

OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

Por INGO WOLFGANG SARLET*

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.—2. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.—3. A DISCUSSÃO A RESPEITO DO REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, ESPECIALMENTE SUA APLICABILIDADE E EFICÁCIA.—4. OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS EXIGÍVEIS: REVISITANDO ALGUNS ASPECTOS LIGADOS À EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS, EM ESPECIAL, PELA VIA JURISDICCIONAL.—5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: ALGUNS DESAFIOS E PERSPECTIVAS.

RESUMEN

El artículo analiza el contenido y el significado de los derechos sociales en la evolución constitucional brasileña desde 1988, enfocando la discusión principalmente alrededor del carácter fundamental de los derechos sociales, su régimen jurídico-constitucional, pero también desde la perspectiva de la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

Palabras clave: derechos fundamentales, derechos sociales, Constitución brasileña

* Doutor em Direito do Estado (Munique, 1997). Pós-Doutor em Direito pelo Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional (onde atua como correspondente científico e representante brasileiro desde 2000) e pela Universidade de Munique, tendo sido bolsista e pesquisador visitante pelo do Instituto e pelo DAAD por vários períodos, entre 2001 e 2005. Pesquisador visitante junto ao Georgetown Law Center (2004) e na Harvard Law School (2008). Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da PUCRS. Professor Visitante (bolsista pelo Programa Erasmo, da União Européia, 2008-2009), da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Lisboa), bem como Professor Visitante do Programa de Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha). Coordenador do Mestrado e Doutorado em Direito e do Centro de Pesquisas da Faculdade de Direito da PUCRS, bem como do GEDF – Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais (CNPq/PUCRS). Professor da Escola Superior da Magistratura (AJURIS) e Juiz de Direito no RS.

RESUMO

O presente artigo analisa o conteúdo e o significado dos direitos sociais na evolução constitucional brasileira desde 1988, enfocando principalmente a discussão em torno da fundamentalidade dos direitos sociais, o seu regime jurídico-constitucional, seja na perspectiva da doutrina, seja na jurisprudência constitucional.

Palavras chave: direitos sociais – direitos fundamentais – constituição brasileira.

ABSTRACT

This paper analyses the content and meaning of social rights in the Brazilian constitutional evolution, focusing mainly the controversy about the condition of social rights being fundamental rights, it's constitutional significance in terms of doctrinal and jurisprudential perspective.

Key words: social rights – fundamental rights – Brazilian constitution

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tanto no plano textual, quanto no que diz com a vivência constitucional, os direitos fundamentais em geral — e os direitos sociais em particular — têm ocupado uma posição de destaque sem precedentes no contexto da história constitucional brasileira. Não apenas em termos quantitativos, ou seja, no que diz respeito ao número expressivo de direitos sociais expressa e implicitamente consagrados pela Constituição, mas também em termos qualitativos, considerando especialmente o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, a Assembléia Constituinte de 1988 foi inequivocamente (para alguns em demasia!) amiga dos direitos sociais, o que não significa, de acordo com a conhecida advertência de Lenio Streck, que com o advento da atual Constituição as promessas da modernidade tenham sido efetivamente cumpridas no Brasil¹, pelo menos não no que diz com fruição efetiva (em níveis suficientes) dos direitos sociais por parte de expressiva parcela da população.

Além disso, constata-se que passada uma (rápida) fase de maior ufanismo, não apenas a constitucionalização de direitos sociais, mas uma série de outros aspectos ligados ao texto resultante do embate no âmbito da Assembléia Constituinte, voltaram a ser questionados e mesmo passaram a ser objeto de acirrada crítica, inclusive no meio jurídico, o que, à evidên-

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

cia, não é em si um dado necessariamente negativo, já que mesmo indispensável ao processo democrático-deliberativo, mas acabou, não raras vezes, assumindo dimensões preocupantes, especialmente quando se tentou difundir a mensagem da ilegitimidade do processo constituinte (não que este tenha sido isento de problemas), inclusive com o objetivo de, entre outras medidas, justificar a revisão ampla do texto constitucional, acompanhada da exclusão até mesmo de uma série de direitos fundamentais expressamente consagrados pelo Constituinte, como é o caso, v.g., dos direitos dos trabalhadores.

De qualquer sorte, independentemente de tais discussões, que aqui são referidas apenas em caráter ilustrativo e não constituem o objeto da nossa abordagem, certo é que, especialmente no que diz com a constitucionalização de direitos e deveres em matéria social, não são poucas as objeções registradas no seio da doutrina brasileira, que, em grande parte, reproduzem a celeuma que de há muito tempo se estabeleceu no plano do direito comparado, tanto é que, a despeito da evolução constitucional contemporânea em matéria de direitos fundamentais e do sistema internacional de tutela dos direitos humanos, diversas constituições seguem refratárias à inserção de direitos sociais em seus textos. Com isto não se está a dizer — é bom enfatizar — que nos Estados Constitucionais que recusaram a presença de direitos sociais no plano constitucional (pelo menos expressamente), os níveis de proteção social, assegurados pela via da legislação ordinária e das políticas públicas, não sejam em vários casos até mesmo mais altos do que em países onde a opção foi pela constitucionalização dos direitos sociais, o que, por sua vez, acaba, para alguns, servido de argumento adicional para justificar não apenas a desnecessidade e mesmo inconveniência da inserção de direitos sociais nas constituições. Da mesma forma, segue acesa a controvérsia na esfera doutrinária e jurisprudencial, seja no que diz respeito à própria fundamentação e legitimação dos direitos sociais, seja no que concerne ao seu conteúdo e regime jurídico. Assim, mesmo tendo em conta a expressa previsão de direitos sociais no catálogo constitucional dos direitos fundamentais, constata-se que também no Brasil a temática segue sendo objeto de crescente e cada vez mais intenso debate.

Dentre os tópicos preferidos pela doutrina (e que acabam refletindo, com maior ou menor intensidade, na esfera jurisprudencial, legislativa e administrativa) destacam-se, notadamente em matéria dos assim chamados direitos sociais, tanto as teses que questionam a própria constitucionalização de tais direitos sociais (sustentando até mesmo que, no todo ou em parte, tais direitos sequer deveriam estar na Constituição!) quanto as vozes daqueles, que, embora admitam a possibilidade de ter tais direitos previstos no texto constitucional, refutam a sua condição de autênticos direi-

tos fundamentais. Além disso, uma vez reconhecida a sua condição de direitos fundamentais, assume particular relevância a controvérsia em torno do regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, o que, por sua vez, remete ao problema de sua eficácia e, por conseguinte, de sua efetividade.

De outra parte, resulta evidente que a mera previsão de direitos sociais nos textos constitucionais, ainda que acompanhada de outras providências, como a criação de um sistema jurídico-constitucional de garantias institucionais, procedimentais, ou mesmo de outra natureza, nunca foi o suficiente para, por si só, neutralizar as objeções da mais variada natureza ou mesmo impedir um maior ou menor déficit de efetividade dos direitos sociais, notadamente no que diz respeito aos padrões de bem-estar social e econômico vigentes. Saber em que medida os direitos sociais, a despeito do regime jurídico que lhes foi atribuído pela Constituição (em que pese a conhecida controvérsia sobre qual exatamente é este regime jurídico!), de fato representam mais do que manifestação de um constitucionalismo simbólico, já seria matéria mais do que suficiente para ocupar uma monografia de envergadura, e, por certo, não haveria como ser suficientemente discutido nos limites deste breve ensaio. Todavia, embora não seja o nosso propósito discorrer sobre o constitucionalismo simbólico², não há como desconsiderar que o tema guarda íntima vinculação (também) com o problema das resistências aos direitos sociais, seja no que diz com o uso meramente retórico do discurso dos direitos, seja no que diz respeito à sua eficácia e efetividade.

Considerando que prescinde de maior esforço reflexivo a constatação de que o tema ora abordado constitui uma fonte praticamente inesgotável de tópicos e problemas a serem mapeados e analisados, desde logo há que frisar que não é nosso intento sequer buscar um levantamento mais preciso dos diversos aspectos que dizem respeito ao conteúdo dos direitos sociais e ao seu regime jurídico, nem mesmo no pertinente ao problema de sua eficácia efetividade. Aliás, sequer em relação aos tópicos selecionados isto seria possível. O que nos move, em primeiro plano, é a vontade de identificar alguns dos problemas centrais vinculados à teoria e prática dos direitos sociais no âmbito do sistema constitucional brasileiro, pinçando alguns aspectos de maior relevo, notadamente em relação à sua eficácia e efetividade, procedendo, em relação a cada uma delas, uma análise que,

² Sobre o tema v. os referenciais desenvolvimentos de MARCELO NEVES, *A Constituição Simbólica*, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007. Enfocando a questão no plano dos direitos humanos e fundamentais, v., do mesmo autor, «A Força Simbólica dos Direitos Humanos», in: CLÁUDIO PEREIRA SOUZA NETO e DANIEL SARMENTO (Coord.), *Direitos Sociais, Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 417 e ss., doravante referido apenas como *Direitos Sociais*.

de algum modo, possa contribuir para um balanço e desenvolvimento do debate em torno do tema. Certo é que transcorridos mais de vinte anos da promulgação da Constituição de 05 de outubro de 1988, estamos em boas condições de realizar tal tarefa.

Assim, procedendo a uma seleção de aspectos a serem abordados, iniciaremos por analisar alguns aspectos da discussão, cada vez mais intensa no Brasil, a respeito da própria condição dos direitos sociais como direitos fundamentais, já que, a despeito de assim terem sido designados no texto constitucional, há quem siga — fundado em razões respeitáveis — contestando tal condição. Umbilicalmente ligada a este aspecto, visto que da afirmação da fundamentalidade dos direitos sociais decorrem também certas conseqüências, designadamente no que concerne ao regime jurídico de tais direitos, situa-se a problemática da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais, possivelmente um dos temas mais debatidos na doutrina e jurisprudência constitucional brasileira nos dias atuais. Neste contexto, abordaremos, em especial, alguns pontos polêmicos vinculados à problemática do assim designado «custo dos direitos» e da polêmica reserva do possível, especialmente no que diz respeito às resistências em aceitar o controle dos atos legislativos e administrativos com base nos direitos sociais e a possibilidade de fazer valer a sua condição de direitos subjetivos. Tais questões serão analisadas mediante consideração, no plano jurisprudencial, das principais decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que, cada vez mais, assume as funções de uma autêntica Corte Constitucional e tem atuado de forma particularmente significativa também na seara dos direitos sociais.

2. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O fato de existirem segmentos da doutrina brasileira, ainda que bem intencionados e mesmo amparados em argumentos de relevo, que estejam negando a condição de autênticos direitos fundamentais dos direitos sociais (existe até quem negue a própria existência de direitos sociais³!) torna oportuna a lembrança de que ao se tratar de direitos fundamentais na Constituição não há como abrir mão de uma perspectiva dogmático-jurídica (mas não necessariamente formal-positivista) da abordagem, reafirman-

³ Cf., por exemplo, FERNANDO ATRIA, «Existem Direitos Sociais?» in: Cláudio Ari Mello (Coord.), *Os Desafios dos Direitos Sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 09-46, destacando-se que não temos como empreender aqui o debate com as teses esgrimidas pelo autor. Para uma crítica às objeções de Atria, v., especialmente, CARLOS BERNAL PULIDO, «Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: uma crítica a «Existem direitos sociais?» de Fernando Atria», in: *Direitos Sociais*, p. 137 e ss.

do-se, de tal sorte, a necessidade de uma leitura constitucionalmente adequada da própria fundamentação (inclusive filosófica), tanto da assim designada fundamentalidade, quanto do próprio conteúdo dos direitos sociais. De outra parte, é a Constituição Federal Brasileira (doravante citada como CF) e não outra — o que é bom sempre recordar! — que servirá como referencial, inclusive quanto aos compromissos expressa e/ou implicitamente firmados pelo Constituinte, seja no que diz com a aderência a determinadas concepções de Justiça, especialmente no que diz com a noção de justiça social (que foi expressamente inserida como objetivo a ser alcançado no âmbito da ordem econômica da Constituição, designadamente no seu artigo 170, «caput»⁴), seja no concernente a determinada ordem de valores que, de acordo com concepção amplamente consagrada, encontra expressão também e acima de tudo por meio dos princípios e dos direitos fundamentais⁵.

