

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA - IDP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU DA ESCOLA DE DIREITO E
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EDAP - IDP
DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

PAULO HENRIQUE AMARAL MOTTA

**IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO CONTEXTO DE ESCASSEZ DE
RECURSOS:
UMA ABORDAGEM PROPOSITIVA**

BRASÍLIA

2023

PAULO HENRIQUE AMARAL MOTTA

**IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO CONTEXTO DE ESCASSEZ DE
RECURSOS:
UMA ABORDAGEM PROPOSITIVA**

Tese de Doutorado, desenvolvida sob a orientação do professor Doutor João Paulo Bachur, apresentada como critério parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito Constitucional.

BRASÍLIA

2023

PAULO HENRIQUE AMARAL MOTTA

**IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO CONTEXTO DE ESCASSEZ DE
RECURSOS:
UMA ABORDAGEM PROPOSITIVA**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

Brasília-DF, 20 de abril de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador Doutor João Paulo Bachur
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP

Professor Doutor Ilton Norberto Robl Filho
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP

Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet
**Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade
Católica do Rio Grande do Sul**

Professor Doutor Ramiro Nóbrega Sant'anna
CEUB - Centro Universitário de Brasília

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela proteção e força cotidianas para superação das dificuldades.

Agradeço ao orientador, Professor Doutor João Paulo Bachur, sem o qual o trabalho não existiria, pela dedicada atenção em cada fase deste objetivo.

A minha genitora Margareth Amaral Motta, pelas orientações e aprendizados para a vida.

A minha companheira e esposa Kamila do Carmo Nunes Amaral, pelo apoio e incentivo à elaboração desta pesquisa.

Aos meus queridos filhos Caio Henrique e Cecília, fontes de toda a minha inspiração.

Aos demais familiares, amigos e amigas, pelo carinho e afeto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	16
1.1 Constitucionalismo multinível: compreensão geral.....	18
1.2 A relação entre o ordenamento constitucional local e as normas internacionais	22
1.3 Diálogos protetivos dos direitos sociais prestacionais	27
1.4 Os direitos sociais na arena constitucional brasileira	31
2 A EFICÁCIA DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS NO CONTEXTO DE ESCASSEZ DE RECURSOS	37
2.1 Dimensão positiva dos direitos sociais: delimitação do estudo.....	38
2.2 A eficácia constitucional das normas definidoras de direitos sociais prestacionais	40
2.2.1 <i>As normas constitucionais definidoras de direitos sociais como princípios políticos</i>	41
2.2.2 <i>Normas meramente programáticas.....</i>	41
2.2.3 <i>Reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais prestacionais</i>	43
2.2.3.1 Direitos sociais prestacionais na qualidade de direitos subjetivos	45
2.3 O núcleo essencial dos direitos sociais	49
2.3.1 <i>Teoria objetiva e teoria subjetiva</i>	52
2.3.1.1 Teoria absoluta (absolute Theorie) do núcleo essencial.....	54
2.3.1.2 Teoria relativa (relative Theorie) do núcleo essencial.....	57
2.3.2 <i>Teoria adotada</i>	60
2.4 O mínimo para uma existência condigna e a justiciabilidade	65
2.4.1 <i>Fundamentos teóricos do mínimo para uma existência condigna</i>	71
2.4.1.1 A proposta teórica de John Rawls	72
2.4.1.2 Robert Alexy e o mínimo existencial	74
2.4.2 <i>O mínimo existencial como pressuposto da democracia e da liberdade.....</i>	77
2.4.3 <i>O mínimo existencial e o direito ao desenvolvimento</i>	82
2.4.4 <i>A compreensão absoluta e relativa do mínimo existencial</i>	85
2.4.5 <i>Uma proposta viável</i>	89

3 A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO CONTEXTO DE ESCASSEZ DE RECURSOS	99
3.1 O dever de implementação dos direitos sociais	101
<i>3.1.1 A universalidade e a gratuidade na implementação dos direitos sociais.....</i>	<i>103</i>
<i>3.1.2 A progressividade da esfera de proteção dos direitos sociais</i>	<i>108</i>
3.1.2.1 A concretização dos direitos sociais em consonância com o grau de vulnerabilidade econômico-financeira dos seus destinatários.....	109
3.1.2.2 A aplicação de diferenciações na efetivação dos direitos sociais e seus modelos ..	114
3.2 A reserva do possível x reserva do necessário.....	119
<i>3.2.1 A doutrina tradicional da reserva do possível</i>	<i>120</i>
3.2.1.1 Reserva do possível: uma breve descrição dos seus antecedentes históricos.....	121
3.2.1.2 A natureza da reserva do possível	123
3.2.1.3 Outros aspectos relevantes da doutrina da reserva do possível	125
<i>3.2.2 O desenvolvimento da reserva do necessário como alternativa à reserva do possível..</i>	<i>129</i>
3.2.2.1 A reserva do necessário na efetividade dos direitos sociais num contexto de escassez de recursos.....	131
<i>3.2.3 Teoria adotada: a reserva do necessário conjugada com a reserva do possível fática e suas condicionantes.....</i>	<i>133</i>
3.3 O retrocesso social: uma nova interpretação nos tempos de crise	137
<i>3.3.1 A concepção tradicional do princípio da proibição de retrocesso social.....</i>	<i>137</i>
3.3.1.1 A proibição de retrocesso: princípio constitucional ou princípio político.....	142
<i>3.3.2 O retrocesso social e o princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais oriundo das normas internacionais</i>	<i>144</i>
<i>3.3.3 Limites ao retrocesso social nos tempos de crise econômico-financeira.....</i>	<i>150</i>
4 AS NOVAS VESTES DO ESTADO NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS SOB A VIGÊNCIA DE UM CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL .	155
4.1 A responsabilidade primária do Estado na implementação dos direitos sociais ...	155
4.2 A atuação primária do Estado pela via do diálogo interinstitucional	156
<i>4.2.1 Os diálogos pela via administrativa</i>	<i>158</i>
<i>4.2.2 Os diálogos pela via judicial.....</i>	<i>161</i>
4.3 O Estado em novos formatos	165
<i>4.3.1 O Estado ativador ou de ativação e a implementação dos direitos sociais.....</i>	<i>165</i>

4.3.1.1 O Estado ativador e o discurso dos deveres	168
4.3.1.2 Dos contributos teóricos à prática	172
4.3.2 O Estado de garantia	174
4.3.2.1 O Estado de garantia e a solidariedade	177
4.3.2.2 O Estado de garantia e a subsidiariedade	181
4.3.2.3 Dos contributos teóricos à prática	183
CONCLUSÃO.....	186
REFERÊNCIAS.....	192

RESUMO

A presente tese possui como objetivo investigar, num estudo interdisciplinar, propostas que assegurem uma melhor implementação dos direitos sociais prestacionais no contexto de escassez de recursos, sob a vigência de um constitucionalismo multinível. Para isso, busca-se a construção de uma dogmática da escassez, a qual leve em consideração as dificuldades decorrentes da desvinculação crescente entre as possibilidades de implementação dos direitos sociais prestacionais e os meios econômico-financeiros escassos do Estado. Nesse aspecto, a tese realiza um estudo normativo e doutrinário acerca do constitucionalismo multinível, analisando a sua repercussão na proteção dos direitos sociais. A pesquisa também se ocupa de uma abordagem dogmática, revisitando construções teóricas, com o objetivo principal de formular propostas e paradigmas destinados a uma eficaz implementação dos direitos sociais prestacionais num cenário de escassez. A tese analisa, ainda, a influência dos aspectos econômicos e financeiros no sistema constitucional de garantia da eficácia e efetividade dos direitos sociais, com o estudo propositivo, ao final, de diversos modelos de Estado. No aspecto metodológico, adotou-se predominantemente o método de pesquisa dedutivo. Adotou-se ainda as técnicas de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, analisando tanto trabalhos científicos quanto julgados na temática pesquisada. Como resultado aponta-se uma dogmática jurídica que considere os limites financeiros, com a fixação de critérios e paradigmas destinados à implementação dos direitos sociais prestacionais, sem prejuízo, ainda, da adoção de modelos alternativos de Estado.

Palavras-chave: direitos sociais - escassez de recursos - implementação - modelos de Estado.

ABSTRACT

This thesis aims to investigate, in an interdisciplinary study, proposals that ensure a better implementation of social rights in the context of scarcity of resources, under the validity of a multilevel constitutionalism. For this, the thesis aims to build a dogmatics of scarcity, which takes into account the difficulties arising from the growing disconnection between the possibilities of implementing social rights and the scarce economic and financial means of the State. In this aspect, the thesis carries out a normative and doctrinal study about multilevel constitutionalism, analyzing its impact on the protection of social rights. The research also deals with a dogmatic approach, revisiting theoretical constructions, with the main objective of formulating proposals and paradigms aimed at an effective implementation of social rights in a scenario of scarcity. The thesis also analyzes the influence of economic and financial aspects on the constitutional system of guaranteeing and effectiveness of social rights, with the study, at the end, of several models of State. In the methodological aspect, the deductive research method was predominantly adopted. The techniques of bibliographic and jurisprudential research were also adopted, analyzing both scientific and judged works on the researched theme. As a result, it is pointed out a legal dogmatic that considers the financial limits, with the establishment of criteria and paradigms for the implementation of social rights, without prejudice to the adoption of other models of State.

Keywords: social rights - scarcity of resources - implementation - State models.

INTRODUÇÃO

A presente tese destina-se a investigar, num estudo interdisciplinar, propostas que assegurem uma melhor implementação dos direitos sociais prestacionais no contexto de escassez de recursos, sem desconsiderar a vigência de um constitucionalismo multinível dialógico e interativo.

A relevância e a atualidade do assunto são inegáveis.

De um lado, com a pluralidade de ordens jurídicas, há a construção de um ambiente de constitucionalismo multinível, a partir do qual a proteção normativa dos direitos sociais prestacionais, dentre outros direitos fundamentais e humanos, é vislumbrada tanto no Texto Constitucional pátrio, quanto nos tratados internacionais.

Persiste, portanto, um sistema de proteção dos direitos sociais prestacionais de índole multinível, que oferece garantias no âmbito global, no nível regional, e, também, na esfera local, sendo plural quanto à sua origem, mas coincidente acerca das finalidades pretendidas. Nesse direito constitucional multinível, há uma internormatividade entre a Constituição local e as fontes internacionais, que objetiva a proteção dos direitos fundamentais e humanos, inclusive dos direitos sociais prestacionais.

Por outro lado, no contexto de uma comunidade globalizada, há uma realidade jurídico-constitucional sufocada por dificuldades econômicas e financeiras que fragilizam o Estado social, visto que há uma relação direta entre a disponibilidade de recursos orçamentários e a possibilidade fática de implementar os direitos sociais prestacionais.

Ainda que o conceito de escassez de recursos mereça ser compreendido num aspecto relativo¹, não há qualquer dúvida de que persiste um descompasso entre as atuações limitadas do Estado e as pretensões dos indivíduos acerca da implementação dos direitos sociais. Tal escassez torna-se ainda mais agravada no contexto de um Estado rotineiramente endividado como o brasileiro, onde persiste o uso habitual de deficits orçamentários e do financiamento por meio da emissão de títulos da dívida pública.

Além do aspecto acima referido, há uma outra dimensão que evidencia a relevância nas reflexões pretendidas, pois a apontada escassez de recursos coloca à prova o sistema constitucional de garantia, eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos sociais,

¹ Vide SEN, Amartya. *Poverty and famines: an essay on entitlement and deprivation*. Oxford: Oxford University Press, 1983, para quem, na verdade, não se trata de uma escassez de recursos propriamente dita, mas de uma injusta distribuição dos mesmos.

suscitando debates dogmáticos que revisitam teorias já consagradas, como aquelas que subsidiam o princípio da proibição do retrocesso social, a garantia do mínimo a uma existência condigna, a tese da reserva do possível, dentre outras.

Assim, a pesquisa ora apresentada mostra-se atual, pois, se de um lado há uma arquitetura constitucional que garante a aplicabilidade e a efetividade dos direitos sociais, por outro, persiste um quadro de escassez de recursos orçamentários, o que impõe a construção de parâmetros e instrumentos de solução a esse conflito.

Nesse contexto, os estudos e seus resultados, pautados numa dogmática da escassez², mostram-se relevantíssimos e consonantes com a atualidade de uma comunidade globalizada e regida por um constitucionalismo multinível vigente.

Acerca da originalidade, esta também pode ser vislumbrada na presente pesquisa, ainda que a especialização da produção acadêmica, por ser tão farta, praticamente impeça qualquer tentativa de identificar um tema em relação ao qual nenhum autor antes tenha se dedicado. Apesar da questão relacionada com a implementação dos direitos sociais num cenário de escassez de recursos já ter rendido teses e dissertações de excelente qualidade, busca-se, na pesquisa em comento, uma análise essencialmente interdisciplinar, não se limitando à dogmática jurídica.

Além disso, a presente tese desenvolve o tema escolhido a partir da concepção de um constitucionalismo multinível, o que se harmoniza com o atual estágio de interlocução da Constituição Federal de 1988 com os sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos.

Não é este, evidentemente, o primeiro trabalho – e acredita-se que não seja o último – a abordar a implementação dos direitos sociais prestacionais num contexto de escassez de recursos. No entanto, a originalidade de uma pesquisa reside na sua abordagem, e não no ineditismo de seu objeto. Uma vez eleito um dado objeto pelo pesquisador, a forma de abordá-lo e a investigação certamente levarão a conclusões próprias, que podem confirmar ou não resultados já sustentados por outros autores. Com isso, a partir das perspectivas lançadas acima, o objeto de pesquisa, já explorado por outros investigadores, aqui receberá uma abordagem própria, que levará a resultados independentes construídos pelo pesquisador.

Com os aspectos apontados acima, o problema central da presente pesquisa pode ser formulado da seguinte maneira: a partir de um estudo interdisciplinar, quais propostas

² Sobre esse aspecto, vide LOUREIRO, João Carlos. A “porta da memória”: (pós?) constitucionalismo, estado (pós?) social, (pós?) democracia e (pós?) capitalismo: contributos para uma “dogmática da escassez”. Revista Estudos do Século XX, n. 13, 2013-b.

podem assegurar uma melhor implementação dos direitos sociais prestacionais no contexto de escassez de recursos, na vigência de um constitucionalismo multinível?

Para responder o problema apresentado, busca-se a construção de uma dogmática da escassez que, apesar da amplitude das demandas relacionadas com a socialidade, deve reconhecer que os recursos estatais destinados ao seu custeio são limitados, levando-se, portanto, em consideração as dificuldades decorrentes da desvinculação crescente entre as possibilidades de implementação dos direitos sociais e os meios econômico-financeiros do Estado³.

E nessa construção de uma dogmática ocupada com a escassez de recursos, são colhidas, além das teorias jurídicas, contribuições oriundas de autores não jurídicos, que muitos elementos enriquecedores trazem para a tentativa de responder a pergunta acima apresentada.

A tese em comento pretende, inicialmente, realizar um estudo normativo e doutrinário acerca do constitucionalismo multinível, a evidenciar a sua existência e o seu funcionamento, analisando, assim, a sua repercussão na proteção dos direitos sociais. Com isso, é possível identificar um arcabouço normativo dialógico e interativo, que não pode ser simplesmente ignorado na busca de soluções assecuratórias de uma melhor aplicabilidade e efetividade dos direitos sociais no contexto de escassez.

A pesquisa também se ocupa de uma abordagem dogmática, que parte da teoria geral do Estado e da Constituição, do direito constitucional e da teoria geral dos direitos fundamentais, revisitando construções teóricas já desenvolvidas, sempre atentas com o objetivo principal de formular propostas e paradigmas destinados a uma eficaz implementação dos direitos sociais prestacionais num cenário de escassez no contexto brasileiro em especial.

Busca-se, também, para responder à pergunta central da pesquisa, analisar a influência dos aspectos econômicos e financeiros no sistema constitucional de garantia da eficácia e efetividade dos direitos sociais. Nesse turno, em razão da complexidade do objeto de pesquisa, não há como ignorar as perspectivas de outras áreas do conhecimento, as quais devem dialogar com o Direito, preocupando-se com a eficiência no emprego dos recursos sociais escassos para atender amplas e persistentes necessidades humanas.

Por fim, a tese também se ocupa de debater a atividade prestacional do Estado, com a apreciação da vigência dos deveres/princípios da solidariedade e da subsidiariedade, que podem envolver a coparticipação de outros entes, além dos estatais, na prossecução da socialidade. Nesse aspecto, a pesquisa objetiva analisar outros formatos de Estado, tais como o

³ LOUREIRO, op. cit., 2013-b, p. 119.

Estado ativador ou de ativação, e o Estado de garantia, como possíveis alternativas complementares ao modelo clássico de Estado prestacional.

Para tanto, a presente tese será estruturada conforme abaixo descrito.

O Capítulo I pretende, a partir de um estudo normativo e doutrinário, descrever o constitucionalismo multinível e a sua repercussão na proteção e garantia dos direitos sociais prestacionais. Após possibilitar uma compreensão geral, será abordada a relação entre o ordenamento constitucional local e as normas internacionais, destacando, em consequência, os diálogos protetivos dos direitos sociais, que dessa interação normativa provêm.

Com isso, ao final do referido Capítulo I, propõe-se analisar alguns dos aspectos relacionados com a proteção dos direitos sociais na arena constitucional brasileira, tendo como principal finalidade assegurar que toda e qualquer proposta, uma vez construída dentro do paradigma de uma dogmática da escassez, esteja em harmonia com o sistema de garantia proveniente do constitucionalismo multinível, que se mostra dialógico, interativo e vigente.

No Capítulo II, há a intenção de iniciar o desenvolvimento de uma dogmática que se ocupe da escassez de recursos, dentro, no entanto, de uma pretensa posição intermediária, que não repita o erro de imaginar que o Estado pode absolutamente tudo no âmbito da socialidade, mas que também não acolha um constitucionalismo de mínimos, estando em conformidade com um constitucionalismo multinível forte.

A partir de uma delimitação do estudo, restrita à dimensão positiva dos direitos sociais, iniciar-se-á uma análise acerca da eficácia constitucional das normas que os definem, quando, então, serão tecidos estudos conducentes ao reconhecimento da respectiva fundamentalidade, bem como à qualidade de direitos subjetivos, sem qualquer vinculação, no entanto, a uma suposta justiciabilidade automática, imediata e irrestrita.

E, então, para subsidiar o desenvolvimento de propostas e soluções que visem assegurar uma melhor implementação dos direitos sociais prestacionais no contexto de escassez de recursos, no Capítulo II serão realizados estudos quanto ao núcleo essencial, bem como acerca do mínimo a uma existência condigna, a partir de contribuições provenientes da dogmática jurídica e da Filosofia, com a assunção de posições teóricas pelo pesquisador.

Nesse apontado Capítulo II, acerca do núcleo essencial dos direitos sociais prestacionais, será desenvolvido um detalhamento das teorias objetiva e subjetiva que recaem sobre o tema, bem como das teorias absoluta e relativa.

Já quanto ao mínimo para uma existência condigna, além de outros aspectos gerais, o trabalho abordará a proposta teórica de John Rawls e os contributos de Robert Alexy, com o estudo do mínimo existencial como pressuposto da liberdade e da democracia, e como

necessário a assegurar o direito ao desenvolvimento, a partir do que é construída uma proposta viável a impor uma modulação na justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais segundo o critério relativo da necessidade.

Espera-se, com esses marcos teóricos, analisar e construir propostas e parâmetros, a partir do Capítulo III, visando uma implementação mais efetiva dos direitos sociais no contexto de limitação de recursos, a partir da previsão normativo-constitucional de que incumbe ao Estado, numa responsabilidade primária, o dever de satisfação da socialidade.

À luz disso, o trabalho fará, no Capítulo III, uma análise da universalidade e da gratuidade na implementação dos direitos sociais prestacionais, com a formulação da proposta de que a concretização desses ocorra em consonância com o grau de vulnerabilidade econômico-financeiro dos seus destinatários, admitindo-se a aplicação de diferenciações na efetivação dos direitos sociais mediante a superação do dogma do financiamento da socialidade por impostos, com a implementação de taxas moderadoras ou coparticipações por parte daqueles que podem pagar.

Nesse mesmo exercício propositivo, a pesquisa trará um estudo da construção teórica da reserva do possível, bem como da reserva do necessário, numa análise comparativa. Em consequência, o trabalho pretende formular o parâmetro da reserva do necessário conjugada com a reserva do possível fática, havendo, em consequência, a fixação do critério da necessidade, bem como, também, o não acolhimento da reserva do possível na sua dimensão jurídica.

Ao fim do Capítulo III, proceder-se-á com uma nova interpretação do princípio da proibição do retrocesso social, o qual, sem se distanciar da dura realidade da limitação dos recursos, buscará uma harmonização com o princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais proveniente do constitucionalismo multinível, que não pode ser simplesmente ignorado, com a fixação de limites razoáveis aos retrocessos eventualmente perpetrados pelos poderes constituídos em tempos de crise.

Assim, já no Capítulo IV, qual seja o último da tese, mediante contribuições teóricas interdisciplinares, serão analisadas propostas de novos formatos de Estado na implementação dos direitos sociais sob a vigência do constitucionalismo multinível.

Nesse aspecto, o trabalho abordará a responsabilidade primária do Estado na implementação dos direitos sociais, que não se confunde com uma atuação monopolística. Além disso, ainda no formato de Estado prestacional, considerando modelos existentes no sul global, bem como contribuições teóricas diversas, será compreendida a via do diálogo interinstitucional, tanto administrativa quanto judicial, já pensando em propostas concretas que

viabilizem uma melhor execução da socialidade em tempos de escassez de recursos.

Também no Capítulo IV, serão tecidos estudos acerca do modelo do Estado ativador frente ao discurso dos deveres, bem como do modelo do Estado de garantia sob a incidência dos princípios da solidariedade e da subsidiariedade. Com isso, a tese buscará avançar na construção de propostas viáveis que possibilitem uma execução mais efetiva das prestações sociais impostas numa dimensão multinível pelo constitucionalismo ora vigente.

A abordagem do tema será feita predominantemente a partir do método dedutivo mediante consulta de bibliografia nacional e estrangeira. Utilizar-se-á, porém, o método indutivo em determinados aspectos, a partir da análise de casos concretos, dos quais será possível extrair algumas generalizações.

A técnica de pesquisa a ser adotada, por seu turno, será basicamente a revisão bibliográfica e jurisprudencial, analisando tanto trabalhos científicos quanto julgados na temática abordada, não só brasileiros, mas também estrangeiros.

CAPÍTULO 1 O CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS⁴

O capítulo primeiro, a partir de um estudo normativo e doutrinário, pretende demonstrar a existência e o funcionamento de um constitucionalismo multinível, com a finalidade de analisar a sua repercussão na proteção dos direitos sociais.

Nos tempos atuais, muito se diz sobre uma crescente globalização. Conforme David Held, esse processo globalizante deve ser compreendido através de dois distintos fenômenos. Primeiramente, relacionado com o alcance mundial das atividades políticas, econômicas e sociais. Além disso, marcado pelo fortalecimento da interação e interconexão entre os entes estatais e organismos que formam a sociedade internacional, com relações cada vez mais intensas nas dimensões organizacional, administrativa e legal, dentre outras⁵.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a globalização, que é marcada pela mundialização das relações políticas, econômicas e sociais, intensificou uma atuação associativa entre os Estados, com a afirmação, inclusive, dos direitos fundamentais e dos direitos humanos⁶ como limites à soberania⁷.

⁴ A delimitar o tema, a pesquisa em tela estará restrita aos direitos sociais, econômicos e culturais, ainda que uma parte do que se propõe possa ser aplicada com relação a todos os ditos “direitos prestacionais”, compreendendo-os como aqueles direitos fundamentais “*que estabelecem pretensões a uma prestação em face do Estado, podendo decorrer tanto de direitos civis e políticos, quanto dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais*” (FACHIN, Melina Girardi; SCHINERMANN, Caio César Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. Revista de Estudos Institucionais, v. 4, 2018, p. 213). No presente texto, os direitos econômicos, sociais e culturais serão denominados como direitos sociais prestacionais, ou simplesmente como direitos sociais, assim tomados no sentido amplo, os quais, sem prejuízo de outras definições, podem ser compreendidos como aqueles que visam propiciar um direito de participar do bem-estar social (LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 127).

⁵ HELD, David. A democracia, o Estado-nação e o sistema global. Lua Nova Revista de Cultura e Política, n. 23, março 1991, p. 157.

⁶ Em razão da permanente e mútua relação observada entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional, conforme será exposto no presente capítulo, defende-se uma aproximação semântica entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, embora não se tratem de expressões sinônimas ou idênticas. Ainda que originalmente o termo direitos humanos fosse reservado para definir os direitos estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados internacionais, restando para a expressão direitos fundamentais alcançar aqueles direitos reconhecidos pelo Direito Constitucional, atualmente essa distinção vem sendo relativizada, ainda que permaneça persistente. Isso se dá também, porque tanto o Direito Internacional - vide a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, quanto o Direito Constitucional - vide o artigo 4º, inciso II, e o artigo 7º do ADCT, da Constituição brasileira, utilizam ambas as expressões, em seus textos, com alguma regularidade. Para aprofundar sobre o tema, vide RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 52-56; FACHIN, Melina Girardi; SCHINERMANN, Caio César Bueno. O potencial catalizador da tutela coletiva dos direitos econômicos e sociais: um enfoque a partir dos diálogos horizontais em direitos humanos. In: BOGDANDY, Armin von PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do *ius constitutionale commune* latino-americano à luz do direito econômico internacional. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 558-559; e, também, SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. Espaço Jurídico Journal of Law, v. 16, n. 2, jul./dez. 2015-c, p. 460.

Nesse fenômeno de globalização, no qual os Estados intensificam suas relações, Mark Tushnet salienta haver uma convergência entre os sistemas constitucionais nacionais em suas estruturas e em suas proteções dos direitos fundamentais e humanos⁸. Não há, no atual estágio das relações estatais mantidas numa constante interconexão, como considerar os sistemas constitucionais nacionais de maneira isolada e estanque, encontrando-se, na verdade, numa permanente interação.

Se não bastasse essa interconexão entre as ordens jurídicas nacionais, persistem vigentes variados atos normativos supranacionais convergentes, de igual maneira, à proteção dos direitos. Tanto no sistema global de proteção dos direitos humanos, quanto nos sistemas regionais de proteção, podem ser verificados inúmeros exemplos de normas protetivas dos direitos, tanto civis e políticos, quanto econômicos, sociais e culturais.

Com a criação de organismos internacionais de proteção no século passado, vários tratados e outros atos normativos internacionais passaram a vigor, criando obrigações estatais e assegurando direitos essenciais aos seus destinatários, assim centrados no homem, no indivíduo, na pessoa.

Essas normas internacionais de proteção de direitos, a depender do nível de abertura do Estado ao direito internacional, interagem, de igual maneira, com as normas domésticas vigentes.

Segundo Gomes Canotilho, a partir da ocorrência de fortes relações entre o direito constitucional e o direito internacional, surge o paradigma do constitucionalismo global. Esse novo constitucionalismo, que supera o passado, impõe como fins dos entes estatais a construção de Estados de direito democráticos, sociais e ambientais no plano interno, e de Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo⁹.

Nesse ambiente, há, portanto, o fortalecimento dos organismos internacionais, além de uma crescente institucionalização do direito internacional, que acaba por interagir, sobremaneira, com as ordens constitucionais domésticas, no campo da proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

Com essa pluralidade de ordens jurídicas interativas, alguns autores¹⁰ sustentam a construção de um constitucionalismo multinível, a partir do qual a proteção normativa dos

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 303-304.

⁸ TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of constitutional law. *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, n. 04, 2009, p. 987.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1369.

¹⁰ Conforme será descrito nos itens seguintes.

direitos fundamentais e dos direitos humanos é vislumbrada tanto na ordem constitucional doméstica, quanto nos atos normativos internacionais.

Para esses autores, persiste um sistema de proteção dos direitos sociais de índole multinível, que oferece garantias no âmbito global, no nível regional, e, também, na esfera local, sendo plural quanto a sua origem, mas coincidente acerca das finalidades pretendidas.

No entanto, persistem severos debates doutrinários acerca do conteúdo desse constitucionalismo multinível, bem como sobre a relação entre o ordenamento constitucional local e as normas internacionais.

Se não bastasse isso, tanto a denominada internacionalização do direito constitucional, quanto a apontada constitucionalização do direito internacional são colocadas em dúvida quanto a uma efetiva proteção dos direitos sociais na arena global, havendo, ainda, debates acerca do nível de proteção extraído desse constitucionalismo multinível aos direitos sociais prestacionais.

1.1 Constitucionalismo multinível: compreensão geral

No atual cenário globalizado, marcado pela constante interconexão entre os Estados e os organismos de proteção dos direitos, há uma complexa relação entre os ordenamentos constitucionais domésticos e internacionais.

Nessa inter-relação de normas nacionais e internacionais, que suscitam eventuais conflitos entre os ordenamentos vigentes, persistem teorias germânicas, lastreadas em um componente hierárquico, que elegem a precedência de uma das normas em detrimento da outra. Dentre essas teorias, destaca-se o paradigma do monismo¹¹, defendido por Hans Kelsen¹², no sentido de que as normas internacionais e a ordem constitucional doméstica compõem um mesmo sistema jurídico, além da teoria dualista, sustentada por Heinrich Triepel¹³, construída na noção de que o direito doméstico e o direito internacional compõem ordens jurídicas diversas e independentes entre si.

¹¹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 364-385.

¹² Cumpre esclarecer que a teoria monista, defendida por Hans Kelsen na obra acima referida, divide-se em monista nacionalista ou internacionalista, a depender do primado da ordem jurídica estadual ou da ordem jurídica internacional.

¹³ TRIEPEL, Heinrich. Droit international et droit interne. Paris: Oxford, 1920.

Segundo Breno Baía Magalhães¹⁴, tanto a teoria monista quanto a teoria dualista trazem problemas interpretativos que afetam a proteção efetiva dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, pois reduzem as complexas interações mantidas entre as normas internacionais e as normas constitucionais domésticas protetivas, impossibilitando a escolha livre da norma mais favorável ao ser humano conforme o caso concreto.

Na esfera das normas protetivas de direitos, o monismo e o dualismo são teorias frágeis a descrever e explicar as relações entre ordenamentos constitucionais domésticos e normas internacionais, até mesmo porque são estruturadas no discurso clássico de soberania.

Para responder às limitações do monismo e do dualismo no campo das relações mantidas entre os Estados e os organismos internacionais na esfera da proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, surge o conceito de constitucionalismo multinível, desenvolvido originariamente no contexto europeu por Ingolf Pernice¹⁵.

Ainda que o conceito originário de constitucionalismo multinível¹⁶, assim como desenvolvido por Ingolf Pernice¹⁷, verse especificamente sobre o cenário europeu¹⁸, essa concepção de um constitucionalismo constituído por várias camadas - portanto, multinível - acaba por representar um importante paradigma na ideia de proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos em mais de um nível normativo¹⁹.

Denominado também como pluralismo constitucional²⁰, o constitucionalismo multinível²¹ apresenta uma tendência ao envolvimento de duas ou mais ordens jurídicas, sendo

¹⁴ MAGALHÃES, Breno Baía. Pluralismo constitucional interamericano: a leitura plural da Constituição de 1988 e o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará. Belém, 2015, p. 15-22.

¹⁵ PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited. *Common market law review*, v. 36, 1999, p. 703-750; e Idem. The treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. *Columbia journal of European law*, v. 15, 2009, p. 349-408.

¹⁶ Idem. Multilevel constitutionalism in the European Union. Walter Hallstein-Institut - Paper 5/02, 2001, p. 04-06. Disponível em: <<https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lfoe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2022.

¹⁷ Ibidem, p. 04-06, para quem o constitucionalismo multinível está centrado em alguns elementos básicos consistentes no conceito pós-nacional de Constituição, no processo constituinte europeu como um processo conduzido pelos cidadãos, na inter-relação entre a Constituição da União Europeia e as Constituições Nacionais, nas múltiplas identidades dos cidadãos europeus, e na União Europeia como uma união de cidadãos europeus.

¹⁸ Em razão do cenário europeu ser distinto do brasileiro, e até mesmo do latino-americano, não é possível uma importação descontextualizada dessa perspectiva teórica, o que não impede, num universo de pluralismos normativos, a construção de uma compreensão multinível, a partir da qual a proteção normativa dos direitos fundamentais e dos direitos humanos é vislumbrada tanto no Texto Constitucional pátrio, quanto nos atos normativos internacionais, como será desenvolvido no presente capítulo.

