento dispensado na rede pública.
5. E em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da Medicina Baseada em Evidências - MBE e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS.

Isto é, adere ao posicionamento adotado pelo Ministro Marco Aurélio, porém fixa, segundo a sua metodologia de razoabilidade, elementos de reconhecimento de legitimidade do direito fundamental que, *prima facie*, já comportaria tal expressão, e, uma vez preenchidos, estaria classificado dentro do espaço de configuração do mínimo existencial, que também ganha caráter absoluto.

Encerrando esta análise, sem prestar qualquer juízo valor sobre estas decisões, tão somente pretende deixar claro que, se sequer a Corte Constitucional encontra unanimidade sobre a natureza, efetividade e aplicabilidade da reserva do possível, impõe reflexões continuadas, especialmente para consolidar parâmetros mais objetivos de sua aferição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é de se notar que a evolução da concepção do Estado de Direito para Estado Constitucional é fruto das transformações do modo de se entender (e consequentemente aplicar) o direito que, segundo o ideário eleito, passou da concepção liberal para o social, e desse ao democrático. Com isso, fomentou-se proteção à dignidade da pessoa humana, como fim em si mesmo, especialmente após a segunda metade do século XX, com reflexos importantes nas técnicas e métodos hermenêuticos que, hoje, devem compreender e respeitar o pluralismo social.

Nesta tônica, os direitos fundamentais sociais, revestidos de seu caráter procedimental-material de fundamentalidade, adquiriram força normativa vinculante que dirige o modo de ser da sociedade, impondo a sua observância de forma universal, uniforme e horizontal.

Na realidade nacional, estes valores estão positivados e disseminados no texto magno que, por sua posição hierárquica superior, irradiam seus efeitos para todo o ordenamento como vetores norteadores de promoção social para dirimir as desigualdades substantivas, cuja concretização se conforma segundo a teoria externa de limites dos direitos fundamentais, posto que nenhum deles se trata de comando absoluto, na medida em que, em última análise, o ônus recairia sobre a própria sociedade.

Com esse pensamento, tem-se como instrumento de efetivação dos direitos sociais a realização, elaboração e execução de políticas públicas, que tendem a se institucionalizarem enquanto métodos replicáveis de arranjos de meios e fins.

Ainda, devido a importância estratégica de sua consecução, os atos administrativos desenvolvidos nas políticas públicas estão sujeitos à controle de constitucionalidade e legalidade, embora não se negue que existe um espaço discricionário (oportunidade e conveniência) que é resolvido à luz da política, em especial na eleição de prioridades.

Isso não significa, porém, ausência de parâmetros de fiscalização das políticas públicas, via ponderação, conforme sustenta a doutrina de justiça social, a fim de se saber se estas estão em consonância aos objetivos da república. E, em se constatando o seu afastamento, torna-se legítimo (mas não desejável) a sua judicialização se esta se apresentar insuficiente, ineficiência ou inadequada, com a aplicação de uma sanção ou substituição do agente responsável.

É nesse cenário que, a reserva do possível se presta como um limite máximo do *status* positivo de tais direitos, exigindo do aplicador um cuidado especial com a dimensão de realidade das normas jurídicas, ao identificar a presença dos pressupostos de fato necessários ao seu reconhecimento, bem como sobre as consequências jurídicas inerentes à determinação

de cumprimento compulsório das obrigações constitucionais. Ambas perspectivas foram abordadas nessa pesquisa por meio de releitura doutrinária, buscando, em seu aspecto teórico, elementos racionais para um discurso de legitimidade.

Observou, também, o instituto que tem origem estrangeira e passou a ser invocado indistintamente em território nacional, sem as devidas adaptações, na tentativa de se exonerar o Estado dos deveres prestacionais, sob o fundamento de ausência de recursos. Tencionou, ainda, estabelecer, além da natureza jurídica já acima identificada, objetivar seus elementos a fim de responder as questões de: O que seria possível exigir do Estado? Como se poderia exigir? E, em que medida?

Ademais, irrefutável que os direitos fundamentais sociais elencados na constituição, em razão de sua formulação deontológica, determina que seu destinatário cumpra uma prestação material, partindo-se da realização constitucional de conscientização acerca de sua fundamentalidade formal e material.