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 conseqüências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais. Neste sentido, verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos

⁴ Sobre os princípios que informam a ordem econômica em geral v., entre nós, o já clássico contributo de EROS ROBERTO GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997. No âmbito da literatura mais recente, v. LAFAYETE JOSUÉ PETTER, *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, bem como GILBERTO BERCOVICI, *Constituição Econômica e Desenvolvimento. Uma leitura a partir da Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2005.

⁵ A respeito deste tópico, v., por todos (no âmbito da doutrina estrangeira), KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (existe tradução para o português, publicada pela Editora Sérgio Fabris, Porto Alegre), 20ª ed., Heidelberg: C. F. Muller, 1995, p. 133 e ss. Entre nós, além do nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 9ªed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 158 e ss., onde desenvolvemos de modo mais detido esta dimensão dos direitos fundamentais, à luz de farta doutrina nacional e estrangeira, v. também, entre outros, especialmente DANIEL SARMENTO, «A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais», in: RICARDO LOBO TORRES e CELSO ALBUQUERQUE MELLO (Org.), *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 63-102 e, mais recentemente, DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: RT, 2007, p. 116 e ss., assim como GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 255 e ss.

sociais (sendo, ou não, tidos como fundamentais) abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos de não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão «positiva» (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade) ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas «negativas», notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte de organizações sociais e de particulares⁶.

Que tais constatações não podem ter o condão de tornar obsoleta ou mesmo equivocada a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações — muito embora assim tenha sido sustentado por alguns — afigura-se como evidente. Com efeito, especialmente em se tendo presente a distinção entre texto (enunciado semântico) constitucional e norma jurídica (resultado da interpretação do texto), de acordo com o qual pode haver mais de uma norma contida em determinado texto, assim como normas sem texto expresso que lhe corresponda diretamente⁷,

⁶ Sobre o ponto, inclusive para maior desenvolvimento do problema da classificação dos direitos fundamentais, remetemos ao nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, *op. cit.*, p. 176 e ss. Por último, com destaque para a estrutura diferenciada dos direitos sociais como direitos a prestações, v. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, «O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais», in: *Direitos Sociais*, p. 589 e ss.

⁷ Sobre o tema (distinção entre texto e norma e seu significado), no âmbito da doutrina nacional, indispensável, dentre outros, EROS ROBERTO GRAU, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19 e ss. (retomando aqui os desenvolvimentos efetuados na já citada obra sobre a ordem econômica na constituição), afirmando, em apertada síntese, ser a norma produto da interpretação, não sendo idêntica ao texto, mas neste se encontrando parcialmente contida, porém em estado potencial, bem como LENIO LUIZ STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, especialmente p. 310 e ss., em capítulo que ostenta o significativo título «O caráter não-relativista da hermenêutica ou de como a afirmação ‘a norma é (sempre) o produto da atribuição de sentido a um texto’ não pode significar que o intérprete esteja autorizado a ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa», destacando que a distinção entre texto e norma não pode ser compreendida como uma absoluta independência entre ambas as figuras e muito menos como uma irrelevância do texto. Na mesma linha, v., ainda entre nós, o arguto magistério de HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30 e ss., apontando para o fato de que o intérprete «utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos...» (p. 33-34). Neste mesmo contexto, aliás, há que relembrar a conhecida – e correta – afirmação de KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1995, especialmente p. 29 e ss. no sentido de que o texto constitucional atua como limite para o intérprete, aspecto que, assim como os demais que lhe são conexos, aqui não estamos em condições de desenvolver.

sabe-se que a partir de um determinado texto há como extrair uma norma (ou normas) que pode (ou não) reconhecer um direito como fundamental e atribuir uma determinada posição jurídico-subjetiva (sem prejuízo dos efeitos jurídicos já decorrentes da dimensão objetiva) à pessoa individual ou coletivamente considerada, posição que poderá ter como objeto uma determinada prestação (jurídica ou fática) ou uma proibição de intervenção⁸.

Se os direitos sociais a prestações (segundo Alexy, os direitos a prestações em sentido estrito, no sentido de direitos subjetivos a prestações materiais vinculados aos deveres estatais do Estado na condição de Estado Social de Direito⁹), na sua dimensão subjetiva, implicam direitos subjetivos de caráter «positivo», igualmente importa destacar que a Constituição de 1988 incluiu no seu rol de direitos sociais posições, que, a despeito de uma correlata dimensão (ou função) positiva ou prestacional, assumem a feição de típicos direitos de caráter negativo (defensivo), como dão conta, entre outros, os exemplos do direito de greve, da liberdade de associação sindical, assim como das proibições de discriminação entre os trabalhadores (direitos especiais de igualdade).

A partir disso, ao se empreender uma tentativa de definição dos direitos sociais adequada ao perfil constitucional brasileiro, percebe-se que é preciso levar em conta as peculiaridades do direito constitucional positivo, revelando que o qualificativo de social não está exclusivamente (!) vinculado a uma atuação positiva do Estado na promoção e na garantia de proteção e segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna, o que, por sua vez, nos remete ao problema do conteúdo dos direitos sociais e de sua própria fundamentalidade. Tal consideração se justifica pelo fato de que também são sociais (pelo menos, é legítimo que assim seja considerado, ainda mais considerando a formatação da CF) direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade ou mesmo dizem com a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo

⁸ Cfr. paradigmaticamente demonstrado por ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp 1994, p. 53 e ss, quando apresenta seu conceito de norma de direito fundamental e, mais adiante (p. 159 e ss.), no ponto em que examina a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos a prestações.

⁹ Com efeito, para ROBERT ALEXY, *op. cit.*, p. 395 e ss., os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais) se distinguem dos direitos a prestações em sentido amplo, já que estes dizem com a atuação positiva do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção, já decorrentes da sua condição de Estado democrático de Direito e não propriamente como garante de padrões mínimos de justiça social, ao passo que os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais) dizem com direitos a algo (prestações fáticas) decorrentes da atuação do Estado como Estado Social.

social e econômico, como demonstram justamente os direitos dos trabalhadores¹⁰, isto sem falar na tradição da vinculação dos direitos dos trabalhadores à noção de direitos sociais, registrada em vários momentos da evolução do reconhecimento jurídico, na esfera internacional e interna, dos direitos humanos e fundamentais. Tais ponderações, embora digam respeito ao universo abrangente e heterogêneo dos direitos sociais, não respondem por si só a pergunta a respeito de sua fundamentalidade e sobre o regime jurídico que a esta condição é inerente.

Sem que se pretenda aqui arrolar as diversas objeções encontradas no seio da doutrina, é preciso, desde logo, afastar qualquer leitura reducionista, designadamente naquilo em que — equivocadamente — se afirma que, ao advogar a fundamentalidade de todos os direitos assim designados expressamente pelo Constituinte, se está, ao fim e ao cabo, a sustentar uma concepção estritamente formal de direitos fundamentais¹¹. Em primeiro lugar, afirmar que são fundamentais todos os direitos como tais (como direitos fundamentais!) expressamente consagrados na Constituição não significa que não haja outros direitos fundamentais, até mesmo pelo fato de que se deve levar a sério a já referida cláusula de abertura (na condição de norma geral inclusiva¹²) contida no artigo 5º, § 2º, da CF, estabelecendo que além dos direitos expressamente consagrados na Constituição, existem outros decorrentes do regime e dos princípios, além dos direitos tipificados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

A sustentação da fundamentalidade de todos os direitos assim designados no texto constitucional (que alcança todo o Título II — Dos Direitos e Garantias Fundamentais — da CF, e, portanto, os direitos sociais do artigo 6º e os assim designados direitos dos trabalhadores¹³), por sua vez,

¹⁰ Para um maior desenvolvimento especialmente do conceito e classificação dos direitos fundamentais sociais, v., além do nosso «Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988», in: INGO WOLFGANG SARLET (Org), *Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 140 e ss., bem como alguns desenvolvimentos mais recentes no igualmente nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 176 e ss.

¹¹ Cf. a objeção formulada por ALCEU MAURÍCIO JÚNIOR, «Direitos Prestacionais, Concepções de Direitos Fundamentais e Modelos de Estado», in: CELSO ALBUQUERQUE MELLO e RICARDO LOBO TORRES (Dir.), *Arquivos de Direitos Humanos* vol. 7, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 4 e ss.

¹² Como bem reforça, reafirmando toda uma tradição doutrinária, JUAREZ FREITAS, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

¹³ No artigo 6º estão contemplados, dentre outros, os direitos ao trabalho, moradia, saúde, educação, assistência aos desamparados e previdência social. Já no artigo 7º e seus diversos incisos, a CF albergou um expressivo elenco de direitos e garantias dos trabalhadores, desde a proteção (ainda não regulada pelo legislador) contra a despedida arbitrária, a garantia de um salário mínimo, proteção da mulher, proibição de discriminação nas relações de trabalho, entre outros, sem falar nos direitos de greve e de liberdade de associação sindical, participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão das empresas (artigo 8º e seguintes da CF).

implica reconhecer pelo menos a presunção em favor da fundamentalidade também material desses direitos e garantias, ainda que se possam collocar, a depender da orientação ideológica ou concepção filosófica professada, boas razões para questionar tal fundamentalidade. Mesmo para os direitos do Título II (que, reitere-se, não excluem outros, tanto fundamentais em sentido formal e material, quanto fundamentais em sentido apenas material) a posição adotada não está dissociada de critérios de ordem material, já que sem dúvida se cuida de posições que — independentemente de outras razões que possam justificar a fundamentalidade no plano material e axiológico — já de partida receberam, por ocasião do «pacto constitucional fundante» a proteção reforçada peculiar dos direitos fundamentais pela relevância de tais bens jurídicos na perspectiva dos «pais» da Constituição (o que, aliás, aponta para uma legitimação democrática, procedimental e deliberativa, mas também substancial!¹⁴), decisão esta que não pode pura e simplesmente ser desconsiderada pelos que (na condição de poderes constituídos!) devem, por estar diretamente vinculados, assegurar a esses direitos fundamentais a sua máxima eficácia e efetividade.

Em síntese, firma-se aqui posição em torno da tese de que — pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo brasileiro

¹⁴ Discutindo, ainda que não exatamente sob este ângulo, a questão da fundamentação dos direitos sociais como direitos fundamentais pelo prisma democrático (no caso, democrático-deliberativo) v., dentre outros, CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225 e ss., sustentando que os direitos sociais são (especialmente no campo do mínimo existencial) condições fundamentais para a democracia. Nesta mesma linha de abordagem (embora uma série de divergências entre o pensamento dos autores referidos e entre esses e a nossa concepção) v., ainda, entre outros, a recente e indispensável coletânea de MARCELO CATTONI (Org), *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006 e, por último, a instigante contribuição de ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ, *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate. O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, especialmente o capítulo 7, onde é discutida a questão dos direitos sociais. Como contraponto, professando uma concepção de cunho mais substancialista (adotando aqui a terminologia mais habitual) v. o referencial trabalho de LENIO LUIZ STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Rio de Janeiro: Forense, 2004 (especialmente capítulos I a V). Do mesmo autor, já adotando uma postura crítica em relação aos excessos cometidos em nome dos princípios e valores constitucionais, e aderindo em boa parte aos críticos da assim designada ponderação (em especial os já citados Marcelo Cattoni e Álvaro Cruz), o indispensável *Verdade e Consenso*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, assim como JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, *Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Embora a nossa resistência às abordagens de cunho preponderantemente procedimental (o que não temos condições de desenvolver aqui), não há como desconsiderar a relevância da discussão produzida no Brasil nos últimos anos a respeito do tema, contribuindo para uma qualificação substancial do debate sobre a legitimidade e fundamentação dos direitos fundamentais e da própria ordem constitucional, a atuação do Poder Judiciário na defesa da Constituição e dos direitos fundamentais, entre outros temas que têm integrado a pauta acadêmica.

— todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou mesmo localizados em outras partes do texto constitucional, são direitos fundamentais¹⁵. Aliás, a própria orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de direitos sociais tem sido sensível neste particular ao reconhecimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais¹⁶, o que também demonstra a relevância da atuação do Poder Judiciário nesta matéria, já que a negação da fundamentalidade na esfera jurisprudencial acabaria por esvaziar o texto constitucional, a despeito da expressa previsão de que os direitos sociais são direitos fundamentais. Precisamente nesta esfera verificam-se outros problemas a enfrentar, visto que, no todo ou em parte (mesmo dentre os que aceitam, em princípio, a tese da fundamentalidade dos direitos sociais) existe tanto quem queira negar a aplicação, aos direitos sociais, do regime jurídico assegurado pela Constituição aos direitos fundamentais, quanto quem discuta o exato conteúdo deste regime na esfera dos direitos sociais, matéria que, aliás, constitui o objeto do próximo segmento e onde a atuação dos órgãos do Poder Judiciário, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, passou assumir uma relevância crescente em termos qualitativos e quantitativos.

3. A DISCUSSÃO A RESPEITO DO REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, ESPECIALMENTE SUA APLICABILIDADE E EFICÁCIA

Um problema central relacionado com a própria eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais é o de estabelecer, no âmbito do marco constitucional brasileiro (e, portanto, de modo afinado com os limites do direito constitucional positivo), os contornos do seu (dos direitos sociais) respectivo regime jurídico-constitucional, o qual, além do que expressamente — e implicitamente — foi estabelecido pelo Constituinte, tem sido objeto de fecundo — mas amplamente controverso — desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial.

¹⁵ A respeito da abertura material dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, remete-se ao nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 90 e ss.

¹⁶ Bastaria aqui apontar para os julgados sobre os direitos à educação, à saúde e à moradia, isto sem falar nos casos da assistência e da previdência social, entre outros, nos quais, além do reconhecimento da sua condição de direitos fundamentais, o Tribunal chancelou a tese de que tais direitos assumem a condição de direitos subjetivos e, portanto, exigíveis, o que será devidamente abordado no próximo capítulo. Neste sentido, v., recentemente, decisão proferida pelo Presidente do Supremo Tribunal, no âmbito da Suspensão de Liminar 228-7 (14.10.2008), no sentido da fundamentalidade do direito à saúde.

Dados os limites deste ensaio e para que possamos tecer algumas considerações a respeito e avaliar, pelo menos, alguns dos principais argumentos manejados pelos que se opõe aos direitos sociais e lhes querem atribuir um regime jurídico mais débil em relação aos assim — tradicionalmente — designados direitos individuais (ou direitos civis e políticos como preferem outros), é preciso relembrar que os direitos fundamentais somente podem ser considerados verdadeiramente fundamentais quando e na medida em que lhes é reconhecido (e assegurado) um regime jurídico privilegiado no contexto da arquitetura constitucional. Neste sentido, acabou sendo incorporada ao discurso constitucional brasileiro, até mesmo pelo fato de que o direito constitucional positivo assim o exige, a conhecida formulação de Robert Alexy ao enfatizar que os direitos fundamentais são posições jurídicas a tal ponto relevantes que o seu reconhecimento não pode ser pura e simplesmente colocado plenamente à disposição das maiorias parlamentares simples¹⁷. Também por esta razão, os direitos fundamentais — para que tenham assegurada uma posição preferencial e privilegiada — devem estar blindados contra uma supressão ou um esvaziamento arbitrário por parte dos órgãos estatais, em outras palavras, pelos poderes constituídos, além de terem sua normatividade plenamente garantida, o que implica o reconhecimento de uma dupla fundamentalidade formal e material¹⁸. Alinhando-se à tradição constitucional contemporânea, também a CF de 1988 aderiu a este modelo e, além de inserir — expressa e implicitamente — os direitos fundamentais no seletorol das assim designadas «cláusulas pétreas», tornando-os limites materiais ao poder de reforma constitucional (artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF¹⁹), afirmou que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são imediatamente aplicáveis (artigo 5º, § 1º, da CF)²⁰.

O problema que se coloca é justamente a resistência em relação à aplicação desses elementos nucleares do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais aos direitos sociais. Com efeito, tanto há quem diga que as normas de direitos sociais não se encontram abrangidas pelo disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, quanto quem sustente que os direitos soci-

¹⁷ Cf. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 406.

¹⁸ Cf., novamente, ROBERT ALEXY, *op. cit.*, p. 473 e ss.

¹⁹ De acordo com o artigo 60, § 4º, da CF, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – A forma federativa de Estado; II – O voto direto, secreto, universal e periódico; III – A separação dos poderes; IV – Os direitos e garantias individuais. Convém destacar que em virtude do dispositivo constitucional referido, é admitido no Brasil, embora em caráter excepcional, o controle preventivo (judicial) da constitucionalidade de emendas constitucionais, visto que poderá ser bloqueada até mesmo a submissão de projeto de emenda à deliberação do Congresso Nacional.

²⁰ Neste sentido, de modo um pouco mais desenvolvido, v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 86 e ss.

ais não operam como limites materiais ao poder de reforma constitucional, por não terem sido expressamente referidos no artigo 60, § 4º, inciso IV, da C F.

Voltando-nos desde logo ao primeiro aspecto, é possível partir da premissa de que a despeito da circunstância de que a localização topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF apenas aos direitos individuais e coletivos, o fato é que este argumento não corresponde sequer à expressão literal do dispositivo, visto que este utiliza a formulação genérica «normas definidoras de direitos e garantias fundamentais», tal como consignada na epígrafe do Título II da CF (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar, pelo menos não sem contestação relevante, uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição²¹. Em sentido contrário, houve inclusive quem propusesse uma «nova exegese» da norma contida no art. 5º, § 1º, sustentando a sua necessária interpretação restritiva quanto ao alcance (embora supostamente «reforçada» quanto à eficácia) já que o Constituinte «disse mais do que o pretendido»²², advogando, por via de consequência, uma interpretação nitidamente inspirada em um peculiar e manifestamente equivocado «originalismo», curiosamente ancorado numa «vontade do Constituinte» presumidamente contrária ao próprio teor literal do dispositivo.

Se optarmos por uma argumentação não embasada numa interpretação de viés eminentemente literal (textual) será possível verificar que, também uma interpretação sistemática e teleológica, conduzirá aos mesmos resultados. Neste sentido, percebe-se, desde logo, que o Constituinte não pretendeu (e nem é legítimo presumir isto!) excluir os direitos políticos e de nacionalidade do âmbito do art. 5º, § 1º, da CF, já que esses, assim como os direitos sociais, integram o conjunto dos direitos cuja fundamentalidade foi expressamente afirmada na Constituição. Também não há como sustentar, no direito brasileiro, a concepção vigente no direito português (expressamente prevista na Constituição Portuguesa de 1976) de acordo com a qual a norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange apenas os direitos, liberdades e garantias (Título II) que, em princípio, correspondem aos direitos de defesa, excluindo deste regime reforçado (e não apenas quanto a este aspecto) os direitos econômicos,

²¹ Cf., para maior desenvolvimento, o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 277 e ss.

²² Cf. a posição (e crítica) de JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais* São Paulo: RT, 2002, p. 153 e ss.

sociais e culturais do Título III da Constituição da República Portuguesa²³, sistema, aliás, próximo — embora não idêntico — ao adotado pela Constituição Espanhola de 1978, que não contemplou expressamente direitos fundamentais sociais no seu texto, inserindo, todavia, princípios diretivos da ordem social²⁴. Parece evidente que a ausência de uma distinção expressa entre o regime dos direitos sociais e os demais direitos fundamentais, somada ao texto do § 1º do artigo 5º da CF, ainda mais em face da circunstância de que os direitos sociais (mas pelo menos os elencados no Título II da CF) são direitos fundamentais, deve prevalecer sobre uma interpretação notadamente amparada em critério meramente topográfico.

Assim, pelas razões referidas, há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido no âmbito da doutrina hoje aparentemente majoritária no Brasil²⁵, a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental) de todas as normas de direitos fundamentais constantes do Título II da Constituição (artigos. 5º a 17), bem como dos localizados em

²³ O tratamento jurídico diferenciado de ambos os grupos de direitos fundamentais constitui, sem dúvida, um dos marcos caracterizadores da posição reforçada que os direitos, liberdades e garantias assumiram em relação aos direitos sociais no âmbito do constitucionalismo lusitano. Neste sentido, v., dentre tantos, JOSÉ CASALTA NABAIS, «Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa», in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 400 (1990), p. 21 e ss. Este tratamento diferenciado também se pode encontrar na Constituição Espanhola de 1978, na qual a parte significativa dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional está prevista no capítulo dos «principios rectores de la política social y económica», que, por sua vez, não se encontra ao abrigo do princípio da aplicabilidade imediata dos «derechos y libertades» consagrado no artigo 53.1. Com isto, não se está negando, aos princípios da ordem económica e social, o carácter jurídico-normativo, já que, de acordo com o artigo 9º, 1, da Constituição Espanhola «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», princípio que se aplica a todas as normas constitucionais. Todavia, reconhece-se — a exemplo do que leciona FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978 y su Interpretación por el Tribunal Constitucional», in: *Revista de Información Legislativa* n.º 121 (1994), p. 80, que o valor normativo da Constituição «necesita ser modulado en lo concerniente a los principios rectores de la política social y económica.»

²⁴ Cf. nota n. 24, supra.

²⁵ Neste sentido, além da linha argumentativa proposta já na nossa tese de Doutorado (*Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz – eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997, concluída em 1996), desenvolvida com mais detalhes no nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 277 e ss., v., por exemplo, FLÁVIA PIOVESAN, *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*, São Paulo: RT, 1995, p. 90, que sustenta a viabilidade de uma interpretação extensiva da norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. No mesmo sentido, v. também Dimitri Dimoulis, «Dogmática dos Direitos Fundamentais. Conceitos Básicos», in: *Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, ano 5, n.º 2 (2001), p. 22; e, mais recentemente, o magistério de CLÉMERSON MERLIN CLÉVE, «O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais», in: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 295.

outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. É preciso enfatizar, que a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos situados fora do catálogo (dispersos na Constituição) não encontra qualquer óbice no texto constitucional, harmonizando, além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, § 2º, da CF, que aqui não poderá ser analisada²⁶. Da mesma forma, será objeto de considerações adicionais, logo mais adiante, a exegese imprimida ao artigo 5º, § 1º, da CF, no que diz com o seu possível papel para a questão da aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais, aspecto particularmente relevante no que diz com a evolução jurisprudencial e o papel da Jurisdição Constitucional na tutela e promoção dos direitos sociais.

No que diz com a inclusão dos direitos fundamentais sociais no elenco dos limites materiais à reforma constitucional, em se tomando como ponto de partida o enunciado literal do artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF, poder-se-ia afirmar — e, de fato, há quem sustente tal ponto de vista — que apenas os direitos e garantias individuais do artigo 5º da CF se encontram blindados contra a atuação do poder de reforma da Constituição. Caso fôssemos nos aferrar a esta exegese de cunho estritamente literal, teríamos de reconhecer que não apenas os direitos sociais (artigos 6º a 11), mas também os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13), bem como os direitos políticos (artigos 14 a 17, com exceção do direito de voto, já previsto no elenco do inciso IV do § 4º do art. 60) estariam todos excluídos da proteção outorgada pela norma contida no artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF. Aliás, por uma questão de coerência, até mesmo os direitos coletivos (de expressão coletiva) constantes no rol do artigo 5º não poderiam ser, por via de consequência, mercedores desta proteção, exclusivamente reservada aos «direitos individuais»!