¹⁹ KOTZUR, Markus. El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: un actor regional al servicio de los derechos humanos universales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 16, 2012, p. 248.

²⁰ MAGALHÃES, op. cit., 2015.

²¹ Também denominado como direito cosmopolita, direito global, lei mundial, conforme demonstra BOGDANDY, Armin von. *Ius constitutionale commune en América Latina: Observations on transformative constitutionalism*. In: BOGDANDY, Armin von et al (coords.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 32.

elas da mesma espécie ou de tipos distintos. A partir dessa interconexão entre os ordenamentos jurídicos, há a construção de um sistema de proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais de níveis múltiplos, o qual advém de uma diversidade de ordens jurídicas destinadas à tutela dos direitos mais importantes dos indivíduos.

Com a vigência simultânea de normas de proteção dos direitos tanto na ordem doméstica quanto na esfera internacional, todas voltadas a um mesmo fim, persiste a construção de um verdadeiro sistema jurídico de múltiplos níveis, assim marcado pelo pluralismo normativo e pelo diálogo entre os ordenamentos.

Conforme Breno Baía Magalhães²², o pluralismo constitucional reconhece a constitucionalidade dos discursos normativos envolvidos, estabelecendo, assim, relações mútuas e recíprocas de influência, sem qualquer hierarquia ou subordinação de um ordenamento em detrimento de outro.

No campo, portanto, da proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, há uma convergência constitucional em vários níveis normativos, marcada pelo pluralismo normativo e pelo diálogo entre esses ordenamentos. Sendo plural quanto a sua origem - doméstica ou internacional, mas uníssono quanto a sua finalidade - a proteção dos direitos fundamentais e humanos, há o desenvolvimento contemporâneo de um verdadeiro sistema jurídico de múltiplos níveis, assim baseado na dignidade da pessoa humana²³.

A partir da coexistência dos níveis local, regional e global de proteção dos direitos, consistentes nas normas constitucionais domésticas, e naquelas pertencentes aos tratados internacionais regionais e globais, o intérprete e o aplicador do direito possuem à sua disposição uma miríade de normas inter-relacionadas entre si. Os direitos fundamentais e os direitos humanos passam a deter esferas de proteção normativas em variados níveis de repercussão, o que, por certo, resguarda o conteúdo da dignidade da pessoa humana²⁴.

Se não bastasse isso, como esses múltiplos níveis destinam-se, sem exceção, à melhor proteção do indivíduo, há um diálogo permanente entre os referidos ordenamentos, onde uma esfera normativa se abre às demais, redundando, assim, na fusão de um único sistema de

²² MAGALHÃES, op. cit., 2015, p. 65.

²³ Vide BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. Revista de direitos fundamentais e democracia, v. 24, n. 3, set./dez. 2019, p. 6.

²⁴ Sobre a dignidade da pessoa humana, vide os seguintes autores, que a apontam, com profundidade, como princípio fundante da ordem constitucional vigente e/ou como um valor constitucional, o que, no entanto, em razão da delimitação temática existente nesta pesquisa, não será aqui tratado: BARAK, Aharon. Human dignity: the constitutional value and the constitutional right. Tradução de Daniel Kayros. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 43-196; SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015-b; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dignidade e constitucionalização da pessoa humana. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de et al (coords.). Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. v. 02. Coimbra: Coimbra Editora, 2012-a, p. 285-296.

direitos fundamentais e de direitos humanos composto por fontes internas e internacionais.

E é esse sistema normativo único de proteção dos direitos que compõe o que se indica, neste texto, como um constitucionalismo multinível.

Ainda que alguns denominem, com distinções conceituais, esse constitucionalismo multinível como global²⁵ ou mundial²⁶, o ponto comum é o de que uma pluralidade de níveis normativos dialógicos entre si, lastreados na dignidade da pessoa humana, convergem para a proteção dos direitos numa inter-relação permanente. Há, então, um sistema multinível de proteção desses direitos, incluindo os direitos sociais prestacionais, cujo êxito, conforme aponta Marcelo Figueiredo²⁷, está na permanente e duradoura articulação entre o direito constitucional e o direito internacional.

Ante a interdependência²⁸ e a indivisibilidade²⁹ dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, os direitos sociais prestacionais, assim como os direitos civis e políticos, encontram-se protegidos por esse sistema jurídico multinível vigente³⁰. Ainda que haja desafios para a implementação dos referidos direitos sociais, principalmente em tempos de escassez de recursos, as normas domésticas e internacionais que os definem não se tratam de meras promessas vagas.

Na verdade, cuidam-se de normas vigentes constituidoras de deveres estatais, assim como ocorre com os direitos civis e políticos, que impõem uma observância obrigatória, apesar de haver debates doutrinários e jurisprudenciais acerca do alcance e da amplitude dessa vinculação normativa³¹.

Tais normas, sejam oriundas do constitucionalismo doméstico, sejam pertencentes aos sistemas global ou regional de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, vinculam tanto o Estado quanto a sociedade, num maior ou menor grau, como será visto mais à frente.

²⁵ Assim como Canotilho, já referido acima, também LOUREIRO, João Carlos, op. cit., 2013-b, p. 114.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale. Roma Bari: Laterza, 2002, p. 338.

²⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. Constitucionalismo latino-americano e cultura constitucional. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do ius constitutionale commune latino-americano à luz do direito econômico internacional*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 746.

²⁸ RAMOS, op. cit., p. 103.

²⁹ PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales; CRUZ, Julia Cortez da Cunha. The protection of social rights in the inter-american commission of human rights. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do ius constitutionale commune latino-americano à luz do direito econômico internacional*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 746.

³⁰ O tema da eficácia e da efetividade das normas de direitos sociais será abordado, com a profundidade necessária nos limites do presente trabalho, no próximo capítulo.

³¹ No último capítulo deste texto, será tratado o aspecto da responsabilidade na implementação dos direitos sociais.

1.2 A relação entre o ordenamento constitucional local e as normas internacionais

Uma vez definido acima o conteúdo do constitucionalismo multinível, há o objetivo, no presente item do texto, de analisar a permanente relação que existe entre o ordenamento constitucional doméstico e as normas internacionais, sejam estas oriundas do sistema global de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, sejam provenientes dos sistemas regionais.

Dentre os vários níveis que compõem o modelo de constitucionalismo explicitado no item anterior do presente texto, o qual advém da interconexão entre as várias ordens jurídicas vigentes, persiste o sistema global de proteção dos direitos humanos³², de onde são extraídas normas que resguardam os direitos essenciais de todo e qualquer indivíduo.

Nesse âmbito global, a partir dos horrores observados na Segunda Grande Guerra, houve a consolidação de um consenso antitotalitário e de repúdio às graves violações aos direitos humanos observadas, ocasião em que a dignidade da pessoa humana foi compreendida como base principiológica de todos os direitos fundamentais e humanos³³, ainda que em graus distintos³⁴.

A Carta das Nações Unidas de 1945 formaliza esse movimento de internacionalização dos direitos, que decorre da preocupação de evitar novas atrocidades e de manter a paz e a segurança internacionais, enfatizando, assim, a importância de defender, promover e respeitar os direitos e as liberdades fundamentais³⁵.

Mais à frente, com a positivação da dignidade da pessoa humana, a Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁶ é adotada, vindo a fortalecer a compreensão contemporânea de direitos, quando reconhece expressamente que o direito à dignidade é intrínseco à condição

³² O sistema global de proteção dos direitos humanos compõe-se de organismos internacionais e de tratados multilaterais de direitos humanos, como será analisado a seguir.

³³ CHUECA, Ricardo. La marginalidade jurídica de la dignidade humana. In: CHUECA, Ricardo (org.). Dignidad humana y derecho fundamental. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2015, p. 36-38.

³⁴ Vide BARAK, op. cit., p. 73, para quem os horrores da Segunda Grande Guerra consolidaram o reconhecimento de que a proteção da democracia está relacionada com a proteção dos direitos humanos, bem como de que a proteção dos direitos humanos está vinculada à valorização da dignidade humana, o que induziu a uma revolução dos direitos humanos e da dignidade humana no âmbito internacional.

³⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 227-230.

³⁶ Ainda que haja um debate acerca da eventual força jurídica vinculante da Declaração, o que ultrapassa o tema delimitado nesta pesquisa, persiste predominante a noção de que, a despeito de não assumir a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica vinculante, seja por constituir a interpretação autorizada da expressão direitos humanos prevista nos artigos 1º e 55 da Carta das Nações Unidas, seja por ter se transformado em direito costumeiro internacional e princípio geral do direito internacional. Nesse sentido, vide PIOVESAN, 2021, p. 244-245.

de ser humano. Além disso, os direitos humanos passam a ser positivamente compreendidos como indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, não havendo qualquer hierarquia ou categorização entre os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais³⁷.

Passados dezoito anos da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1966 foram aprovados dois Pactos Internacionais, quais sejam o dos Direitos Civis e Políticos³⁸ e o dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais³⁹. A partir disso, consagra-se o termo “Carta Internacional de Direitos Humanos”, numa homenagem às denominadas *Bill of Rights* do direito constitucional, que compreende a Declaração Universal de 1948 e os referidos Pactos Internacionais⁴⁰.

Além dessas normas gerais, vários tratados, convenções e declarações internacionais temáticos também compõem esse sistema global de proteção dos direitos, os quais preservam uma interação permanente com o ordenamento constitucional doméstico. Dentre essas normas especiais, há, além de outras, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, a Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado.

Ao lado do sistema global, acima descrito, há, de igual maneira, os sistemas regionais de proteção, que pretendem internacionalizar os direitos no plano regional, em especial na Europa, na América e na África, os quais se apresentam complementares àquele, sendo a finalidade da coexistência de instrumentos jurídicos regionais e globais ampliar e fortalecer a proteção dos direitos essenciais da pessoa humana⁴¹.

A despeito do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, que é o mais

³⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 61.

³⁸ Na mesma ocasião em que o Pacto foi adotado, instituiu-se mecanismo de análise de petições de vítimas ao Comitê de Direitos Humanos por violações a direitos, através do Primeiro Protocolo Facultativo. Já em 1989, adveio o Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que visou a abolição da pena de morte.

³⁹ Em 2008, foi aprovado o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que veio contribuir para a efetivação dos referidos direitos, ao combinar o sistema de petições, o procedimento de investigação e as medidas cautelares.

⁴⁰ Vide RAMOS, op. cit., p. 162.

⁴¹ PIOVESAN, op. cit., 2021, p. 358.

antigo e consolidado, merece destaque, no presente texto, o sistema interamericano, por se tratar do sistema que se aplica diretamente ao caso brasileiro.

Nesse sistema regional, o instrumento normativo originário é a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em 1969, que assegura um rol de direitos civis e políticos semelhante àquele previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

A referida Convenção Americana fixa um sistema de monitoramento e implementação dos direitos, que é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana.

Posteriormente, os direitos econômicos, sociais e culturais, no espaço interamericano, foram objeto do Protocolo de San Salvador, qual seja o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, instituída quase vinte anos depois do Pacto de San José. Esse diploma normativo supriu a lacuna existente do sistema interamericano relativa à proteção dos direitos sociais, evidenciador de que os direitos são indivisíveis, não admitindo categorizações, hierarquias e separações, devendo todos ser respeitados, protegidos e garantidos⁴².

Uma vez concluída uma descrição sumária dos sistemas global e regional interamericano de proteção dos direitos humanos, o texto passará a abordar a relação entre essas normas internacionais e as normas constitucionais domésticas no âmbito de um constitucionalismo multinível dinâmico e permanente.

A partir da coexistência do ordenamento constitucional doméstico com as normas internacionais acima referidas, passa a haver uma interação transnacional⁴³ que culmina numa proteção mais eficiente dos direitos. As normas componentes dos sistemas global e regionais de proteção dos direitos, nesse constitucionalismo multinível, dialogam em tempo integral com as normas domésticas constitucionais, tudo lastreado na dignidade da pessoa humana.

Nesse modelo multinível de proteção dos direitos, há uma articulação persistente entre o direito constitucional e o direito internacional⁴⁴, que se destina a ser transformadora, protetiva e inclusiva.

Com a vigência de variados tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez havendo a sua incorporação pelo Estado, persistem fortes relações entre o direito constitucional e o direito internacional. A partir disso, não é mais possível compreender

⁴² *Idem*, op. cit., 2019, p. 415-416.

⁴³ BOGDANDY, Armin von et al. *Ius constitutionale commune en América Latina: a regional approach to transformative constitutionalism*. In: BOGDANDY, Armin von et al (coords.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 20.

⁴⁴ Vide FIGUEIREDO, op. cit., p. 746.

a tutela dos direitos analisando isoladamente as normas domésticas, as quais compreendem tão somente um dos níveis - numa dimensão multinível - de proteção.

Para Gomes Canotilho, o direito internacional de proteção dos direitos, em meio às relações permanentes com a ordem constitucional doméstica, passa a compor um núcleo material duro⁴⁵, qual seja um standard mínimo humanitário⁴⁶ que vincula a atuação estatal e, também, dos particulares.

Há, assim, nessa interação entre as normas internacionais e domésticas de proteção dos direitos, a emergência de um standard mínimo protetivo, composto por valores e regras universais previstos nos documentos internacionais, que elevam a dignidade da pessoa humana como base central do constitucionalismo, máxime do constitucionalismo multinível.

A compreensão de que os tratados de direitos humanos fixam parâmetros protetivos mínimos, a constituir, portanto, um standard mínimo humanitário, redundaria da adoção do princípio pro ser humano pela hermenêutica do direito internacional⁴⁷. Com previsões expressas constantes em variados textos normativos internacionais⁴⁸, tem-se que o princípio pro ser humano - pro homine - serve como um princípio inspirador das normas protetivas dos direitos humanos⁴⁹.

Nesse ponto, por força do referido princípio da aplicação da norma mais favorável ao indivíduo, impõe-se uma inter-relação permanente entre as normas internacionais e as

⁴⁵ CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 1070.

⁴⁶ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. Boletim mexicano de derecho comparado, ano 45, n. 135, set./dez. 2012, p. 1218-1220.

⁴⁷ PIOVESAN, op. cit., 2021, p. 194.

⁴⁸ Vide o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que assim dispõe: “*Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza*” no sistema regional de proteção. Vide, ainda, no sistema global de proteção, dentre outros exemplos, o artigo 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que assim prevê: “*Nenhuma determinação da presente Convenção deve sobrepor-se a dispositivos que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: da legislação de um Estado Parte; das normas de legislações internacionais vigentes para esse Estado*”; bem como o artigo 4º, parágrafo 4º, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assim constante: “*4. Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau*”.

⁴⁹ Para ALCALÁ, op. cit., p. 1218-1220, os Estados que compõem o sistema interamericano estão vinculados pelo artigo 29 da Convenção Americana, que prevê o princípio pro homine, motivo pelo qual, em matéria de direitos fundamentais, não é o princípio da hierarquia normativa que impera, mas a norma que melhor protege os direitos.

normas domésticas definidoras de direitos fundamentais, incumbindo sempre a adoção da norma mais protetiva ao ser humano⁵⁰. Com isso, evidente que o direito internacional transforma-se num ponto de partida protetivo dos direitos essenciais de todo e qualquer indivíduo, assim consistente num piso mínimo, que se consolida como um núcleo duro em favor da pessoa humana.

Por força disso, as normas internacionais, de maneira dialógica, integram e complementam as normas constitucionais domésticas, permitindo, assim, a consolidação de direitos nacionalmente previstos. Desta feita, o direito internacional acaba por reforçar a imperatividade de direitos domesticamente previstos, servindo, ainda, como parâmetro mínimo de proteção, prevalecendo sempre a norma mais favorável ao indivíduo.

Se não bastasse o princípio pro ser humano, que também se apresenta como norma de interpretação dos tratados internacionais, um outro aspecto deve ser compreendido ao se tratar da relação entre o ordenamento constitucional local e as normas internacionais, qual seja a existência de cláusulas de abertura constitucionais que favorecem o diálogo transnacional protetivo dos direitos fundamentais.

O nível de inter-relação normativa constitucional no campo da proteção dos direitos varia de país a país, a depender de aspectos internos e de peculiaridades políticas, econômicas e sociais de cada Estado. Em razão disso, a análise da existência de cláusula de abertura constitucional, neste texto, limitar-se-á ao caso brasileiro, até mesmo por questões metodológicas.

Assim sendo, no texto constitucional brasileiro, a exemplo do que acontece em outras constituições latino-americanas⁵¹, o artigo 5º, § 2º, prevê expressamente uma cláusula de abertura constitucional, que alberga os direitos previstos nos tratados internacionais⁵².

Como um marco jurídico de transição democrática, a Constituição brasileira

⁵⁰ RAMOS, op. cit., p. 365-366.

⁵¹ Cláusulas de abertura constitucionais podem ser vislumbradas no artigo 75, inciso 22, da Constituição Argentina; no artigo 5º da Constituição Chilena; no artigo 424 da Constituição Equatoriana; no artigo 1º da Constituição Mexicana, dentre outros exemplos latino-americanos.

⁵² Não se desconhece que, após a edição da EC n. 45/2004, o Supremo Tribunal Federal vem situando os tratados de direitos humanos aprovados sem o rito especial do artigo 5º, § 3º, no patamar da supralegalidade, e não como normas constitucionais. No entanto, a despeito do entendimento jurisprudencial mantido pela Corte Suprema, ampla doutrina, ao conceber a construção de um constitucionalismo multinível, sustenta que os tratados internacionais de direitos humanos têm sempre natureza constitucional, seja apenas materialmente, seja material e formalmente. Nesse aspecto, os tratados internacionais de direitos humanos, além de serem materialmente constitucionais em razão do disposto no artigo 5º, § 2º, serão, também, se recepcionados em conformidade com o teor do artigo 5º, § 3º, também formalmente constitucionais, equiparando-se, assim, às emendas à Constituição, na esfera formal. Nesse sentido, vide FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 206-212; e também SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2015-a, p. 76.

apresenta expressamente uma cláusula de abertura constitucional, que autoriza um maior diálogo e interação entre as normas domésticas e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Em razão de uma permissão concedida pelo poder constituinte originário, há o fomento a um diálogo efetivo entre os níveis doméstico, regional e global num sistema multinível aberto que redunde no fortalecimento da proteção dos direitos essenciais da pessoa humana.

Com a vigência de uma cláusula de abertura constitucional, há uma integração dinâmica entre as normas internacionais e a ordem normativa doméstica⁵³, onde são enfatizadas a indivisibilidade e a interdependência dos direitos, com a institucionalização desses reforçada pelas obrigações assumidas pelo Estado perante a comunidade internacional.

Nesse sentido, tendo a dignidade humana como uma referência estrutural⁵⁴, o constitucionalismo multinível acaba por se desenvolver com lastro na abertura dos textos constitucionais domésticos às normas internacionais, bem como à primazia da norma mais favorável ao indivíduo.

Durante o permanente diálogo entre a ordem constitucional doméstica e os tratados internacionais, que, como visto, preveem tão somente standards mínimos protetivos ao indivíduo, sempre se buscará a norma que melhor tutele os direitos, seja nacional ou internacional. Sob a vigência do já apontado princípio *pro persona*, com a existência de uma cláusula de abertura constitucional na esfera dos direitos, ressurte um novo paradigma jurídico, sustentado num sistema multinível⁵⁵.

A partir dessa construção jurídica, é possível compreender uma sólida e estruturante internacionalização do direito constitucional, e, numa via de mão dupla, uma ampla constitucionalização do direito internacional, máxime no campo dos direitos sociais prestacionais, o que será objeto de análise a seguir.

1.3 Diálogos protetivos dos direitos sociais prestacionais

⁵³ Dessa integração, a doutrina destaca a noção de bloco de constitucionalidade, cujo marco do seu reconhecimento foi a decisão n. 71-44 DC, proferida em 1971, pelo Conselho Constitucional francês, que consagrou o valor constitucional do preâmbulo da Constituição francesa de 1958, o qual faz remissão à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Nesse sentido, vide RAMOS, op. cit., p. 586; e BOGDANDY, Armin von. *Ius constitutionale commune en América Latina: Observations on transformative constitutionalism*. In: BOGDANDY, Armin von et al (coords.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 42.

⁵⁴ FERRAJOLI, op. cit., 2002, p. 338.

⁵⁵ PIOVESAN, op. cit., 2021, p. 199-202.

Na esfera do constitucionalismo multinível, três formas de diálogos merecem ser destacadas, principalmente na análise de uma tutela eficiente dos direitos sociais prestacionais, ainda que guardadas as limitações de espaço no presente texto.

O primeiro diálogo a ser abordado, denominado como diálogo das fontes, mostra-se essencial para solucionar eventuais conflitos normativos, tendo como objetivo primordial a busca da harmonia entre as normas domésticas e internacionais. Para tanto, no curso geral ministrado na Academia de Haia, nos idos de 1995, Erik Jayme⁵⁶ destacou que a pluralidade de fontes normativas, que é inerente ao direito pós-moderno, exige a coordenação das normas dentro do sistema jurídico. Nesse campo, o referido autor sustenta que haja uma coordenação flexível e útil das fontes, devendo haver um diálogo permanente e consolidado entre as mesmas, assim consubstanciado numa aplicação simultânea e coordenada das normas convergentes.

Ao refutar as formas habituais de solução dos conflitos normativos, em especial o emprego dos critérios fundados na hierarquia, na especialidade e no aspecto cronológico, o nominado diálogo das fontes mostra-se essencial, no bojo de um constitucionalismo multinível, por facilitar a comunicação entre as normas domésticas e internacionais, principalmente na esfera de proteção dos direitos sociais prestacionais, visto que são todas, ao menos, materialmente constitucionais, e, muitas vezes, também formalmente constitucionais⁵⁷, portanto horizontais⁵⁸.

Essa complexa e relevante teoria do diálogo das fontes possui uma relação imediata com os direitos fundamentais e com os direitos humanos, inclusive com os direitos sociais, até mesmo por destacar o sistema de valores que aqueles representam e orientar a aplicação convergente de normas advindas de variados níveis de proteção⁵⁹. Sob a vigência do princípio pro ser humano - pro homine, já enunciado acima, e considerando a globalidade de direitos, há a necessidade de desenvolver a harmonia no ordenamento jurídico, a coordenação das normas nos sistemas jurídicos e a ampliação eficiente dos direitos fundamentais⁶⁰.

⁵⁶ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours, v. 251, 1995, p. 60-259.

⁵⁷ Vide nota de rodapé n. 50, acima.

⁵⁸ Acerca da utilidade do diálogo das fontes quando se tratarem de regras horizontais, portanto que se encontram no mesmo nível hierárquico, vide AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Em busca de uma nova perspectiva das fontes de Direito Internacional. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (orgs.). Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 118.

⁵⁹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. Revista de Direito do Consumidor, vol. 115, ano 27, jan.-fev.2018, p. 29.

⁶⁰ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (org.). Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do

Nessa perspectiva de permanente diálogo, ressaem as bases de um duplo movimento marcado pela constitucionalização dos direitos assegurados pelos sistemas global e regional de proteção, e também pela internacionalização do direito constitucional. No aspecto teórico, a tese do diálogo das fontes é essencial para compreender a vigência do constitucionalismo multinível, lastreado na vigência do princípio pro ser humano - pro homine - e na existência de cláusulas de abertura constitucionais no texto doméstico vigente.

Numa análise restrita ao contexto interamericano, uma segunda forma de diálogo ressaí destacada em proveito de uma tutela eficaz dos direitos sociais, qual seja o diálogo entre jurisdições⁶¹, que decorre da existência do já exaustivamente apontado constitucionalismo multinível.

Nesse sistema jurídico multinível de proteção dos direitos, na relação entre o sistema interamericano de direitos humanos e as ordens constitucionais domésticas, vem sendo mantido um permanente diálogo entre as jurisdições⁶², havendo uma inter-relação entre as normas internacionais e os textos constitucionais mediante a construção de um sistema único de direitos composto por fontes internas e internacionais⁶³.

Deixando de lado uma interpretação meramente nacionalista acerca da proteção dos direitos sociais, a partir desse diálogo entre as jurisdições⁶⁴, os juízes nacionais utilizam-se da jurisprudência interamericana, quando, ainda, o órgão judicial regional emprega as decisões domésticas como fundamentos para os seus julgados. Além disso, tal diálogo também é marcado, por algumas vezes, com conversas mantidas com outros sistemas regionais de proteção dos direitos humanos⁶⁵.

Com o envolvimento dialógico entre as jurisdições nacionais e internacionais na aplicação das normas de proteção dos direitos essenciais da pessoa humana, há o fortalecimento e a construção de soluções para os problemas complexos - hard cases. É por isso que uma ampla doutrina vem comemorando os primeiros sinais desse diálogo⁶⁶, o qual se pauta em decisões

direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 27.

⁶¹ Esse diálogo de jurisdições também evidencia os movimentos de constitucionalização dos direitos assegurados nos tratados e de internacionalização do direito constitucional.

⁶² Também denominado diálogo entre Cortes ou diálogo de Cortes.

⁶³ Vide BORGES e PIOVESAN, op. cit., p. 11.

⁶⁴ Esse diálogo geralmente é marcado pela chamada fertilização cruzada, que é conceituada “*como a utilizando os julgados estrangeiros e/ou internacionais como autoridade persuasiva a fim de reforçar os argumentos utilizados nas razões de decidir, construindo uma linha de argumentação para a solução de um caso concreto, de maneira a oxigenar a jurisprudência interna como mecanismo para a solução de determinado conflito*” (NORMANTON, Anna Catharina Machado; PEREIRA, Ana Clara Toscano Aranha. Pluralidade de ordens jurídicas e a interpretação das normas internacionais de direitos humanos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 123, jan-fev. 2021, p. 316).

⁶⁵ BORGES e PIOVESAN, op. cit., p. 14.

⁶⁶ Vide NEVES, op. cit., 2012, p. 616-621; TUSHNET, op. cit., 2009, p. 990, dentre outros citados acima.

sólidas que buscam uma maior eficácia na proteção dos direitos, todas construídas na miríade de um constitucionalismo multinível⁶⁷.

Analisando a jurisprudência atual, tanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁶⁸, quanto dos tribunais brasileiros⁶⁹, é possível verificar, no contexto brasileiro, inúmeros exemplos de diálogos versando sobre a proteção dos direitos civis e políticos, mas, ainda, uma atuação tímida acerca da implementação dos direitos sociais, o que evidencia o quanto ainda existe para avançar, dentro do sistema jurídico do constitucionalismo multinível, pela via do diálogo entre jurisdições.

Se não bastasse o acima já apontado, uma terceira forma de diálogo também se destaca, principalmente no contexto do sistema interamericano. A partir da perspectiva multinível de proteção dos direitos, há uma outra vertente dialógica, que se sustenta no diálogo mantido com a sociedade civil.

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que assegura a submissão de casos diretamente à Comissão Interamericana⁷⁰, traz um diálogo frutífero e permanente da sociedade civil, que confere legitimação social e crescente empoderamento a partir de articulações sólidas entre vítimas e o terceiro setor⁷¹, inclusive em busca da tutela de direitos sociais negligenciados.

Havendo o constante diálogo da sociedade civil com o sistema interamericano de proteção dos direitos, assegura-se uma ampla legitimidade a novos atores sociais⁷², que passam a atuar proativamente na consolidação de standards que possam contribuir para a proteção efetiva dos direitos sociais na região.

Seja, portanto, no diálogo de fontes, que serve de sustentáculo teórico ao constitucionalismo multinível, ou, ainda, nas práticas dialógicas mantidas entre as Cortes, além daquelas realizadas pela sociedade civil perante o sistema interamericano de direitos humanos, evidencia-se uma transformação de pensamento voltada a uma tutela cada vez mais efetiva dos

⁶⁷ Tal diálogo mostra-se ainda mais relevante em razão do contexto interamericano, pois possui um destacado potencial para facilitar a implementação efetiva dos direitos sociais pela via judicial, numa das regiões mais desiguais e violentas do mundo.

⁶⁸ Vide o julgado proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Yatama vs. Nicarágua*, sentença de 23-06-2005.

⁶⁹ Vide as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no RE n. 466.343/SP, no RE n. 349.703/RS e no HC n. 87.585/TO, julgados pelo Tribunal Pleno.

⁷⁰ Vide o artigo 44 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “*Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.*”

⁷¹ PIOVESAN, op. cit., 2017, p. 1370-1378.

⁷² BOGDANDY, op. cit., p. 37.

direitos em geral, inclusive dos direitos sociais prestacionais.

Como uma consequência aos diálogos tratados neste item, há a consolidação permanente dos movimentos acima abordados, assim consistentes na internacionalização do direito constitucional e na constitucionalização do direito internacional de proteção dos direitos humanos, que redundam diretamente na tutela dos direitos sociais prestacionais.

1.4 Os direitos sociais na arena constitucional brasileira

Neste item, propõe-se analisar alguns aspectos intimamente relacionados com a proteção dos direitos sociais na arena constitucional brasileira, numa conclusão do acima exposto, até mesmo para que se possa avançar aos próximos capítulos do texto com a segurança necessária.

Numa consequência à vigência dos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos, há uma implementação progressiva da internacionalização do direito constitucional⁷³, que surge como um desdobramento da compreensão de um sistema jurídico de constitucionalismo multinível, o qual assegura proteção aos direitos sociais.

Por força disso, a proteção normativa dos direitos sociais deriva tanto do ordenamento constitucional doméstico, quanto do ordenamento internacional, com a construção de um complexo plural e dialógico⁷⁴ que visa assegurar a aplicação da norma mais favorável à pessoa humana.

Há, assim, uma internormatividade permanente voltada para a proteção dos direitos sociais, que não pode ser simplesmente ignorada, assegurando a sua aplicabilidade e efetividade num aspecto universalizante, tendo como destinatários toda e qualquer pessoa. No âmbito de um constitucionalismo marcado pela pluralidade de níveis de proteção, o indivíduo conta com variados graus normativos que tutelam as pretensões pautadas nos direitos sociais, tudo isso respaldado na dignidade da pessoa humana.

Ainda que haja desafios complexos para a implementação dos referidos direitos sociais, principalmente em tempos de escassez de recursos, não há qualquer dúvida de que as

⁷³ TUSHNET, op. cit. 2009, que defende a ocorrência da apontada internacionalização do direito constitucional.

⁷⁴ LOUREIRO, João Carlos. Responsabilidade(s), pobreza e mundo(s): para uma tópica (inter)constitucional da pobreza. In: LOUREIRO, João Carlos; MACHADO, Jónatas E. M.; CORREIRA, Fernando Alves (orgs.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. v. 01, Coimbra: Coimbra Editora, 2012-a, p. 395-424, que sustenta, no constitucionalismo multinível, a internormatividade entre o texto constitucional local e as fontes internacionais.

normas domésticas e internacionais que os definem não se limitam a ser caracterizadas por enunciados de meros compromissos axiológicos incertos, principalmente porque os direitos humanos e fundamentais são, conforme acima evidenciado, marcados pela indivisibilidade, inter-relação e interdependência.

A garantia dos direitos sociais é uma condição para a observância necessária dos direitos civis e políticos e vice-versa⁷⁵, havendo uma inter-relação e interdependência entre todos os direitos humanos e fundamentais⁷⁶.

Como amplamente abordado nos itens anteriores, o sistema jurídico de constitucionalismo multinível possui como dois principais fundamentos a vigência do princípio da norma mais favorável ao indivíduo⁷⁷ - princípio pro homine - e a existência de cláusulas de abertura constitucionais nos textos domésticos, os quais são essenciais para uma tutela efetiva dos direitos sociais.

Assegurar a aplicação da norma mais protetiva ao indivíduo permite, no campo normativo, tutelar da maneira mais ampla possível o acesso aos direitos sociais necessários ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, com a invocação de uma norma doméstica ou internacional, optando, assim, por aquela que melhor resguarde a aplicabilidade e a efetividade do direito social pretendido. E para tanto, a cláusula de abertura constitucional, no caso brasileiro prevista expressamente no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, torna possível invocar outros níveis de proteção normativa a favor do indivíduo.

A partir desses fundamentos principais, o sistema jurídico de constitucionalismo multinível passa a assegurar, para uma maior aplicabilidade e efetividade dos direitos sociais, as formas de diálogos protetivos destacados no item anterior deste texto.

Com a incidência da teoria do diálogo das fontes, assim observada na tutela dos direitos sociais, há uma aplicação convergente das normas domésticas e internacionais de proteção. Com isso, na esfera do constitucionalismo multinível, busca-se uma harmonia interpretativa das normas definidoras dos direitos sociais, além de uma ampliação eficiente de sua tutela.

Se não bastasse isso, há, ainda, um permanente diálogo entre as Cortes, que se configura com a utilização da jurisprudência internacional pelos juízes nacionais, sejam monocráticos sejam colegiados, ou, então, pelo emprego de decisões domésticas como

⁷⁵ PIOVESAN, op. cit., 2019, p. 61.