A efetividade progressiva e adensamento se dá pelo caráter aberto das normas constituídas por regras e princípios, cuja compreensão *prima facie*, passa por processo interpretação para resolução de eventuais conflitos para se chegar à norma de decisão, tida por norma definitiva, que delimita o chamado âmbito normativo.

Para o exercício de sopesamento/ponderação, verificou-se a ausência de dimensão absoluta dos direitos fundamentais, pois ao se relacionar com as possibilidades de concretização conjugam elementos extralegais (factuais) que lhe permitam otimizar os seus comandos.

Contudo, é de se asseverar que o próprio texto constitucional é provido de instrumentos que servem de parâmetros (metanomas) para aferição da razoabilidade e/ou proporcionalidade em sua promoção. De qualquer sorte, há de ser ter em vista que os comandos fundamentais animam e dão sentido harmônico, concorde e congruente aos atos administrativos, pautados pela proibição de excesso e insuficiência, ordenados por políticas públicas.

Logo, reforça-se o entendimento de que havendo omissão ou inadequação de tais prestação, cabível a judicialização, sem que isso configure intervenção de um poder sobre o outro. Nessa condição, é inegável que a Constituição Brasileira não perdeu seu caráter dirigente e compromissário, sendo que suas normas jurídicas não apenas refletem a realidade social em que foram criadas, mas mantém sua função prescritiva, determinando ao Estado a adoção de determinadas condutas capazes de realizar os objetivos constitucionalmente traçados.

Dito isso, a reserva do possível se trata de exceção à regra, devendo ser acolhida apenas em casos especialíssimos que destoem da razoabilidade da consciência coletiva. Logo, o judiciário, consoante a doutrina neoconstitucional, possui papel relevante (e preponderante)

como órgão legitimado a realizar as ponderações que levarão à identificação o efetivo âmbito normativos dos direitos fundamentais sociais em definitivo.

Isso tudo, sem negar a importância do impacto econômico da concretização dos direitos fundamentais sociais, que estão sujeitos, à priori, a controles formais das políticas públicas. Até porque, é função precípua do Estado é gerir os recursos dessa superestrutura de modo eficiente e moralmente legítimo.

Neste diapasão, a reserva do possível não poderá ser alegada sem a devida demonstração cabal da presença de seus requisitos de reconhecimento, cujo ônus recaís sobre quem a alega, ou seja, o Estado.

Utiliza-se, para tanto, de dois importantes instrumentos jurídicos, o postulado da proporcionalidade enquanto proibição da insuficiência ou de excesso (afeta aos meios e fins necessários à concertação dos direitos fundamentais numa tríplice dimensão, a saber, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e o postulado da razoabilidade (relacionando-se critérios e medidas).

Por fim, pôs-se em relevo julgamento em trâmite acerca de discussão sobre o dever de prestação (entrega de medicamentos, mesmo não constante na política pública ora reconhecida) em atenção a obrigação do Estado de prover a saúde universal em nossa realidade, onde se pode identificar em dimensão empírica toda a dificuldade de consenso sobre o tema, pois, com posicionamentos dispares junto a Corte Constitucional.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Tradução Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

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

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2011.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais; o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.

_____. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 83-103, 2005a.

_____. **Os direitos à educação e o STF**. Disponível em <<http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-os-direitos-a-educacao-e-o-stf.pdf>> Acesso 08 out. 2014.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005b.

_____. Um debate para o neoconstitucionalismo, papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: Algumas propostas sobre o tema da informação. José Carlos Francisco. (Org.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012, v. 1, p. 155-192.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 12, p. 86-137, 2011.

_____. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Processual**. Geral de Justiça: Rio de Janeiro: v. 48. p. 60-98, 1995.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009a.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**. Porto Alegre: Notadez, v. 34, p. 11-43, 2009b.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado - RDE**. Rio de Janeiro-RJ: Renovar, v. 13, p. 71-91, 2009c.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. José Adércio Leite Sampaio. (Org.). **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BITTAR, Eduardo C.B. **Direito e ensino jurídico: legislação educacional**, São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução João Ferreira. Brasília: UnB, 1999

_____. **Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 14 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. **O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Batista e Arani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Curso de direito constitucional**. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O Princípio da Igualdade como Limitação à Atuação do Estado. **A Constituição Aberta**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996, p. 112-128.