Já esta simples constatação indica que tal interpretação dificilmente poderá prevalecer, pelo menos não na sua versão mais extremada. Caso assim fosse, alguns dos direitos essenciais de participação política (artigo 14, que contempla os institutos da iniciativa popular legislativa, do plebiscito e do referendo), assim como algumas liberdades fundamentais dos trabalhadores, como é o caso da liberdade sindical (artigo 8º) e do direito de greve (artigo 9º), apenas para citar alguns exemplos, estariam situados em condição inferior aos demais direitos fundamentais, não compartilhando o mesmo regime jurídico reforçado, ao menos não na sua plenitude, sujeitos que estariam, pelo menos em tese, a serem suprimidos por emenda constitucional. Paradoxalmente, em se levando ao extremo este raciocínio e reiterando a objeção já apontada, poder-se-ia até mesmo sustentar que ape-

²⁶ Sobre o tópico remetemos ao nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 90 e ss.

nas o mandado de segurança individual, mas não o mandado de segurança coletivo²⁷, integra as «cláusulas pétreas»! Neste contexto, foi inclusive sustentado que o termo «direitos e garantias individuais», utilizado no artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF, não foi reproduzido em nenhum outro dispositivo da Constituição, razão pela qual mesmo com base numa interpretação literal não se poderia confundir tais direitos individuais com os direitos individuais e coletivos do art. 5º de nossa Lei Fundamental.²⁸

Para os que advogam uma interpretação restritiva, abre-se, todavia, alternativa argumentativa. Com efeito, poder-se-á sustentar, ainda, que a expressão «direitos e garantias individuais» deve ser interpretada de tal forma que apenas os direitos fundamentais equiparáveis aos direitos individuais do artigo 5º, da CF, possam ser considerados «cláusula pétrea», ou mesmo, direitos equiparáveis aos assim designados direitos civis e políticos, de titularidade individual. Neste caso, todavia, a tutela contra a supressão por meio de emendas constitucionais, embora alcançando também direitos não previstos no artigo 5º, da CF, seguiria excluindo os direitos sociais.

Por outro lado, constata-se que a viabilidade desta concepção esbarra na difícil tarefa de traçar as distinções entre os direitos individuais e os não-individuais. Mesmo se considerássemos como individuais apenas os direitos fundamentais que se caracterizam por sua função defensiva (especialmente os direitos de liberdade), concepção que corresponde à tradição no direito constitucional brasileiro, teríamos de levar em conta a existência, nos outros capítulos do Título II da CF, de direitos e garantias passíveis de serem equiparados aos direitos de defesa, de tal sorte que as liberdades sociais (direitos sociais como direitos negativos), como é o caso, entre outros, do direito de greve da liberdade de associação sindical, também se encontrariam ao abrigo das «cláusulas pétreas». Também por esta razão, ainda mais à míngua de um regime jurídico diferenciado expressamente previsto na CF, não nos parece possível excluir os direitos sociais do rol das assim chamadas «cláusulas pétreas».

No direito constitucional brasileiro, a despeito dos argumentos já cola-

²⁷ Para os leitores de língua espanhola, vale consignar que o assim designado mandado de segurança (individual e coletivo) constitui espécie de «ação constitucional» (expressamente consagrada no artigo 5º, inciso LXIX, da CF) destinada a impugnar violação de direito líquido e certo por parte de ato praticado pela autoridade estatal, sem que aqui se possa adentrar o exame do conteúdo e alcance do instituto e nem a sua delimitação em face de outras ações previstas pela Constituição, como é o caso da ação de *habeas corpus*, do *habeas data*, da ação popular, do mandado de injunção, da ação civil pública. A doutrina costuma estabelecer um comparativo com o conhecido instituto do «amparo», tão querido ao direito de matriz hispânica, o que igualmente aqui não será abordado.

²⁸ Cf. MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, *Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*, São Paulo: RT, 1993, p. 182.

cionados, há ainda quem sustente que os direitos sociais não podem, em hipótese alguma, integrar as «cláusulas pétreas» pelo fato de não poderem (ao menos na condição de direitos a prestações) ser equiparados aos direitos de liberdade do artigo 5º, da CF. Além disso, argumenta-se que, se o Constituinte efetivamente tivesse tido a intenção de gravar os direitos sociais com a vedação da sua abolição, ele o teria feito, ou mencionando expressamente esta categoria de direitos no artigo 60, § 4º, inc. IV, ou, pelo menos, teria feito uma referência genérica a todos os direitos e garantias fundamentais, mas não apenas aos direitos e garantias individuais²⁹. Tal concepção e todas aquelas que lhe podem ser equiparadas esbarram, contudo, nos seguintes argumentos: a) a Constituição brasileira, diferentemente de outras ordens constitucionais, como é o caso da já referida Constituição da República Portuguesa, não traça uma genérica e expressa diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos; b) os partidários de uma exegese conservadora e restritiva em regra partem da premissa de que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações materiais estatais, quando, em verdade, já se demonstrou que boa parte dos direitos sociais são equiparáveis, no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, aos direitos de defesa; c) para além disso, relembramos que uma interpretação que limita o alcance das «cláusulas pétreas» aos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da CF acaba por excluir também os direitos de nacionalidade e boa parte dos direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF, o que não corresponde a uma interpretação que leve a sério o sistema constitucional no seu conjunto³⁰.

Todas estas considerações revelam que apenas por meio de uma interpretação sistemática se poderá encontrar uma resposta satisfatória no que concerne ao problema da abrangência do artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF. Que uma exegese cingida à expressão literal do referido dispositivo constitucional não pode prevalecer parece ser evidente. Todavia, a despeito das considerações precedentes, há que admitir que a inclusão dos direitos so-

²⁹ Cf., por exemplo, OTÁVIO BUENO MAGANO, «Revisão Constitucional», in: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* n.º 7 (1994), p. 110-1, chegando até mesmo a sustentar não apenas a possibilidade, mas inclusive a necessidade de se excluírem os direitos sociais da Constituição.

³⁰ Não esqueçamos, como oportunamente averbou CELSO LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 146 e ss., que o direito à nacionalidade e o direito à cidadania – este, por sua vez, umbilicalmente ligado ao primeiro, como verdadeiro direito a ter direitos –, fundamentam o vínculo entre o indivíduo e determinado Estado, colocando o primeiro sob a proteção do segundo e de seu ordenamento jurídico, razão pela qual não nos parece aceitável que posição jurídica fundamental de tal relevância venha a ser excluída do âmbito de proteção das «cláusulas pétreas.»

ciais (e demais direitos fundamentais) no rol das «cláusulas pétreas», em especial no que diz com a sua justificação à luz do direito constitucional positivo, é questão que merece análise um pouco mais detida. Já no Preâmbulo da CF encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente do Estado Brasileiro. Além disso, não há como negligenciar o fato de que a CF consagra a idéia de que o Brasil constitui um Estado democrático e social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente quando se leva em conta o que dispõe o art. 1º, incisos I e IV, da CF, ao reconhecer a dignidade da pessoa humana e os valores da livre iniciativa e o valor social do trabalho como «fundamentos» deste Estado, assim como o artigo 3º, incisos I a IV, da CF, onde estão elencados os objetivos fundamentais da República, com destaque para a redução da pobreza e da desigualdade.

Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado consagrada na CF, sem olvidar que tanto o princípio do Estado Social quanto os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade da ordem constitucional brasileira, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados — mesmo não estando expressamente previstos no rol das «cláusulas pétreas» — autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional³¹. Poder-se-á argumentar, ainda, que a expressa previsão de um extenso rol de direitos sociais no título dos direitos fundamentais seria, na verdade, destituída de sentido, caso o Constituinte, ao mesmo tempo, lhes tivesse assegurado proteção jurídica diminuída.

Para além do exposto, verifica-se que todos os direitos fundamentais consagrados na CF (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. É, em primeira linha, especialmente na perspectiva subjetiva, que o indivíduo tem assegurado o direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria, etc. Até mesmo o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (art. 225 da CF), em que pese seu habitual enquadramento entre os direitos da terceira dimensão, pode ser reconduzido a uma dimensão individual, pois mesmo um dano ambiental que venha a atingir um grupo dificilmente delimitável de pessoas (indivíduos) gera um direito à reparação para cada prejudicado. Ainda que não se queira compartilhar este entendimento, não há como negar que nos encontramos diante de uma situa-

³¹ Esta a pertinente lição de RAUL MACHADO HORTA, «Natureza, Limitações e Tendências da Revisão Constitucional», in: *Revista Brasileira de Estudos Políticos* n.º 78-79 (1994), p. 14-5.

ção de cunho notoriamente excepcional, que em hipótese alguma afasta a regra geral da titularidade individual da absoluta maioria dos direitos fundamentais. Os direitos e garantias individuais referidos no artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF, incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos)³².

Contestando esta linha argumentativa, Gustavo Costa e Silva sustenta que a «dualidade entre direitos “individuais” e “sociais” nada tem a ver com a titularidade, remetendo, em verdade, à vinculação de tais direitos a diferentes estágios da formação do *ethos* do Estado constitucional», no caso — tal como segue argumentando o autor — na circunstância de que os direitos individuais estão vinculados ao paradigma do Estado liberal e individualista, e não ao estado social, de cunho solidário³³. Todavia, ainda que se reconheça a inteligência da crítica (o autor, de qualquer sorte, acaba reconhecendo que os direitos sociais integram os limites materiais implícitos), parece-nos que a resposta já foi fornecida, designadamente quando apontamos para o fato de que não é possível extrair da CF um regime diferenciado — no sentido de um regime jurídico próprio — entre os direitos de liberdade (direitos individuais) e os direitos sociais, mesmo que entre ambos os grupos de direitos, especialmente entre a sua dimensão negativa e positiva, existam diferenças no que diz com o seu objeto e função desempenhada na ordem jurídico-constitucional.

Outro argumento utilizado pelos que advogam uma interpretação restritiva das «cláusulas pétreas» diz com a existência de diversas posições jurídicas constantes no Título II da CF que não seriam, em verdade, merecedoras do *status* peculiar aos «verdadeiros» direitos fundamentais, razão pela qual há quem admita até mesmo a sua supressão por meio de uma emenda constitucional³⁴, linha argumentativa que guarda ligação direta com a discussão sobre a própria fundamentalidade dos direitos sociais.

Muito embora não de modo exatamente igual, Oscar Vieira Vilhena prefere trilhar caminho similar, ao sustentar, em síntese, que apenas as cláusulas que designa de superconstitucionais (isto é, os princípios — incluindo os direitos fundamentais essenciais — que constituem a reserva de justiça constitucional de um sistema) encontram-se imunes à supressão pela reforma da Constituição, não advogando, de tal sorte, a exclusão pré-

³² Esta a posição que temos sustentado já desde a primeira edição (1998) do nosso *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 424 e ss.

³³ Cf. GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA, *Os Limites da Reforma Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 124 e ss. (citação extraída da p. 129).