⁷⁶ No próximo capítulo, será analisada especificamente a eficácia das normas de direitos sociais, com o desenvolvimento de um debate doutrinário quanto a eficácia constitucional dos direitos sociais, o que se mostra essencial para o desenvolvimento da presente tese.

⁷⁷ Dentre outros, vide SARLET, op. cit., 2015-a, p. 127.

fundamentos para os julgados proferidos pelas Cortes internacionais, o que, no campo dos direitos sociais prestacionais, ainda merece ser melhor aproveitado.

Uma maior constância na tutela dos direitos sociais pela via do diálogo entre as jurisdições passará necessariamente por uma melhor cooperação e legitimidade de novos atores sociais, que através de petições e comunicações perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, podem atuar na construção de decisões e manifestações que assegurem uma proteção mais efetiva aos direitos sociais.

Há, portanto, em favor de uma tutela eficiente desses direitos, um sistema jurídico de constitucionalismo multinível, amparado na dignidade da pessoa humana, que impõe em favor de cada indivíduo a fruição do necessário para o pleno desenvolvimento da sua personalidade.

Ocorre que os desafios para a aplicabilidade e a efetividade dos direitos sociais na arena global, e, em especial, nos contextos interamericano e brasileiro, são amplos, principalmente em razão da elevada desigualdade e exclusão impostas a segmentos consideráveis das populações latino-americana e brasileira, bem como em razão dos legados de regimes autoritários recentes⁷⁸, que insistem em figurar reiteradamente na grande maioria dos países da região, com resquícios também na realidade brasileira.

Por força dos permanentes índices de pobreza e de desigualdade de renda nas regiões latino-americana e brasileira, ainda há um elevado padrão de violação aos direitos sociais, que compromete a vigência plena dos direitos humanos e fundamentais, redundando, assim, na fragilização dos regimes democráticos e do desenvolvimento pleno⁷⁹.

No cenário brasileiro, denota-se, a despeito da existência de um sistema jurídico multinível de proteção dos direitos sociais, uma sociedade injusta, marcada por uma intensa desigualdade de renda, que repercute, inclusive, no acesso aos bens fundamentais.

A partir do mais recente período pandêmico, que impôs ao país uma grave crise sanitária, econômica e social, não há dúvida de que esse quadro de desigualdade tornou-se ainda mais gravoso⁸⁰.

Com a pandemia, o índice de Gini, no Brasil, alcançou o recorde de 0.674⁸¹, a demonstrar que houve, por agora, uma elevação da desigualdade social, intensificando, ainda

⁷⁸ BOGDANDY, op. cit., p. 48.

⁷⁹ Vide PIOVESAN, op. cit., 2019, p. 151-153.

⁸⁰ Conclusão extraída da pesquisa realizada pelo Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas, cujos dados obtidos até março/2021 junto a PNADC trimestral/IBGE podem ser encontrados no sítio virtual <<https://cps.fgv.br/FelicidadeNaPandemia>>. Acesso em: 12.04.2022.

⁸¹ Dado extraído da pesquisa informada na nota anterior.

mais, a já conhecida distância de renda entre os ricos e os pobres.

Além disso, a renda média do trabalhador brasileiro, comparativamente ao período pré-pandêmico, sofreu uma queda de 9,43% (nove vírgula quarenta e três por cento). Já dentre a metade mais pobre da população, a queda na renda foi ainda pior, no quantitativo de 21,50% (vinte e um vírgula cinquenta por cento), qual seja mais de duas vezes a redução média, a indicar que a parcela mais vulnerável fragilizou-se ainda mais durante o período pandêmico. Tais dados multiplicaram o número de pobres por 3,5 (três vírgula cinco) vezes, correspondendo a 25 (vinte e cinco) milhões de novas pessoas na pobreza apenas nos seis primeiros meses de 2021⁸².

Em meio a esse apartheid social⁸³, surge também uma desigualdade de acesso aos bens fundamentais, seja porque são fragilmente prestados pelo Estado brasileiro, seja porque aqueles em situação de maior pobreza não detêm a capacidade de poder pagar um preço pelos bens e serviços pretendidos.

Nesse contexto, há o desafio de assegurar uma melhor efetividade e aplicabilidade dos direitos sociais, os quais são essenciais para preservar as liberdades fundamentais, produzindo, ainda, um efeito pacificador e integrador na sociedade⁸⁴, até mesmo para resguardar uma igualdade, que resulta da organização humana, sendo orientada pelo princípio de justiça⁸⁵.

Conforme Amartya Sen⁸⁶, o que as pessoas conseguem positivamente realizar depende das oportunidades econômicas, dos poderes sociais e de condições habilitadoras como uma boa saúde, uma educação básica de qualidade e uma existência de incentivos e aperfeiçoamentos de iniciativas. Em razão disso, há a necessidade de uma efetiva implementação das expectativas normativas provenientes do constitucionalismo multinível vigente, através de uma aplicação real dos direitos sociais prestacionais num caráter universalizante.

Somente pela via dos direitos sociais é possível o pleno desenvolvimento das potencialidades das pessoas, em especial daquelas que não possuem condições de pagar pelo acesso aos bens e serviços essenciais, a partir dos quais cada indivíduo passa a deter aptidões plenas para o exercício de suas escolhas.

Em consequência à inter-relação normativa de proteção dos direitos sociais, que é

⁸² Dados extraídos da pesquisa realizada pelo Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas, cujos dados podem ser encontrados no sítio virtual <<https://cps.fgv.br/DesigualdadePandemia>>. Acesso em: 22.04.2022.

⁸³ VÉRAS, Maura Pardini Bicudo. Prefácio à edição brasileira. In: PAUGAM, S.. Desqualificação social: ensaio sobre a nova pobreza. Tradução de C. Giorgetti e T. Lourenço. São Paulo: Editora Cortez/Educ., 2003, p. 13-29.

⁸⁴ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 37.

⁸⁵ ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 335.

⁸⁶ SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 18

extraída do sistema jurídico de constitucionalismo multinível, surge um direito ao desenvolvimento⁸⁷, que deve ser concebido como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas podem usufruir⁸⁸.

Os movimentos de constitucionalização do direito internacional e, na via contrária, de internacionalização do direito constitucional, ao menos na seara dos direitos humanos e fundamentais, impõe uma repartição equitativa dos recursos a acarretar uma melhora do bem-estar social e econômico das pessoas. Necessariamente, o apontado direito ao desenvolvimento deve estar relacionado com a melhora da vida e das liberdades, o que possibilita que os seres humanos detenham a possibilidade de exercer suas vontades⁸⁹.

Para isso, surge a figura do Estado social⁹⁰, detentor da obrigação⁹¹ de assegurar uma melhora da qualidade de vida dos indivíduos, a partir do fornecimento dos bens essenciais ao pleno desenvolvimento da personalidade, o que se extrai das normas que compõem o constitucionalismo multinível.

Ocorre que, apesar da amplitude das demandas relacionadas com os direitos sociais prestacionais, limitados são os recursos estatais destinados ao seu custeio, devendo a dogmática jurídica, com os contributos de outras áreas do conhecimento⁹², levar em consideração os limites decorrentes da desvinculação crescente entre as possibilidades de implementação dos direitos sociais e os meios econômico-financeiros do Estado⁹³.

Há, assim, a necessidade de desenvolver uma dogmática da escassez de recursos, devendo ser considerada a realidade econômica num quadro de reiteradas crises, apesar de uma sólida construção normativa multinível que assegura a efetividade dos direitos sociais num caráter universal.

Para isso, uma vez demonstrada a robustez do constitucionalismo multinível e sua repercussão na tutela dos direitos fundamentais, no próximo capítulo será analisada a eficácia

⁸⁷ Esse direito será abordado com melhor profundidade no próximo capítulo.

⁸⁸ PIOVESAN, op. cit., 2019, p. 64.

⁸⁹ SEN, op. cit., 2010, p. 29.

⁹⁰ Vide LOUREIRO, op. cit., 2013-b, p. 114-115, que define Estado social como “*aquele em que, sem prejuízo do reconhecimento do papel essencial da economia de mercado, assume como tarefa garantir condições materiais para uma existência condigna, afirmando um conjunto de prestações, produzidas ou não pelo Estado, com a marca da deverosidade jurídica, hoje especial, mas não exclusivamente, na veste de direitos fundamentais, que respondem, a partir de mecanismos de solidariedade, fraca ou forte, a necessidades que se conectionam com bens básicos ou fundamentais (v.g., saúde, segurança social) cujo acesso não deve estar dependente da capacidade de poder pagar, ou não, um preço*”.

⁹¹ Conforme será abordado no último capítulo do presente texto, a obrigação de prestar os direitos sociais é uma responsabilidade primária estatal, o que não se confunde, no entanto, com o seu monopólio, visto que também incumbe aos agentes particulares parte dessa atividade prestacional.

⁹² Tais como a Economia, a Sociologia e a Filosofia.

⁹³ LOUREIRO, op. cit., 2013-b, p. 119.

das normas constitucionais, com uma análise criteriosa da hipótese de restrição da justiciabilidade dos direitos sociais, bem como da possível relativização do mínimo existencial, já numa construção propositiva destinada a assegurar uma implementação mais ampla dos mencionados direitos.

CAPÍTULO 2 A EFICÁCIA DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS NO CONTEXTO DE ESCASSEZ DE RECURSOS

Ainda que haja, no âmbito do constitucionalismo multinível acima apresentado, uma internormatividade entre a Constituição local e as fontes internacionais, que visa uma proteção sólida dos direitos sociais prestacionais, limitados são os recursos estatais destinados ao seu custeio⁹⁴.

No contexto de uma economia globalizada, há uma realidade jurídico-constitucional pressionada por dificuldades econômicas e financeiras que fragilizam o Estado social, pois há uma relação direta entre a disponibilidade de recursos orçamentários e a possibilidade de implementar os direitos sociais⁹⁵. Assim, não há qualquer dúvida de que persiste um descompasso entre as atuações estatais e as pretensões dos indivíduos acerca da implementação dos direitos sociais prestacionais.

Em razão disso, há a necessidade do desenvolvimento de uma dogmática jurídica que se ocupe da escassez de recursos⁹⁶, até mesmo porque a limitação do orçamento público coloca à prova o sistema constitucional de garantia, eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos sociais.

Por certo, levar os direitos a sério é considerar verdadeiramente o problema da escassez⁹⁷, sem, no entanto, dismantelar o Estado social, que deve ser transformado, a partir da construção de soluções que viabilizem a redução da pobreza e da desigualdade social com a efetivação das normas oriundas do constitucionalismo multinível.

Essa transformação do Estado social deve ser construída dentro de uma pretensa posição intermediária, pois enquanto é essencial ter cuidado para não cair no extremo de imaginar que o Estado pode absolutamente tudo, também não há como acolher a tese de que o Estado não possa nada ou quase nada em decorrência da escassez de recursos⁹⁸, principalmente na vigência de um constitucionalismo multinível forte.

No presente capítulo, visando a formulação de propostas que viabilizem a

⁹⁴ Ainda que haja direitos sociais economicamente neutros, justamente por não implicarem a alocação de recursos orçamentários específicos para sua efetivação, a grande maioria de tais direitos, no entanto, possuem uma dimensão econômica relevante. Acerca desse tema, vide SARLET, op. cit., 2015-c, p. 469.

⁹⁵ Vide BRITO, Jaime Domingues; SOUZA, Willian Alves de. Controle judicial do orçamento público: instrumento para efetivação de políticas públicas na educação. Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 3, set./dez. 2021, p. 1109.

⁹⁶ LOUREIRO, op. cit., 2013-b, p. 126.

⁹⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The cost of rights: Why liberty depends on taxes. Nova Iorque e Londres: W. W. Norton & Company, 1999, p. 94.

⁹⁸ GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, n. 9, dezembro/2006, p. 392.

implementação dos direitos sociais prestacionais num cenário de insuficiência de recursos, haverá uma análise acerca da eficácia constitucional das normas definidoras dos direitos sociais prestacionais, partindo, em seguida, com um estudo do núcleo essencial de tais direitos, bem como do mínimo a uma existência condigna, tudo lastreado numa pesquisa bibliográfica significativa.

2.1 Dimensão positiva dos direitos sociais: delimitação do estudo

Tradicionalmente, a partir da teoria de Georg Jellinek⁹⁹, enquanto os direitos individuais são considerados como direitos negativos, os direitos sociais correspondem a um fazer por parte do Estado, alcançando, assim, um status sempre positivo. Nessa compreensão clássica, os direitos sociais são considerados positivos, e os direitos civis e políticos, negativos.

Alguns autores ainda apontam os direitos positivos, como direitos de prestação, e os direitos tidos por negativos, como direitos de defesa¹⁰⁰. Enquanto os direitos sociais traduzem pretensões de um agir estatal, os direitos civis e políticos estão adstritos a uma omissão estatal, ao menos sob o ponto de vista dessa referida construção tradicional.

Ocorre que uma parte da doutrina mais moderna¹⁰¹ considera que tanto os direitos sociais, quanto os direitos civis e políticos, possuem dimensões positiva e negativa. Com isso, os direitos sociais também apresentam uma dimensão negativa, consistente na obrigação do Estado e de particulares respeitarem tais direitos, não os lesando ou ameaçando de lesão ilegítimamente.

Por outro lado, todos os direitos, tanto sociais, quanto civis e políticos, também possuem uma dimensão positiva, a exigir uma prestação estatal no sentido econômico, possuindo, assim, custos, seja no aspecto da realização de prestações fáticas, seja na criação de estruturas institucionais que permitam a fruição dos direitos¹⁰².

Assim, num referido direito, é possível encontrar poderes de exigir uma abstenção ou não agir com poderes de exigir prestações positivas, sejam fáticas ou normativas, com recortes diferentes e correspondentes aos deveres de omissão e de ação¹⁰³. Portanto, os direitos

⁹⁹ JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*. Milão: Società Editrice Libreria, 1912, p. 127-150.

¹⁰⁰ ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005, p. 35.

¹⁰¹ Vide QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 19; e BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 120.

¹⁰² HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., p. 13-48.

¹⁰³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5. ed.

fundamentais e humanos podem deter, ao mesmo tempo, dimensões positiva e negativa, tendo todas algum custo envolvido na implementação, o que se distancia das lições clássicas que repercutiram durante tanto tempo no constitucionalismo.

Além disso, na vigência do constitucionalismo multinível, a partir de um desenvolvimento realizado pelo Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁰⁴, impõe-se ao Estado o dever de respeitar, o dever de proteger e o dever de realizar, o que delimita a amplitude dos deveres estatais acerca da implementação dos direitos sociais, alcançando as funções de defesa, de proteção e de prestação¹⁰⁵, que vêm sendo desenvolvidas e sustentadas pela doutrina constitucional.

Essa tripartição de deveres, desenvolvida na esfera de um organismo internacional, vem evidenciar o que já se argumenta doutrinariamente, no sentido de que a efetivação dos direitos sociais não se limita apenas a uma dimensão positiva, havendo, além dessa, outras funções a concretizar, igualmente essenciais para uma implementação integral das pretensões de direitos nascidas no seio de uma dada comunidade.

Nesse ponto, a obrigação de respeitar os direitos sociais impõe aos Estados essencialmente uma obrigação de abstenção, havendo, ainda, a obrigação positiva de proteger os beneficiários desses direitos contra toda violação perpetrada por terceiros, tanto através da edição de atos normativos protetivos, quanto por intermédio de medidas judiciais assecuratórias¹⁰⁶.

Enfim, há o dever estatal de realizar os direitos sociais, que corresponde a uma intervenção estatal positiva, a constituir a já apontada dimensão positiva ou prestacional dos referidos direitos, a qual demanda, num grau de intensidade mais elevado, vultosos recursos econômico-financeiros.

Com as lições acima descritas, como uma opção metodológica, há a necessidade de restringir o objeto do presente estudo à dimensão positiva ou prestacional dos direitos sociais¹⁰⁷, pois é, neste âmbito, que a problemática da escassez de recursos ante as diversas pretensões individuais e coletivas se agrava.

Ainda que se compreenda a existência de custos para a implementação de todos os direitos fundamentais e humanos nas suas variadas facetas, a escassez de recursos vem afetando

Coimbra: Almedina, 2016, p. 162-163.

¹⁰⁴ Vide os Comentários gerais n. 3 e 12, emitidos, respectivamente, em 1990 e 1999.

¹⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 2. ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2021-a, p. 53.

¹⁰⁶ ROMAN, Diane. *L'opposabilité des droits sociaux*. *Informations sociales*, n. 178, 2013, p. 35.

¹⁰⁷ CANOTILHO, op. cit., 2008, p. 45.

de modo mais severo a efetivação dos direitos sociais prestacionais.

2.2 A eficácia constitucional das normas definidoras de direitos sociais prestacionais

Para enfrentar a problemática da implementação dos direitos sociais prestacionais num contexto de escassez de recursos, o primeiro passo é compreender a eficácia constitucional das normas que os definem.

Na doutrina brasileira, há severas divergências¹⁰⁸ acerca das noções de vigência, existência, efetividade, eficácia jurídica, eficácia social, aplicabilidade e validade das normas constitucionais, o que se apresenta complexo e composto por variados aspectos de problematização. Tratar de todas essas questões ultrapassa, e muito, os limites metodológicos propostos ao presente estudo, motivo pelo qual este item do capítulo versará especificamente sobre a eficácia jurídica das normas definidoras de direitos sociais prestacionais.

Para José Afonso da Silva¹⁰⁹, na doutrina tradicional brasileira, a eficácia jurídica de uma norma designa o seu atributo de produzir efeitos jurídicos, estando relacionada com a aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade concreta de sua aplicação jurídica. Nesse ponto, a eficácia jurídica da norma seria conexa à sua aplicabilidade aos casos concretos, sendo capaz, portanto, de produzir efeitos jurídicos.

Aderindo à concepção clássica de eficácia jurídica, Sarlet¹¹⁰ define-a como a aptidão da norma em vigência vir a ser aplicada aos casos concretos, bem como de produzir efeitos jurídicos, o que, na sua compreensão, estaria na “antessala” da efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse aspecto, há várias tentativas de classificar as normas constitucionais¹¹¹, as quais, no entanto, não conseguem abranger todas as possíveis estruturas de eficácia jurídica e de aplicabilidade, motivo pelo qual não serão pormenorizadas no presente estudo. Apesar disso, no interior de um constitucionalismo multinível sólido e irradiante de efeitos, não há como refutar a noção de que todas as normas constitucionais são dotadas de um mínimo de eficácia, o que varia em razão do grau de densidade normativa.

¹⁰⁸ Vide, dentre outros, TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011; SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982; GRAU, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1988. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹⁰⁹ SILVA, op. cit., p. 49-56.

¹¹⁰ SARLET, op. cit., 2015-a, p. 248-249.

¹¹¹ Vide, dentre outros, SILVA, op. cit., p. 63-87; TEIXEIRA, op. cit.; e DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 92-105.

No entanto, em razão dos direitos sociais prestacionais exigirem quantias vultosas para serem implementados, o que se agrava num cenário de escassez de recursos, há um problema específico quanto a eficácia constitucional das normas que os definem, o que será melhor explicitado abaixo.

Na doutrina, há o desenvolvimento de algumas propostas atinentes à eficácia jurídica das normas que definem os direitos sociais prestacionais, das quais algumas serão apontadas abaixo.

2.2.1 As normas constitucionais definidoras de direitos sociais como princípios políticos

Alguns estudiosos do tema¹¹², ao analisar contextos jurídico-constitucionais estrangeiros, refutam a eficácia das normas definidoras de direitos sociais, sustentando tratar-se de meros objetivos ou princípios de cunho tão somente político. Nesse aspecto, a questão da implementação dos direitos sociais permanece restrita, em caráter exclusivo, ao domínio da política, o que poderá, ou não, ser implementado pelo legislador, a depender da vontade da maioria.

Para os partidários dessa tese, os direitos sociais não passam de meros princípios políticos, sem qualquer vinculação ou proteção constitucional, o que, por certo, não se coaduna com o contexto brasileiro, no qual os direitos sociais prestacionais estão previstos em variadas normas componentes de um constitucionalismo consolidado em vários níveis de proteção, como já abordado no capítulo anterior.

A posição ora comentada, inclusive, exclui os direitos sociais prestacionais do rol dos direitos fundamentais e humanos, concebendo-os como compromissos extraconstitucionais detentores de força política, o que contraria frontalmente o aspecto unitário dos direitos e sua característica indivisível.

2.2.2 Normas meramente programáticas

Para este modelo, as normas definidoras de direitos sociais seriam consideradas

¹¹² Vide SUNSTEIN, Cass. The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever. Nova Iorque: Basic Books, 2004, p. 61-147; e COUTINHO, Luís Pereira. Os direitos sociais como compromissos. Revista Eletrônica de Direito Público, vol. 1, n. 03, dez./2014, p. 86-98.

normas programáticas, as quais preveem um programa de atuação estatal destituído de qualquer exigibilidade a nortear as ações do Estado e a produção normativa.

Tais normas programáticas¹¹³, a partir de seus defensores, são normas constitucionais, nas quais o legislador constituinte deliberadamente deixou de fixar direitos subjetivos, limitando-se a traçar programas a serem cumpridos progressivamente pelo Estado, com o objetivo de alcançar os fins sociais pretendidos. Com isso, as normas definidoras de direitos sociais não seriam diretamente aplicáveis, nem fundamentariam a existência de direitos subjetivos.

Essa doutrina aponta, ainda, uma baixa densidade normativa nas normas que definem os direitos sociais, de modo a apenas apontar os caminhos que devem ser seguidos pelo Estado, não fixando, por outro lado, qualquer agir específico. Nesse ponto, o destaque concedido a tais normas estaria limitado à esfera política, servindo apenas para orientar e pressionar os Poderes Legislativo e Executivo.

Ocorre que, ao contrário do que é possível supor a partir das conceituações acima descritas, parte da doutrina vem sustentando que as normas programáticas são dotadas de alguma eficácia jurídica, no sentido de que, apesar de não imporem atos concretizadores, ainda estão aptas a produzir efeitos jurídicos. Nesse sentido, Gomes Canotilho¹¹⁴ adverte que as normas programáticas, além de vincularem permanentemente o legislador acerca da sua realização, vincula também todos os órgãos concretizadores de seu conteúdo, nas esferas legislativa, executiva e jurisdicional, além de fixar limites materiais negativos em relação a atos que as contrariem.

Com uma contribuição original ao tema, a autora Regina Maria Macedo Nery Ferreira¹¹⁵, apesar de defender a existência das normas programáticas, sustenta que as mesmas estariam aptas a gerar direitos subjetivos, pois além de inibir o Estado de atuar contrariamente aos fins por elas fixados, confeririam aos particulares, em algumas hipóteses, o direito de exigir o cumprimento das prestações previstas, a ensejar, portanto, efeitos jurídicos e direitos subjetivos.

A partir disso, denota-se que a própria doutrina diverge bastante ao analisar as normas programáticas, quando definidoras de direitos sociais prestacionais, projetando efeitos

¹¹³ Vide, na doutrina brasileira, SILVA, op. cit., p. 81-87. E, na doutrina lusitana, BOTELHO, op. cit., p. 499-500; e MIRANDA, op. cit., 2012, p. 105.

¹¹⁴ Vide CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 1176-1177.

¹¹⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2000, p. 220-250.

jurídicos diversos, mas sempre se atentando a uma realização progressiva e diferida daqueles no tempo.

A despeito de qualquer divergência doutrinária quanto ao conceito de normas programáticas, na compreensão de um constitucionalismo multinível vigente, que impõe uma internormatividade protetiva dos direitos sociais, não é possível compreender que as normas que os definem estabelecem meros programas ou fins que deverão, no futuro, serem cumpridos pelo Estado.

Ao contrário disso, classificar, como parcela dos doutrinadores fazem, as normas definidoras de direitos sociais como meras normas programáticas desprovidas de eficácia afronta integralmente a teoria da força normativa da Constituição, tão bem construída por Konrad Hesse¹¹⁶. Ainda que os direitos sociais tragam custos para a sua implementação, não há que se tratar as normas que os definem como “simplesmente proclamatórias”¹¹⁷.

Além do mais, conforme já advertido por Luís Roberto Barroso¹¹⁸, a circunstância de uma norma regra constitucional prever um dado direito cuja fruição dependa necessariamente de uma legislação concretizadora, não a torna, apenas em razão disso, uma norma programática.

2.2.3 Reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais prestacionais

A partir da admissão da vigência de um constitucionalismo multinível, que abarca tanto os direitos civis e políticos, quanto os direitos sociais, redundava uma internormatividade destinada à proteção dos direitos fundamentais e humanos. Na vigência dessa pluralidade de níveis normativos protetivos, o seu destinatário, qual seja o indivíduo, possui variados graus normativos que tutelam as demandas voltadas à implementação dos direitos sociais prestacionais.

Sob uma fundamentação doutrinária e normativa, conforme exposto no capítulo anterior, as normas domésticas e internacionais que definem os direitos sociais prestacionais, lastreadas na dignidade da pessoa humana, não se restringem a serem meros enunciados de

¹¹⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991; e *Idem*. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

¹¹⁷ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2016, p. 359.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 122.

compromissos ou princípios políticos, até mesmo porque os direitos fundamentais e os direitos humanos são caracterizados pela indivisibilidade, interdependência e inter-relação.

Não há, no texto constitucional, meras declarações de vontade destituídas de qualquer valor normativo¹¹⁹, principalmente quando se trata de direitos dotados de fundamentalidade, assim lastreados na dignidade da pessoa humana.

A exemplo de outras Constituições, no texto atual brasileiro a dignidade da pessoa humana é compreendida como princípio fundante, sendo um valor a guiar a previsão normativa e a implementação dos direitos fundamentais. No contexto brasileiro, tendo a dignidade humana como valor constitucional fundamental¹²⁰, há a sua inserção como princípio lastreador de um novo modelo de Estado e da ordem jurídico-constitucional, que impõe eficácia jurídica às normas definidoras de direitos sociais prestacionais.

Esse referido princípio, que serve como fundamento central aos direitos fundamentais, dentre os quais os direitos sociais¹²¹ prestacionais, projeta-se no indivíduo enquanto ser dotado de autonomia e como membro de uma dada sociedade, impondo o reconhecimento de tais direitos como constituídos de fundamentalidade¹²², trazendo, ainda, eficácia às normas que os definem.

Conforme a já conhecida expressão de Frank Michelman¹²³, as normas que definem os direitos sociais não são menos jurídicas do que as demais normas previstas numa declaração de direitos. Inclusive, não há, no texto constitucional brasileiro, qualquer dispositivo que assegure uma interpretação distinta do modelo que prevê a fundamentalidade dos direitos sociais prestacionais e a eficácia das normas que os asseguram.

Por certo, os direitos sociais prestacionais detêm fundamentalidade formal, posto que previstos nas normas de natureza constitucional (normas estas, material e/ou formalmente constitucionais conforme o caso concreto), bem como fundamentalidade material¹²⁴, visto que

¹¹⁹ CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 1177.

¹²⁰ SILVA, Suzana Tavares da. Direito Constitucional I. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 110.

¹²¹ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2016, p. 96-97.

¹²² Em sentido contrário, vide TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008-b, p. 336, para quem os direitos sociais não são fundamentais.

¹²³ MICHELMAN, Frank I. The constitution, social rights, and liberal political justification. *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 1, jan./2003, p. 13-34.

¹²⁴ Apesar da posição acima defendida, vide BASTIDA, Francisco J. Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos. In: MANRIQUE, Ricardo García (coord.). *Derechos sociales y ponderación*. 2. ed. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2009, p. 103-150, para quem nem todos os direitos sociais são dotados de fundamentalidade, o que ocorrerá apenas se o constituinte os configurar e organizar com as características e garantias próprias dos direitos fundamentais.

decorrentes da dignidade da pessoa humana, qual seja o princípio fundante do Estado e valor essencial à humanidade.

No entanto, reconhecer a eficácia das normas definidoras dos direitos sociais prestacionais, bem como o seu caráter de direitos fundamentais e humanos, não é o mesmo que admitir sua aplicabilidade direta, geral e irrestrita, a todo e qualquer caso concreto. Isso porque, ainda que os direitos sociais prestacionais estejam previstos constitucionalmente como direitos fundamentais e humanos em normas dotadas de eficácia, não é possível tratá-los como se detivessem a mesma estrutura dos direitos civis e políticos, posto que exigem elevados custos para a sua implementação¹²⁵.

Ainda que todos os direitos fundamentais e humanos exijam a aplicação de recursos para a respectiva implementação, a efetividade dos direitos sociais perpassa pela implementação de políticas públicas, motivo pelo qual a estrutura desses direitos prestacionais não é equivalente àquela dos demais direitos.

Isso impõe, portanto, principalmente num contexto de escassez de recursos, a necessidade de compreender a problemática dos direitos sociais na qualidade de direitos subjetivos a prestações.

2.2.3.1 Direitos sociais prestacionais na qualidade de direitos subjetivos

Ainda que haja alguns autores sustentando em sentido contrário¹²⁶, os direitos sociais vêm sendo compreendidos como verdadeiros direitos subjetivos, sem qualquer vinculação, no entanto, a uma eventual justiciabilidade automática e imediata¹²⁷.

Nesse aspecto, no campo da apontada dimensão subjetiva dos direitos sociais prestacionais, a doutrina vem reconhecendo a existência de direitos originários e direitos derivados a prestações. Naqueles, persiste, em tese, a possibilidade de que, por força da norma constitucional e sem qualquer mediação legislativa, seja reconhecido um direito subjetivo à

¹²⁵ Vide SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 588.

¹²⁶ Vide MORAIS, Carlos Blanco. O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo ativista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista?. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 78, jan.-mar./2012, p. 153-227; TUSHNET, Mark. Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008; e BOTELHO, op. cit., p. 144-145.

¹²⁷ CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 476.

prestação de um dado direito social previsto constitucionalmente¹²⁸. Já os direitos derivados a prestações consistem no direito à obtenção de uma prestação já concretizada por lei, na medida das capacidades existentes¹²⁹.

No âmbito da doutrina, quando se trata de direitos originários a prestações sociais, há um farto debate, que segue parcialmente delimitado abaixo, o qual tenta se ocupar do fato de que os direitos sociais possuem suas particularidades por exigirem o dispêndio de quantias consideráveis de recursos para sua implementação.

Por força disso, para Gomes Canotilho os direitos sociais dependem de uma mediação legislativa para serem aplicados, pois não passam de pretensões legalmente previstas, dependentes do legislador para indicar o seu conteúdo. Partindo dessa compreensão, Canotilho não admite a aplicabilidade imediata, sem uma concretização legislativa, dos direitos sociais prestacionais¹³⁰, repudiando a existência de direitos originários a prestações sociais decorrentes diretamente das normas constitucionais.

No mesmo sentido, Vieira de Andrade, apesar de reconhecer que os direitos sociais prestacionais sejam verdadeiros direitos subjetivos, sustenta a necessidade da atuação do legislador, para que, então, possam ser usufruídos pelos seus destinatários. Refutando tratar-se de meras normas programáticas, o apontado autor defende que as normas definidoras de direitos sociais prestacionais possuem comandos impositivos ao legislador infraconstitucional, não ensejando, portanto, direitos originários a prestações¹³¹.

Para além desses autores, Jorge Reis Novais defende ser essencial compreender se a norma constitucional definidora de um direito social prestacional possui a natureza de regra, assim detentora de um conteúdo plenamente determinado ou determinável, quando não haverá necessidade de remeter para ponderações posteriores por parte dos poderes constituídos, ensejando, desde já, um direito originário a uma dada prestação. Por outro lado, para o apontado doutrinador, caso se trate de uma norma principiológica, qual seja uma decisão *prima facie*, sujeita portanto a instrumentos de conformação legislativa ou de ponderação concretizadora, não será possível extrair um direito originário, não havendo que se falar, portanto, na exigibilidade ou aplicabilidade imediata daquela prestação social¹³².

Numa posição intermediária, Ingo Wolfgang Sarlet¹³³, apesar de sustentar a

¹²⁸ SARLET, op. cit., 2015-a, p. 307-308.

¹²⁹ CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 479.

¹³⁰ Idem, op. cit., 2008, p. 105.

¹³¹ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2016, p. 359.

¹³² NOVAIS, op. cit., 2021-a, p. 339.

¹³³ SARLET, op. cit., 2015-a, p. 315 e 364.

existência de direitos sociais prestacionais subjetivos, adverte que isso não pode assumir uma dimensão radical de tudo ou nada. Em consequência a isso, o constitucionalista brasileiro admite, inclusive, a existência de hipóteses em que não é possível conceder ao indivíduo um dado direito subjetivo a uma prestação estatal, máxime quando a norma definidora do direito social expresse apenas uma finalidade, sem indicar quais os caminhos a serem perfilhados.