BRITO, Jaime Rodrigues; CAVAZZANI, Ricardo Duarte. Os óbices e as vantagens da judicialização da política e da prática do ativismo judicial no sistema brasileiro. *Revista Científica Sensus*, v. 2, n.º 11, Julho-Dezembro, 2015, p. 76-91.

BUCCI, Maria P. D., Políticas públicas e direito administrativo. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, 1997, Pp. 89-98.

_____. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CALVET, Otávio Amaral. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos Fundamentais e o Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição revista. Coimbra: Libraria Almedina Coimbra, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6783> Acesso em 17.mar.2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Constituição completa 20 anos. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, v. 2, p. 45-47, 2009.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Crítica Jurídica, Curitiba, v. 22, p. 17-29, 2003.

_____. O Cidadão, a Administração e a Nova Constituição. **Revista Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, v. 1, n. 155, p. 13-24, 1990.

_____; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. CUNHA, Sérgio Sérulo da Cunha; GRAU, Eros Roberto (Org.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 231-243.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a 35, n. 138, 1998, p. 39-45.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6º ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. **Controle judicial das omissões do poder público**. 4 ed, rev. ampl. e atu. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. n. 102, p. 215-253, jan.-jun. 2011.

_____; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípios**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELY, John Hart. **Democracia y Desconfianza: Una teoría del control constitucional**. Tradução Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.

FACHIN, Zulmar Antônio. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista** (Cascavel. Impresso), v. 9, p. 26-32, 2009.

FAZOLI Carlos Eduardo de Freitas; FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto. Interpretação e fundamentação nas decisões judiciais sobre políticas públicas. **Revista Estudos Jurídicos**. Franca-SP: Unesp, a. 14, n.1, p. 179-198, 2010.

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

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Christianne Luce. **Lazer e descanso**. Seminário Lazer em debate, 9, 2008, São Paulo. Anais. São Paulo: USP, 2008. p.1-15. Disponível em: <<http://www.uspleste.usp.br/eventos/lazerdebate/anais-christianne.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 151, p. 129-152, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Metodologia jurídica e interpretação constitucional. **Revista de Processo - DTR\1991\69**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 62, p. 122-138, abr. 1991.

_____. **O Princípio Constitucional da Proporcionalidade**, [s.d]. Disponível em <<http://docplayer.com.br/8963424-O-principio-constitucional-da-proporcionalidade.html>> Acesso em 28 out. 2016.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. **A Sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre-RS: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

_____. **Verdad y Estado Constitucional**. Tradução Guillermo José Mañón Garibay. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006.

HART, H. L. A. Post scriptum al concepto del derecho. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

_____. **O conceito de direito.** Tradução A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre-RS: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da republica federal da Alemanha.** Tradução (20ª edição alemã) de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** Tradução João Paulo Monteiro e Maia Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

HUMENHUK, Hewarton. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais.** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839&p=2> Acesso em 17.mar.2010.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria geral das normas.** Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle social no Brasil e na Alemanha.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

_____. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa.** Brasília: Subsecretaria de Edições técnicas do Senado Federal. n° 144. p. 239-260. 1999.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

LAZARI, Rafael Jose Nadim. **Reserva do Possível e o Mínimo Existencial: Um necessário estudo dialógico**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília/SP - UNIVEM. Marília-SP, 2012.

LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. **Acesso à moradia**. Políticas Públicas e sentenças por etapas. Curitiba: Juruá, 2014.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis-RJ: Vozes, 1994.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1993.

MANICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista brasileira de direito público - RBDP**. Belo Horizonte: Fórum, a. 1, n. 1, p. 169-186, abr-jun. 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEC, 2014. Documento Referência: **Conferência Nacional de Educação**. Brasília: MEC.

MEDEIROS, Robson A. de; et al. **A (in) segurança alimentar e nutricional no Brasil e o desenvolvimento humano**. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/viewFile/4351/3283>>. Acesso em 22 jul. 2016

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1 ed., 3ª tiragem. São Paulo; Malheiros Editores, 2011.

_____. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 8, p. 90-108, 2000.

_____. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 2, n. 13, jun. 1999. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm> Acesso em 07 out. 2015.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; BRANCO, P. G. G.. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª. ed.. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; COLEHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____; DO VALE, André Rufino. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. Disponível <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observ>> Acesso em 24 set. 2014.