³⁴ Este o entendimento de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, «Significação e Alcance das Cláusulas Pétreas», in: *Revista de Direito Administrativo* n.º 202 (1995), p. 16, que, no entanto, reconhece que o art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Constituição abrange todos os direitos fundamentais, e não apenas os direitos individuais e coletivos do art. 5º.

via de qualquer direito ou princípio do elenco dos limites materiais³⁵. No nosso sentir, em que pese o cunho sedutor de tal linha argumentativa³⁶, tal tese apenas poderia prevalecer caso partíssemos da premissa de que existem direitos apenas formalmente fundamentais, e que estes, justamente por serem fundamentais em sentido meramente formal, poderiam ser suprimidos da Constituição, o que, consoante já assinalado, não corresponde à concepção majoritária (que, é preciso reconhecer, nem sempre é, por ser majoritária, a correta!) no âmbito da doutrina, de acordo com a qual tal distinção (em si já questionável) não afasta a fundamentalidade do direito e tampouco, pelo menos em termos gerais, infirma as conseqüências daí decorrentes. De qualquer modo, é de se questionar a possibilidade de qualquer um dos poderes constituídos, no mais das vezes o Poder Judiciário, dada sua prerrogativa de controlar a opção dos demais órgãos estatais, decidir qual direito é, ou não, formal e materialmente fundamental, decisão esta que, em última análise, importaria numa afronta à vontade do Poder Constituinte, que, salvo melhor juízo, detém o privilégio de deliberar sobre o que é, ou não, fundamental. Além disso, correr-se-ia o sério risco de eliminar direitos «autenticamente» fundamentais e mesmo direitos previstos no próprio artigo 5º da CF (que elenca os assim designados direitos e deveres individuais e coletivos), circunstância que deveria ser suficiente para rechaçar este tipo de argumento.

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

³⁵ Cf. OSCAR VILHENA VIEIRA, *A Constituição e sua Reserva de Justiça*, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 222 e ss., onde desenvolve seu pensamento, que aqui vai reproduzido em apertadíssima síntese. Registre-se, contudo, que o ilustre jurista não exclui os direitos sociais da proteção contra eventuais reformas, notadamente quando estiverem em causa os direitos sociais básicos, tais como os direitos à alimentação, moradia e educação, já que «essenciais à realização da igualdade e da dignidade entre os cidadãos.» (op. cit., p. 321).

³⁶ Também neste sentido, questionando a tese de que todos os direitos fundamentais do Título II sejam «cláusulas pétreas», embora privilegiando uma justificativa democrático-deliberativa, o indispensável aporte de RODRIGO BRANDÃO, *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Feita a sustentação pelo menos sumária da tese de que os direitos sociais são também protegidos contra uma supressão (e esvaziamento) por parte do poder de reforma constitucional, não há como negar que uma interpretação restritiva das «cláusulas pétreas» tem por objetivo impedir uma petrificação ampla do texto constitucional, impedindo reformas necessárias. Tal risco (o de uma indesejável galvanização da Constituição) acabou sendo, pelo menos em termos gerais, afastado pelo próprio Constituinte Originário, ao explicitar, no § 4º do artigo 60 da CF, que apenas uma efetiva ou tendencial abolição das decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte se encontra vedada, de tal sorte que, em princípio, desde que preservado o núcleo essencial do princípio ou direito fundamental em causa, não se vislumbra qualquer obstáculo à necessária adaptação às exigências de um mundo em constante transformação, temática que todavia aqui não iremos abordar³⁷. Importa destacar que tal tese acabou sendo sufragada também pelo Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer que as limitações materiais ao poder de reforma constitucional não implicam uma intangibilidade literal, visto que uma emenda constitucional pode promover alterações pontuais e mesmo estabelecer alguma restrição, desde que não seja afetado o núcleo essencial do princípio/direito atingido³⁸. Além disso, a evolução constitucional brasileira desde 1988 tem revelado que, a despeito do grande número de reformas, a amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, mesmo na esfera dos direitos sociais, não tem sido, pelo menos por ora, submetida a ataques exitosos, visto que, embora se possa falar, aqui e ali, de alguma restrição merecedora de atenção e crítica (em especial na esfera do direito à previdência social), o processo de constante reforma constitucional tem mantido íntegro o projeto original da CF de 1988, pelo menos no que diz com os direitos fundamentais sociais.

De outra parte, o reconhecimento de um regime jurídico substancialmente uniforme (especialmente no que concerne à abertura material, aplicabilidade direta e proteção) para a totalidade dos direitos fundamentais, revela que, entre nós, não há que falar — pelo menos no que diz com o atual estágio da evolução doutrinária e jurisprudencial no Brasil — numa espécie de «esquizofrenia constitucional»³⁹, decorrente de um tratamento

³⁷ Aqui remetemos ao nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 430 e ss. Sobre o tema, adotando, neste ponto, posição similar, v. também RODRIGO BRANDÃO, *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 283 e ss., ainda que, notadamente quanto ao fato de nem todos os direitos fundamentais serem «cláusulas pétreas» (segundo o autor ora citado), já termos enfatizado nossa posição divergente.

³⁸ Cf. julgamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2024/DF, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

³⁹ Aqui estamos nos valendo da expressão utilizada por Vasco Pereira da Silva, professor da Universidade de Lisboa, por ocasião de conferência proferida em seminário internacional sobre direitos sociais realizado sob os auspícios da Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, em novembro de 2007.

diferenciado — dicotômico e mesmo conflitante — dos direitos sociais, no sentido de estarem sujeitos, de forma generalizada, a um regime jurídico distinto e menos robusto em relação aos demais direitos fundamentais, em particular os assim designados direitos civis e políticos.

4. OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS EXIGÍVEIS: REVISITANDO ALGUNS ASPECTOS LIGADOS À EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS, EM ESPECIAL, PELA VIA JURISDICIONAL

Embora tenhamos sustentado que também as normas definidoras de direitos sociais sejam dotadas de aplicabilidade imediata, isto não responde a uma série de outras indagações, especialmente a respeito de quais os limites da vinculação dos órgãos estatais e mesmo dos particulares aos direitos fundamentais, assim como, em relação ao problema de quais as posições jurídicas subjetivas exigíveis que podem ser diretamente extraídas da previsão constitucional de determinado direito social. É precisamente nesta esfera que se situam uma série de outras importantes e sempre atuais objeções aos direitos sociais, especialmente no que diz com a sua efetivação⁴⁰. Certamente é a assim designada «reserva do possível», que, por sua vez, diz respeito a uma série de outras «resistências» aos direitos sociais como direitos subjetivos, que tem sido o pivô da maioria das discussões, que vão desde a delimitação do conteúdo em si da reserva do possível, até os limites da atuação jurisdicional nesta matéria, designadamente quando esta esbarra em escassez de recursos, limitações orçamentárias e obstáculos de outra natureza.

Justamente pelo fato de os direitos sociais na sua condição (como vimos, não exclusiva!) de direitos a prestações terem por objeto prestações estatais vinculadas diretamente à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante. Já os direitos de defesa, por serem, na sua condição de direitos subjetivos, em primeira linha dirigidos a uma conduta omissiva (atuando como proibições de intervenção), são geralmente considerados destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o bem jurídico que protegem (vida, intimidade, liberdade, etc.) pode ser assegurado, na dimensão negativa ora em destaque — como direito subjetivo exigível em Juízo — independentemente das circunstâncias econômicas, ou, pelo menos, sem a alocação direta, por força de decisão judicial, de recursos econômicos para este efeito.

⁴⁰ Embora não se trate de uma relação exaustiva, vale conferir as bem lembradas objeções colacionadas por JOSÉ ADÉRCIO SAMPAIO, *Direitos Fundamentais. Retórica e Historicidade*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 264 e ss.

De qualquer modo, é preciso que se deixe consignado, que a referida «irrelevância econômica» dos direitos de defesa (negativos) não dispensa alguns comentários e esclarecimentos mais detidos. Com efeito, já se fez menção que todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa), na esteira da obra de Holmes e Sunstein e de acordo com a posição sustentada no Brasil por autores como Gustavo Amaral⁴¹ e Flávio Galvão⁴², são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem, para sua tutela e promoção, um conjunto de medidas positivas por parte do poder público e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral. Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar «um custo», de tal sorte que esta circunstância não se limita nem aos direitos sociais na sua dimensão prestacional.

Apesar disso, seguimos convictos de que, para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o «fator custo» de todos os direitos fundamentais, nunca constituiu um elemento, por si só e de modo eficiente, impeditivo da efetivação pela via jurisdicional. É exatamente neste sentido que deve ser tomada a referida «neutralidade» econômico-financeira dos direitos de defesa, visto que a sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade, naquilo que depende da possibilidade de efetivação pela via jurisdicional, não tem sido colocada na dependência da sua possível relevância econômica. Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu «custo» assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação⁴³, significando, pelo menos para grande parte da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.

Por outro lado, se a regra da relevância econômica dos direitos sociais na condição de direitos a prestações pode ser aceita sem maiores reservas, há que questionar, todavia, se efetivamente todos os direitos desta natureza apresentam dimensão econômica relevante, havendo, neste contexto, quem sustente a existência de exceções, apontado para direitos sociais a prestações economicamente neutros (por não implicarem a alocação de

⁴¹ Cf. GUSTAVO AMARAL, *Direito, Escassez & Escolha*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 69 e ss.

⁴² Cf. FLÁVIO GALDINO, *Introdução à Teoria do Custo dos Direitos: direitos não nascem em árvores*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 147 e ss.

⁴³ Neste sentido também, entre outros e por último, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, in: *Direitos Sociais*, *op. cit.*, p. 591 e ss.

recursos para sua implementação), no sentido de que há prestações materiais condicionadas ao pagamento de taxas e tarifas públicas⁴⁴, além de outras que se restringem ao acesso aos recursos já disponíveis. É preciso observar, contudo, que, mesmo nas situações apontadas, ressalta uma repercussão econômica ao menos indireta, uma vez que até o já disponível resultou da alocação e aplicação de recursos, sejam materiais, humanos ou financeiros em geral, oriundos, em regra, da receita tributária e outras formas de arrecadação do Estado.

Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação⁴⁵. Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais⁴⁶, de tal sorte que a limitação dos recursos, segundo alguns, opera como autêntico limite fático à efetivação desses direitos⁴⁷. Distinta

⁴⁴ Cf. DIETRICH MURSWIEK, «Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte» in: J. ISENSEE-P. KIRCHHOF (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, p. 254.

⁴⁵ Assim, entre nós, sem pretensão de esgotar as referências, JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, «Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito» in: JOSÉ EDUARDO FARIA (Org.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 131. No mesmo sentido, v. GILMAR FERREIRA MENDES, «A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade da Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro» in: *Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas* n.º 3 (1993), p. 28, ressaltando que a efetividade dos direitos sociais se encontra na dependência da atual disponibilidade de recursos por parte do destinatário da pretensão. Também ANDREAS KRELL, «Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais» in: INGO WOLFGANG SARLET (Org.), *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 40 e ss., aceita esta dependência dos direitos sociais prestacionais da existência de recursos para sua efetivação, sem, contudo, negar-lhes eficácia e efetividade. Sobre o tema, v., ainda e dentre tantos (como é o caso das obras de Gustavo Amaral e Flávio Galdino, já referidas, além das contribuições de Ana Paula Barcellos e Ricardo Lobo Torres sobre o tema, igualmente citadas neste artigo), a recente coletânea de INGO WOLFGANG SARLET e LUCIANO BENETTI TIMM (Org), *Direitos Fundamentais, Orçamento e «Reserva do Possível»*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, contendo um representativo conjunto de ensaios a respeito do tema. Por último, confira-se a indispensável e já referida coletânea sobre os direitos sociais (Editora Lumen Juris, 2008) coordenada por Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento.

⁴⁶ Cf. GEORG BRUNNER, «Die Problematik der sozialen Grundrechte» in: *Recht und Staat* Nr. 404-405, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1971, p. 14 e ss.

⁴⁷ Esta, dentre outros, a lição de CHRISTIAN STARCK, «Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?» in: *Bundesverfassungsg-*

(embora conexa) da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes⁴⁸. Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se convencionou designar de uma «reserva do possível», que, compreendida em sentido amplo, abrange mais do que a ausência de recursos materiais propriamente ditos indispensáveis à realização dos direitos na sua dimensão positiva⁴⁹.