Ainda na dimensão subjetiva dos direitos sociais prestacionais, com relação aos direitos derivados, nas hipóteses em que já houve uma concretização ou moderação legislativa, há um entendimento¹³⁴ de que, em regra¹³⁵, o particular é detentor de um direito subjetivo a tanto.

Ocorre que, conforme advertem Flávio Martins¹³⁶ e Catarina dos Santos Botelho¹³⁷, ainda que os direitos sociais sejam fundamentais, nem todos constituem direitos públicos subjetivos na acepção tradicional do termo. Isso porque, segundo os referidos autores, não há um alinhamento absoluto entre os direitos sociais e os direitos subjetivos *stricto sensu*, seja porque há direitos que não se enquadram nessa moldura mais afeta aos direitos civis e políticos, seja porque a efetividade dos direitos sociais geralmente está adstrita à disponibilidade de recursos ou a outros aspectos fáticos.

Certo é que afirmar simplesmente que a cada direito social prestacional, uma vez previsto na esfera de um constitucionalismo multinível, repercute um direito subjetivo definitivo em caráter universal, sem reconhecer as limitações materiais de atuação do Estado, representa incidir num “superdiscurso social”, assim denominado por Gomes Canotilho¹³⁸, que adverte aos constitucionalistas a necessidade de reconhecer os seus limites.

Numa tentativa dogmática de responder a essa questão, Alexy¹³⁹, de maneira destacada, numa construção teórica que será revisitada mais à frente neste estudo, buscou harmonizar os argumentos existentes tanto desfavoráveis, quanto favoráveis à tese da existência de direitos subjetivos a prestações sociais num modelo ponderativo. Com isso, de um lado, há o princípio da liberdade fática – ou liberdade real, sendo que, do outro lado, persistem os princípios da competência decisória do Poder Legislativo, da separação dos poderes, além de

¹³⁴ SARLET, op. cit., 2015-a, p. 308.

¹³⁵ Em regra, pois, segundo será explicitado no decorrer deste estudo, em razão da limitação ou escassez de recursos a custear os direitos sociais, há a necessidade de modulações para a efetiva implementação dos mesmos, desde que não se ocupem de um minimalismo excessivo.

¹³⁶ MARTINS, Flávio. Direitos sociais em tempos de crise econômica. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 159-164.

¹³⁷ BOTELHO, op. cit., p. 144-145.

¹³⁸ CANOTILHO, op. cit., 2008, p. 126-127.

¹³⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015-a, p. 512.

outros princípios relativos à liberdade de terceiros, bem como outros direitos sociais ou bens coletivos.

Com esse modelo, Alexy¹⁴⁰ impõe parâmetros que permitem o reconhecimento de direitos originários a prestações nas apontadas situações, quais sejam na imprescindibilidade ao princípio da liberdade fática, ao princípio da separação de poderes, ou a outros princípios materiais que forem atingidos minimamente. Para o aclamado jurista¹⁴¹, a ponderação terá de ser efetuada considerando os pressupostos acima indicados na vigência do caso concreto de cada direito social prestacional verificado.

Nessa teoria, os direitos sociais prestacionais são considerados direitos fundamentais *prima facie*, os quais devem ser realizados num alcance tão maximizado quanto possível a partir da ponderação acima descrita, de onde advêm os direitos derivados às prestações sociais.

Uma vez reconhecida a eficácia jurídica das normas definidoras de direitos sociais, partiu-se, após a delimitação na dimensão prestacional, ao reconhecimento do caráter fundamental de tais direitos. Nesses aspectos, ainda que persistam algumas divergências, essas são pontuais e sem maiores complexidades.

Por outro lado, o reconhecimento dos direitos sociais prestacionais na qualidade de direitos subjetivos já desperta uma problemática mais severa. Isso se dá porque o intérprete equivocava-se ao compreender os direitos sociais prestacionais como se direitos civis o fossem, detentores da mesma estrutura.

Ao contrário, os apontados direitos sociais prestacionais, por exigirem recursos escassos e limitados para a sua implementação, devem, sim, ser compreendidos como direitos subjetivos, mas sujeitos a modulações dogmáticas que levem a sério os limites decorrentes dos meios econômico-financeiros do Estado¹⁴².

Para isso, serão tecidos comentários acerca do núcleo essencial dos direitos sociais prestacionais, nas suas variadas vertentes, bem como quanto a teoria do mínimo para uma existência condigna, tanto sob um viés filosófico, quanto teórico, para a adoção de uma das propostas viáveis para aperfeiçoar a efetividade daqueles direitos no contexto de escassez de recursos.

¹⁴⁰ ALEXY, op. cit., 2015-a.

¹⁴¹ Ibidem, p. 513.

¹⁴² LOUREIRO, op. cit., 2013-b, p. 118.

2.3 O núcleo essencial dos direitos sociais

Antes de adentrar na análise das diversas teorias que compõem o núcleo essencial dos direitos sociais, persiste a necessidade de compreender o seu conteúdo, delimitando-o, bem como de distingui-lo do mínimo para uma existência condigna.

Para Gomes Canotilho¹⁴³, a noção de núcleo essencial, qual seja um instituto central da dogmática jurídico-constitucional contemporânea, apesar das dificuldades na sua determinação, sempre foi compreendida como “*o último reduto de garantia contra as leis e as medidas agressivamente restritivas*” aos direitos.

Diferentemente do que ocorre na Constituição brasileira vigente, a proteção desse núcleo irreduzível dos direitos fundamentais está prevista expressamente na Lei Fundamental alemã, no seu artigo 19, § 2^o¹⁴⁴, bem como, também, dentre outros textos constitucionais, na Constituição portuguesa, no seu artigo 18, inciso III¹⁴⁵. Em razão disso, tanto a doutrina alemã¹⁴⁶, quanto a portuguesa¹⁴⁷, possuem teses desenvolvidas sobre o tema, o que, cada vez mais, vem sendo também abordado e analisado pelos autores brasileiros.

Com a previsão da garantia do núcleo essencial na Constituição alemã, a doutrina daquele país passou a debater a existência de teorias do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, na compreensão do limite máximo de atuação restritiva perpetrada pelo legislador. Compreendida como uma barreira à atividade legislativa, o núcleo essencial foi objeto de ampla e difundida teorização, que será, dentro dos limites propostos neste trabalho, abordada abaixo.

Nessa compreensão, o núcleo essencial dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, principalmente na sua dimensão social prestacional, pode ser compreendido como um espaço intangível de cada direito, qual seja uma parcela de seu conteúdo cuja restrição é vedada, seja emanada do próprio legislador, seja proveniente do intérprete.

Com a fixação de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, há uma delimitação à atividade restritiva perpetrada pelos poderes constituídos, o que

¹⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREA, Érica Paula Barcha (coords.). Direitos fundamentais sociais. São Paulo: Saraiva, 2010-a, p. 26-27.

¹⁴⁴ “*Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência.*”

¹⁴⁵ “*As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de se revestir de caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.*”

¹⁴⁶ Vide ALEXY, op. cit., 2015-a, p. 130 e s., dentre outros.

¹⁴⁷ Vide CANOTILHO, op. cit., 2008, p. 260-266; CANOTILHO, op. cit., 2010-a, p. 30-31; MIRANDA, op. cit., 2012, p. 343-351 e 484, NOVAIS, op. cit., 2021-a, p. 241-242; VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2016, p. 256 e 357, dentre outros.

é denominado por Alexy como uma restrição das restrições¹⁴⁸. Gomes Canotilho, inclusive, ao analisar o texto constitucional português, observa que a referida garantia acaba por proteger o núcleo essencial dos direitos “*como reduto último de defesa*”¹⁴⁹, a impedir que a atividade legislativa fragilize excessivamente os direitos fundamentais.

Apesar de não haver expressa referência à garantia do núcleo essencial no texto constitucional brasileiro, a doutrina pátria, bem como a jurisprudência, com a influência das teorizações alemãs e portuguesas, vêm reconhecendo a sua existência e validade.

Na esfera jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal¹⁵⁰, por diversas vezes, já adotou a garantia do núcleo essencial como limite restritivo aos poderes constituídos, inclusive ao constituinte derivado. Com isso, a jurisprudência constitucional brasileira vem repudiando qualquer eliminação do núcleo essencial dos direitos fundamentais e humanos, ao sustentar a necessidade de buscar um equilíbrio entre a preservação do núcleo de identidade da Constituição e o exercício legítimo das deliberações democráticas perpetradas pelo Legislativo e Executivo.

Já na doutrina brasileira, juntamente com autores estrangeiros, vem havendo um esforço que objetiva distinguir o núcleo essencial de outros conceitos ou teorias, dentre as quais do mínimo para uma existência condigna, bem como da noção de cláusulas pétreas.

Advertindo que a garantia do núcleo essencial não se confunde com a ideia de cláusulas pétreas, Flávio Martins¹⁵¹ esclarece que estas últimas são, na verdade, matérias destacadas pelo legislador constituinte, que não podem ser suprimidas do texto constitucional. Por outro lado, diferentemente, o núcleo essencial deve ser compreendido como o núcleo irreduzível de um dado direito fundamental, que não pode ser objeto de restrição. Dessa maneira, ainda que cada direito fundamental componha, por força do disposto no artigo 60, § 4º, da Constituição brasileira, uma cláusula pétrea, esta não se confunde com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo noções distintas¹⁵².

Já no que diz com as distinções do núcleo essencial e do mínimo para uma existência condigna¹⁵³, persiste um árduo debate na doutrina, evidenciador, no entanto, de que

¹⁴⁸ ALEXY, 2015-a, op. cit., p. 295.

¹⁴⁹ CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 518.

¹⁵⁰ Vide a ADI 2395-DF, o MS 34448-MC -DF, a ADI 5935 -DF, dentre outros.

¹⁵¹ MARTINS, op. cit., p. 274-275.

¹⁵² Ainda que esse ponto será melhor abordado mais à frente, também persiste uma distinção entre a compreensão do núcleo essencial dos direitos e do mínimo vital, sendo que este último refere-se exclusivamente ao mínimo destinado a uma sobrevivência física do indivíduo.

¹⁵³ O mínimo para uma existência condigna, com seus fundamentos teóricos e os desdobramentos dogmáticos, será tratado, com melhor profundidade, no próximo item deste capítulo. A sua menção, no presente tópico, visa tão somente demonstrar que não se confunde com a garantia do núcleo essencial.

não são sinônimos¹⁵⁴.

Ainda que defina o conteúdo essencial como sendo o núcleo irreduzível dos direitos sociais, sendo um limite para a atuação dos poderes estatais, Ricardo Lobo Torres¹⁵⁵ defende que a garantia do núcleo essencial coincide com a base do mínimo existencial. Nesse sentido, o núcleo essencial dos direitos sociais teria o mesmo conteúdo do mínimo para uma existência condigna, não havendo qualquer elemento distintivo entre as duas categorias.

Acompanhando esse mesmo posicionamento, Mário Lúcio Garcez Calil¹⁵⁶ também sustenta que o núcleo essencial dos direitos sociais possui o mesmo conteúdo do mínimo existencial, sendo ambos irreduzíveis e indisponíveis, o que também é sufragado pelo constitucionalista português Jorge Miranda¹⁵⁷.

Por outro lado, refutando o entendimento de que existe uma identidade entre o mínimo existencial e a garantia do núcleo essencial dos direitos sociais, há um grupo de autores uníssomos entre si.

Dentre esses, para Sarlet¹⁵⁸, ainda que o mínimo para uma existência condigna possua um contato com os direitos sociais e persistam zonas de convergência acerca dos respectivos conteúdos, não é possível afirmar que aquele seja equivalente ao núcleo essencial dos direitos sociais, havendo uma maior ou menor relação conforme o caso concreto, mas não uma coincidência de conteúdo.

No mesmo sentido, Daniel Sarmiento¹⁵⁹ verbera que as mencionadas categorias não se confundem. E, para tanto, o referido autor argumenta, primeiramente, a existência de direitos sociais prestacionais que não possuem diretamente pontos de contato com a manutenção de uma vida digna, como, por exemplo, o direito ao décimo terceiro salário, sendo que, além disso, há prestações componentes da noção de um mínimo existencial que não estão contempladas nos direitos fundamentais expressamente positivados pela Constituição, tal como ocorre com o direito ao vestuário adequado e digno.

Para além disso, segundo a autora Ana Carolina Lopes Olsen¹⁶⁰, numa destacada obra que aborda o referido tema, há apenas uma correlação entre o núcleo essencial dos direitos

¹⁵⁴ Vide SILVA, op. cit., p. 204-205.

¹⁵⁵ TORRES, op. cit., 2008-b, p. 318 e s.

¹⁵⁶ CALIL, Mário Lúcio Garcez. Efetividade dos direitos sociais: prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012, p. 165-268.

¹⁵⁷ MIRANDA, op. cit., 2012, p. 478 e s.

¹⁵⁸ SARLET, op. cit., 2015-a, p. 332.

¹⁵⁹ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 217-218.

¹⁶⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008, p. 318-319.

sociais e o mínimo existencial, mas não uma identidade. Para a referida doutrinadora, pode ocorrer de um direito social não deter no seu núcleo um conteúdo que equivalha ao mínimo para uma existência condigna, cuidando-se, portanto, de dois institutos distintos, embora razoavelmente semelhantes.

Assim, na compreensão de que a garantia do núcleo essencial dos direitos sociais prestacionais está relacionada com a imposição de limites à atuação restritiva perpetrada pelos poderes constituídos, não é possível identificá-la com o mínimo para uma existência condigna. Embora possa haver alguma confusão semântica ao afirmar que o mínimo existencial é composto pelo conteúdo essencial dos direitos sociais prestacionais, não persistem dúvidas de que, na dogmática jurídico-constitucional, tratam-se de categorias distintas, ainda que mantenham pontos de contato permanentes.

Acerca do tema em deslinde, Gomes Canotilho¹⁶¹, numa análise dogmática, ainda adverte acerca dos riscos de esvaziamento tanto dos direitos sociais, quanto dos demais direitos fundamentais e humanos, ao se insistir na identificação entre o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos sociais.

A partir do exposto acima, já se constata que o conteúdo do núcleo essencial, bem como a sua definição são distintos das noções de cláusulas pétreas e do mínimo existencial, ao menos sob a vigência de uma dogmática jurídica composta por uma fidelidade teórica e construída a ensejar propostas que assegurem uma melhor efetividade dos direitos sociais prestacionais.

E justamente para permitir uma compreensão plena da garantia do núcleo essencial, e sua repercussão na implementação dos direitos sociais prestacionais na vigência de um Estado social fundado pela dignidade da pessoa humana, é que serão analisadas a seguir quatro teorias, quais sejam as teorias objetiva e subjetiva, bem como as teorias absoluta – *absolute Theorie* – e relativa – *relative Theorie*. Com isso, será possível identificar, também, o conteúdo do núcleo essencial dos direitos sociais prestacionais, qual seja o seu núcleo irreduzível.

2.3.1 Teoria objetiva e teoria subjetiva

Para contribuir na identificação do conteúdo do núcleo essencial dos direitos sociais prestacionais, há a necessidade de compreender as teorias objetiva e subjetiva que recaem sobre

¹⁶¹ CANOTILHO, op. cit., 2010-a, p. 30-31.

o tema.

Analisando a expressa previsão contida na Constituição alemã, em especial no seu artigo 19, § 2º¹⁶², que estabelece um limite à restrição dos direitos fundamentais, quando proíbe a afetação de tais direitos no seu núcleo essencial, Alexy acaba por conceituar o conteúdo essencial em seus sentidos absoluto e relativo¹⁶³.

Nesse ponto, para a teoria objetiva, o núcleo essencial de um dado direito fundamental é verificado a partir da análise do ordenamento jurídico como um todo, na perspectiva da sociedade em si, que acaba por delimitar a sua restrição. Com isso, o núcleo essencial é compreendido como uma espécie de norma prontamente objetiva, sendo que, ao permanecer válido para os outros particulares, poderá vir a ser restringido excepcionalmente num caso concreto.

Para Alexy¹⁶⁴, nessa comentada teoria, a garantia do núcleo essencial está relacionada com uma situação objetiva de regulação constitucional. Em consequência, o conteúdo do núcleo essencial de um dado direito fundamental será compreendido a partir da representatividade que este possui para todos os membros da sociedade.

Analisando essa compreensão objetiva, o constitucionalista Virgílio Afonso da Silva¹⁶⁵ defende que o núcleo essencial de um direito fundamental será construído por força do significado que esse direito possui para a vida social, sendo que a proteção desse conteúdo acarretará na proibição de restrições à eficácia do referido direito que retirem seu significado, se não a todos os indivíduos, ao menos para uma grande parcela deles. Por isso, o apontado autor sustenta que a teoria objetiva não outorga qualquer proteção além daquela que já decorre da noção de cláusulas pétreas, devendo, portanto, necessariamente ser complementada pela teoria subjetiva, posto que insuficiente ao fim proposto.

Segundo exposto nos itens anteriores do presente texto, a finalidade da garantia do núcleo essencial é proteger os direitos fundamentais e os direitos humanos, em especial, no estudo em tela, os direitos sociais prestacionais, de restrições excessivas, tanto legislativas, quanto operadas pelo intérprete. Para tanto, a teoria objetiva não se presta satisfatoriamente, ao menos numa compreensão isolada da teoria subjetiva, pois, nos casos concretos que envolvessem direitos individuais ou transindividuais, especificamente naquelas hipóteses nas quais as restrições não colocassem em risco o direito fundamental para todos, nada poderia ser

¹⁶² O referido dispositivo constitucional consta acima transcrito.

¹⁶³ ALEXY, op. cit., 2015-a, p. 295-296.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ SILVA, op. cit., 2014, p. 185-186.

feito.

Em razão disso, Alexy¹⁶⁶, mesmo reconhecendo que as dificuldades inerentes à garantia do núcleo essencial seriam melhor solucionadas na esfera de uma teoria objetiva, sustenta que a natureza dos direitos fundamentais como direitos das pessoas humanas exige uma coexistência essencial das teorias objetiva e subjetiva.

Então, para a teoria subjetiva, há a necessidade de compreender que tal proteção alcança também as posições jurídicas concedidas aos indivíduos. Ainda que nada reste de um direito fundamental, a partir da restrição imposta a ele, ainda assim permanece, sob o enfoque subjetivo, o dever de proteger o seu conteúdo essencial em razão de uma análise individualizada¹⁶⁷.

Para a teoria subjetiva, segundo Ana Carolina Lopes Olsen¹⁶⁸, o direito será analisado com relação ao seu titular especificamente, numa dimensão subjetiva, a partir do que o indivíduo, com suas particularidades, se torna a referência central para aferir a gravidade da restrição, bem como para definir o conteúdo do núcleo essencial daquele direito.

A análise da teoria subjetiva evidencia, por mais uma vez, a necessidade de uma conjunção com a teoria objetiva. Ainda que este último desenvolvimento teórico oportunize uma proteção mais generalizante dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, e até por isso mesmo mereça ser mantida, persiste a imprescindibilidade de também reconhecer a existência e a validade da dimensão subjetiva da garantia do núcleo essencial, até mesmo para que se alcance uma proteção efetiva do indivíduo, o que se mostra coerente na vigência de um constitucionalismo multinível amparado pela dignidade humana.

Com o reconhecimento da necessidade da teoria subjetiva, ante a insuficiência, por si só, da dimensão objetiva acima apontada, a doutrina vem se dividindo em outras duas teorias, quais sejam a teoria absoluta e a teoria relativa, as quais serão objeto de descrição e análise logo a seguir.

2.3.1.1 Teoria absoluta (absolute Theorie) do núcleo essencial

Como um desdobramento da dimensão subjetiva da garantia do núcleo essencial, segundo a teoria absoluta cada um dos direitos, inclusive os direitos sociais prestacionais,

¹⁶⁶ ALEXY, op. cit., 2015-a, p. 297.

¹⁶⁷ Vide SILVA, op. cit., 2014, p. 187.

¹⁶⁸ OLSEN, op. cit., p. 150.

possui um núcleo, que não será objeto de restrição em qualquer hipótese, nem mesmo mediante o emprego da proporcionalidade¹⁶⁹. Nesse caso, haveria um “limite do limite” para a ação legislativa, que consiste na identificação de um espaço que não está sujeito a qualquer regulação¹⁷⁰.

Para Jorge Miranda¹⁷¹, no intuito de que a garantia do núcleo essencial funcione efetivamente, deve a mesma ser compreendida como um limite absoluto, que corresponda à finalidade ou ao valor justificativo daquele direito. Nessa compreensão, para o jurista português, deve, ainda, o núcleo essencial fundamentar-se na Constituição, pois é a lei que deve ser interpretada conforme o texto constitucional vigente, e não a Constituição conforme a lei.

Com a adoção dessa dimensão absoluta, o conteúdo do núcleo essencial é vislumbrado a partir de uma análise puramente abstrata da norma, que independe da situação concreta e dos interesses eventualmente conflitantes. Para Flávio Martins¹⁷², o intérprete deve analisar a norma constitucional e identificar, nessa apreciação abstrata, o seu núcleo inderrogável.

Numa abordagem ampla do tema, o publicista José Carlos Vieira de Andrade¹⁷³, que é um partidário, embora parcialmente crítico, da teoria absoluta, sustenta que o conteúdo essencial de um direito consiste no núcleo fundamental intocável, que não pode ser restringido sob pena de o referido direito deixar de existir em razão de uma fragilização excessiva. Para o referido autor português¹⁷⁴, a dignidade da pessoa humana reveste esse conteúdo essencial absoluto dos direitos, que não pode ser afetado em qualquer hipótese. Portanto, os direitos sociais prestacionais, como uma categoria de direitos fundamentais e humanos, são também dotados desse conteúdo nuclear, ao qual se reconhece uma força jurídica destacada, visto que se refere à ideia de dignidade da pessoa humana, qual seja o fundamento de todos os direitos da pessoa humana¹⁷⁵.

Com a demonstração acima, já se constata, de certo modo, que vários são os adeptos da teoria absoluta da garantia do núcleo essencial, a qual se lastreia num conteúdo essencial absoluto, mas, conforme demonstrado por Virgílio Afonso da Silva¹⁷⁶, não necessariamente

¹⁶⁹ ALEXY, op. cit., 2015-a, p. 298.

¹⁷⁰ Vide MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, e-book, p. 419.

¹⁷¹ MIRANDA, op. cit., 2012, p. 350.

¹⁷² MARTINS, op. cit., p. 276-277.

¹⁷³ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2016, p. 282.

¹⁷⁴ Ibidem.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 357.

¹⁷⁶ SILVA, op. cit., 2014, p. 188 e s.

imutável.

Nesse aspecto, a teoria absoluta desdobra-se em duas compreensões, quais sejam a absoluta dinâmica e a absoluta estática. Aquela primeira¹⁷⁷, como a própria denominação indica, sustenta a existência de um conteúdo essencial de um direito fundamental e humano, embora irreduzível em qualquer circunstância, modificável com o decurso do tempo. Persiste, assim, o caráter absoluto do núcleo essencial, que não passa por alterações circunstanciais, mas é modificável com o passar do tempo.

Por outro lado¹⁷⁸, a teoria absoluta estática compreende o conteúdo essencial dos direitos como absolutos no espaço, mas também no tempo, sendo, portanto, intangível e imutável, o que não se harmoniza com as alterações interpretativas que os enunciados normativos constitucionais impõem no decorrer do tempo.

Ao comentar esta última teoria, Virgílio Afonso da Silva¹⁷⁹ entende ser possível partir da compreensão de que as normas constitucionais mereçam interpretações dinâmicas e mutáveis, embora mantendo-se o conteúdo essencial dos direitos de modo estático. Nesse sentido, para o apontado autor, o fato de as normas constitucionais serem dinâmicas, não impede que parte dela – especificamente o núcleo essencial dos direitos – seja absoluta e estática, desde que esta não se apresente demasiadamente ampla.

A partir das lições acima colacionadas, é possível compreender a apontada teoria absoluta, que admite a existência de um núcleo inderrogável do direito, o qual independe de qualquer ponderação, sendo aplicado ao caso concreto como se fosse uma dada regra.

Em alguns momentos, os tribunais constitucionais utilizam-se da teoria absoluta, conforme os exemplos abaixo transcritos, o que não impede, no entanto, a adoção de outras construções teóricas oriundas da teoria geral dos direitos fundamentais.

Nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.096-DF¹⁸⁰, apreciou a inconstitucionalidade material de um dispositivo infraconstitucional, que fixava prazo decadencial para a revisão do ato administrativo de indeferimento, cancelamento ou cessação de benefício previdenciário. Na ocasião, sob a relatoria do Ministro Edson Facchin, adotando-se a teoria absoluta, compreendeu-se que “*o núcleo essencial do direito fundamental à previdência social é imprescritível, irrenunciável e indisponível*”. Em razão disso, houve decisão no sentido de que

¹⁷⁷ SILVA, op. cit., 2014, p. 188 e s.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 189.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 190.

¹⁸⁰ ADI 6096 – RS.

esse núcleo essencial não poderia ser restringido pelos efeitos temporais e da inércia do titular da pretensão pertinente ao direito ao recebimento de benefício previdenciário¹⁸¹.

Na análise da literatura jurídica, também é possível extrair alguns julgados oriundos do Tribunal Constitucional alemão. Numa dessas decisões¹⁸², que tratou sobre gravações secretas, os julgadores consideraram que interesses da coletividade não são aptos a justificar uma intervenção no núcleo essencial do direito à inviolabilidade da vida privada, assim tutelado de modo absoluto, sem qualquer espaço para sopesamentos.

Essas teorias absolutas, que, inclusive, fundamentam parte das decisões judiciais emanadas por tribunais constitucionais, apresentam algumas dificuldades, a exigir uma reflexão mais apurada.

Ao admitir a existência de um núcleo irreduzível absoluto, surge uma possível dificuldade prática de obter, numa análise abstrata, a existência desse conteúdo mínimo essencial, o que pode repercutir numa fragilização dos direitos fundamentais e humanos, sendo que, contrariamente, a finalidade da teoria absoluta é resguardar uma melhor proteção desses¹⁸³, ao limitar as hipóteses de restrição legislativa.

Se não bastasse isso, a partir da sofisticada análise compreendida por Alexy¹⁸⁴, quando a teoria absoluta considera a existência de posições contrárias que possam justificar, ou não, uma dada restrição a um direito, pode vir a aproximar-se sobremaneira à técnica da ponderação, apoiando-se, assim, na teoria relativa.

Para melhor compreender a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, impõe-se analisar, de igual maneira, a sua teoria relativa, que será abaixo compreendida a partir de seus aspectos gerais e de suas particularidades, sendo possível, ao final, uma tomada de posição sobre o tema e suas críticas.

2.3.1.2 Teoria relativa (relative Theorie) do núcleo essencial

Na teoria relativa, na sua principal versão, que também surge num desdobramento da dimensão subjetiva, o conteúdo da garantia do núcleo essencial é aquilo que se obtém após

¹⁸¹ Ainda que se denote uma aproximação, no apontado julgado, com a teoria relativa, extrai-se da decisão o não emprego de um juízo de ponderação, e a compreensão, em caráter absoluto, do núcleo essencial do direito fundamental debatido na demanda.

¹⁸² ALEXY, op. cit., 2015-a, p. 298.

¹⁸³ Vide MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luís. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 22-31.

¹⁸⁴ ALEXY, op. cit., 2015-a, p. 295-301.

o sopesamento. A partir disso, segundo Alexy¹⁸⁵, as restrições que estejam guardadas pela proporcionalidade não violam o núcleo essencial, sendo essa garantia “*reduzida à máxima da proporcionalidade*”.

Com isso, o conteúdo do núcleo essencial será definido em cada caso concreto, a partir do objetivo pretendido pela norma restritiva incidente, mediante um procedimento de ponderação entre meios e fins, pautado sempre pelo princípio da proporcionalidade. Admite-se, portanto, uma relativização do conteúdo essencial de um dado direito fundamental, desde que resguardado pela apontada proporcionalidade.

Para Gilmar Ferreira Mendes¹⁸⁶, a partir da teoria relativa, o núcleo essencial seria aquele conteúdo mínimo não sujeito a alguma restrição ou redução a partir da ponderação orientada pelo princípio da proporcionalidade, motivo pelo qual a proteção desse conteúdo essencial teria significado apenas declaratório¹⁸⁷.

Por força dessa definição, na teoria relativa a garantia do núcleo essencial não será uma medida fixa e previamente estabelecida, mas sim um conteúdo variável de caso a caso, sujeito a mudanças que dependerão dos direitos versados no caso concreto, o que será objeto de ponderações específicas a depender da situação em exame.

A garantia do núcleo essencial, portanto, é a consequência da aplicação da proporcionalidade nas hipóteses de restrições aos direitos, inclusive aos direitos sociais prestacionais, identificando, conforme indica o autor Virgílio Afonso da Silva¹⁸⁸, o conteúdo essencial com o produto da aplicação da proporcionalidade.

Contrariando por completo a teoria absoluta, os partidários da presente construção teórica defendem que o conteúdo do que é essencial em matéria de direitos fundamentais e humanos depende sempre tanto das condições fáticas, quanto das ponderações realizadas entre diversos direitos e interesses na circunstância específica em análise. Assim, o conteúdo essencial variará a depender das circunstâncias e dos direitos existentes no caso concreto.

Acerca disso, Ana Carolina Lopes Olsen¹⁸⁹ sustenta que a teoria relativa acaba por permitir um conceito flexível de núcleo essencial, que se harmoniza com a necessidade de compatibilização das normas constitucionais à evolução humana, não deixando, no entanto, o direito desprotegido, visto que os critérios da proporcionalidade sempre deverão ser satisfeitos quando o ente estatal pretender uma restrição normativa.

¹⁸⁵ ALEXY, op. cit., 2015-a, p. 298.

¹⁸⁶ MENDES, op. cit., 2021, p. 420.

¹⁸⁷ Nesse sentido, vide ALEXY, op. cit., 2015-a, p. 298.

¹⁸⁸ SILVA, op. cit., 2014, p. 198.

¹⁸⁹ OLSEN, op. cit., p. 156.

No âmbito da teoria em análise surge a posição de que, num determinado caso concreto, o núcleo essencial pode estar integralmente protegido, sem qualquer restrição; sendo que, já em outros casos, a depender da importância dos outros princípios envolvidos na ponderação, pode acontecer de nada restar de um determinado direito¹⁹⁰.

No entanto, para Virgílio Afonso da Silva¹⁹¹ não se apresenta constitucional uma restrição que invada o conteúdo essencial de um direito, atingindo-o, motivo pelo qual, na sua concepção, o proporcional, como fruto do sopesamento realizado, sempre respeitará a garantia do núcleo essencial.

Como acontece com a teoria absoluta acima comentada, também em alguns casos os tribunais constitucionais utilizam-se da teoria relativa¹⁹², havendo, neste último sentido, ampla adoção pelo Supremo Tribunal Federal, conforme os exemplos abaixo indicados.

Nesse entendimento, como bom exemplo da adoção da teoria relativa pelo Tribunal Constitucional brasileiro, há o Recurso Extraordinário n. 511.961 – SP¹⁹³, que mediante um juízo de proporcionalidade decidiu que a exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista compunha uma restrição inconstitucional às liberdades de expressão e de informação. Além disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal acabou por acolher a tese de que a reserva legal estabelecida pelo artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, não conferiu ao legislador ordinário o poder de restringir o exercício da liberdade profissional no seu próprio núcleo essencial, o que se daria com a exigência acima apontada constante no artigo 4º, inciso V, do Decreto-lei n. 972/69.

Num outro exemplo do emprego da teoria relativa pelo Tribunal Constitucional brasileiro, há o julgado proferido no Recurso Extraordinário n. 363.889 – DF¹⁹⁴. Nessa decisão, em que se discutia a possibilidade de afastar o óbice da coisa julgada para prosseguir com um processo de investigação de paternidade, admitiu-se o uso da técnica da ponderação de valores, através do princípio da proporcionalidade pelo intérprete, desde que resguardado o núcleo essencial de cada direito fundamental.

Apesar da adoção majoritária da teoria relativa pelos autores lusófonos, Jorge

¹⁹⁰ Nesse sentido, ALEXY, op. cit., 2015-a, p. 297-298.

¹⁹¹ SILVA, op. cit., 2014, p. 206-207.

¹⁹² No âmbito do Tribunal Constitucional português, como exemplo de adoção da teoria relativa, há o Acórdão n. 509/02, que mediante o emprego da proporcionalidade decidiu pela inconstitucionalidade da norma que versava sobre o rendimento social de inserção, ante o fundamento da violação do direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, assim extraído de VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas: uma decisão singular do Tribunal Constitucional. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02. *Jurisprudência Constitucional*, n. 01, jan./mar. 2004, p. 04-29.