MINORI, Alan Fernandes. A Dignidade Humana e o Emprego: uma breve avaliação da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho. *In: Estado, Jurisdição e Novos Atores Sociais*. São Paulo: Grupo Conceito, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Direitos fundamentais - Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2008.

MONTESQUIEU, C.S. **O espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2005

_____. **Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 2ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NEVES, Marcelo. **A Constituição simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégia de positivação e exigibilidade dos direitos sociais**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

PÉREZ LUÑO, Antônio-Enrique. **Los Principios Generales del Derecho: ¿ Un mito jurídico?** Revista de Estudios Políticos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, , v. 98, 1997.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan.-abr. 2005.

PODESTÁ, Olívia Perim Galvão de. Programa Bolsa de Família e a Segurança Alimentar e Nutricional: O Caso do Município de Anchieta-ES. 139f. **Dissertação** (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local) – EMESCAN, Vitória, 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. Lua Nova: **Revista de Cultura e Política**. n. 25: São Paulo, abr, 1992. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451992000100003&script=sci_arttext#end> Acesso em: 30 set. 2015.

_____. **Justiça e democracia**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. **O Liberalismo Político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000b.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pissetta, Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000c.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**. Brasília, 1996. Disponível: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3>> Acesso em 24 set. 2014.

_____. MAIA, Luciano Mariz. A proteção das Minorias no direito brasileiro. In: **SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO**. [s.d.] Disponível: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lucianomaia/lmmaia_prot_minorias_direito_br.pdf> Acesso: 27 jan. 2015.

_____. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 439-461.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, n.4, 1999, p. 23-49, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: e discurso sobre a economia política. Tradução Marcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo, Hermus Editora Limitada, [s.d].

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental à segurança jurídica: Dignidade da pessoa Humana, Direitos fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. ano 4, n.14, p. 09-49, 2004.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed, rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídicoconstitucional necessária e possível. Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, v., p. 13-43.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Direito fundamental ao transporte traz novos desafios a velhos problemas. **Revista Consultor Jurídico**. 2015a. Disponível: < <http://www.conjur.com.br/2015-set-25/direitos-fundamentais-direito-fundamental-transporte-traz-novos-desaf>> Acesso em: 29 set. 2015.

_____. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 61, p. 90-125, 2007.

_____. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3ª ed. Porto Alegre-RS: Livraria do Advogado, 2010, v. 01, p. 13-36.

_____. **O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988:** notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. *Revista brasileira de estudos constitucionais*, v. 8, p. 55-92, 2008a.

_____. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, 2008b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Artigos>> Acesso em 12 out, 2015.

_____. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Seu Conteúdo, Eficácia e Efetividade no atual marco Jurídico-Constitucional Brasileiro. **Cadernos da AMATRA IV**, v. 10, p. 9-39, 2009.

_____. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação e um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, setembro/ outubro/novembro, 2008c. Disponível: < <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso 29 jan. 2015.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008d. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 29 ago. 2016.

_____. O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. **Revista Consultor Jurídico**. fev, 2015b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988?imprimir=1>> Acesso em: 02 ago. 2016.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo. (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional -**

Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2010a, v., p. 389-427.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2 ed. 3 tiragem, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010b.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. Daniel Sarmento. (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea** (prelo), 2009.

_____. Por Um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira. **Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010c.

_____; GOMES, Fábio R.. A eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 77, p. 60-101, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Verba Juris.** ano 4, n. 4. . p. 79-104, jan-dez. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. Os princípios constitucionais fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, Brasília, v. 6, n. 4, p. 17-22, out-dez, 1994.

SILVA, Sebastião de Sant'Anna e. **Os princípios orçamentários.** Rio de Janeiro: FGV, 1962.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Interpretação conforme a Constituição: Entre a trivialidade e a concentração Judicial. **Revista Direito GV.** São Paulo, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan-jun. 2006a.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado - RDE.** Rio de Janeiro-RJ: Renovar, v. 4, p. 23-51, 2006b.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003.

_____. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª ed, 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

STRECK, Lenio Luís. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Hermenêutica e(m) crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Verdade e Consenso.** 5ª ed., revista, modificada e ampliada. São Paulo-SP: Saraiva, 2009.

_____. **Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional.** Porto Alegre: Emagis, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, 1989.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63-78.