A utilização da expressão «reserva do possível» tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970⁵⁰. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a «reserva do possível» (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público⁵¹. Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, fir-

sgericht und Grundgesetz aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, vol. II, Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 518.

⁴⁸ A este respeito, v. também GEORG BRUNNER, *op. cit.*, p. 16. Entre nós, tal dimensão cresce em relevo se levarmos em conta o problema da repartição de competência no âmbito do Estado Federal e, acima de tudo, na repartição das receitas tributárias e sua afetação e aplicação, temática que aqui não há como desenvolver e da qual se tem ocupado consistente doutrina, com destaque para as recentes coletâneas sobre os Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível, organizada por Ingo Sarlet e Luciano Timm, e sobre os Direitos Sociais, coordenada por Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmiento, ambas já referidas.

⁴⁹ Nesse sentido, acompanhando o nosso pensamento, mas com especial atenção ao direito à saúde, v. recente contribuição de MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO, *Direito Fundamental à Saúde*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 131 e ss. Por último, igualmente seguindo esta linha, v. DANIEL SARMENTO, «A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos e Jurídicos», in: *Direitos Sociais*, p. 569 e ss.

⁵⁰ JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 108.

⁵¹ ANDREAS KRELL, *op. cit.*, p. 52.

mou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável⁵². Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende — de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã — da ponderação por parte do legislador⁵³.

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

Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais⁵⁴, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enqua-

⁵² Cf. *BVerfGE* 33, 303 (333).

⁵³ Esta a ponderação de DIETRICH WIEGAND, «Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberechte» in: *DVBL* 1974, p. 657.

⁵⁴ Neste sentido, pelo menos, a recente afirmação de JAIRO SCHÄFER, *Classificação dos Direitos Fundamentais: do Sistema Geracional ao Sistema Unitário – uma Proposta de Compreensão*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 67. Nas palavras do autor, a reserva do possível «é um elemento que se integra a todos os direitos fundamentais». Em verdade, o próprio autor – na esteira da doutrina precedente – reconhece na reserva do possível uma condicionante jurídica ou concreta à efetivação dos direitos, de tal sorte que, a despeito da contradição, resulta claro que o autor vislumbra na reserva do possível um limite fático e jurídico que incide, em princípio, em relação a todos os direitos fundamentais.

drada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanes dos direitos fundamentais⁵⁵. 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 fundamental⁵⁶.

Neste contexto, há quem sustente que, por estar em causa uma verdadeira opção quanto à afetação material dos recursos, também há de ser tomada uma decisão sobre a aplicação destes, que, por sua vez, depende da conjuntura socioeconômica global, partindo-se, neste sentido, da premissa de que a Constituição não oferece, ela mesma, os critérios para esta decisão, deixando-a a cargo dos órgãos políticos (de modo especial ao legislador) competentes para a definição das linhas gerais das políticas na esfera socioeconômica⁵⁷. É justamente por esta razão que a realização dos direitos sociais na sua condição de direitos subjetivos a prestações — de acordo com oportuna lição de Gomes Canotilho — costuma ser encarada como sendo sempre também um autêntico problema em termos de competências constitucionais, pois, segundo averba o autor referido, «ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos económicos e financeiros, das condições sociais e económicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais»⁵⁸.

Como dá conta a problemática posta pelos que apontam para um «custo dos direitos» (por sua vez, indissociável da assim designada «reserva do possível»), a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma

⁵⁵ Sobre os assim chamados limites imanes dos direitos fundamentais v., entre nós, especialmente JANE REIS GONÇALVES PEREIRA, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131 e ss., assim como, por último, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, «O Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais», *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, n. 4, out/dez 2006, p. 23-52, síntese da sua impactante tese de titularidade apresentada na USP, em vias de ser publicada.

⁵⁶ Cf. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, especialmente p. 364 e ss.

⁵⁷ Neste sentido, posiciona-se JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*, p. 200 e ss.

⁵⁸ Cf. JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 369.

deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público⁵⁹, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa, como bem destaca Rogério Gesta Leal⁶⁰, o que também diz respeito à ampliação do acesso à justiça como direito a ter direitos capazes de serem efetivados e, além disso, envolve a discussão em torno da necessidade de evitar interpretações excessivamente restritivas no que diz com a legitimação do Ministério Público e das organizações sociais para atuar na esfera da efetivação também dos direitos sociais⁶¹.

Neste contexto, é de saudar a doutrina que, desde que ressalvada a possibilidade de uma tutela individual, tem advogado um maior investimento e até mesmo uma preferência da tutela coletiva, com o intuito de reduzir os diversos efeitos colaterais (os excessos e inconsistências dos quais nos fala Luís Roberto Barroso⁶²), resultantes especialmente da litigância individual descontrolada em matéria de prestações sociais, assegurando, por esta via (da ação coletiva) um tratamento mais isonômico e racional, além de evitar ao máximo o casuísmo, a insegurança, que implicam impacto sobre o sistema de políticas públicas, nem sempre compatível com o objetivo de assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais para a maior parte das pessoas⁶³.

⁵⁹ Sobre a participação democrática, e de modo geral, o controle social do orçamento público e da atuação do poder público na consecução das metas constitucionalmente fixadas, v., entre nós e dentro outros, o instigante ensaio de FERNANDO FACURY SCAFF, «Controle Público e Social da Atividade Econômica», in: *Anais da XVII Conferência Nacional da OAB*, vol. I, Rio de Janeiro, 1999, p. 925-941, bem como, mais recentemente, a monografia de Adriana da Costa Ricardo Schier, *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁶⁰ Cf. ROGÉRIO GESTA LEAL, *Estado, Administração Pública e Sociedade: Novos Paradigmas*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, especialmente p. 57 e ss., cuidando do tema à luz da teoria discursiva e da concepção de uma democracia deliberativo-procedimental de matriz Habermasiana.

⁶¹ Sobre o tópico, designadamente a respeito da atuação do Ministério Público nesta seara, v., entre outros, o recente estudo de PEDRO RUI DA FONTOURA PORTO, *Direitos Fundamentais Sociais. Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁶² Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, «Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial», in: *Direitos Sociais*, p. 876.

⁶³ No mesmo sentido, além da contribuição de Luís Roberto Barroso, já citada, os aportes de ANA PAULA BARCELLOS, «O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata», in: *Direitos Sociais*, p. 815 e ss.; DANIEL SARMENTO, «A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos», in: *Direitos Sociais*, p. 883 e ss.; CLÁUDIO PEREIRA SOUZA NETO, «A justiciabilidade dos direitos

Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, de que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas que, ao fazê-lo, haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social, ou mesmo quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida estatal com base na alegação de uma violação de direitos sociais, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes. Neste sentido (e desde que assegurada atuação dos órgãos jurisdicionais, quando e na medida do necessário) efetivamente há que dar razão a Holmes e Sunstein quando afirmam que levar direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é sempre também levar a sério o problema da escassez⁶⁴. Parece-nos oportuno apontar aqui (mesmo sem condições de desenvolver o ponto) que os princípios da moralidade e eficiência⁶⁵, mas também os correlatos princípios (e deveres) de publicidade e transparência⁶⁶, que direcionam a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e potencializar a efetividade dos direitos sociais.

Neste contexto, dada a íntima conexão desta problemática com a dis-

sociais: críticas e parâmetros», in: *Direitos Sociais*, p. 543-44; VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, «O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais», in: *Direitos Sociais*, p. 597 e ss., embora este último adote posicionamento ainda mais restritivo em relação às demandas individuais.

⁶⁴ Cf. STEPHEN HOLMES e CASS SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York – London: W. W. Norton & Company, 1999, p. 94 («Taking rights seriously means taking scarcity seriously»), bem como, de modo geral, p. 87 e ss., onde os autores demonstram como a escassez afeta as liberdades e discutem o papel do Poder Judiciário na imposição de encargos ao poder público notadamente no que diz com a alocação dos recursos. Entre nós, embora não se esteja aqui a aderir (assim como no caso de Holmes & Sunstein) às conclusões dos autores, vale conferir, dentre tantas, as obras já referidas de GUSTAVO AMARAL, *Direito, Escassez & Escolha* e de Flávio Galdino, *Introdução à Teoria do Custo dos Direitos*, mas também, a recente coletânea por nós organizada em parceria com Luciano Benetti Timm (*Direitos Fundamentais, Orçamento e «Reserva do Possível»*), igualmente já referida.

⁶⁵ A respeito da relevância e da operatividade do princípio da eficiência no campo da efetivação de direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais, v., entre outros, FLÁVIO GALDINO, *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*, p. 255 e ss., ainda que se possa discordar do autor no que diz com alguns aspectos de sua proposta teórica, o que aqui não será objeto de desenvolvimento.

⁶⁶ Aqui assumem especial relevo os deveres de informação e o correlato direito do cidadão às prestações (informações) correspondentes, bem apontado especialmente por Ana Paula Barcellos no seu artigo que integra a coletânea por nós organizada em parceria com Luciano Benetti Timm (*Direitos Fundamentais, Orçamento e «Reserva do Possível»*), igualmente já referida.

cussão em torno da assim designada «reserva do possível» na condição de limite fático e jurídico à efetivação judicial (e até mesmo política) de direitos fundamentais — e não apenas dos direitos sociais, consoante já frisado — vale destacar que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. Isso significa, em primeira linha, que se a reserva do possível há de ser encarada com reservas⁶⁷, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a «reserva do possível» (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente — mas não exclusivamente! — em face do sentido do disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos⁶⁸. Por outro lado, para além do fato de que o critério do mínimo existencial — como parâmetro do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações — por si só já contribui para a «produtividade» da reserva do possível⁶⁹, há que explorar outras possibilidades disponíveis na nossa ordem jurídica e que, somadas e bem utilizadas, certamente haverão de reduzir de modo expressivo, se não até mesmo neutralizar, o seu impacto, inclusive no que diz com prestações que transcendam a garantia do mínimo existencial.

Neste contexto, também assume relevo o já referido princípio da proporcionalidade, que deverá presidir a atuação dos órgãos estatais e dos particulares, seja quando exercem função tipicamente estatal, mesmo que de forma delegada (com destaque para a prestação de serviços públicos)⁷⁰

⁶⁷ Cf. a oportuna advertência de JUAREZ FREITAS, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 211.

⁶⁸ Neste sentido v. também, igualmente passando a trilhar esta linha de pensamento, CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, «A justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros», in: *Direitos Sociais*, p. 545, assim como Daniel Sarmiento, in: *Direitos Sociais*, op. cit., p.

⁶⁹ Enfatizando que não há como ignorar a contingência da limitação de recursos, mas relativizando a sua incidência no campo do mínimo existencial, além de apontar para a necessidade de priorização das destinações orçamentárias, v., mais uma vez, ANA PAULA DE BARCELLOS, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, especialmente p. 236 e ss.

⁷⁰ Sem que aqui se possa discorrer sobre a natureza, função e mesmo o controle da prestação de serviços públicos com base nos direitos fundamentais, registra-se ser no mínimo questionável a afirmação de que, embora os serviços públicos sejam essenciais ao exercício de

seja aos particulares de um modo geral⁷¹. Além disso, nunca é demais recordar que a proporcionalidade haverá de incidir na sua dupla dimensão como proibição do excesso (de intervenção) e de insuficiência (de proteção)⁷², além de, nesta dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Isto significa, em apertadíssima síntese, que os responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência de proteção e promoção⁷³ (em

alguns direitos fundamentais, não há um direito de acesso aos serviços públicos, como parece afirmar ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, «Serviços Públicos e Direitos Fundamentais», in: DANIEL SARMENTO; FLÁVIO GALDINO (org.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3. Com efeito, considerando-se que a prestação de serviços públicos, especialmente os enquadráveis como essenciais (sendo, de qualquer sorte, discutível a existência de serviço não essencial no contexto do Estado social e democrático de Direito na sua feição atual), diz diretamente com a efetiva fruição dos direitos fundamentais na sua dupla dimensão negativa e positiva (basta recordar os exemplos da segurança pública, do acesso à justiça, do saneamento básico, do fornecimento de energia, bem como das prestações em matéria de educação e de saúde, entre tantos outros) no mínimo haveria de se reconhecer um direito fundamental a todos os serviços públicos essenciais. De todo o modo, a despeito da divergência apontada, o próprio autor referido, em seu importante e culto ensaio, não deixa de enfatizar que o «fundamento último da qualificação jurídica de determinada atividade como serviço público é ser pressuposto da coesão social e geográfica de determinado país e da dignidade dos seus cidadãos» (*op. cit.*, p. 2).