¹⁹³ RE n. 511.961 – SP.

¹⁹⁴ RE n. 363.889 – DF.

Miranda¹⁹⁵ aponta uma ausência de autonomia conceitual, no sentido de que há uma confusão entre as teses relativistas e a proporcionalidade, o que as fragilizaria excessivamente.

Assim, apreciadas ambas as construções teóricas, a partir das considerações acima explicitadas, é possível a assunção de uma posição acerca do debatido tema, a qual esteja em consonância com o intuito de propor uma melhor implementação dos direitos sociais prestacionais num contexto de escassez de recursos.

2.3.2 Teoria adotada

Com a análise dos desdobramentos teóricos acima descritos, e considerando os direitos sociais especificamente na sua dimensão positiva ou prestacional, que é onde a problemática da escassez de recursos ante as diversas pretensões individuais e coletivas se agrava, surge a conveniência da adoção de uma específica teoria.

É certo que, para que haja uma escolha teórica adequada, não há como se afastar da compreensão¹⁹⁶ de que os direitos sociais prestacionais possuem fundamentalidade formal, até mesmo porque previstos nas normas de natureza constitucional, bem como fundamentalidade material, posto que lastreados na dignidade da pessoa humana, que é, conforme exposto num dos itens anteriores deste capítulo, um princípio fundante do Estado e um valor essencial à humanidade.

Além disso, os referidos direitos sociais prestacionais, que exigem recursos escassos para a sua implementação, sendo onerosos e custosos para o erário, devem ser compreendidos como direitos subjetivos¹⁹⁷, sujeitos, no entanto, a modulações dogmáticas que considerem seriamente os limites que provêm dos meios econômico-financeiros disponíveis do Estado.

Desta feita, na compreensão de que a garantia do núcleo essencial dos direitos sociais prestacionais está relacionada com o estabelecimento de limites à atuação restritiva realizada pelos poderes constituídos, impõe-se não se afastar do reconhecimento da fundamentalidade desses direitos, bem como de tê-los em vista na qualidade de direitos subjetivos, ainda que submetidos, conforme já exposto, a modulações dogmáticas que considerem o contexto da limitação dos recursos orçamentários.

¹⁹⁵ MIRANDA, op. cit., 2012, p. 350.

¹⁹⁶ Vide item 2.2.3 do presente estudo.

¹⁹⁷ Vide item 2.2.3.1 do presente texto.

No cenário brasileiro, ainda que não haja expressa previsão no texto constitucional, a necessidade de assegurar a garantia do núcleo essencial acaba por advir do próprio modelo garantístico empregado pelo legislador constituinte¹⁹⁸, sem o que seriam ineficazes toda e qualquer proteção fundamental.

Se outros textos constitucionais, como o alemão e o português, preveem expressamente a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o regime constitucional brasileiro, apesar de não taxar expressamente, também o impõe, pois pensar diferente seria autorizar que os poderes constituídos pudessem inobservar qualquer dos direitos fundamentais e humanos, inclusive os direitos sociais prestacionais, livremente.

Não há, na conjuntura constitucional brasileira, uma liberdade ilimitada dos poderes constituídos a estabelecer restrições aos direitos fundamentais e humanos, o que não se coaduna, inclusive, com a própria fundamentalidade que os reveste.

Passadas essas questões introdutórias, serão apresentados comentários acerca da posição adotada neste estudo.

Primeiramente, ao analisar a teoria objetiva e a teoria subjetiva que recaem sobre o tema, surge uma necessária conjunção entre ambas, e não uma posição alternativa entre uma ou outra. Isso porque a teoria objetiva faz-se necessária ao sustentar que o núcleo essencial de um direito fundamental ou humano decorrerá do conteúdo que esse direito possui para a vida social, a partir do que se extrai a proibição de restrições à eficácia do apontado direito que esvaziem, por completo, o seu significado, ao menos para uma parcela considerável da sociedade.

Em razão disso, no bojo de um constitucionalismo multinível, não é possível simplesmente ignorar a validade da teoria objetiva. Ocorre que, naquelas hipóteses envolvendo direitos individuais ou transindividuais, cujas restrições não coloquem em risco o direito a todos ou a quase todos, tal compreensão objetiva não se mostra isoladamente satisfatória.

Daí porque se faz necessária uma conjunção da teoria objetiva com a teoria subjetiva¹⁹⁹, pois ainda que aquele desenvolvimento teórico assegure uma proteção geral dos direitos fundamentais e humanos, impõe-se reconhecer a existência e a validade da dimensão subjetiva, para assegurar uma proteção efetiva do indivíduo, dentro das suas particularidades e especificidades.

No entanto, reconhecida a imposição de uma coexistência entre a teoria objetiva e a teoria subjetiva, surge uma segunda necessidade, qual seja adotar a teoria absoluta ou relativa do núcleo essencial.

¹⁹⁸ MENDES, op. cit., 2021, p. 423.

¹⁹⁹ Nesse sentido, vide ALEXY, op. cit., 2015-a, p. 297; SILVA, op. cit., 2014, p. 185-186; dentre outros.

Nesse segundo ponto, tratando especificamente dos direitos sociais na sua dimensão positiva ou prestacional, na vigência de um constitucionalismo multinível amparado pela dignidade da pessoa humana, não há como acolher satisfatoriamente a teoria relativa.

Para que a garantia do conteúdo essencial de um dado direito social prestacional, em consonância com a fundamentalidade desse direito, sirva como um limite efetivo às atuações abusivas dos poderes constituídos, não pode ser relativizada, devendo ser compreendida como um limite absoluto, que corresponda às finalidades que justifiquem aquele direito²⁰⁰.

Sendo a noção de núcleo essencial compreendida como o último dos limites contra leis e atos restritivos aos direitos fundamentais e humanos, quais sejam aqueles essenciais ao ser humano, por certo que o seu conteúdo deve ser um valor absoluto.

A adoção da teoria absoluta permite resguardar de qualquer restrição um espaço de maior intensidade valorativo do direito social prestacional, que não pode vir a ser afetado sob pena de perecimento. Para José Carlos Vieira de Andrade²⁰¹, o núcleo essencial, na teoria absoluta, consiste no coração do direito, qual seja aquele núcleo, determinável abstratamente, que não pode ser restringido.

Assim, no estudo específico dos direitos sociais prestacionais, num Estado lastreado na dignidade da pessoa humana, há um limite fixo e absoluto, que constitui num mínimo a ser preservado em toda e qualquer circunstância.

No entanto, uma vez adotada a teoria absoluta da garantia do núcleo essencial, uma outra questão permanece a ser dirimida, qual seja o limite dessa garantia. E nesse ponto, ela corresponde à noção do homem como ser digno e livre, o que compõe a essência dos direitos sociais prestacionais, motivo pelo qual deve ser compreendida como o limite absoluto a toda e qualquer restrição.

Nesse aspecto, no contexto brasileiro, o texto constitucional acaba por positivar como fundamento expresso do Estado democrático de direito, no qual se constitui a República Federativa, o princípio da dignidade da pessoa humana²⁰². A partir desse princípio, no artigo 3º da Constituição brasileira²⁰³, são descritos os objetivos principais do Estado, que nada mais são

²⁰⁰ MIRANDA, op. cit., 2012, p. 350.

²⁰¹ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2016, p. 283.

²⁰² Dispõe o artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que a “*República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos*”, dentre outros, “*a dignidade da pessoa humana*”.

²⁰³ Prevê o artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que “*constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*”, dentre outros, “*construir uma sociedade justa, livre e solidária*” e “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”.

do que as finalidades constitucionais voltadas à dignificação do indivíduo, dentre as quais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da erradicação da pobreza e da marginalização.

A exemplo de outros textos constitucionais, na Constituição brasileira a dignidade da pessoa humana é prevista como um princípio fundamental²⁰⁴ e fundante²⁰⁵, que constitui a base dos direitos sociais prestacionais, o qual também é um valor determinante na implementação desses direitos, bem como de todos os direitos fundamentais²⁰⁶. Em razão disso, esse princípio impõe o ser humano como fim de toda e qualquer atuação do Estado, devendo a garantia e a promoção da dignidade humana orientar a atuação dos poderes constituídos, inclusive na esfera de restrição dos direitos sociais prestacionais.

A dignidade da pessoa humana, vislumbrada, portanto, como um valor axiológico central do modelo contemporâneo de Estado social, servindo como base dos direitos sociais prestacionais, fixa-se como o limite mínimo a ser observado frente às restrições advindas dos poderes constituídos. Se não bastasse isso, por estar na base do estatuto jurídico dos indivíduos e conferir unidade de sentido aos direitos fundamentais²⁰⁷, a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como o fundamento dos direitos sociais prestacionais, projetando-se no indivíduo como ser dotado de autonomia e como membro de uma sociedade dinâmica e interativa.

E assim, o respeito à dignidade humana impõe limites à atividade restritiva, assegurando uma garantia mínima de um núcleo essencial dos direitos sociais prestacionais em favor dos indivíduos, pois com a inobservância desse mínimo, estar-se-á impedindo que os seus titulares exerçam plenamente uma vida digna.

Sob pena de uma violação atentatória ao fundamento central do atual modelo de Estado constitucional, necessário reconhecer a existência de uma especial força jurídica ao núcleo essencial absoluto dos direitos sociais prestacionais, que traz uma referência imediata à dignidade da pessoa humana.

Pensar de maneira diferente redundaria na relativização de um conteúdo mínimo atinente aos direitos sociais prestacionais, que, uma vez violado, fragiliza a dignidade da pessoa humana, qual seja o fundamento desse Estado social e democrático vigente²⁰⁸. Não se admite,

²⁰⁴ Vide SARLET, op. cit., 2015-a, p. 79-80.

²⁰⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Interesse Público*, v. 01, 4. ed., p. 31

²⁰⁶ Vide BARAK, op., cit., p. 144 e 196, para quem o conteúdo do direito à dignidade humana é o valor constitucional da dignidade humana, desempenhando, assim, um papel central.

²⁰⁷ Vide VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2016, p. 96-97.

²⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11. ed. Malheiros: São Paulo, 2014, p. 204.

portanto, a possibilidade de restrição de um direito social prestacional para além desse núcleo essencial, que corresponde à fundamentação da dignidade da pessoa humana, qual seja a dignidade do homem concreto como um ser dotado de autonomia e liberdade.

Com a adoção da teoria absoluta, toda e qualquer restrição a um dado direito social prestacional, que possa colocar em causa o seu núcleo essencial na condição de conteúdo mínimo daquele direito, redundará numa omissão indevida do Estado, assim violadora da dignidade da pessoa humana.

Esse conteúdo mínimo dos direitos sociais prestacionais, então resguardado pela garantia do núcleo essencial, está revestido por um carácter absoluto, detendo, portanto, uma especial densidade normativa e uma destacada força jurídica a partir de uma referência à dignidade da pessoa humana. Trata-se de um limite absoluto à atividade restritiva proveniente dos poderes constituídos, composto pelo valor e princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, a garantia do conteúdo essencial impõe-se como absoluta, não sofrendo restrições a partir das circunstâncias variáveis do caso concreto. No entanto, isso não significa uma imutabilidade absoluta na dimensão temporal, a admitir, por óbvio, um carácter dinâmico a esse conteúdo. Com isso, o núcleo essencial de um direito social prestacional pode ser modificado com a passagem do tempo, admitindo-se uma adaptação do seu conteúdo às mudanças da realidade, detendo, assim, uma abertura e elasticidade.

Com a adoção da teoria absoluta dinâmica²⁰⁹, há um conteúdo essencial de um direito social prestacional absoluto, portanto irreduzível em toda e qualquer circunstância, mas modificável com a passagem do tempo, ou seja, na dimensão temporal, o que se mostra adequado, no âmbito de um Estado social fundado pela dignidade da pessoa humana, mas vigente em tempos pós-modernos marcados pela rápida alteração dos aspectos fáticos e da realidade.

Uma crítica que surge à adoção do limite absoluto do conteúdo essencial dos direitos consagrado na dignidade da pessoa humana, reside no argumento de que apenas a dignidade deteria um conteúdo essencial absoluto, mas não os demais direitos.

Ocorre que a dignidade da pessoa humana, como acima destacado, apresenta-se como um princípio e um valor axiológico centrais e fundantes ao modelo de Estado social vigente, não se restringindo a um mero direito fundamental. Elevada à condição de princípio constitucional estruturante²¹⁰, a dignidade humana impõe que o Estado atue como um

²⁰⁹ DREWS, Claudia apud SILVA, op. cit., 2014, p. 188-191.

²¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 52-53.

instrumento para a promoção de uma vida digna a todos, precipuamente àqueles em situação de vulnerabilidade social. Além disso, o valor central da dignidade humana²¹¹ é um guia para a implementação, ainda que mínima, dos direitos fundamentais e humanos, não se confundindo com a natureza jurídica de um desses direitos.

Outra crítica apresentada à teoria acima adotada reside no argumento de que existe um risco de uma hipertrofia da dignidade, o qual, a partir do que será exposto no decorrer deste estudo, no desenvolvimento de uma dogmática de crise econômico-financeira que se ocupa de modular aspectos da socialidade, virá a ser refutado²¹².

Num contexto de escassez de recursos, com a adoção da teoria absoluta dinâmica, admite-se restrições aos direitos sociais prestacionais decorrentes de atuações advindas dos poderes constituídos, limitadas, no entanto, ao núcleo essencial revestido pelo valor e princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda que haja um conteúdo mínimo absoluto resguardado, tanto o legislador, quanto o administrador e o intérprete, ainda possuem uma margem de restrição aos direitos sociais prestacionais, principalmente numa conjuntura marcada pela limitação de recursos econômico-financeiros, devendo, no entanto, ser resguardado o conteúdo mínimo daqueles direitos que estejam relacionados com uma vida minimamente digna, a assegurar, ainda, a aptidão do indivíduo de deter uma existência dotada de autonomia, a partir da qual possa exercer suas escolhas.

Ainda que haja uma dificuldade prática de definir o que compõe o conteúdo essencial, com a adoção da teoria objetiva conjuntamente com a teoria subjetiva, desdobrando-se esta na teoria absoluta dinâmica, podem ser extraídos alguns elementos indicativos dos limites que devem ser respeitados pelos poderes constituídos nas restrições impostas aos direitos sociais prestacionais.

2.4 O mínimo para uma existência condigna e a justiciabilidade

Detendo uma definição distinta daquela inerente à garantia do núcleo essencial, o

²¹¹ BARAK, op. cit., p. 196.

²¹² No entanto, ainda que leituras maximalistas da Constituição, ao menos no que se refere aos direitos sociais prestacionais, não possibilitem uma aplicação efetiva e integral desses ante a limitação de recursos disponíveis, por certo as versões minimalistas também não se adequam a um modelo de Estado fundado na dignidade da pessoa humana e sob a vigência de um constitucionalismo multinível. Em razão disso, durante todo o presente texto buscar-se-á uma adequada compreensão da socialidade ocupada por modulações dogmáticas.

mínimo para uma existência condigna destaca-se como um tema central numa dogmática ocupada em assegurar uma socialidade mais ampla num contexto de escassez de recursos, bem como fornece critérios e subsídios para a definição da justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais.

A partir da vigência de um modelo de Estado social fundado pela dignidade da pessoa humana, passou-se a tratar de temas como o mínimo vital²¹³ e o mínimo social²¹⁴, abarcando a perspectiva de que a importância do direito às necessidades básicas mostra-se essencial, pois quando os indivíduos não detêm acesso à satisfação dessas necessidades, suas vidas são drasticamente restringidas, impedindo, assim, uma existência humana minimamente digna²¹⁵.

Conforme a literatura muito bem explicita, o desenvolvimento dogmático da teoria do mínimo para uma existência condigna teve início com o publicista Otto Bachof²¹⁶, que, já no início da década de cinquenta do século anterior, propôs a tese de que o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, item I, da Lei Fundamental alemã, impõe o reconhecimento do direito aos recursos mínimos para uma existência digna. Nesse sentido, Bachof sustentou que os direitos à vida e integridade corporal, previstos expressamente no artigo 2º, item II, da Lei Fundamental alemã, impõem uma atuação ativa no sentido de garantir e assegurar a vida humana. Com a adoção dessas ideias, cerca de um ano após, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha acabou por admitir, em favor dos hipossuficientes, um direito subjetivo à ajuda material por parte do Estado, apesar da Lei Fundamental de Bonn não contemplar qualquer direito social prestacional em seu rol²¹⁷.

Anos mais tarde, já em 1975, o Tribunal Constitucional Federal alemão finalmente decidiu, ao apreciar a constitucionalidade de um dispositivo legal que tratava sobre matéria previdenciária, que o ente estatal deve assegurar as condições mínimas a uma existência condigna²¹⁸. Mais à frente, em várias outras decisões posteriores²¹⁹, consolidando esse

²¹³ MIRANDA, Pontes de. Direitos à subsistência e direito ao trabalho. Rio de Janeiro: Alba Limitada, 1933, p. 28-30.

²¹⁴ NOVAIS, op. cit., 2021-a, p. 229.

²¹⁵ Nesse aspecto, vide ASHFORD, Elizabeth. The duties imposed by the human rights to basic necessities. In: POGGE, Thomas (ed.). Freedom from poverty as a human right: who owes what to the very poor?. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 183-219.

²¹⁶ Vide SARMENTO, op. cit., 2019, p. 191; e SARLET, op. cit., 2015-a, p. 326, que muito bem demonstram as ideias pioneiras de Otto Bachof.

²¹⁷ BVerwG 1, 159 (161 e ss.)(1954).

²¹⁸ BVerfG 40, 121 (1975).

²¹⁹ Dentre as quais, BVerfG, 1 BvL 1/09 (2010), que reconheceu a garantia das condições mínimas a uma vida digna, assim advinda da dignidade humana e do princípio do Estado social, tendo reconhecido, inclusive, o direito fundamental a um mínimo existencial, que deve garantir aos vulneráveis as prestações materiais necessárias para sua existência física e para uma mínima participação na vida social, cultural e política.

entendimento, a justiça constitucional alemã passou a adotar o direito ao mínimo a uma existência condigna como conteúdo essencial do Estado social vigente.

Nessa construção doutrinária e jurisprudencial germânica, consolidou-se o entendimento de que existe um direito fundamental à garantia do mínimo para uma existência condigna, assim extraído a partir de uma associação entre o Estado social e a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e à integridade física, mediante uma adequada interpretação sistêmica²²⁰.

Essa construção teórica, desenvolvida de maneira pioneira na Alemanha, passou a influenciar a doutrina de outros países europeus²²¹, sendo, também, difundida no continente americano, inclusive no Brasil²²².

No direito brasileiro, o tema foi abordado com destaque, pela primeira vez, pelo autor Ricardo Lobo Torres, no aclamado artigo “O mínimo existencial e os direitos fundamentais”, publicado na Revista de Direito Administrativo n. 177. Na ocasião, o referido jurista salientou que o mínimo existencial abrangeria aquelas condições mínimas para uma vida digna, alcançando, ainda, todo e qualquer direito, sendo protegido negativamente contra intervenções indevidas do Estado e, também, positivamente a partir das prestações estatais sociais devidas²²³.

De igual maneira, a doutrina lusitana também passou a aderir à tradição alemã de fundar o direito ao mínimo a uma existência condigna no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, incumbindo ao Poder Público assegurá-lo sob pena de caracterizar um deficit inconstitucional de proteção²²⁴.

Se não bastasse esse reconhecimento doutrinário em Portugal, houve, ainda, o desenvolvimento de sua jurisprudência em três fases no acolhimento do direito ao mínimo a uma existência condigna. Numa primeira fase, o Acórdão n. 479/83²²⁵ da Comissão Constitucional, que veio a ser substituída pelo Tribunal Constitucional, é destacado, onde os

²²⁰ Vide sobre isso BOTELHO, op. cit., 334; e KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002, p. 61.

²²¹ Vide, na Espanha, MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Curso de derechos fundamentales – Teoría General. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1995. Na Itália, FERRAJOLI, Luigi. Derechos sociales y esfera pública mundial. In: LOS MONTEROS, Javier Espinoza de; ORDÓÑEZ, JORGE (orgs.). Los derechos sociales em el Estado Constitucional. Tradução de Javier Espinoza de Los Monteros e Jorge Ordóñez. Valencia: Editorial Tirant lo Blanck, 2013, p. 43-59. E, dentre vários outros, em Portugal, NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana: volume 1: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015; CANOTILHO, op. cit., 2003; e VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2004.

²²² Autores esses que serão abordados no presente estudo.

²²³ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo, n. 177, jul./set. 1989, p. 29-37.

²²⁴ Dentre outros autores, vide VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2015, p. 32.

²²⁵ Acórdão n. 479, Boletim do Ministério da Justiça n. 327 (p. 424 e s.)(1983).

juízes utilizaram a garantia do mínimo de existência condigna como um instrumento interpretativo favorável ao cidadão²²⁶.

Décadas depois, numa segunda fase, a partir de variadas decisões oriundas do Tribunal Constitucional português²²⁷, vislumbra-se o reconhecimento da dimensão negativa do mínimo existencial²²⁸.

Por último, já numa terceira fase, o Tribunal Constitucional lusitano, no paradigmático Acórdão n. 509/2002²²⁹, que tratou da manutenção da prestação de rendimento mínimo aos indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos, reconheceu a dimensão positiva do direito a uma existência condigna, quando, então, admitiu o direito subjetivo de exigir do Estado meios materiais suficientes em favor daqueles que, encontrando-se em situação de ausência ou insuficiência de recursos para satisfazer suas necessidades mínimas, precisarem do auxílio estatal²³⁰. Na fundamentação dessa decisão, os juízes extraíram o referido direito ao mínimo existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, e, também, do artigo 63, números 1 e 3, da Constituição portuguesa, que garante a todos o direito à segurança social e impõe ao sistema de segurança social a proteção dos cidadãos nas ocasiões de ausência ou redução de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho²³¹.

De igual maneira, o Supremo Tribunal Federal, no contexto brasileiro, após uma razoável demora para acolher a fundamentação do mínimo existencial, passou a adotar a tese da existência de um direito subjetivo à satisfação das necessidades básicas vinculadas ao mínimo existencial.

A Corte Constitucional brasileira, por variadas vezes, vem reconhecendo o mínimo existencial tanto na perspectiva de um direito de defesa²³², quanto na denominada dimensão positiva prestacional²³³, sustentando a exigibilidade em juízo do mínimo existencial de cada um

²²⁶ Vide BOTELHO, op. cit., p. 339.

²²⁷ Vide Acórdãos n. 232/91; 94/95; 177/2002, dentre outros.

²²⁸ Essa dimensão negativa, também apontada como dimensão de defesa, impõe o dever de abstenção do Estado ou de entes privados quanto a interferências que venham privar o indivíduo do que se reputa essencial à manutenção de um rendimento necessário a uma vida digna, tal como, por exemplo, nas circunstâncias de atualizações das pensões por acidentes de trabalho e da impenhorabilidade das prestações sociais. Nesse sentido, vide NOVAIS, op. cit., 2004, p. 66.

²²⁹ Vide Acórdão n. 509/2002, extraído do Processo n. 768/2002.

²³⁰ Segundo CANOTILHO, op. cit., 2010-a, p. 15, numa posição crítica, o Tribunal Constitucional português, nesse julgamento, concluiu que não existem direitos sociais autonomamente recortados, mas apenas reflexos sociais da dignidade da pessoa humana compreendidos como standards mínimos de existência.

²³¹ Para SILVA, op. cit., 2016, p. 111, a jurisprudência constitucional portuguesa vem decidindo que o direito fundamental a uma existência condigna é uma emanação garantística nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana.

²³² Vide RE n. 397.744 (2009), que fundamentou a proibição constitucional do confisco em matéria tributária no exercício do direito ao mínimo para uma existência condigna.

²³³ Vide AgReg no RE n. 658.171 (2014), que utilizou o mínimo existencial para resguardar o direito de acesso à água no semiárido nordestino. Além desse, vide AgReg no RE n. 642.536 (2013) e AgReg no RE n. 639.337

dos direitos, como desdobramento lógico da dignidade da pessoa humana, decidindo, assim, em favor do cidadão mediante o reconhecimento da sua justiciabilidade.

Com o desenvolvimento doutrinário do mínimo existencial e através do seu acolhimento pela jurisprudência de variados Tribunais Constitucionais, denota-se na literatura contemporânea uma profusão de conceituações e de divergências levadas a efeito por diversos autores.

Portanto, a partir de uma ideia embrionária advinda da vigência do modelo de Estado social, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência passaram a desenvolver conceituações e contribuições teóricas acerca do mínimo a uma existência condigna.

Como um direito decorrente da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial traz consigo uma dimensão negativa e outra positiva, que vinculam tanto a atuação estatal, quanto os atos, individuais e comunitários, de particulares.

A partir da sua dimensão negativa, o mínimo para uma existência condigna irradia como um limite que impede atos estatais ou privados que subtraíam do indivíduo as condições materiais indispensáveis para uma vida digna²³⁴, funcionando, portanto, como uma cláusula de barreira contra comportamentos comissivos ou omissivos que violem o conteúdo mínimo dos direitos sociais prestacionais²³⁵.

Já a dimensão positiva²³⁶, por outro lado, está relacionada com as posições prestacionais ativas realizadas pelo Estado e pela própria sociedade, precipuamente, para o estudo em tela, as prestações materiais ou fáticas²³⁷, que correspondem à disponibilização dos meios materiais necessários para uma existência digna, possuindo um nítido caráter social²³⁸, estando em causa o acesso aos bens básicos ou fundamentais, que são essenciais para o desenvolvimento humano²³⁹.

(2011).

²³⁴ SARMENTO, Daniel. Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 204.

²³⁵ CALIENDO, Paulo. Direito tributário e análise econômica do direito. São Paulo: Elsevier, 2009, e-book.

²³⁶ Na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, há uma definição razoável da dimensão positiva para uma existência condigna, que se denomina como mínimo vital na Colômbia, extraída da Sentencia C-776 de 2003, a qual segue: “*Ahora bien, el derecho fundamental al mínimo vital preserva una dimensión positiva y una negativa. La dimensión positiva de este derecho fundamental presupone que el Estado, y ocasionalmente los particulares, cuando se reúnen las condiciones de urgencia, y otras señaladas en las leyes y en la jurisprudencia constitucional, están obligados a suministrar la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano.*”

²³⁷ Vide BITTENCOURT NETO, Eurico. O direito ao mínimo para uma existência condigna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 126, para quem as prestações extraídas do mínimo existencial possuem duas espécies, quais sejam as prestações normativas, destinadas ao legislador, e as prestações materiais ou fáticas.

²³⁸ GUERRA; EMERIQUE, op. cit., p. 387.

²³⁹ LOUREIRO, João Carlos. Adeus ao Estado social?: a segurança social entre o crocodilo da economia e a

A matriz fundamental da dignidade da pessoa humana, na qual se funda o modelo de Estado social vigente, implica, como regra e direito definitivo²⁴⁰²⁴¹, a garantia do mínimo para uma existência condigna. A partir disso, incumbe ao Estado, sem prejuízo de uma atuação privada, assegurar o mínimo para uma vida digna aos cidadãos²⁴², seja na sua dimensão negativa, seja garantindo-lhes a disponibilização positiva desse mínimo²⁴³, estando, assim, intimamente ligado à melhora das condições de vida das pessoas em situação de vulnerabilidade econômico-financeira²⁴⁴.

No direito brasileiro, fala-se no direito ao mínimo para uma existência condigna, que acaba por pressupor o acesso não apenas a um conjunto de bens necessários à sobrevivência biológica, mas também a um padrão sociocultural definido. Vinculado ao livre desenvolvimento da personalidade, o mínimo existencial abrange não apenas a sobrevivência fisiológica, mas também o que se denomina como mínimo existencial sociocultural, o que inclui, portanto, o acesso à educação e aos bens culturais²⁴⁵.

Enquanto a satisfação dos meios de sobrevivência fisiológica asseguram tão somente a fruição do direito à vida, apenas o acesso a um padrão mínimo de vida sociocultural digna possibilitará o pleno desenvolvimento da personalidade, seja por intermédio da ampla liberdade de escolha entre projetos de vida, seja através do gozo efetivo das liberdades comunicativas e da participação cívica²⁴⁶. Para Sarlet, inclusive, a implementação de uma existência condigna ultrapassa a mera garantia de uma sobrevivência física, indo além, portanto, do limite da pobreza absoluta²⁴⁷.

medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 74-77.

²⁴⁰ WASILEWSKI, Dione J.; GABARDO, Emerson. A insuficiência de tributação como fundamento para o afastamento da reserva do possível na garantia do mínimo existencial e da dignidade humana. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, p. 719, 2021.

²⁴¹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais e proporcionalidade. Tradução de Rogério Luiz Nery da Silva. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (orgs). *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015-b, p. 176.

²⁴² Na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, na apreciação do processo C-233/18, houve o reconhecimento de que o mínimo a uma existência digna decorre da dignidade da pessoa humana, incumbindo ao Estado resguardar a possibilidade de todo e qualquer indivíduo realizar as suas necessidades básicas, mesmo um menor estrangeiro em situação de acolhimento institucional. Para melhor compreender o julgado em questão, vide ZWAAN, Karin. *Human dignity and a dignified standard of living: the judgment of the Court of Justice in the case of Zubair Haqbin (C233/18)*. *Bialystok Legal Studies*, v. 26, n. 1, p. 143-154, 2021; STEFANELLI, Justine N. *Introductory note to case C-233/18 Zubair Haqbin v. Federaal Agentschap Voor de Opvang Van Asielzoekers (C.J.E.U.)*. *International Legal Materials*, v. 59, p. 694-707, 2020.

²⁴³ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2015, p. 30-32.

²⁴⁴ WASILEWSKI; GABARDO, op. cit., 2021, p. 716.

²⁴⁵ Vide SARLET, op. cit., 2015-a, p. 329.

²⁴⁶ RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Controlo judicial das restrições aos direitos sociais*. *Revista Eletrônica de Direito Público*, v. 7, n. 3, dez. 2020, p. 76.

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; KRONBAUER, Eduardo Luís. *Mínimo existencial, assistência social e Estado de Direito: Análise de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha*. *Revista do Direito*, n. 63, jan. 2021, p. 10.

Acerca disso, necessário descrever o entendimento esposado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros)²⁴⁸, para quem ao Estado, na promoção do direito à vida, incumbe garantir o acesso a uma existência digna, não restringindo o conceito de vida tão somente a uma mera existência física, mas também ao respeito à dignidade humana. Na jurisprudência interamericana, vem se destacando uma visão ampla do direito à vida, que se mostra coadunada com a indivisibilidade dos direitos humanos, reconhecendo que a tutela da vida não se dá apenas numa dimensão negativa, mas também através de medidas que assegurem o direito de viver com dignidade, incumbindo ao Estado prevenir e reprimir as práticas de homicídios, mas também assegurar a fruição de uma vida digna²⁴⁹.

Acerca do mínimo existencial, que ocupa uma posição central na dogmática jurídico-constitucional de escassez de recursos, serão apreciados a seguir os fundamentos teóricos que o subsidiam. De igual maneira, mais à frente, o mínimo para uma existência condigna será confrontado nas suas compreensões absoluta e relativa com o intuito de extrair a melhor posição ante a limitação de recursos para a implementação dos direitos sociais prestacionais.

Além disso, buscar-se-á, nos itens subsequentes, demonstrar que o mínimo existencial ocupa a posição de pressuposto da democracia e da liberdade, sendo essencial para a plena fruição do direito ao desenvolvimento.

Após tais reflexões, ao final deste capítulo, haverá a construção de uma proposta que pretende assegurar uma melhor aplicabilidade e efetividade aos direitos sociais prestacionais, tudo sob a ótica do direito ao mínimo para uma existência condigna.

2.4.1 Fundamentos teóricos do mínimo para uma existência condigna

A despeito das causas históricas que levaram ao reconhecimento do mínimo para uma existência digna, no presente item do estudo, dentro dos limites metodológicos propostos, serão analisados alguns dos fundamentos teóricos que justificam essa garantia, bem como buscam delimitar a sua extensão e a sua forma de proteção.

Nesse ponto, o trabalho pretende explicitar, ainda que sucintamente, a compreensão teórica de dois autores, quais sejam John Rawls e Robert Alexy. O primeiro, numa abordagem

²⁴⁸ Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.

²⁴⁹ Vide MARTINS, op. cit., p. 480-481.

teórico-filosófica, tendo como objetivo o mínimo existencial. Ao final, numa apreciação dogmático-jurídica, Robert Alexy propõe soluções, inclusive voltadas para o aspecto da justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais.