⁷¹ Sobre o tema, especialmente no que diz com os direitos fundamentais sociais, v. especialmente DANIEL SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 332 e ss., e, por último, INGO WOLFGANG SARLET, «Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado», in: *Revista de Direito do Consumidor* n.º 61, janeiro-março de 2007, p. 90 e ss.

⁷² Sobre o ponto, v. especialmente, dentro outros no âmbito da doutrina estrangeira, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2003, especialmente p. 119 e ss., e, entre nós, INGO WOLFGANG SARLET, «Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência», in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 47, mar.-abr. de 2004, p. 60-122; LENIO LUIZ STRECK, «Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais», in: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* n.º 2, 2004, p. 243-284; e, mais recentemente, Luciano Feldens, *A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 107 e ss., bem como, do mesmo autor, *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁷³ No que diz com a terminologia adotada (que, no nosso caso, é a de proibição de insuficiência), são várias as opções disponíveis na literatura, como dão conta as contribuições de JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 267 e ss. (proibição por defeito, entre nós adotada por LENIO LUIZ STRECK, «Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente...», p. 243 e ss. e LUCIANO FELDENS, *A Constituição Penal...*, p. 108 e ss., que fala em proteção deficiente, e Juarez Freitas, *O Con-*

virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício — para alguns, da razoabilidade no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desgarnecer a proteção de outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito. No que diz com a evolução jurisprudencial, convém anotar que esta dupla dimensão (ou perspectiva) da proporcionalidade já tem sido objeto de referência pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro em matéria de direitos sociais, embora, neste particular (da aplicação da proibição de proteção insuficiente), ainda não tenhamos uma elaboração mais desenvolvida⁷⁴.

Nesta perspectiva, vale o registro de que a proibição de insuficiência assume particular ênfase no plano da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais, o que remete, por sua vez, à questão do mínimo existencial, que volta a assumir um lugar de destaque também nesta seara, embora não se possa aqui desenvolver mais tais aspectos⁷⁵. Além do mais, convém destacar que aqui se revela possível a aplicação — cautelosa — de algumas das propostas oriundas da assim chamada análise econômica do Direito (ou Direito e Economia), precisamente no controle da observância dos critérios da proporcionalidade na sua dupla dimensão, onde não se pode mais justificar, até para que se possa responder às críticas endereçadas ao mau uso do princípio, a ausência de preocupação, registrada em muitas decisões judiciais, com as conseqüências do provimento jurisdicional, como se tais efeitos não pudessem, por sua vez, atingir direitos de terceiros e do próprio titular da demanda. Com efeito, aferir a adequação,

trole dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 38 e ss. (proibição de inoperância, não sendo o nosso intento adentrar aqui a discussão em torno do tópico.

⁷⁴ Cf., neste sentido, o julgamento da Suspensão de Liminar n. 228-7, Ceará (Ministro Gilmar Mendes), de 14.10.2008, versando sobre a manutenção de decisão das instâncias inferiores que obrigaram o poder público a iniciar as ações tendentes à instalação de dez novos leitos de UTIs (Unidades de Terapia Intensiva) para adultos.

⁷⁵ Sobre o tema, v., entre nós, também as referências de PAULO GILBERTO COGO LEIVAS, *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 76, destacando que os órgãos estatais estão obrigados a alcançar limites mínimos de satisfação dos direitos sociais, bem como, mais recentemente, WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG, «Princípio da Proporcionalidade», in: OLAVO DE OLIVEIRA NETO e MARIA ELIZABETH CASTRO LOPES (Org.), *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*, São Paulo: Elsevier, 2009, p. 309 e ss., bem consignando que se cuida, neste contexto, não de «uma técnica focada no controle das restrições a direitos», mas uma técnica focada no controle da promoção de direitos» (p. 310).

a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não dispensa considerações vinculadas à realidade — análise do impacto sobre o sistema de políticas públicas, por exemplo — e não se faz apenas no âmbito de uma análise «estritamente jurídica», como se fosse possível, ainda mais neste plano, desvincular questões de fato e de Direito.

Outra possibilidade, já referida, diz com o controle (que abrange o dever de aperfeiçoamento, resultante dos deveres de proteção) judicial das opções orçamentárias e da legislação relativa aos gastos públicos em geral⁷⁶ (inclusive da que dispõe sobre a responsabilidade fiscal), já que com isso se poderá, também, minimizar os efeitos da reserva do possível, notadamente no que diz com sua componente jurídica, tendo em conta a possibilidade (ainda que manuseada com saudável e necessária cautela) de redirecionar recursos (ou mesmo suplementá-los) no âmbito dos recursos disponíveis e, importa frisar, disponibilizáveis. Com efeito, o que se verifica, em muitos casos, é uma inversão hierárquica tanto em termos jurídico-normativos quanto em termos axiológicos, quando se pretende bloquear qualquer possibilidade de intervenção neste plano, a ponto de se privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais⁷⁷ e, o que é mais grave, prioridades em matéria de efetividade de direitos fundamentais. Tudo está a demonstrar, portanto e

⁷⁶ Consigna-se que, a despeito de correta a observação de FERNANDO FACURY SCAFF, «Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos», in: *Revista Interesse Público*, n.º 32, 2005, p. 225, no sentido de que embora tenhamos, na esteira de Alexy, de há muito sustentado a aplicação de um modelo de ponderação na solução concreta dos problemas envolvendo a eficácia e efetividade dos direitos sociais (não apenas, mas com ênfase no mínimo existencial) não tenha, por outro lado, o primeiro autor explorado a questão financeiro-orçamentário, isto não significa que tal aspecto não esteja presente nas digressões tecidas no que diz com eficácia dos direitos fundamentais, até mesmo pelo fato de que se cuida de aspectos inerentes à problemática da reserva do possível (notadamente na sua dimensão jurídica) e nas questões envolvendo o custo dos direitos de um modo geral. Que decisões tomadas em casos concretos — mediante a adequada ponderação — fatalmente, pelo menos em diversas ocasiões — resultam diretamente em afetação do orçamento e das finanças públicas sempre foi evidente, o que não significa — como ora se volta a enfatizar — que não seja o caso de resgatar, ainda que em parte, uma lacuna em termos de maior desenvolvimento deste tópico, que, todavia, reclama — em virtude da miríade de aspectos que suscita — um enfrentamento mais privilegiado do que aqui seria possível, pelo menos neste momento, empreender. Tem razão o autor, todavia, ao sustentar a absoluta necessidade de se investir no aprofundamento da análise sobre a questão do financiamento dos direitos, assim como dos aspectos relativos ao controle da destinação e desvinculação constitucionalmente ilegítima das vinculações orçamentárias (as presentes considerações foram extraídas basicamente de INGO WOLFGANG SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 8ª ed., p. 383).

⁷⁷ ROGÉRIO GESTA LEAL, «O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais», in: INGO WOLFGANG SARLET (Org.), *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, vol. I, Tomo I, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 157 e ss., bem lembra a existência de políticas públicas constitucionais vinculantes.

como bem recorda Eros Grau, que a assim designada reserva do possível «não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria, na prática — como diz José Joaquim Gomes Canotilho — a nenhuma vinculação jurídica»⁷⁸. Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem «governa» — pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito — é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais⁷⁹. Nesta seara, embora já se tenham verificado expressivos avanços, seja em termos doutrinários, seja no plano jurisprudencial, há que seguir investindo significativamente.

Além disso, o eventual impacto da reserva do possível certamente poderá ser, se não completamente neutralizado, pelo menos minimizado, mediante o controle (também jurisdicional!) das decisões políticas acerca da alocação de recursos, inclusive no que diz com a transparência das decisões e a viabilização do controle social sobre a aplicação dos recursos alocados no âmbito do processo político⁸⁰. Uma vez que a possibilidade de satisfação dos direitos reconhecidos pela Constituição (e também na esfera da legislação infraconstitucional) guarda vinculação com escolhas estratégicas sobre qual a melhor forma de aplicar os recursos públicos, tal como recordam Holmes e Sunstein, há, de fato, boas razões de ordem de-

⁷⁸ Cf. EROS ROBERTO GRAU, «Realismo e Utopia Constitucional», in: FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA e FILOMENO MORAES (Coord.), *Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 125.

⁷⁹ Sobre os limites da discricionariedade administrativa na base da Constituição e dos Direitos Fundamentais, para além do já clássico aporte de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 8ª tir., São Paulo: Malheiros, 2007, v. em especial os recentes desenvolvimentos de ANDREAS KRELL, *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, GUSTAVO BINENBOJM, *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, especialmente p. 193 e ss., bem como, por último, JUAREZ FREITAS, *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, São Paulo: Malheiros, 2007.

⁸⁰ Nesse sentido, conferir FÁBIO KONDER COMPARATO, «O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, culturais e sociais». In: SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA e EROS ROBERTO GRAU (Org.), *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 256/257. Bem destacando e desenvolvendo diversas das questões vinculadas ao controle de políticas públicas e o problema do controle das normas orçamentárias, vale conferir o ensaio de Ana Paula de Barcellos, «Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático», in: *Revista de Direito do Estado*, nº 3, jul.-set./2006, p. 17/54.

mocrática a indicarem que as decisões sobre quais direitos efetivar (assim como sobre em que medida se deve fazê-lo!) devam ser feitas do modo mais aberto possível e com a garantia dos níveis mais efetivos de informação da população, destinatária por excelência das razões e justificativas que devem sustentar as decisões tanto dos agentes políticos em geral quanto dos juízes⁸¹. De outra parte, não se deve olvidar que uma série de garantias constitucionais, como é o caso da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) viabilizam o acesso ao Judiciário, sempre que haja lesão ou ameaça de lesão a direito, sem que se possa excluir qualquer direito e, em princípio, qualquer tipo de ameaça de lesão ou lesão, ainda que veiculada por meio de «políticas públicas», seja decorrente da falta destas⁸².

De outra banda, conectado com a reserva do possível e com a distribuição das competências no campo do sistema estatal, de um modo geral no que diz com os deveres prestacionais vinculados aos direitos fundamentais, importa mencionar o papel do princípio da subsidiariedade, cuja operatividade transcende a sua já tradicional importância no âmbito do sistema federativo, ainda mais quando conectado com o princípio (e dever!) de solidariedade e a própria dignidade da pessoa humana. Sem que se possa também quanto a este ponto aprofundar o debate, há que recordar — de acordo com a precisa e oportuna lição de Jörg Neuner — que o princípio da subsidiariedade assume, numa feição positiva, o significado de uma imposição de auxílio e, numa acepção negativa, a necessária observância, por parte do Estado, das peculiaridades das unidades sociais inferiores, não podendo atrair para si as competências originárias daquelas⁸³. Neste sentido, ainda na esteira de Neuner, o princípio da subsidiariedade assegura simultaneamente um espaço de liberdade pessoal e fundamenta uma «pri-

⁸¹ Segue texto original em inglês no qual embasamos, com ajustes, o nosso entendimento: «Because rights result from strategic choices about how best to deploy public resources, there are good democratic reasons why decisions about which rights to protect, and to what degree, should be made in as open a manner as possible by a citizenry as informed as possible, to whom political officials, including judges, must address their reasonings and justifications». STEPHEN HOLMES e CASS SUNSTEIN, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 227.