2.4.1.1 A proposta teórica de John Rawls

Considerado por muitos o mais importante teórico do liberalismo igualitário²⁵⁰, qual seja uma corrente da Filosofia Política que busca compatibilizar a garantia das liberdades públicas com a implementação da justiça social e da igualdade material, Rawls vem exercendo uma considerável influência nos estudos contemporâneos desenvolvidos no campo dos direitos sociais prestacionais.

Na obra *Teoria da Justiça*, Rawls, numa análise teórica contratualista, apresenta dois princípios de justiça²⁵¹, que devem atribuir os direitos e os deveres fundamentais, regulando, assim, as instituições de uma sociedade idealmente justa. Para o referido autor²⁵², esses princípios de justiça resultariam de um acordo hipotético realizado entre pessoas sob um denominado “véu da ignorância”, que tornasse impossível aos indivíduos conhecer suas características, bem como sua posição pessoal e seus interesses, a permitir um resultado imparcial e aceitável por todos.

O primeiro princípio, denominado como princípio da liberdade, concede a cada indivíduo o mais abrangente conjunto de liberdades básicas que seja compatível com o reconhecimento dos mesmos direitos a todas as pessoas. Para Rawls, depois de assegurado esse primeiro princípio, passar-se-á ao segundo, nominado como princípio da diferença, a partir do qual as desigualdades sociais e econômicas deverão ser organizadas de modo que (a) sejam asseguradas oportunidades iguais a todos; e (b) isso traga o maior benefício possível às pessoas em situação de vulnerabilidade econômico-financeira.

Numa concepção geral de justiça, Rawls²⁵³ sustenta que os valores sociais, incluindo oportunidade, renda e as bases da autoestima, devem ser distribuídos de maneira

²⁵⁰ Como referências detentoras de várias releituras do pensamento de John Rawls, vide FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, e-book; e GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008-a.

²⁵¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 64-69.

²⁵² *Ibidem*, p. 146-153.

²⁵³ *Ibidem*, p. 66.

igualitária, salvo se uma distribuição desigual trouxer vantagens a todos.

Anos mais tarde, a partir de um diálogo mantido com outros teóricos, na obra *O liberalismo político*²⁵⁴, John Rawls realizou parcialmente ajustes conceituais na sua teoria, inclusive para afirmar que o mínimo social seria um pressuposto para a aplicação do primeiro princípio de justiça, qual seja o princípio da liberdade. Nessa compreensão, o referido filósofo político afirma que o primeiro princípio de justiça pode vir a ser precedido de um princípio lexicamente anterior que traga mecanismos de satisfação das necessidades básicas dos indivíduos, ao menos no nível que essa satisfação possibilite que todos detenham condições de exercer plenamente seus direitos e liberdades, a partir do que apresenta a compreensão da garantia do mínimo existencial.

Acerca disso, Rawls²⁵⁵ considera que, sob o “véu da ignorância”, há a necessidade de que cada indivíduo possua o mínimo necessário de aptidão para exercer plenamente suas escolhas, sendo que “*o fato de terem essas faculdades no grau mínimo necessário para serem membros plenamente cooperativos da sociedade é o que torna as pessoas iguais*”. Assim, para que haja o exercício efetivo dos direitos e liberdades, persiste a imprescindibilidade de que sejam implementados os mínimos sociais adstritos à satisfação das necessidades básicas.

Por força disso, para o apontado filósofo²⁵⁶, o mínimo social passou a ser tratado como um conteúdo constitucional essencial, assim diferenciado dos princípios de justiça social, os quais devem ser tratados no plano infraconstitucional. Nesse aspecto, o mínimo para uma existência condigna impõe o atendimento das necessidades básicas de todas as pessoas, com o intuito de que essas possam participar da vida política e social eficazmente, pois, para Rawls, abaixo de um nível mínimo de bem-estar material e social, bem como de capacitação e educação, os indivíduos não conseguem participar da sociedade como cidadãos.

Na obra *O liberalismo político*, Rawls distingue o mínimo social do princípio da diferença, destacando aquele como um elemento de natureza constitucional e essencial, a partir do qual deve ser garantido um conjunto de necessidades básicas do indivíduo, incumbindo ao legislador infraconstitucional desenvolver o princípio da diferença²⁵⁷. Conferindo um status de direito subjetivo constitucional ao mínimo existencial, Rawls o reconhece como um direito constitucionalmente assegurado, que independe da atuação do legislador.

²⁵⁴ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 49.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 61-62.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 213-214.

²⁵⁷ Vide, nesse sentido, BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, Instituto de Estudos Constitucionales da Venezuela e Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro do Brasil, a. 1, v. 1, n. 1, jan./jun. 2017, p. 15.

Admitindo que os juízes constitucionais devem garantir o mínimo social especificado pelas necessidades básicas, Rawls não atribui tal mínimo à justiça distributiva, mas sim à justiça compensatória²⁵⁸.

O desenvolvimento teórico realizado por Rawls²⁵⁹ é bastante complexo, fugindo ao objetivo deste estudo sua análise detalhada. Na verdade, o que se busca, nas linhas acima, é oferecer os seus contributos para a compreensão do mínimo existencial, dentro de uma proposta contida na Filosofia Política, precipuamente no âmbito do liberalismo igualitário.

Nesse ponto, John Rawls, ao fixar o mínimo existencial como pressuposto para a liberdade, e como requisito a uma vida marcada pela aptidão a realizar as melhores escolhas, aborda os aspectos teórico-filosóficos que envolvem o tema, assim essenciais para uma dogmática voltada à escassez de recursos.

2.4.1.2 Robert Alexy e o mínimo existencial

Enquanto Rawls se ocupa de analisar abstratamente a distribuição dos bens e outras questões no âmbito da Filosofia Política, Robert Alexy busca construir uma teoria geral dos direitos fundamentais no aspecto da dogmática jurídica. Sem a pretensão de apresentar com profundidade o seu complexo e detalhado pensamento neste tópico, será exposta, a seguir, tão somente uma noção geral de sua construção teórica que assegure uma compreensão do mínimo existencial.

Para Alexy²⁶⁰, os direitos fundamentais são princípios, assim compreendidos como mandados de otimização, os quais devem ser realizados na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, podendo ser cumpridos em diferentes graus. Nesse aspecto, para o apontado autor, uma vez havendo conflitos entre os princípios, será necessário utilizar-se da técnica da ponderação de interesses, elaborada com fundamento no princípio da proporcionalidade.

Nessa ponderação de interesses²⁶¹, o princípio traz consigo inicialmente uma norma *prima facie*, denominada de programática, a qual indica um fim a perseguir ou um valor a

²⁵⁸ Vide ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2005, p. 250-251.

²⁵⁹ A concepção política de justiça formulada por John Rawls recebeu críticas de vários outros pensadores, em especial de Habermas. Nesse sentido, vide HABERMAS, Jürgen. La morale des visions du monde: “Raison” et “vérite” dans le libéralisme politique de Rawls. Tradução de Rainer Rochlitz. Débat sur la justice politique. Paris: Cerf, 1997-b, p. 143-187.

²⁶⁰ Vide ALEXY, op. cit., 2015-a, p. 85-179; e ALEXY, op. cit., 2015-b, p. 165-178.

²⁶¹ BARCELLOS, op. cit., 2017, p. 21.

proteger, sem indicar qual a extensão desse fim ou quais os meios empregados para a proteção do referido valor. Em consequência, o princípio é submetido à ponderação, sendo que, de todas as opções disponíveis, será escolhida aquela que, realizando o princípio prevalente, não refute totalmente os demais. E assim, através da técnica da ponderação, o princípio é transformado numa regra diretamente aplicável.

Acerca das normas definidoras de direitos sociais prestacionais especificamente, Robert Alexy²⁶² prevê que, no aspecto teórico-estrutural, elas podem ser diferenciadas em três critérios. Primeiramente, como normas que asseguram direitos subjetivos ou normas que tão somente obriguem o Estado de forma objetiva. Em segundo lugar, tais normas podem ser vinculantes ou não vinculantes. Por fim, para o apontado autor, as normas podem fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, sendo regras ou princípios. A partir das combinações desses vários critérios descritos, Alexy sustenta a existência de oito normas de estruturas bastante diversas, variando de normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a normas não vinculantes que preveem apenas um dever estatal objetivo *prima facie* à realização de prestações.

Como exemplo de norma vinculante que outorga um direito subjetivo definitivo, Alexy²⁶³ indica o direito a um mínimo existencial, tendo, assim, o caráter de regra. Em razão disso, para o mencionado jurista alemão²⁶⁴ a dignidade humana possui precedência sobre as possibilidades financeiras quando o mínimo para uma existência condigna não está garantido, motivo pelo qual o Estado estará obrigado a assegurar o mínimo existencial, possuindo o indivíduo um direito a essa parcela dos direitos sociais prestacionais.

Com a ausência dos direitos sociais prestacionais na Constituição alemã, o mencionado autor²⁶⁵ desenvolveu o seu pensamento, nesse campo, por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal germânico. A partir disso, Alexy construiu a noção de mínimo existencial a partir da ponderação entre a dignidade da pessoa humana e a igualdade material de um lado, e a separação de poderes, a competência do legislador – incluindo a competência orçamentária - e os limites oriundos de direitos fundamentais de terceiros, de outro lado²⁶⁶.

Por assim ser, para Robert Alexy o mínimo existencial é o resultado do sopesamento dos princípios acima informados, não se submetendo, no entanto, a qualquer outra

²⁶² ALEXY, 2015-a, p. 501-502.

²⁶³ Ibidem, p. 502.

²⁶⁴ Idem, 2015-b, p. 177.

²⁶⁵ Idem, 2015-a, p. 435-440.

²⁶⁶ Vide ARANGO, op. cit., 2005, p. 270-271.

ponderação posterior²⁶⁷. Assim, as condições acima encontram-se satisfeitas no campo dos direitos sociais prestacionais que compõem um padrão mínimo, como se dá na hipótese do direito ao mínimo a uma existência condigna.

Nesse sentido, a partir do pensamento de Alexy, o mínimo existencial é o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo e qualquer indivíduo possui direito, sendo, assim, a redução máxima que se pode fazer da dignidade da pessoa humana em atenção aos demais princípios empregados na ponderação²⁶⁸.

No entanto, ocupado em conciliar seu pensamento a uma dogmática voltada à escassez de recursos, Alexy²⁶⁹ sustenta que a maneira como se operam as regras de mínimo existencial é, de fato, por subsunção. No entanto, tais regras, que se propõe sejam aplicadas como forma de subsunção, para o referido autor, não são exclusivamente resultado de um balanceamento, mas também dependentes de um contínuo balanceamento.

Além disso, para o referido autor²⁷⁰, na análise do mínimo existencial existem casos simples – *clear cases* – e casos difíceis – *hard cases*. Nesses últimos, surgem dúvidas, dentre outras, acerca de qual o montante de recursos necessários ao atendimento do mínimo para uma existência condigna, bem como se existem recursos suficientes a tanto. Para solucionar tais casos difíceis, Alexy defende que a ponderação entre a dignidade humana e a possibilidade financeira mostra-se indispensável, havendo, portanto, uma necessária relação entre os direitos sociais prestacionais com a ponderação ou balanceamento, estando, assim, provada a análise da proporcionalidade nos casos difíceis.

Com isso, na apreciação do mínimo existencial, as regras serão aplicadas como subsunção, dependendo, no entanto, de um contínuo balanceamento nas hipóteses envolvendo casos difíceis – *hard cases*. Robert Alexy²⁷¹, então, buscando conciliar o mínimo existencial à escassez de recursos, lecionou decisivamente que, nos casos simples, basta realizar a subsunção da regra ao caso concreto. Já nos casos difíceis, que não suportam ser solucionados por uma mera menção ao mínimo existencial, não se aplica a subsunção puramente, havendo a necessidade de se proceder com a ponderação entre a dignidade humana e a possibilidade financeira do Estado, o que prova a plena exigibilidade dos direitos sociais prestacionais mediante balanceamento, sempre orientado pelo princípio da proporcionalidade.

²⁶⁷ ALEXY, op. cit., 2015-a, p. 512.

²⁶⁸ Vide BARCELLOS, op. cit., 2017, p. 23.

²⁶⁹ ALEXY, op. cit., 2015-b, p. 177-178.

²⁷⁰ Ibidem.

²⁷¹ Ibidem.

Em complemento ao acima exposto, Alexy²⁷² ainda pontua, quanto aos direitos sociais prestacionais, a diferença entre um conteúdo minimalista e um maximalista. Enquanto o primeiro possui como objetivo garantir aquilo que é chamado de “direitos mínimos” e “pequenos direitos sociais”, no conteúdo maximalista alcança o que se denomina como uma “realização completa” dos direitos, a evidenciar que o problema dos direitos sociais prestacionais não pode ser resumido a uma questão de tudo ou nada.

No entanto, especificamente nos tempos de crise, Robert Alexy²⁷³ enuncia que a proteção constitucional, ainda que mínima, no campo dos direitos sociais prestacionais, aparenta ser imprescindível, sob pena de uma crise econômica transformar-se numa crise constitucional.

Nessa apertada síntese, é possível compreender que Alexy ocupou-se em desenvolver os fundamentos de uma dogmática jurídico-constitucional voltada para a priorização do mínimo a uma existência condigna, com a aplicação, ainda, de modulações harmonizadas com a limitação dos recursos econômico-financeiros.

2.4.2 O mínimo existencial como pressuposto da democracia e da liberdade

No campo dos direitos sociais prestacionais, o mínimo existencial, ora analisado, vem sendo invocado como um instrumento a assegurar a democracia e a liberdade. Primeiramente, para que o regime democrático funcione de maneira adequada persiste a necessidade de que os indivíduos detenham igualdade de oportunidades de participar da vida política da comunidade que compõem. Além disso, sem o atendimento das condições materiais essenciais a uma vida digna, resta inviável o pleno exercício da liberdade, ao menos efetivamente.

Em razão disso, conforme será apresentado a seguir, vários autores sustentam que o mínimo existencial é um pressuposto para a democracia, bem como para a liberdade, a fortalecer, portanto, sua importância na dogmática jurídico-constitucional, bem como na Filosofia Política, principalmente num contexto de escassez de recursos.

A partir da compreensão de que o mínimo existencial assegura condições básicas e essenciais a uma vida digna, conforme Gomes Canotilho²⁷⁴ existirá uma verdadeira democracia

²⁷² ALEXY, 2015-a, p. 502.

²⁷³ Ibidem, p. 513.

²⁷⁴ CANOTILHO, op. cit., 2008, p. 252.

apenas se todos possuírem igual possibilidade de participar da vida política, pois o processo democrático, ao contrário da fome, da ignorância e da exclusão, depende necessariamente de uma justiça distributiva no plano dos bens sociais.

Não há qualquer dúvida de que indivíduos detentores de baixo nível de instrução possuem uma tendência a comprometer a sua capacidade de obter informações adequadas acerca dos complexos temas que compõem a vida política, bem como de participar, com igualdade de condições, nas deliberações comunitárias. De outro lado, aqueles em situação de pobreza extrema ou de miséria, por deterem, no mais das vezes, dependência de políticas públicas ou comunitárias assistenciais, perdem parte de sua liberdade política e de sua autonomia para realizar suas escolhas.

Em razão disso, para que o processo democrático funcione plena e adequadamente, deve haver a implementação de medidas de justiça distributiva no campo da socialidade, assim comprometidas com a prestação dos bens sociais essenciais àqueles em situação de vulnerabilidade. Há, assim, uma relação permanente entre o mínimo existencial e a democracia, sendo que esta não funciona de maneira adequada sem a implementação daquele.

A própria existência do Estado democrático de direito²⁷⁵ depende da efetividade dos direitos sociais prestacionais, assegurando, assim, que todos detenham uma capacidade de participar ativamente da vida política, bem como uma igualdade de oportunidades para exercer suas escolhas políticas livremente²⁷⁶.

Para que a democracia funcione adequadamente, incumbe ao Estado assegurar o mínimo para uma existência condigna a todos os indivíduos, fornecendo não somente o necessário à sobrevivência física, mas também aquilo que se impõe para resguardar uma efetiva participação na vida social, cultural e, principalmente, política²⁷⁷.

Nesse mesmo sentido, Roberto Gargarella²⁷⁸ considera que a implementação efetiva dos direitos sociais prestacionais é uma condição necessária para que os indivíduos participem de maneira livre e igualitária do processo político, sendo que a ausência de políticas públicas sociais pode vir a dificultar a participação das pessoas em situação de vulnerabilidade

²⁷⁵ Vide BONAVIDES, Paulo. Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 19-25, para quem a desídia estatal na implementação dos direitos sociais transforma um Estado democrático de direito num verdadeiro estado neocolonial.

²⁷⁶ Nesse sentido, para OLSEN, op. cit., p. 333, o mínimo existencial, que é compreendido como uma condição essencial para a sobrevivência do indivíduo, bem como o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, postula-se como uma fronteira inarredável, sob risco de severo comprometimento do Estado democrático de direito.

²⁷⁷ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2015, p. 31.

²⁷⁸ GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. Tradução de Thiago Magalhães Pires. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008-b, p. 219.

e acabar por enfraquecer o resultado final advindo do processo democrático.

Assegurar a mera possibilidade do exercício do direito ao voto, sem prover os bens necessários e essenciais para uma vida digna, tanto no aspecto da sobrevivência física, quanto na participação da vida social, cultural e política, fragiliza o bom funcionamento do processo democrático, deteriorando-o demasiadamente.

A esse respeito, há, ainda, os contributos do pensador alemão Jürgen Habermas que, a partir de um complexo desenvolvimento teórico, abordou a relação entre uma vida digna e o funcionamento da democracia.

Para Habermas²⁷⁹, a democracia é sempre deliberativa, baseando-se essencialmente no diálogo social mantido entre pessoas livres e iguais, devendo todo e qualquer indivíduo atuar disposto a aprender com o próximo, e sempre engajado, cooperativamente, na busca de soluções comunitárias para os problemas comuns a todos. No entanto, ao referido autor, para que haja a possibilidade desse produtivo diálogo em comunidade, os direitos fundamentais devem ser implementados.

Com fundamento nesse posicionamento, Habermas²⁸⁰ apresenta um rol dos direitos fundamentais, dentre os quais os “*direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances,*” dos demais direitos fundamentais. Esse seria, na concepção habermasiana, o mínimo existencial, detentor, portanto, de um papel instrumental, qual seja assegurar a efetiva fruição dos demais direitos fundamentais, viabilizando, assim, o regular e efetivo funcionamento da democracia deliberativa.

No pensamento desenvolvido pelo filósofo Habermas, o mínimo existencial, não somente social, mas também ambiental, detém uma finalidade instrumental, sendo importante para resguardar uma efetiva implementação dos direitos civis e políticos, que condicionam o regular e adequado funcionamento do processo democrático deliberativo. Por força disso, a implementação do mínimo para uma existência condigna mostra-se essencial para a regularidade da democracia.

Assim sendo, seja a partir das construções dogmáticas acima indicadas, seja por decorrência do pensamento filosófico habermasiano, há a demonstração de que a observância das condições sociais mínimas a todo e qualquer indivíduo é essencial para uma igualdade de

²⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In: HABERMAS, Jürgen (org.). A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

²⁸⁰ Idem. Direito e democracia: entre facticidade e validade: vol. 1. Tradução de Flávio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997-a, p. 160.

oportunidades na vida política, bem como para o regular funcionamento do processo democrático, sendo os direitos sociais básicos verdadeiros direitos essenciais à realização da democracia²⁸¹.

De igual maneira, a relação entre a garantia do mínimo existencial e a liberdade também se demonstra íntima, sendo que, nesse sentido, vários autores vêm argumentando que, sem a satisfação das necessidades básicas essenciais, há uma fragilização da liberdade, pois inviabiliza o seu efetivo exercício no mundo fático.

Na doutrina alemã, o mínimo existencial, além dos direitos sociais prestacionais, é fundamentado no direito à liberdade fática, sendo que este se apresenta como uma consequência do direito de liberdade²⁸². Inclusive, para Alexy²⁸³, os direitos fundamentais, que possuem como finalidade precípua o livre desenvolvimento da personalidade humana, estão orientados para assegurar a liberdade fática, a garantir, portanto, o “poder de agir fático”, sendo o principal argumento em favor dos direitos sociais justamente a liberdade de fato²⁸⁴.

Dentre os autores brasileiros, Ricardo Lobo Torres, de maneira destacada e precursora, vem sustentando que a garantia do mínimo existencial está baseada essencialmente na garantia da liberdade. Para o referido constitucionalista²⁸⁵, os direitos componentes do mínimo existencial incidem sobre um conjunto de condições que são pressupostas para o pleno exercício da liberdade.

Se não bastasse isso, Lobo Torres²⁸⁶ também defende que o direito ao mínimo a uma existência condigna acaba por constituir o conteúdo essencial e nuclear dos direitos da liberdade, exibindo, assim, as características básicas da liberdade, devendo haver a disponibilização dos bens necessários pelo Estado como forma de garantir o exercício dessa liberdade eficazmente.

Com os contributos teóricos acima apresentados, persiste a compreensão de que o acesso aos bens sociais necessários a uma vida condigna demonstra-se essencial a assegurar que os indivíduos possam exercer eficazmente suas escolhas, detendo aptidão para a fruição plena de suas liberdades²⁸⁷.

²⁸¹ Vide VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 246.

²⁸² LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Estrutura normativo dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 300.

²⁸³ ALEXY, op. cit., 2015-a, p. 279-312.

²⁸⁴ Idem, op. cit., 2015-b, p. 174.

²⁸⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 128-129.

²⁸⁶ Idem. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 39-41.

²⁸⁷ Vide SILVA, op. cit., 2016, p. 113, para quem a dignidade da pessoa humana está relacionada com o

Além dos juristas, autores da Filosofia Política e da Economia também desenvolveram estudos avançados acerca da correlação entre o acesso aos bens essenciais e a fruição da liberdade. Dentre esses, destacam-se Amartya Sen e Martha Nussbaum, cujos estudos, numa apertada síntese, serão abordados abaixo, ao menos naquilo que se relacionam com o direito à liberdade.

Numa releitura da obra de Sen, Polly Vizard²⁸⁸ acaba por sustentar que as privações das liberdades fundamentais encontram-se associadas não apenas ao deficit de rendimentos, mas também às privações no acesso aos bens, serviços e recursos necessários à sobrevivência e ao desenvolvimento humanos, incluindo as privações no acesso a medicamentos essenciais e vacinas, e aos serviços adequados de saúde básica, saneamento e educação.

Para Amartya Sen²⁸⁹, a escassez no acesso aos bens essenciais repercute na ausência da fruição das liberdades materiais, pois a condição de vulnerabilidade econômica impede que as pessoas detenham meios de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou medicamentos para doenças tratáveis, havendo, assim, uma vinculação entre a privação da liberdade e a deficiência no acesso aos bens e serviços essenciais.

Complementando a compreensão acima transcrita, Sen²⁹⁰ aponta, ainda, uma relação empírica entre as liberdades políticas e a promoção da segurança econômica, bem como entre as facilidades econômicas e a prestação dos bens e serviços sociais pelo Estado. Assim, o referido economista e filósofo mantém-se fiel à noção de que o exercício pleno e efetivo das liberdades depende necessariamente do acesso aos meios indispensáveis a uma vida condigna. Para Amartya, as liberdades substantivas utilizadas para o exercício das responsabilidades e das escolhas individuais são dependentes das circunstâncias pessoais e sociais impostas aos indivíduos.

A partir desse robusto desenvolvimento teórico, Sen²⁹¹ reputa necessário o investimento maciço em políticas públicas sociais no intuito de resguardar um processo de expansão das liberdades reais, vinculando o mínimo existencial, de certa maneira, ao gozo das liberdades materiais.

reconhecimento da pessoa enquanto um ser livre, portanto detentor de autodeterminação da sua vontade quanto a aprender e ensinar, também acerca da liberdade de profissão, bem como de constituir ou não família e de escolher o tipo de família desejado.

²⁸⁸ VIZARD, Polly. *Poverty and human rights: Sen's capability perspective* explored. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 3.

²⁸⁹ SEN, op. cit., 2010, p. 16-26.

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ Nesse aspecto, vide a releitura da obra de Amartya Sen realizada por POGGE, Thomas. *Severy poverty as a human right violation*. In: POGGE, Thomas (org.). *Freedom from poverty as a human right*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 33.

Já para Martha Nussbaum²⁹², que desenvolve uma relevante teoria no sentido de que as capacidades são compostas por um conjunto de oportunidades para escolher e agir, os indivíduos necessitam ser dignos e livres, devendo as políticas públicas sociais terem como objetivo a promoção dessas aptidões.

Com isso, Nussbaum²⁹³ defende que o Estado deve proporcionar aos indivíduos, através do acesso aos bens e serviços essenciais, as ferramentas necessárias para exercer livremente suas escolhas, com a eliminação, portanto, das situações de vulnerabilidade social, o que se daria através do dispêndio de uma quantidade superior de recursos com os mais vulneráveis e desfavorecidos, sem prejuízo da implementação de programas oficiais vinculados à socialidade.

Dessa maneira, o mínimo existencial é compreendido como um pressuposto tanto para a democracia, quanto para a liberdade, estando vinculado a um regular processo democrático e a uma fruição plena das liberdades, motivo pelo qual deve ser tratado pela dogmática jurídica com o destaque merecido.

2.4.3 O mínimo existencial e o direito ao desenvolvimento

No âmbito do constitucionalismo multinível vigente²⁹⁴, a Declaração de Viena de 1993²⁹⁵ prevê o direito ao desenvolvimento como um direito universal e indisponível, que compõe o acervo dos direitos humanos fundamentais, reconhecendo, ainda, uma relação de interdependência entre os direitos, a democracia e o desenvolvimento da pessoa humana²⁹⁶.

Embora o direito ao desenvolvimento possua várias dimensões²⁹⁷, a vinculação do mínimo existencial com o desenvolvimento levará em conta a definição construída por Amartya

²⁹² NUSSBAUM, Martha. *Creating capabilities: the human development approach*. Cambridge e Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 20-21.

²⁹³ Idem. *Capabilities and human rights*. In: HAYDEN, Patrick (org.). *The philosophy of human rights*. St. Paul: Paragon House, 2001, p. 212-240; e Idem. *Women and human development: the capabilities approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 98.

²⁹⁴ Ainda em 1986 foi adotada pela Organização das Nações Unidas a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, para a qual o desenvolvimento compreenderá um processo econômico, social, cultural e político, que possui como objetivo assegurar a constante melhora da qualidade de vida da população e dos indivíduos, orientado pela justa distribuição dos benefícios.

²⁹⁵ Nesse sentido, vide a Conferência de Viena de 1993, no seguinte excerto: “10. *A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o direito ao desenvolvimento, previsto na Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento, como um direito universal e inalienável e parte integral dos direitos humanos fundamentais.*”

²⁹⁶ Vide PIOVESAN, op. cit., 2019, p. 64.

²⁹⁷ Há uma dimensão nacional, e outra internacional. Mas também o direito ao desenvolvimento pode ser explorado no aspecto do livre desenvolvimento da personalidade humana, a ser detalhado a seguir.

Sen²⁹⁸, vinculada ao desenvolvimento da personalidade, para quem se trata de “*um processo de expansão das liberdades reais que os indivíduos desfrutam*”. Tais liberdades incluem, para Sen, as capacidades elementares, como, por exemplo, ter condições de evitar privações como a fome, a mortalidade prematura, a miséria, bem como as liberdades associadas com a educação, a participação política, a liberdade de expressão, dentre outras.

Nesse sentido, o desenvolvimento é o processo de expansão das liberdades humanas, que asseguram aos indivíduos exercer plenamente e com a aptidão necessária suas escolhas.

Para Sen²⁹⁹, o desenvolvimento está relacionado essencialmente com a melhora das condições de vida e com a ampliação das liberdades, o que assegura ao indivíduo colocar em prática suas escolhas, numa interação dinâmica com a comunidade em que se encontra. Para que as pessoas desenvolvam-se adequadamente, inclusive com a expansão de suas capacidades para levar o tipo de vida que valorizam, ressaí a necessidade de fornecer os bens e serviços essenciais e necessários para uma vida digna³⁰⁰.

A partir dessa compreensão de que o mínimo existencial deve assegurar, minimamente, o desenvolvimento das capacidades humanas³⁰¹, não se restringindo à sua dimensão fisiológica ou biológica³⁰², por certo também deve alcançar um padrão mínimo sociocultural definido³⁰³. Para que o direito ao desenvolvimento seja assegurado, o nível de provisão dos bens e serviços essenciais não pode estar restringido àqueles suficientes para a mera sobrevivência física³⁰⁴.

Como o direito ao desenvolvimento é um direito composto por diversos direitos fundamentais e humanos, tais como o acesso à educação, à saúde, ao abrigo, à alimentação, dentre outros, deve o Estado, na sua responsabilidade primária, formular e disponibilizar políticas públicas que assegurem o acesso e a disponibilidade dos bens e serviços essenciais, observando, a tanto, a garantia do mínimo existencial³⁰⁵.

²⁹⁸ SEN, op. cit., 2010, p. 55.

²⁹⁹ Ibidem, p. 29.

³⁰⁰ Ibidem, p. 32-33.

³⁰¹ Vide LOUREIRO, op. cit., 2013-b, p. 116-117.

³⁰² Vide ROCHA, Sonia. *Pobreza no Brasil: afinal, do que se trata?*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 19-20, para quem a composição das necessidades básicas não pode se restringir apenas às necessidades nutricionais, havendo um caráter multidimensional da pobreza e uma inter-relação entre as mais diversas carências humanas.

³⁰³ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2015, p. 35; e LOUREIRO, op. cit., 2012-a, p. 404.

³⁰⁴ Nesse sentido, vide BILCHITZ, David. *Poverty and fundamental rights: the justification and enforcement as socio-economic rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 42-44.

³⁰⁵ Vide SENGUPTA. Arjun. *Poverty eradication and human rights*. In: POGGE, Thomas (org.). *Freedom from poverty as a human right*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 341.

Negar a implementação do mínimo a uma existência condigna, com a eliminação ou restrição das políticas públicas de acesso aos bens e serviços essenciais, viola, por consequência, o direito ao desenvolvimento, por impedir que o indivíduo detenha condições plenas de exercer suas escolhas e de desenvolver eficazmente sua personalidade³⁰⁶.

Fazendo referência ao conceito de bioconstituição, que seria o conjunto de normas formalmente ou materialmente constitucionais que possuem como objeto ações estatais ou privadas centradas na proteção da vida, da integridade pessoal e da saúde dos seres humanos, o publicista português João Carlos Loureiro³⁰⁷ invoca a necessidade da adoção de políticas públicas aporofílicas, que criem condições necessárias ao desenvolvimento da personalidade, através do acesso a bens e serviços essenciais a uma vida digna.

Com isso, para Amartya Sen³⁰⁸, havendo a expansão no acesso aos bens e serviços necessários, como saúde, educação, seguridade social, dentre outros, nitidamente há um avanço no desenvolvimento humano, que repercute tanto na melhora direta da qualidade de vida, quanto no aperfeiçoamento das habilidades produtivas das pessoas.

Além dos autores acima elencados, Martha Nussbaum³⁰⁹ também sustenta uma correlação necessária entre o desenvolvimento da personalidade e a implementação do mínimo existencial, que comporia, no seu pensamento, uma concepção de justiça social minimamente exigível, também nuclear no direito constitucional.

Nesse sentido, a garantia do mínimo existencial acaba por impor que se assegure, em favor das pessoas em situação de vulnerabilidade³¹⁰, uma capacidade real de desenvolvimento das aptidões pessoais³¹¹, com a finalidade de que estejam aptas a exercer suas escolhas na condição de sujeito de direitos.

Para que a autonomia individual e a liberdade pessoal sejam soberanamente exercidas, incumbe ao Estado, com o auxílio dos agentes privados e comunitários, garantir que o indivíduo exerça plenamente suas aptidões e potencialidades no âmbito das suas escolhas, assegurando, a tanto, os meios minimamente necessários ao pleno exercício de suas capacidades.

³⁰⁶ Vide FELICE, William. Taking suffering seriously: the importance of collective human rights. Nova Iorque: State University of New York, 1996, p. 76-77.

³⁰⁷ LOUREIRO, op. cit., 2012-a, p. 407 e 412-413.

³⁰⁸ SEN, op. cit., 2010, p. 191.

³⁰⁹ NUSSBAUM, op. cit., 2011, p. 70-71.

³¹⁰ No presente estudo, será utilizada a seguinte definição de vulnerabilidade, como sendo a “*fragilidade, estrutural e também, circunstancial ou epocal, do ser humano, a que acrescem casos de especial fragilidade*”, elaborada por LOUREIRO, João Carlos. Cidadania, proteção social e pobreza humana. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 90 tomo I. Coimbra, 2014-b, p. 74.

³¹¹ Vide NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana: volume II: dignidade e inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2016, p. 129.

Com isso, a capacitação da pessoa para que se encontre apta a ser sujeito de direitos depende dos meios mínimos que resguardem as capacidades necessárias para a plena autonomia individual, devendo ser implementadas, pelo Estado e pela comunidade, as condições essenciais e básicas a uma vida digna.

A partir do momento em que não estão asseguradas as condições materiais mínimas essenciais ao desenvolvimento da personalidade, o indivíduo acaba por ser coisificado e instrumentalizado de maneira degradante e vexatória, o que se apresenta em desconformidade com o constitucionalismo multinível ora vigente.

Para o já mencionado Jorge Reis Novais³¹², a situação acima descrita estará verificada, por exemplo, quando um dado indivíduo fique privado do acesso à educação e ao conhecimento que lhe permita o pleno exercício de suas capacidades, bem como, ainda, na hipótese em que seja mantido e abandonado numa situação de miséria, portanto privado de qualquer possibilidade de autodeterminação e de desenvolvimento.

Além de ser pressuposto do direito à liberdade e do funcionamento regular da democracia, o mínimo existencial também se apresenta essencial a assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade, garantindo, assim, um mínimo de recursos ou condições materiais para que o indivíduo tenha respeitada a sua condição de ser humano, de desenvolver-se humano.

O conteúdo do mínimo existencial é, então, também um pressuposto para resguardar, de maneira efetiva, a autonomia da vontade, o livre desenvolvimento da personalidade e a autodeterminação da pessoa, podendo ser compreendido nas dimensões absoluta e relativa, conforme será abaixo melhor explicitado.

2.4.4 A compreensão absoluta e relativa do mínimo existencial

No estudo do mínimo a uma existência condigna, também persistem 02 (duas) compreensões delimitadas como absoluta e relativa. Para a primeira, há um mínimo existencial relacionado com os direitos sociais prestacionais que independe do contexto econômico, cultural e político, havendo uma delimitação abstrata de um mínimo. Por outro lado, para a compreensão relativa, o mínimo para uma existência condigna varia no tempo e no espaço³¹³,

³¹² NOVAIS, op. cit., 2016, p. 131.

³¹³ Vide LEAL, Rogério Gesta. Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 92-93.

estando de acordo com o contexto social e histórico de cada comunidade, a considerar a medida de sua afetação concreta num contexto relacional e circunstancial³¹⁴.

Para Daniel Sarmiento³¹⁵, que sustenta uma dimensão relativa do mínimo existencial, há variações socioculturais substanciais relacionadas com o conteúdo daquilo que se apresenta como necessidades básicas, que variam de uma dada comunidade para outra. Nesse sentido, o referido autor indica, como exemplo, o acesso à energia elétrica, que se apresenta básico e essencial nas comunidades modernas, mas dispensável na maior parte das comunidades indígenas.

Para a definição do conteúdo do mínimo existencial, as variações socioculturais devem ser levadas em conta, distinguindo-se a partir de valores religiosos, morais, econômicos e culturais. Num outro exemplo indicado pelo autor apontado acima³¹⁶, até mesmo necessidades materiais que decorrem da natureza humana, como o acesso à alimentação, são variáveis, o que se denota, inclusive, a partir do Comentário-Geral n. 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, que delimitou o conteúdo do acesso à alimentação adequada considerando-se os valores “*aceitáveis dentro de cada cultura*”.

Ao contrário de uma compreensão absoluta, que admite a existência de um conteúdo imutável ao mínimo existencial, para a teoria relativa, ora comentada, o seu conteúdo advirá de uma construção sociocultural, que variará a partir dos aspectos dominantes naquela dada comunidade.

Nesse sentido, Luís Fernando Sgarbossa³¹⁷ sustenta que a definição do conteúdo do mínimo existencial não pode ser realizada sem considerar o contexto sociocultural de uma dada comunidade, devendo ser rejeitada qualquer pretensão que busque afirmar o teor do mínimo para uma existência condigna taxativo e definitivo. Por haver uma variação das necessidades básicas de sociedade para sociedade, e não um padrão comum³¹⁸, a posição que se filia à teoria relativa do mínimo existencial parece ser a mais adequada.

Além disso, num contexto pós-moderno, marcado por uma larga dinamicidade nas relações sociais, econômicas e políticas, não há mais espaço para a compreensão de que o conteúdo do mínimo existencial é absoluto, inderrogável e imutável, mesmo em termos dogmáticos, principalmente numa realidade marcada pela escassez de recursos econômico-

³¹⁴ Vide NOVAIS, op. cit., 2021-a, p. 243.

³¹⁵ SARMENTO, op. cit., 2019, p. 214-215.

³¹⁶ Ibidem, p. 215.

³¹⁷ SGARBOSSA, Luís Fernando. Crítica à teoria dos custos dos direitos: reserva do possível. vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 307-308.

³¹⁸ SEN, op. cit., 1983, p. 21-22.

financeiros.

Em razão disso, que se reputa ser o mínimo para uma existência condigna um conceito sociocultural³¹⁹, portanto variável a partir dos aspectos sociais e culturais dominantes num determinado contexto, assim relativizável no tempo e no espaço. Tanto a definição dos bens necessários, quanto o nível de necessidade de acesso a esses bens depende das variáveis ora indicadas, sendo o mínimo existencial detentor de uma dimensão relativa, apesar de oriundo da dignidade da pessoa humana.

Se não bastassem as variações socioculturais, a partir dessa dimensão relativa, persiste a posição de que o mínimo existencial deve considerar, também, as necessidades individuais de cada pessoa concreta ou de cada agrupamento familiar, sendo uma categoria universalista, mas não remetendo a um universalismo abstrato, conforme preconiza Daniel Sarmiento³²⁰.

Nesse aspecto, uma contribuição muito importante foi apresentada por Amartya Sen³²¹, para quem a fruição de uma vida digna depende das características de cada pessoa e do ambiente em que vive, havendo quatro importantes circunstâncias que influenciam na necessidade do indivíduo quanto à disponibilização de bens e serviços essenciais no âmbito do mínimo existencial.

Para Sen³²², as heterogeneidades pessoais, as diversidades no ambiente físico, as variações no clima social e as diferenças nas perspectivas relacionais influenciam no nível de dignidade vivenciado pelo indivíduo, impondo variações às necessidades de cada pessoa. Enquanto as heterogeneidades pessoais consistem nas características físicas, como deficiências, incapacidades e doenças, que tornam as necessidades dos indivíduos extremas, as diversidades no ambiente físico alcançam as condições ambientais, incluindo as circunstâncias climáticas, como o calor ou o frio severos, as secas, dentre outros. Por outro lado, há, ainda, as variações no clima social, quais sejam as condições sociais impostas, que influenciam nas capacidades humanas, havendo, também, as diferenças nas perspectivas relacionais, compostas pelos padrões de comportamentos familiares, sociais, profissionais, que repercutem na variação dos rendimentos, a influenciar no nível de necessidades de cada indivíduo.

Essa madura construção teórica serve para evidenciar a existência de uma variação

³¹⁹ LOUREIRO, João Carlos. Pauperização e prestações sociais na “idade da austeridade”: a questão dos três d’s (dívida, desemprego, demografia) e algumas medidas em tempo de crise(s). Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, v. 90, tomo 2, Coimbra, 2014-a, p. 645.

³²⁰ SARMENTO, op. cit., 2019, p. 215.

³²¹ SEN, Amartya. A ideia de justiça. Coimbra: Almedina, 2009, p. 347-349 .

³²² Ibidem.

das necessidades básicas de cada indivíduo, o que também relativiza o conteúdo do mínimo a uma existência condigna. Em razão disso, uma específica prestação pode compor o mínimo existencial para um indivíduo específico, mas não para outro, pois as necessidades básicas variam a partir das circunstâncias acima indicadas.

Uma pessoa diagnosticada com uma severa doença, que reside numa região marcada pela escassez de chuvas, vivendo numa família que se encontra abaixo da linha da pobreza, cujas pessoas são dependentes de substâncias psicotrópicas, possui necessidades básicas distintas daquela que, além de gozar de uma boa saúde, reside numa região com ampla oferta de empregos, tendo os membros do seu agrupamento familiar todos empregados. Em razão disso, o conteúdo do mínimo existencial para um será distinto daquele previsto para o outro.

Na jurisprudência constitucional colombiana, a sua Corte, que vem assumindo o protagonismo como arquiteta do Estado social naquele país, em vários julgados enfatiza um foco prioritário no campo dos direitos sociais prestacionais em favor dos indivíduos em situação de vulnerabilidade³²³, considerando, assim, as necessidades individuais de cada pessoa concreta ou de cada agrupamento familiar.

Tratando do mínimo vital, como uma espécie de equivalente ao mínimo existencial, a Corte Constitucional colombiana, através do emprego da denominada ação de tutela, está atuando ativamente na implementação dos direitos sociais prestacionais. Para tanto, por meio da doutrina da conexão ou da conectividade, a jurisprudência vem viabilizando a judicialização dos casos de controvérsias relacionadas com as necessidades básicas individuais, inclusive com a adoção do instituto do estado de coisas inconstitucional e da adoção do diálogo interinstitucional entre os Poderes³²⁴³²⁵.

Com a tutela judicial do mínimo vital, a Corte colombiana, analisando as necessidades pessoais de cada demandante, acabou por instituir um processo acessível e rápido, que assegurou o acesso à justiça às pessoas mais vulneráveis. Para Julieta Lemaitre Ripoll, a tutela do mínimo vital concedeu à condição de pobreza um status privilegiado para o acesso à justiça, impondo ao magistrado uma posição proativa em favor das pessoas em situação de vulnerabilidade³²⁶.

³²³ Vide SILVA, Alexandre Vitorino. Estado de coisas inconstitucional e processo estrutural. Brasília: Gazeta Jurídica, 2020, p. 123-133; e RIPOLL, Julieta Lemaitre. El Coronel sí tiene quien le escriba: la tutela por mínimo vital en Colombia. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional (SELA). Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

³²⁴ O diálogo interinstitucional entre os Poderes será abordado, com melhor detalhamento, no último capítulo deste estudo.

³²⁵ Vide SILVA, op. cit., p. 174-175.

³²⁶ Vide RIPOLL, op. cit., p. 14.

Nesse sentido, conforme pode ser extraído da ação de tutela T-283/98³²⁷, julgada pela Corte Constitucional colombiana, o mínimo vital, além de abranger as prestações necessárias à sobrevivência, também alcança aqueles bens e serviços essenciais para o desenvolvimento da personalidade humana. Para assegurar judicialmente o referido direito, a Corte Constitucional vem adotando um critério de urgência, sendo este o elemento central da justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais, assim reconhecido em favor das pessoas em situação de penúria econômico-financeira³²⁸.

Em síntese, a adoção da compreensão relativa do mínimo existencial, como vem ocorrendo, por exemplo, na jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, pode oferecer alguns caminhos para uma dogmática ocupada com a seriedade da escassez de recursos no tocante a implementação dos direitos sociais prestacionais, conforme se denota a partir do acima exposto.

2.4.5 Uma proposta viável

Conforme acima demonstrado, o mínimo para uma existência condigna possui uma posição central no estudo da implementação dos direitos sociais prestacionais, pois, a partir dessa compreensão, pressupõe-se o acesso não apenas a um conjunto de bens necessários à sobrevivência biológica, mas também a um padrão sociocultural definido.

Com a análise da criteriosa construção teórica apresentada por John Rawls³²⁹, o mínimo existencial acaba por impor o atendimento das necessidades básicas de todas as pessoas, com o intuito de que venham a participar da vida política e social ativamente, até mesmo porque, abaixo de um nível mínimo de dignidade, os indivíduos não detêm condições de participar da sociedade como verdadeiros cidadãos.

Com isso, nos tempos de crise, conforme ensina Robert Alexy³³⁰, essa proteção constitucional, ainda que mínima, no âmbito dos direitos sociais prestacionais, mostra-se necessária a evitar a ocorrência de uma verdadeira crise constitucional, motivo pelo qual o mínimo existencial não pode simplesmente ser ignorado ante o argumento da escassez de recursos.

³²⁷ Vide Sentencia T-283/98, da Corte Constitucional colombiana.

³²⁸ ARANGO, Rodolfo. Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos. Pensamiento jurídico, n. 8, 1998, p. 63-72.

³²⁹ Vide item 2.4.1.1 do presente estudo.

³³⁰ Vide item 2.4.1.2 do presente estudo.

A importância da garantia do mínimo para uma existência condigna passa, como detalhado nos itens acima, pela própria existência do Estado democrático de direito, pois a sua observância é essencial para que todos detenham capacidade de participar efetivamente da vida política, bem como para que os indivíduos possuam igualdade de oportunidades para realizar suas escolhas políticas eficazmente. Assim, para que a democracia se efetive, o mínimo existencial deve ser compreendido como seu pressuposto.

No mesmo sentido, há também uma relação muito próxima entre a garantia do mínimo para uma existência condigna e a liberdade, estando o regular acesso aos bens e serviços essenciais como um pressuposto a uma fruição plena das liberdades pelos indivíduos. Somente através do acesso aos bens e serviços essenciais será possível reduzir ou eliminar as situações de vulnerabilidade social, e ofertar, assim, as ferramentas necessárias para que as pessoas possam exercer livremente suas escolhas.

Se não bastasse a condição de pressuposta para a democracia e a liberdade, a garantia do mínimo existencial traz, por conseguinte, a necessidade que se assegure em favor dos indivíduos, em condição de vulnerabilidade, uma capacidade efetiva de desenvolvimento das aptidões pessoais, com o intuito de que se encontrem plenamente aptos a exercer suas escolhas como sujeitos de direitos. Com isso, o mínimo existencial também se estabelece como essencial a resguardar o desenvolvimento da personalidade, bem como a autonomia da vontade e a autodeterminação da pessoa.

A partir dessas ideias, o mínimo existencial vincula-se à satisfação das necessidades básicas dos indivíduos em situação de vulnerabilidade, a qual venha assegurar uma plena fruição da vida política e das liberdades reais, bem como o livre desenvolvimento da personalidade humana.

Deixando de lado a noção de que o conteúdo do mínimo existencial é absoluto e imutável, numa realidade marcada pela escassez de recursos para a implementação dos direitos sociais prestacionais mostra-se preferível adotar a teoria relativa do mínimo a uma existência condigna. Isso porque o seu conteúdo é um conceito sociocultural, assim variável a partir dos aspectos sociais e culturais predominantes num determinado contexto, também relativizável no tempo e no espaço. Além disso, o conteúdo do mínimo existencial deve levar em conta as necessidades específicas de cada pessoa ou de cada grupo familiar, havendo a interferência de importantes circunstâncias que influenciam nas necessidades das pessoas, quais sejam, conforme indicado por Amartya Sen³³¹, as heterogeneidades pessoais, as diversidades no

³³¹ Vide item 2.4.4 do presente estudo.

ambiente físico, as variações no clima social e as diferenças nas perspectivas relacionais, dentre outras.

Com isso, há uma obrigação mínima estatal de assegurar a satisfação, ao menos, dos níveis essenciais básicos dos direitos sociais³³², sendo este um ponto de partida em relação aos passos necessários à plena efetividade dos mesmos³³³. Na vigência do constitucionalismo multinível, extrai-se essa obrigação do contido no Princípio 25 de Limburgo³³⁴, do Princípio 9 de Maastricht³³⁵ e do Comentário Geral n. 3, parágrafo 10, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³³⁶.

Mas para que o mínimo existencial possa ser efetivamente implementado pelo Estado, há a dificuldade marcante, que se acentua nos tempos de crise, da escassez dos recursos econômico-financeiros, o que impõe modulações dogmáticas que levem a sério os limites do constitucionalismo.

No intuito de modular a garantia do mínimo existencial, mas sem se distanciar do modelo de Estado social, assim lastreado na dignidade da pessoa humana, e que se encontra sob a vigência de um constitucionalismo multinível dinâmico e interativo, não é possível adotar um constitucionalismo de mínimos, sendo importante ir além disso. Primeiramente, porque está em causa o acesso aos bens básicos ou fundamentais, que não devem permanecer vinculados à capacidade econômica do sujeito, mas sim às suas necessidades. Segundo, porque o Estado social volta-se à oferta dos bens e serviços essenciais, os quais são indispensáveis ao desenvolvimento humano³³⁷.

³³² Conforme SEPÚLVEDA, Magdalena. La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión “progresivamente”. In: COURTIS, Christian (coord.). Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 142-143.

³³³ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 89.

³³⁴ A partir dos Princípios de Limburgo relativos à Aplicação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que foram elaborados por um grupo de experts reunidos em 1986 na cidade holandesa de Maastricht, e adotados pelas Nações Unidas, tem-se o Princípio 25, com o seguinte teor: “*Os Estados Partes têm a obrigação, independentemente de seu desenvolvimento econômico, de garantir o respeito aos direitos de subsistência mínima a todas as pessoas.*”

³³⁵ Por força dos Princípios de Maastricht sobre as Obrigações Internacionais dos Estados na Área dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que foram expedidos por um grupo de experts em 2011, com o objetivo de esclarecer as obrigações dos Estados a partir do Direito Internacional vigente, tem-se o Princípio 9, que traz a ideia de que os Estados Partes possuem obrigações de respeitar, proteger e satisfazer os direitos sociais nas mais diversas circunstâncias.

³³⁶ Eis o trecho parcial do Comentário Geral n. 3, parágrafo 10, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, qual seja: “*compete a cada Estado Parte a obrigação de assegurar a satisfação de níveis essenciais mínimos de cada um dos direitos. Assim, por exemplo, um Estado Parte em que um número significativo de indivíduos se encontra privado de gêneros alimentícios essenciais, de cuidados essenciais de saúde, de abrigo e habitação básicos ou das mais básicas formas de educação está, à primeira vista, em falha com as suas obrigações em relação ao Pacto.*”

³³⁷ LOUREIRO, op. cit., 2010, p. 74-77.

Com isso, a partir da desigualdade social e da assimetria real dos indivíduos, utilizando-se do critério relativo da necessidade, o Estado social deve atuar em benefício da correção e da proteção das pessoas em situação de vulnerabilidade social. Para tanto, propõe-se que o foco exclusivo do mínimo existencial sejam as pessoas em condição de vulnerabilidade, mensurado através de um critério de necessidade, que se mostra, conforme a teoria relativa aponta, variável por força de elementos socioculturais e de aspectos individuais pertencentes ao seu titular.

Ainda que o mínimo para uma existência condigna possua um conteúdo universalizante, há a necessidade de construir propostas que permitam a implementação dos direitos sociais prestacionais dentro da crua realidade da escassez de recursos. Não há, por certo, recursos suficientes a assegurar o mínimo existencial a todo e qualquer indivíduo indistintamente. A partir disso, impõe-se a modulação dogmática de tal garantia, assim decorrente de um critério que se mostre razoável e coadunado com o modelo de Estado social vigente.

Esse critério, para que efetivamente possa ser implementado, deve assentar-se numa lógica da necessidade, sendo o acesso aos bens e serviços essenciais calculado não a partir do mérito ou da capacidade de pagamento, mas das necessidades daquele dado indivíduo, priorizando, quanto ao mínimo para uma existência condigna, em caráter exclusivo, aqueles que se encontram numa situação de vulnerabilidade social, portanto desprovidos de uma vida minimamente digna em termos biológicos e socioculturais.

A partir da dimensão relativa do mínimo existencial, o nível de necessidade de acesso aos bens e serviços essenciais dependerá dos aspectos sociais e culturais dominantes num determinado contexto, portanto relativos no tempo e no espaço. Além disso, deverá considerar as características do seu titular e do ambiente em que vive, bem como quais as circunstâncias incidentes nas necessidades do indivíduo, sendo estas as heterogeneidades pessoais, as diversidades no ambiente físico, as variações no clima social e as diferenças nas perspectivas relacionais³³⁸.

Com a recusa de teorias minimalistas que envolvam os direitos sociais prestacionais, mas ocupado com uma dogmática que leve a sério a realidade da limitação dos recursos econômico-financeiros, deve a garantia do mínimo existencial ser assegurada pelo Estado, em caráter exclusivo, àqueles em situação de vulnerabilidade, na medida de suas necessidades.

³³⁸ O que se extrai da obra de Amartya Sen, conforme detalhado no item 2.4.4.

O acesso aos bens sociais básicos, que compõem o mínimo existencial, não pode permanecer na dependência da capacidade de pagamento do preço ou do mérito de seus destinatários, mas numa vinculação absoluta às suas necessidades, sob pena de violação à dignidade da pessoa humana. O Estado social, regido pelas normas que compõem o constitucionalismo multinível, deve assegurar que os indivíduos não sofram a humilhação e a angústia de permanecerem expostos a uma vida indigna, marcada pela fome e pelo abandono³³⁹, caso não obtenham, pela via dos seus rendimentos, as condições mínimas necessárias ao desenvolvimento da personalidade.

No entanto, Jorge Reis Novais, no espaço de sua autoridade sobre o tema, realiza uma apreciação crítica a todo e qualquer modelo de relevância dos direitos sociais prestacionais assentado, conforme aponta, na garantia de um mínimo³⁴⁰. Para o referido autor, dentre outros argumentos, a partir desse modelo, há uma desvalorização da natureza fundamental dos direitos sociais, não se justificando tal delimitação restritiva. Além disso, para Novais, nos períodos de crise ou em situações e países com dificuldades econômicas graves, a fixação de um mínimo em caráter absoluto ou é muito minimalista ou pode ser praticamente inviável.

Ainda que a posição do autor português acima indicado esteja construída sob uma argumentação sólida e bem desenhada, no contexto de escassez de recursos, no qual inexiste a possibilidade fática de assegurar todos os direitos sociais prestacionais em caráter universal, há a necessidade de modulações dogmáticas que levem a sério os limites da atuação estatal e, também, do constitucionalismo³⁴¹.

Além disso, os direitos sociais prestacionais, com o acolhimento da proposta acima apresentada, não perderiam a sua fundamentalidade, posto que previstos em normas constitucionais e advindos da dignidade da pessoa humana, nem passariam a deter uma “relevância débil”. Ao contrário do que pode ser compreendido, a relevância jurídica dos direitos sociais não se esgota na garantia do mínimo existencial, sendo esta vinculante ao Estado a partir de um critério de necessidade, mantendo-se todos os demais direitos aptos a serem implementados em caráter universal.

Em especial nos momentos de crise ou naqueles contextos de dificuldades econômico-orçamentárias persistentes, quando o Estado, ainda que qualificado com o aspecto da socialidade, não possui condições fáticas de garantir a implementação dos direitos sociais

³³⁹ Vide LOUREIRO, op. cit., 2014-a, p. 649.

³⁴⁰ Vide NOVAIS, op. cit., 2021-a, p. 247-254.

³⁴¹ Nesse sentido, para quem o constitucionalista tem que possuir consciência dos seus limites, reconhecendo, assim, que a Constituição não é o lugar do superdiscurso social, justamente em razão da escassez de recursos, vide CANOTILHO, op. cit., 2008, p. 126-127.

prestacionais a todo e qualquer indivíduo, há a necessidade de realizar opções e fixar prioridades. Nesse contexto, incumbe ao Estado, no exercício de sua responsabilidade constitucional primária, assegurar o mínimo para uma existência condigna, em caráter exclusivo, mas numa dimensão relativizável, àqueles em situação de vulnerabilidade, na medida de suas necessidades.

Há, assim, uma nova definição de igualdade e de universalidade dos direitos sociais prestacionais, como direitos de todos aqueles que necessitam do fornecimento dos bens e serviços essenciais para uma vida minimamente digna, com a possibilidade, inclusive, de graduação ou de diferenciação das condições às prestações sociais³⁴². Com a posição acima formulada, tais direitos passam a ser compreendidos como direitos de carência, daqueles que se encontram numa situação de vulnerabilidade social, na medida do que necessitam, e quando excepcionalmente precisam³⁴³.

Essa posição, por certo, não se afasta da jurisprudência oriunda da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual pode ser evidenciada a partir dos julgados abaixo descritos, ora exemplificativos desse entendimento.

No caso *Poblete Vilches e outros vs. Chile*, com sentença proferida em 8 de março de 2018³⁴⁴, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao apreciar a responsabilidade internacional do Estado pela negligência no tratamento médico do Sr. Poblete Vilches em um hospital público, pronunciou-se sobre o direito à saúde de maneira autônoma. Após reconhecer que o direito à saúde é um direito humano fundamental e indispensável para o exercício adequado dos demais direitos humanos, a Corte versou acerca do direito à igualdade. E nesse ponto, ao explorar uma concepção dita positiva do direito à igualdade, o órgão julgador considerou a existência de uma obrigação do Estado de criar condições de igualdade real em favor de grupos que tenham sido historicamente excluídos ou que se encontrem num maior risco de discriminação³⁴⁵.

Com esse julgamento, portanto, a Corte Interamericana, ao tratar de um direito social prestacional, acabou por considerar a responsabilidade primária do Estado em assegurar

³⁴² Vide VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais, três décadas depois. *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. V. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 139.

³⁴³ *Idem*, op. cit., 2015, p. 33.

³⁴⁴ Vide o julgado proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Poblete Vilches e outros vs. Chile*, sentença de 08-03-2018.

³⁴⁵ Vide o Princípio 20 dos Princípios de Maastricht sobre as Obrigações Internacionais dos Estados na Área dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com o seguinte teor: “*Assim como ocorre com os direitos civis e políticos, tanto indivíduos quanto grupos podem ser vítimas de violações a direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido, alguns grupos sofrem de maneira desproporcional, como por exemplo pessoas pobres, mulheres, povos indígenas e tribais, populações desempregadas, pessoas que buscam asilo, refugiados, deslocados internos, minorias, crianças, camponeses sem terra, incapazes e desassistidos.*”

condições mínimas para uma vida condigna àqueles grupos e indivíduos em situação de vulnerabilidade social, como, no caso concreto, à vítima em razão da sua condição de pessoa idosa e pobre.

Já na apreciação do caso envolvendo a comunidade indígena *Yakye Axa vs. Paraguai*, com sentença proferida em 17 de junho de 2005³⁴⁶, a Corte Interamericana, ao tratar da responsabilidade internacional do Estado paraguaio por não garantir o direito à propriedade comunal daquele povo indígena, afirmou o dever do ente estatal a adotar medidas positivas assecuratórias do direito a uma existência condigna, com uma proteção, inclusive, às vulnerabilidades específicas dos referidos indígenas.

Dessa maneira, invocando a aplicação do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, a Corte Interamericana reconheceu o direitos dos indígenas a deterem uma existência condigna assegurada pelo Estado justamente por se encontrarem numa situação de vulnerabilidade social específica.

Ainda que timidamente³⁴⁷, o sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos, a partir do constitucionalismo multinível vigente que o vincula, vem reconhecendo a garantia do mínimo existencial àqueles em situação de vulnerabilidade social, incumbindo ao Estado a responsabilidade primária de fornecer os bens e serviços básicos essenciais a uma vida digna.

A partir da posição apresentada neste item, podem ser extraídos alguns parâmetros materiais à efetivação dos direitos sociais prestacionais pelo Poder Judiciário, na hipótese de omissões perpetradas pelos demais poderes constituídos³⁴⁸.

Havendo omissão da administração pública, no fornecimento dos bens e serviços essenciais, ou, ainda, do Poder Legislativo, na previsão orçamentária e/ou na regulamentação das referidas ações estatais, abre-se a possibilidade de justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais.

No entanto, num cenário de limitação de recursos orçamentários, bem como num contexto de crise, persiste a necessidade de que sejam fixados parâmetros materiais à efetivação de tais direitos prestacionais pela via do acesso ao Poder Judiciário, havendo a necessidade de

³⁴⁶ Vide o julgado proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso comunidade indígena *Yakye Axa vs. Paraguai*, sentença de 17-06-2005.

³⁴⁷ Ainda são poucos os casos julgados pela Corte Interamericana, havendo, no entanto, atualmente várias petições relacionadas com o mínimo vital/mínimo existencial em apreciação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conforme consultas realizadas no seu sítio virtual no curso do meses de junho a agosto de 2022.

³⁴⁸ O tema da justiciabilidade dos direitos sociais é demasiadamente amplo e pautado por severos debates doutrinários, o qual será tratado, mais vezes, no curso do presente estudo. Neste momento, serão tecidos comentários tão somente acerca de alguns parâmetros materiais que podem ser extraídos a partir da proposta constante neste capítulo à efetivação dos direitos sociais prestacionais, não esgotando, assim, o tema.

estabelecer prioridades³⁴⁹, quais sejam, ao menos, os seguintes.

Primeiramente, a demanda deve estar relacionada com a garantia das condições mínimas necessárias ao implemento de uma vida digna, tanto no contexto biológico, quanto na dimensão sociocultural, a assegurar, portanto, o acesso aos bens e serviços essenciais para a plena fruição dos direitos civis e políticos, bem como para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Nesse aspecto, o objeto pretendido deve alcançar necessariamente aqueles direitos sociais prestacionais básicos, na análise do caso concreto, e impostergáveis à fruição de uma vida minimamente digna.

Além disso, em caráter exclusivo, o acesso aos direitos sociais prestacionais pela via do Poder Judiciário deve estar adstrito a um critério de necessidade, a alcançar, portanto, tão somente aqueles em situação de vulnerabilidade social, a partir de um critério relativo, na medida de sua carência. Nesse ponto, prioriza-se, numa atuação exclusiva, somente os vulneráveis, na medida de suas necessidades básicas, ou seja na medida do que precisam num nível básico e essencial, sendo a igualdade um objetivo de realização permanente, o que se harmoniza com o ideal de um Estado democrático de direito³⁵⁰.

A partir disso, tanto a análise do conteúdo do mínimo existencial a uma vida digna, quanto a medida da necessidade do indivíduo ou do seu agrupamento familiar, devem ser pautadas na apreciação das circunstâncias do caso concreto, não constituindo, assim, valores absolutos. Ao contrário, a compreensão de quais são os bens e serviços essenciais para assegurar uma vida minimamente digna àquele indivíduo, e qual é a dimensão de suas necessidades básicas, deve levar em conta os aspectos sociais e culturais vigentes, além das características e circunstâncias individuais do seu titular.

Tal proposta distancia-se daquela ideia de que, pela via do Poder Judiciário, como se houvesse recursos inesgotáveis a tanto, devem ser garantidos o mínimo existencial a todo e qualquer indivíduo, sem se desvincular, no entanto, do modelo de Estado social vigente, assim amparado pelo constitucionalismo multinível.

Sem prejuízo da retomada deste tema nos próximos capítulos, por certo, num primeiro momento, as normas constitucionais definidoras de direitos sociais prestacionais dirigem-se aos poderes políticos, em especial ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, incumbindo-lhes a efetivação dos bens e serviços sociais, bem como o respeito às suas

³⁴⁹ Vide WASILEWSKI; GABARDO, op. cit., p. 716, para quem o conjunto de direitos sociais, no contexto brasileiro, mostra-se ambicioso, o que exige o estabelecimento de prioridades em seu atendimento, assim consistentes no atendimento das necessidades mais urgentes da comunidade.

³⁵⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A desigualdade econômica e a isonomia: uma reflexão sobre os perfis das desigualdades. *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 1, jan./abr. 2020, p. 45.

diretrizes. Na eventualidade desses poderes permanecerem inertes, integral ou parcialmente, descumprindo, assim, suas obrigações constitucionais, surge a possibilidade do acesso ao Poder Judiciário visando a obtenção dos direitos sociais prestacionais devidos.

No entanto, em razão da limitação dos recursos orçamentários, não se mostra possível, pela via jurisdicional, assegurar a todo e qualquer indivíduo o acesso amplo, geral e irrestrito aos direitos sociais prestacionais, motivo pelo qual os parâmetros materiais acima indicados são propostos. Com isso, a efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário deverá, como já apontado, limitar-se à satisfação do mínimo para uma existência condigna, em proveito daqueles que se encontrarem numa situação de vulnerabilidade social, a partir das circunstâncias do caso concreto, em caráter exclusivo.

Por certo, essa modulação quanto a justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais não restringe, nem limita a sua fundamentalidade, pois as normas constitucionais que os definem permanecem vinculando o ente estatal quanto a socialidade, sendo emanadas da dignidade da pessoa humana. Ao contrário, sem fragilizar a proteção constitucional dos direitos sociais, propõe-se uma concepção realista e possível desses, que acabam por exigir a alocação de recursos vultosos, mas escassos, para sua implementação.