⁸² Por evidente que a temática do controle jurisdicional das políticas públicas aqui não será desenvolvido de forma autônoma, a não ser de modo indireto, já que vinculado a uma série de questões centrais para este ensaio. Assim, para o devido aprofundamento, remetemos o leitor, entre outros, às monografias de EDUARDO APPIO, *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, Curitiba: Juruá, 2004; Maria Paula Dallari Bucci, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo: Saraiva, 2006, e, por último, NAGIBE DE MELO JORGE NETO, *O controle jurisdicional das políticas públicas. Concretizando democracia e os direitos sociais fundamentais*, Salvador: Editora Podivm, 2008.

⁸³ Cf. JÖRG NEUNER, «Los Derechos Humanos Sociales», in: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 9 (2005), p. 254-255.

mazia da auto-responsabilidade», que implica, para o indivíduo, um dever de zelar pelo seu próprio sustento e o de sua família⁸⁴.

Já à luz destas sumárias considerações e a despeito de toda a controvérsia em torno do significado do princípio da subsidiariedade, vislumbra-se aqui a premente necessidade de valorizar a sua operatividade, designadamente no campo da distribuição de encargos no âmbito da efetivação de padrões mínimos de justiça social entre os órgãos estatais e a sociedade, o que não significa necessariamente aderir a uma fundamentação prevalentemente liberal dos direitos fundamentais e muito menos implica uma cogente redução dos direitos sociais (especialmente na sua dimensão positiva) à subsidiariedade, questões que aqui não poderão ser enfrentadas. De outra parte, o princípio (e dever) da subsidiariedade, compreendido (também) no sentido de uma exigência do exercício efetivo da autonomia e da cobrança de pelo menos uma co-responsabilidade pessoal (que, por óbvio, deverá observar os critérios da proporcionalidade e atender às circunstâncias pessoais) acaba por atuar inclusive na compreensão do próprio conteúdo e significado do princípio da dignidade da pessoa humana, temática que por si só já demandaria uma investigação específica e que, de resto, guarda conexão com o princípio da solidariedade. Apenas para ilustrar as possíveis aplicações na esfera dos direitos sociais, há que referir o exemplo da possibilidade de impor, em determinadas circunstâncias, até mesmo a cobrança de taxas (proporcionais e que considerem as reais condições do usuário) na esfera do sistema público de saúde, no âmbito de uma leitura harmonizada do princípio da universalidade e da subsidiariedade, tal como já havíamos sugerido⁸⁵. Igualmente a exigência de demonstração da efetiva necessidade (hiposuficiência) por parte do autor das demandas judiciais, também já referida em outra oportunidade, há que ser levada a sério no controle judicial dos pleitos, especialmente quando individuais⁸⁶.

No que diz com a atuação do Poder Judiciário, não há como desconsiderar o problema da sua prudente e responsável auto-limitação funcional (do assim designado *judicial self restraint*), que evidentemente deve estar sempre em sintonia com a sua necessária e já afirmada legitimação para atuar, de modo pró-ativo, no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais⁸⁷. Que a atuação dos órgãos jurisdicionais — sempre provocada — não apenas

⁸⁴ Cf. JÖRG NEUNER, *op. cit.*, p. 255.

⁸⁵ Cf. INGO W. SARLET e MARIANA F. FIGUEIREDO, «Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações», in: *Direitos Fundamentais & Justiça*, Ano 1-Nº 1 –Out/Dez. 2007, p. 201 e ss.

⁸⁶ Cf., novamente, INGO W. SARLET e MARIANA F. FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 201 e ss.

⁸⁷ Sobre o tema, v. a imprescindível contribuição de CLÁUDIO ARI MELLO, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

não dispensa, como inclusive exige uma contribuição efetiva dos demais atores políticos e sociais, como é o caso do Ministério Público, das Agências Reguladoras, dos Tribunais de Contas, das organizações sociais de um modo geral, bem como dos cidadãos individualmente considerados, resulta evidente, mas nem sempre corresponde a uma prática institucional efetiva nesta seara. Da mesma forma, imprescindível, como bem aponta relevante doutrina, maior investimento na análise do perfil (e da capacidade) institucional do Poder Judiciário na esfera da promoção da justiça social e, portanto, a importância de se instaurar um autêntico diálogo interinstitucional⁸⁸, que, por sua vez, passa pelo respeito ao princípio e correspondente dever de cooperação. Também neste contexto assumem relevo os princípios da moralidade e probidade da administração pública, de tal sorte que — mesmo sem desenvolver o ponto — é possível afirmar que a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais, na sua dupla dimensão defensiva e prestacional, depende, em parte significativa (e a realidade brasileira bem o demonstra!) da otimização do direito fundamental a uma boa (e portanto sempre proba e moralmente vinculada) administração.

Ainda com relação à objeção da escassez de recursos, consideramos oportuna a referência ao pensamento de Jorge Reis Novais⁸⁹ ao afirmar que a reserva do possível (antes de atuar como barreira intransponível à efetivação dos direitos fundamentais, importa acrescentar!) deve vigorar como um mandado de otimização da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, impondo ao Estado o dever fundamental de, tanto quanto possível, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em causa, preservando, além disso, os níveis de realização já atingidos, o que, por sua vez, aponta para a necessidade do reconhecimento de uma proibição do retrocesso, ainda mais naquilo que se está a preservar o mínimo existencial⁹⁰. Neste contexto, embora aqui não se possa desenvolver o pon-

⁸⁸ Neste sentido, v., em especial, discorrendo sobre a ótica da promoção da justiça distributiva por meio da atuação do Poder Judiciário, JOSÉ REINALDO LIMA LOPES, *Direitos Sociais. Teoria e Prática*, São Paulo: Método, 2006, especialmente p. 185 e ss., bem como, GUSTAVO BINENBOJM e ANDRÉ RODRIGUES CYRINO, «O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação. Limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos», in: *Direitos Sociais*, p. 997 e ss., chegando a apontar para uma «virada institucional». Na mesma linha e contidos na mesma obra coletiva, v., ainda, os já referidos aportes de Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira Souza Neto.

⁸⁹ JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 295.

⁹⁰ Sobre a proteção contra um retrocesso v., INGO WOLFGANG SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 442 e ss., bem como a recente coletânea de CHRISTIAN COURTIS (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006. Por último, v. ainda FELIPE DERBLI, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

to, já se apontou para uma espécie de *entrenchment* (entrincheiramento) dos direitos fundamentais, que, todavia, não inviabiliza ajustes e mesmo restrições, mas opera como blindagem que objetiva a manutenção de um mínimo em concretude normativa, notadamente, do assim designado núcleo essencial dos direitos fundamentais, especialmente, no caso dos direitos sociais, abarcando os níveis de concretização deste núcleo essencial por parte do legislador⁹¹.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: ALGUNS DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Apesar dos inúmeros aspectos a serem inventariados e discutidos e mesmo considerando o caráter incompleto e sumário da nossa análise, a evolução constitucional desde outubro de 1988 revela que, tanto na seara doutrinária quanto jurisprudencial, apesar de algumas posições dissonantes, se verifica, em termos gerais, a construção de uma dogmática e prática jurisdicional comprometida com os direitos sociais fundamentais e a garantia de um regime jurídico-constitucional compatível.

Tal fenômeno ocorre tanto no que diz respeito ao reconhecimento em si da condição de verdadeiros direitos fundamentais aos direitos sociais (pelo menos dos assim designados direitos sociais básicos, ligados ao mínimo existencial, onde parece existir um consenso) quanto na superação, pelo menos em boa parte, das principais objeções que lhes são direcionadas, seja no que diz com a sua constitucionalização, seja no concernente a sua condição de direitos exigíveis. Com efeito, os direitos sociais não apenas têm sido considerados como dignos de tutela contra intervenções ilegítimas por parte dos poderes públicos e dos particulares, como têm sido constantemente tratados como direitos subjetivos e, como tal, judicialmente exigíveis, ainda que se possa controverter a respeito de eventuais excessos aqui ou acolá, bem como estejam a aumentar em número os que questionam a legitimidade do Poder Judiciário para impor, em face dos demais órgãos estatais, os direitos sociais na sua dimensão positiva.

Se, por outro lado, é preciso reconhecer que a previsão de direitos sociais na Constituição, nem mesmo quando lhes é garantido um regime jurídico qualificado, não é, por si só, suficiente para assegurar a todos os brasileiros uma vida digna, a fase inaugurada com a atual Carta Magna tem demonstrado que a tutela constitucional dos direitos sociais como direitos fundamentais tem sido um fato relevante tanto como pauta permanente de reivindicações na esfera das políticas públicas, quanto como

⁹¹ Sobre o tema, especialmente referindo a figura do entrincheiramento, v. WALBER DE MOURA AGRA, *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 300 e ss.

poderoso instrumento para, na ausência ou insuficiência daquelas, ou mesmo pela falta de cumprimento das próprias políticas públicas, propiciar o assim designado «empoderamento» do cidadão individual e coletivamente considerado para uma ação concreta, ainda que nem sempre idealmente efetiva e muitas vezes mais simbólica. Nesta perspectiva, o fato de os direitos sociais serem considerados autênticos direitos fundamentais e, como tais, levados a sério também na sua condição de direitos subjetivos, tem também servido para imprimir à noção de cidadania um novo contorno e conteúdo, potencialmente mais inclusivo e solidário, o que por si só já justificaria todo o esforço em prol dos direitos sociais e nos serve de alento para seguirmos aderindo ao bom combate às objeções manifestamente infundadas que lhes seguem sendo direcionadas.

De outra parte, como já apontado em diversas passagens do texto, embora sem a pretensão de uma sistematização, percebe-se uma tendência de superação dos extremismos que marcaram a evolução constitucional brasileira na esfera da eficácia e efetividade dos direitos sociais. Entre a negação de sua normatividade (considerando-os como sendo previstos em normas destituídas de aplicabilidade direta) e a tendência de, em nome dos direitos sociais (e o caso do direito a saúde se revela emblemático) se assegurar praticamente tudo o que for reclamado pela via judicial, verifica-se atualmente, embora ainda com maior ênfase na doutrina, a busca de um equilíbrio possível, apostando em critérios racionais e razoáveis, que efetivamente possam balizar uma efetividade maior para um maior número de pessoas.

Com efeito, o reconhecimento de que os direitos sociais constituem direitos exigíveis não transforma o Poder Judiciário no agente privilegiado do processo, pois não poderá substituir uma ampla e coerente política dos direitos fundamentais (e não apenas dos direitos sociais), por mais que seja correta e deva ser endossada, não pode, por seu turno, conduzir ao afastamento dos direitos sociais do crivo dos Tribunais. O que há de ser discutido e melhor equacionado, é a forma pela qual há de atuar o Poder Judiciário, visto que este — assim como seus órgãos e agentes — também se acha vinculado diretamente pelos deveres de proteção dos direitos fundamentais. Da mesma forma, como foi objeto de várias contribuições citadas neste trabalho, há que apostar mais no estudo do papel do Poder Legislativo e do Poder Executivo, assim como nos mecanismos de aperfeiçoamento do controle social em relação às políticas públicas.

Assim, há como afirmar que um dos principais desafios com os quais nos deparamos atualmente é o de resgatar as boas (pois nem todas talvez o sejam!) promessas da modernidade, dentre as quais assume papel de destaque a institucionalização e a permanente «atualidade dos direitos sociais»⁹²,

⁹² Sobre o tópico, v. as ponderações de JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS, *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 181 e ss.

contribuindo para que também as instituições do Estado Democrático de Direito consagrado pela CF, possam, antes tarde do que nunca, tornar efetivas tais promessas, especialmente naquilo que estas dizem respeito à implantação de níveis suficientes de justiça social, em outras palavras, à garantia de uma existência digna (uma vida com qualidade) para todos.