Com a proposta acima desenvolvida, ressurgem a possibilidade de uma garantia efetiva do direito ao mínimo para uma existência condigna, que alcança todos os indivíduos que dele necessitem, como uma manifestação latente da dignidade da pessoa humana, a qual lastreia o constitucionalismo multinível vigente.

Ao adotar o critério da necessidade para a implementação dos direitos sociais prestacionais, de modo a assegurar uma vida minimamente digna a todos, dá-se a manutenção sustentável da socialidade, inclusive com vistas à erradicação da pobreza e à redução da desigualdade social. Com isso, afasta-se do modelo irreal de um Estado providência, marcado por normas constitucionais que se distanciam de uma verdadeira eficácia, aproximando-se de um outro modelo capaz de assegurar efetivamente uma existência condigna aos indivíduos³⁵¹.

No entanto, no próximo capítulo, outras propostas que visem uma melhor implementação dos direitos sociais prestacionais serão analisadas, até mesmo em razão da

³⁵¹ Nesse sentido, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais expressa no seu Comentário Geral n. 4 (relativo ao direito à moradia adequada) que “*os Estados Partes devem conceder a prioridade devida aos grupos sociais que vivem em condições desfavoráveis, prestando-lhes uma atenção especial*” (parágrafo 11), o que reflete a adoção do critério da necessidade para a implementação dos direitos sociais. De igual maneira, a partir do Princípio 14 de Limburgo, vislumbra-se o seguinte teor parcial: “*deve ser dada atenção especial à adoção de medidas para melhorar o nível de vida dos pobres e de outros grupos desfavorecidos*”. Sobre esse tema, vide ROSSI, Julieta. La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. In: COURTIS, Christian (coord.). Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 103-104.

complexidade do tema, tudo com o intuito de buscar uma maior aplicabilidade e efetividade de tais direitos no contexto de escassez de recursos.

CAPÍTULO 3 A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO CONTEXTO DE ESCASSEZ DE RECURSOS

No intuito de desenvolver uma dogmática jurídica que não se distancie da realidade da escassez de recursos, onde a limitação do orçamento público coloca à prova o sistema constitucional de garantia, eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos sociais, persiste a necessidade de levar os direitos a sério, sem, no entanto, desnaturar o Estado social.

Com isso, deve ser desenvolvida uma pretensa posição dogmática intermediária, que não caia no extremo de imaginar que o Estado pode absolutamente tudo, mas que também não acolha a ideia de que o Estado não possa nada ou quase nada por força da limitação de recursos, até mesmo porque vige um constitucionalismo multinível forte.

Delimitando o objeto do presente estudo à dimensão positiva ou prestacional dos direitos sociais, não há como se distanciar do reconhecimento da fundamentalidade desses³⁵², os quais, ainda, vêm sendo compreendidos como verdadeiros direitos subjetivos, sem qualquer vinculação a uma eventual justiciabilidade automática e imediata, sendo sujeitos, portanto, a modulações dogmáticas que considerem os limites decorrentes dos meios econômico-financeiros do Estado³⁵³.

A partir dessa compreensão, o presente estudo adotou, no capítulo anterior, como marcos teóricos, teses centrais acerca da garantia do núcleo essencial dos direitos sociais³⁵⁴, bem como do mínimo para uma existência condigna.

Nesse aspecto, quanto a garantia do núcleo essencial, com a noção de que é compreendido como o último dos limites contra leis e atos restritivos aos direitos fundamentais e humanos, houve a adoção da teoria absoluta dinâmica, sendo a dignidade da pessoa humana, como um valor axiológico central do modelo contemporâneo de Estado social, o limite mínimo a ser observado frente às restrições e retrocessos advindos dos poderes constituídos.

Com a adoção da teoria absoluta dinâmica do núcleo essencial, há o reconhecimento de que cada um dos direitos sociais detêm um conteúdo essencial irreduzível em toda e qualquer circunstância, mas modificável na dimensão temporal, admitindo-se restrições aos direitos decorrentes de atuações dos poderes constituídos, limitadas, no entanto, ao conteúdo da dignidade da pessoa humana.

Já quanto ao mínimo existencial, qual seja condição pressuposta para a democracia

³⁵² Vide o item 2.2.3 do presente texto.

³⁵³ Vide o item 2.2.3.1 do presente estudo.

³⁵⁴ Vide o item 2.3, e seus respectivos subitens, do presente estudo.

e a liberdade, mas também essencial a resguardar o desenvolvimento da personalidade, a autonomia da vontade e a autodeterminação da pessoa, o presente estudo adotou a teoria relativa. Nesta posição, que considera o conteúdo do mínimo a uma existência condigna como um conceito sociocultural, o qual também leve em conta as necessidades específicas de cada pessoa ou de cada grupo familiar, fixa-se a utilização do critério relativo da necessidade, havendo a proposta de que o foco exclusivo sejam as pessoas em condição de vulnerabilidade, numa espécie de modulação dogmática de tal garantia³⁵⁵.

Por força desses marcos teóricos, no presente capítulo, serão analisados e construídos parâmetros e propostas voltadas a uma implementação mais efetiva dos direitos sociais prestacionais no contexto de limitação de recursos, a partir, no entanto, da previsão normativo-constitucional de que incumbe ao Estado a responsabilidade primária de satisfazer a socialidade³⁵⁶.

Visando o desenvolvimento de uma dogmática da escassez, a qual, no entanto, não se afaste de uma socialidade imperativa decorrente de um constitucionalismo multinível forte, haverá, no próximo item, uma análise pormenorizada da universalidade e da gratuidade na implementação dos direitos sociais prestacionais, a culminar com a elaboração da proposta de que a concretização de tais direitos ocorra segundo o grau de vulnerabilidade dos seus destinatários.

Com a adoção do critério da necessidade, é possível a aplicação de diferenciações na implementação dos direitos sociais superando o dogma do financiamento da socialidade por impostos, havendo também a fixação de taxas moderadoras ou coparticipações custeadas por aqueles que podem pagar, como acontece atualmente nos contextos português³⁵⁷ e italiano³⁵⁸, dentre outros.

No intuito de abordar uma segunda proposta que objetive uma melhor implementação dos direitos sociais no cenário de escassez de recursos, serão tecidos comentários acerca da teoria da reserva do possível, mas também da reserva do necessário³⁵⁹.

³⁵⁵ Vide o item 2.4, e seus respectivos subitens, do presente estudo.

³⁵⁶ Ainda que a implementação dos direitos sociais possa decorrer da atuação de agentes privados ou comunitários, na vigência do constitucionalismo multinível abordado no primeiro capítulo extrai-se a noção de que incumbe ao Estado a responsabilidade primária para a satisfação da socialidade, possuindo, assim, a incumbência de formular e implementar uma política de desenvolvimento, seja no exercício de sua autoridade para elaborar atos normativos, seja executando políticas públicas. Neste último ponto, vide SENGUPTA, op. cit., p. 340-341, 2007.

³⁵⁷ Vide LOUREIRO, op. cit., 2014-b.

³⁵⁸ Vide CODINI, Ennio; FOSSATI, Alberto; LUPPI, Silvia A. Frego. *Manuale di diritto dei servizi sociali*. Turim: Editora G. Giappichelli. 2017.

³⁵⁹ Vide WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 30-32 e 112, que muito bem explicita o critério da necessidade.

Com uma análise comparativa, será possível formular um parâmetro intermediário, que conjugue a necessária dogmática da escassez com a vigência de um Estado social fundado na dignidade da pessoa humana.

Se não bastasse isso, no último item do presente capítulo, o princípio da proibição de retrocesso social será tema de uma revisitação. Nesse âmbito, sem desconsiderar a dura realidade da limitação de recursos, pretende-se analisar o princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais proveniente do constitucionalismo multinível, fixando, ainda, limites razoáveis aos retrocessos eventualmente executados pelos poderes constituídos em tempos de crise, a partir de contribuições teóricas nacionais e estrangeiras significativas.

Então, utilizando-se dos aspectos teóricos desenvolvidos nos capítulos antecedentes, busca-se, neste trecho do estudo, o desenvolvimento de uma dogmática de crise econômico-financeira que se ocupe de modular aspectos da socialidade, sempre se afastando do super discurso típico do Estado providência³⁶⁰, mas também de um constitucionalismo de mínimos³⁶¹.

3.1 O dever de implementação dos direitos sociais

Na vigência do constitucionalismo multinível, a dignidade da pessoa humana foi acolhida, inclusive na Constituição brasileira de 1988, como princípio fundante do modelo de Estado social³⁶², qual seja aquele que promove justiça social mediante os procedimentos e limites do Estado democrático de direito³⁶³.

Além disso, os direitos sociais, que compõem a socialidade³⁶⁴ como princípio estruturante, conforme já registrado acima, são dotados de uma dupla fundamentalidade formal e material³⁶⁵, bem como detentores da qualidade de direitos subjetivos. Daí que a efetivação de tais direitos é uma meta indispensável do Estado social, principalmente nas condições de aumento da opressão socioeconômica e da elevação dos níveis de desigualdade fática entre

³⁶⁰ LOUREIRO, op. cit., 2010, p. 48-49.

³⁶¹ Idem, op. cit., 2014-a, p. 645.

³⁶² Vide LOUREIRO, op. cit., 2010, p. 73-74; e 2013-b, p. 115, que muito bem define o Estado social, conforme já transcrito numa nota de rodapé anterior.

³⁶³ Vide SARLET, op. cit., 2015-c, p. 463.

³⁶⁴ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. O princípio de proibição de retrocesso social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 124 e s., para quem o princípio da socialidade, apontado como estruturante, impõe a vinculação jurídica do Estado na criação de condições materiais de existência digna aos indivíduos.

³⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (orgs.). Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 28.

indivíduos e grupos sociais³⁶⁶.

Com essa configuração jurídico-constitucional, incumbe ao Estado a responsabilidade primária consistente no dever de implementação dos direitos sociais visando a manutenção das condições de possibilidade de realizações da pessoa humana, voltando-se, ainda, ao desenvolvimento das suas capacidades³⁶⁷.

Sem prejuízo da atuação do terceiro setor, da comunidade e de agentes privados, a partir da figura do Estado social, lastreado na dignidade da pessoa humana, no âmbito da socialidade persistem os deveres públicos de prestação e de proteção dos direitos sociais³⁶⁸, mesmo em tempos de austeridade.

No contexto brasileiro, o que também se observa atualmente na maioria das democracias ocidentais, é dever do Estado social controlar os riscos resultantes da pobreza e da desigualdade social, que não podem ser impostos aos indivíduos e grupos sociais vulneráveis, restituindo a estes um status mínimo de implementação das necessidades pessoais básicas³⁶⁹.

Para Carlos Simões³⁷⁰, essa atuação estatal impõe-se indispensável, pois decorre da demonstração inequívoca de que as relações de mercado e a atuação das forças econômicas por si sós não asseguram a inclusão e o desenvolvimento sociais, nem satisfazem as necessidades essenciais daqueles em situação de vulnerabilidade socioeconômica.

Nesse mesmo sentido, Peter Häberle³⁷¹ esclarece que, em prol de uma ordem econômica e social mais decente, o Estado possui a incumbência de intervir para reduzir as desigualdades por meio de prestações sociais, atuando em desfavor da sociedade meritocrática, até porque sem o agir do Estado prestacional não existe possibilidade de uma implementação efetiva dos direitos fundamentais.

Por outro lado, no Estado social de direito o acesso ao conjunto de bens sociais básicos não pode ficar dependente da capacidade de pagamento do preço instituído pelo mercado ou do mérito, sendo necessário utilizar-se o critério, já apontado nos itens anteriores

³⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al (orgs.). O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 168.

³⁶⁷ Sobre isso, vide LOUREIRO, op. cit., 2010, p. 42; bem como as obras de Amartya Sen citadas neste estudo.

³⁶⁸ Vide NOVAIS, op. cit., 2021-a, p. 53, para quem as normas impõem ao Estado tanto o dever de respeitar e proteger o acesso dos particulares aos direitos sociais, quanto o dever de prestações fáticas e de instituir serviços públicos destinados a proporcionar tais bens econômicos, sociais e culturais àqueles que não dispõem de recursos próprios para obtê-los por si sós.

³⁶⁹ Vide KRELL, op. cit., p. 60.

³⁷⁰ SIMÕES, Carlos. Teoria e crítica dos direitos sociais: o Estado social e o Estado democrático de direito. São Paulo: Cortez, 2013, p. 257.

³⁷¹ HÄBERLE, Peter. Direitos fundamentais no Estado prestacional. Tradução de Fabiana Okchstein Kelbert e Michael Dietmar Donath. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 34 e 65.

deste estudo, da necessidade. Isso porque, conforme esclarece José Carlos Vieira de Andrade³⁷², os direitos sociais a prestações são verdadeiros direitos de carência, de todos aqueles que necessitam, quando necessitam e na proporção em que necessitam.

Para Jorge Reis Novais³⁷³, o critério da necessidade também se justifica, na esfera da implementação dos direitos sociais, no contexto de escassez de recursos, pois envolve uma definição de prioridades que pressupõe o gradualismo e a flexibilidade na satisfação de tais bens sociais. Há, assim, uma lógica de uma universalidade na necessidade³⁷⁴, a despeito da limitação de recursos disponíveis para o adimplemento dos encargos da socialidade impostos pelas normas oriundas do constitucionalismo multinível vigente.

Com isso, persiste o desafio de assegurar o cumprimento do dever de implementar os direitos sociais pelo Estado numa época de escassez de recursos, a partir do que se impõe a construção de uma dogmática de crise que se ocupe de modular aspectos centrais da socialidade e da teoria geral dos direitos fundamentais.

3.1.1 A universalidade e a gratuidade na implementação dos direitos sociais

O Estado brasileiro, a exemplo de outros contextos³⁷⁵³⁷⁶, encontra-se concretamente endividado, e permanece, já por décadas, numa crise financeira e fiscal persistente³⁷⁷. Se não bastasse isso, as famílias brasileiras encontram-se num processo estrutural de endividamento³⁷⁸,

³⁷² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. O papel do Estado na sociedade e na socialidade. In: LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares. (orgs.). A economia social e civil: estudos – volume 1. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 33.

³⁷³ NOVAIS, op. cit., 2021-a, p. 52.

³⁷⁴ Vide LOUREIRO, op. cit., 2014-b, p. 83.

³⁷⁵ As últimas atualizações da Global Debt Database - base de dados do Fundo Monetário Internacional sobre a dívida mundial - vêm demonstrando reiteradas elevações do coeficiente da dívida pública nos países ocidentais. Disponível no sítio virtual: <www.imf.org/external/datamapper/datasets/GDD>. Acesso em: 23/12/2022.

³⁷⁶ A partir do Relatório Especial COVID – 19 n. 10 da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe das Nações Unidas, extrai-se a notícia de que, em todos os países da região, sem qualquer exceção, a situação fiscal se deteriorou e o nível de endividamento público aumentou consideravelmente nos últimos anos, alcançando, inclusive, o patamar de 79,3% (setenta e nove vírgula três por cento) do PIB, o que tornam a América Latina e o Caribe as regiões mais endividadas do mundo. Disponível no sítio virtual: <repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46710/S2100064_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22/12/2022.

³⁷⁷ Essa afirmação pode ser concluída a partir das informações contidas na plataforma mantida pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, cujo sítio virtual é: <www.ipeadata.gov.br/default.aspx>. Acesso em: 28.12.2022.

³⁷⁸ Com o apoio do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, a SENACON – Secretaria Nacional do Consumidor, vinculada ao Ministério da Justiça brasileiro, publicou recente estudo indicando que 69,7% (sessenta e nove vírgula sete por cento) das famílias brasileiras estão endividadas, sendo que 43,2% (quarenta e três vírgula dois por cento) dos consumidores declaram não possuir condições econômico-financeiras

marcadas também pela crescente desigualdade social³⁷⁹.

Nesse contexto, a partir de uma interpretação sistemática, não há dúvidas de que o direito constitucional positivo brasileiro recepcionou o princípio da universalidade³⁸⁰. Dessa maneira, numa compreensão tradicional do tema, todo e qualquer indivíduo, pelo simples fato de deter a condição de pessoa, é titular de direitos fundamentais e humanos³⁸¹, os quais, inclusive, são dotados de indivisibilidade.

Essa conclusão também é facilmente extraída, no âmbito do constitucionalismo multinível, da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que introduz a denominada concepção contemporânea de direitos humanos, lastreada na universalidade e na indivisibilidade desses. A universalidade passa a ser compreendida sob a ideia de que a condição de ser pessoa é o único requisito para a titularidade de direitos, considerando, assim, o ser humano um indivíduo dotado de “*unicidade existencial e dignidade*”³⁸².

A noção contemporânea dos direitos humanos, que traz ínsita a crença da universalidade, impõe a vedação a qualquer tipo de discriminação por nacionalidade, etnicidade, classe, orientação sexual ou qualquer outra condição³⁸³.

No entanto, conforme adverte Norberto Bobbio³⁸⁴, a universalidade no acesso e na fruição dos direitos civis não pode ser transferida automaticamente para os direitos sociais, máxime porque existem diferenças muito relevantes de indivíduo para indivíduo, as quais devem ser levadas em conta. Ainda que o princípio da universalidade encontre-se vigente no contexto brasileiro, isso não impede que haja diferenças a serem consideradas quanto ao gozo dos direitos sociais, já que persistem direitos atribuídos apenas a determinadas categorias de pessoas ou grupos, restando vedada tão somente a ocorrência de discriminações injustificadas e odiosas.

Diferentemente do que ocorre com os direitos de liberdade, há direitos sociais cuja titularidade varia, a depender das necessidades dos beneficiários, para alcançar determinados sujeitos de direitos específicos, o que impõe um tratamento justificadamente diferenciado.

Sem qualquer privilégio injustificado, busca-se, na verdade, efetivar a igualdade em

para quitar as dívidas em atraso, numa situação indicativa de superendividamento. O estudo pode ser consultado no sítio virtual: <www.defesadoconsumidor.gov.br/portal/biblioteca/107-edital>. Acesso em: 28.12.2022.

³⁷⁹ Conclusão extraída da pesquisa realizada pelo Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas, cujos dados obtidos até março/2021 junto a PNADC trimestral/IBGE podem ser encontrados no sítio virtual <<https://cps.fgv.br/FelicidadeNaPandemia>>. Acesso em: 12.04.2022.

³⁸⁰ Para aprofundar acerca do tema, vide NUNES, Anelise Coelho. A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³⁸¹ Vide SARLET, op. cit., 2015-a, p. 217.

³⁸² PIOVESAN, op. cit., 2021, p. 241.

³⁸³ Idem, op. cit., 2019, p. 417.

³⁸⁴ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 65.

condições específicas da socialidade. Isso porque, conforme Vieira de Andrade³⁸⁵, os direitos sociais são formulados como direitos especiais, cuja titularidade está referida apenas a algumas pessoas, justamente em razão da “*necessidade específica de proteção*”. Essa diferenciação ocorre, por exemplo, com os direitos dos trabalhadores, dos apenados, dos idosos, das pessoas em situação de pobreza³⁸⁶, a evidenciar que existem diversos fatores que determinam o acesso aos direitos sociais, devendo haver uma vinculação desses com o critério da necessidade.

Num cenário de escassez de recursos e de endividamento público acentuado, há a imperiosidade de adotar uma interpretação da igualdade e da universalidade dos direitos sociais, como direitos de todos, na exata proporção da necessidade de cada um. Isso impõe a compreensão de que a igualdade e a diferença possuem uma relevância distinta no campo dos direitos sociais³⁸⁷.

Com isso, assegura-se a observância do princípio da igualdade material³⁸⁸, que impõe a apreciação das condições pessoais dos sujeitos de direitos, com o tratamento específico àqueles que necessitam de uma proteção diferente, havendo a possibilidade de que ocorra uma discriminação positiva em favor desses³⁸⁹.

Para a construção de uma dogmática dos direitos sociais que leve em consideração os limites decorrentes do descasamento existente entre os meios econômico-financeiros à disposição do Estado e a miríade de obrigações decorrentes de um constitucionalismo multinível forte, impõe-se uma definição de prioridades³⁹⁰.

A realização dos direitos sociais, por certo, não pode ficar imune ao gradualismo e à flexibilidade, segundo esclarece Jorge Reis Novais³⁹¹. Nesse aspecto, constrói-se a compreensão de que os direitos sociais devem ser assegurados a partir de um critério exclusivo de necessidade, variando as prestações sociais de intensidade conforme as condições pessoais dos seus destinatários, tanto individuais quanto coletivos.

Admite-se, a partir desses argumentos, a superação da mera igualdade formal como um imperativo de gratuidade da prestação universal ou universalizante de ações, serviços e bens públicos componentes da socialidade, com uma diferenciação entre direitos decorrentes dos

³⁸⁵ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2015, p. 34.

³⁸⁶ Vide o Princípio 20 dos Princípios de Maastricht sobre as Obrigações Internacionais dos Estados na Área dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já transcrito neste texto.

³⁸⁷ BOBBIO, op. cit., p. 66.

³⁸⁸ Acerca desse tema, vide NOVAIS, op. cit., 2004, p. 105-115.

³⁸⁹ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2015, p. 34.

³⁹⁰ Vide, nesse aspecto, RIPOLL, op. cit., p. 21, para quem, em razão da escassez de recursos, o Estado deve priorizar a prestação dos serviços de acordo com critérios de justiça distributiva. A partir disso, segundo a autora, a obrigação principal do Estado é de prestar serviços públicos a quem não pode arcar com seus custos, assegurando, por outro lado, autonomia àqueles que possuem recursos para subsistir.

³⁹¹ NOVAIS, op. cit., 2021-a, p. 52.

níveis de carências dos seus destinatários.

Há um afastamento também do que Vieira de Andrade³⁹² denomina como “*dogma do financiamento total da socialidade por impostos*”, com a admissão de contribuições, de taxas e/ou de coparticipações no custeio dos direitos sociais por parte daqueles que podem contribuir ou financiar, principalmente naquelas prestações sociais que não sejam acessíveis a todos ou das quais nem todos sejam beneficiários.

Num país como o Brasil, marcado por uma acentuada desigualdade social, não há como sustentar a gratuidade integral dos direitos sociais a todos indistintamente. O critério da necessidade deve ser um parâmetro que assegure uma efetiva conexão entre o princípio da igualdade³⁹³ material – que orienta um tratamento desigual entre desiguais³⁹⁴ – e o princípio da proporcionalidade, precisamente para que haja uma distribuição mais justa das responsabilidades e encargos estatais, a garantir o mais amplo acesso aos bens e serviços sociais àqueles dotados de uma condição de carência³⁹⁵, com a melhor qualidade possível³⁹⁶.

Não há, na Constituição brasileira de 1988, qualquer vedação ao custeio dos direitos sociais por parte daqueles que possuem condições econômico-financeiras a tanto, inclusive porque a garantia do mínimo existencial resguarda o direito de que todos sejam tratados com isonomia, mas não assegura, principalmente num contexto de limitação de recursos estatais, o direito a prestações iguais a todo e qualquer indivíduo ou grupo social. Por assim ser, na esfera dos direitos sociais, a universalidade não impõe necessariamente que os bens e serviços sociais sejam gratuitos, admitindo-se restrições constitucionais, legais e jurisprudenciais à gratuidade das prestações.

A socialidade, como consagrada pelo constitucionalismo multinível, não é apenas para os vulneráveis, mas para todos, o que não proíbe, por certo, a existência de diferenciações³⁹⁷ segundo um critério de necessidade. Ainda que o acesso aos bens e serviços

³⁹² VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2015, p. 35.

³⁹³ Vide CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 426 e s.

³⁹⁴ Sobre esse tema, vide LOUREIRO, João Carlos. Pessoa, democracia e cristianismo: entre o real e o ideal?: Subsídios de (para a) leitura(s) de Barbosa de Melo. In: CORREIA, Fernando Alves et al (orgs.). Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo. Coimbra: Almedina, 2013-a, p. 366.

³⁹⁵ Acerca da igualdade vertical, na qual a repartição igualitária dá-se em favor de indivíduos iguais, havendo um tratamento desigual a indivíduos ou situações desiguais, no campo do igualitarismo, vide MARTINS, Maria d’Oliveira. A despesa pública justa: uma análise jurídico-constitucional do tema da justiça na despesa pública. Coimbra: Almedina, 2016, p. 113.

³⁹⁶ Nesse sentido, vide SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 44-45.

³⁹⁷ Vide LOUREIRO, João Carlos. Socialidade(s), estado(s) e economia(s): entre caridade(s) e crise(s). Boletim de Ciências Econômicas, v. 57, tomo 2, Coimbra, 2014-c, p. 1870-1872.

sociais possa ser tendencialmente gratuito³⁹⁸, a partir de uma dogmática de crise desenvolvida no contexto de um país marcado por dificuldades fiscais e orçamentárias, a atribuição de uma prestação social integralmente gratuita pode vir a depender da verificação de certos requisitos relativos a recursos – rendimentos e património – próprios ou do grupo familiar.

Com a admissibilidade de pagamentos, ainda que parciais, por parte daqueles que possuem condições a tanto para acessar os bens e serviços sociais disponibilizados pelo Estado, não se refuta, por certo, a titularidade dos direitos sociais, que é de todos, havendo tão somente uma diferenciação das condições de prestação para o exercício efetivo de um dado direito, com a finalidade de assegurar uma distribuição equânime dos escassos recursos provenientes da coleta de impostos.

Nesse aspecto, Vieira de Andrade³⁹⁹ elucida que tais diferenciações podem advir das espécies de carências observadas nos destinatários dos bens e serviços sociais, bem como pela maior ou menor intimidade de um dado direito social à dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Por certo, quanto mais próximo da dignidade da pessoa humana, e mais essencial ao livre desenvolvimento da personalidade, mais sutis devem ser as diferenciações quanto ao acesso aos bens e serviços sociais com a exigência das taxas, das coparticipações e/ou das contribuições tão somente daqueles que detenham condições para custeá-las, sem admitir riscos iminentes à vida humana em qualquer hipótese.

Assim, por exemplo, no que pertine ao direito à saúde, nas hipóteses de urgência e emergência sempre deve ser reconhecido um direito subjetivo independente de qualquer custeio por seu destinatário, a exigir, assim, providências estatais efetivas e imediatas⁴⁰⁰, sem prejuízo de ulterior ressarcimento parcial ao Estado dependente da capacidade de pagamento do particular.

Com o modelo do Estado social em crise, não há mais espaço para a defesa incondicional da gratuidade de todos os bens e serviços sociais prestados pelo Poder Público, devendo haver uma releitura da universalidade e da igualdade, coadunadas com uma dogmática que não se distancie da dura realidade da limitação de recursos.

Mediante uma interpretação da universalidade dos direitos sociais, que os

³⁹⁸ Como se dá, dentre outras realidades no direito comparado, na Constituição portuguesa, no seu atual artigo 64 pós-reforma, que trata do direito à saúde. Vide a transcrição: “1 - Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover. 2 - O direito à proteção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;”

³⁹⁹ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2015, p. 35.

⁴⁰⁰ Veja SARLET; FIQUEIREDO, op. cit., p. 45.

condicione a um critério de necessidade em harmonia com a igualdade material, e através da defesa da possibilidade do custeio parcial dos bens e serviços sociais por aqueles que possuem condições a tanto mediante taxas, coparticipações e/ou contribuições, há um ajuste dos parâmetros das prestações públicas à realidade, justamente para que os direitos não percam a sua carga valorativa no intento de se tornarem sustentáveis⁴⁰¹.

3.1.2 A progressividade da esfera de proteção dos direitos sociais

Adotada uma interpretação da igualdade e da universalidade dos direitos sociais, como direitos de todos, na exata proporção da necessidade de cada beneficiário, admitindo-se, ainda, a implementação de custeios, mesmo que parciais, dos bens e serviços que compõem a socialidade por parte daqueles que possuem condições a tanto, surgem os problemas relacionados com o universo das pessoas a quem o Estado deve prestar gratuitamente seus serviços e o modelo de diferenciações na efetivação dos direitos sociais a ser adotado.

Essas questões perpassam pela progressividade da esfera de proteção dos referidos direitos sociais, que deve guardar uma conexão com o grau de vulnerabilidade econômico-financeira dos seus destinatários.

Enquanto para uma minoria doutrinária a gratuidade dos bens e serviços sociais fornecidos pelo Estado deve favorecer a todos indistintamente⁴⁰², o que, conforme acima demonstrado, não guarda qualquer possibilidade num cenário de escassez de recursos, há autores que defendem uma prestação gratuita voltada tão somente àqueles em situação de penúria ou vulnerabilidade⁴⁰³, impondo-se ao Estado o dever de prestação universal, mas não sempre gratuito.

Admitindo-se, inclusive, escalas diferentes de gratuidade a partir de critérios objetivos relacionados com as carências e necessidades dos beneficiários, a doutrina ainda sustenta a possibilidade da “*conjugação da ideia de gratuidade com a da necessidade de ter em conta as condições econômicas e sociais dos cidadãos*”, conforme apontado por Maria

⁴⁰¹ Vide SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise. In: SILVA, Suzana Tavares; NABAIS, José Casalta (coords.). Sustentabilidade fiscal em tempos de crise. Coimbra: Almedina, 2011, p. 85.

⁴⁰² Vide WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e federação na Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 158-172; e GOUVEIA, Jorge Bacelar. A inconstitucionalidade da lei das propinas – anotação ao Acórdão n. 148/94 do Tribunal Constitucional. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, XXXVI, n. 1, 1995, p. 267-268.

⁴⁰³ Dentre outros autores já apontados no item anterior, vide MIRANDA, Jorge. Sobre as propinas universitárias. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, XXXIV, 1993, p. 484-486.

d'Oliveira Martins⁴⁰⁴.

Para Jorge Miranda, numa outra proposta dogmática⁴⁰⁵, as necessidades básicas devem ser custeadas integralmente pelo Estado por meio da arrecadação de impostos, ficando as demais necessidades pendentes de pagamentos parciais por meio de taxas, estando justificada uma partilha dos custos da satisfação da socialidade, na medida do que se pode pagar⁴⁰⁶.

Na construção de uma dogmática de crise, admitindo-se uma progressividade da esfera de proteção dos direitos sociais, seus modelos devem ser explicitados, com a apresentação abaixo de uma proposta viável.

3.1.2.1 A concretização dos direitos sociais em consonância com o grau de vulnerabilidade econômico-financeira dos seus destinatários

No âmbito do sistema de proteção social da cidadania, no curso de uma dogmática da escassez é possível construir uma proposta fundada na modulação de recursos através da instituição de taxas, contribuições e/ou copagamentos conforme o grau de vulnerabilidade econômico-financeira dos beneficiários.

No entanto, essa posição não pode se afastar da ideia de que os bens e serviços sociais devem ser assegurados a todos segundo um critério de necessidade, estando em consonância com o grau de vulnerabilidade dos seus destinatários⁴⁰⁷. Não havendo capacidade de pagamento, a gratuidade dos direitos sociais deve persistir, sob risco de fragilizar indevidamente o Estado social, que não pode se pautar num critério de merecimento ou de capacidade de custeio.

Ainda que o Estado social não seja apenas um Estado para os pobres, até mesmo porque o conjunto de bens que compõem a socialidade não objetiva apenas a erradicação da pobreza⁴⁰⁸, deve haver uma correlação direta entre o nível de concretização dos direitos sociais e o grau de vulnerabilidade de cada um dos beneficiários.

⁴⁰⁴ MARTINS, op. cit., p. 408.

⁴⁰⁵ MIRANDA, Jorge. Direitos sociais e propinas no ensino superior: os que podem pagar devem pagar. A frequência do ensino superior não tem de ser gratuita quando as condições dos alunos o dispensem. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 72, abr./jun. 2019, p. 209-210.

⁴⁰⁶ Idem, op. cit., 2012, p. 499.

⁴⁰⁷ Nesse sentido, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, numa interpretação autorizada do Pacto, já reconheceu que os Estados “*devem conceder a prioridade devida aos grupos sociais que vivem em condições desfavoráveis, prestando-lhes uma atenção especial*”, o que se extrai do Comentário Geral n. 04 (o direito à moradia), parágrafo 11.

⁴⁰⁸ Vide LOUREIRO, op. cit., 2014-c, p. 1872.

Nesse sentido, Jorge Miranda⁴⁰⁹ sustenta que a gratuidade, em regra, somente se apresenta em harmonia com o razoável e o proporcional quando as condições dos beneficiários a justifiquem. Na sua posição, o referido autor português defende a ocorrência de diferentes escalões de gratuidade associados ao acesso aos bens, serviços e prestações sociais disponibilizados pelo Estado. Dentre esses, o autor aponta um primeiro escalão, a alcançar aqueles em situação de penúria ou vulnerabilidade social, que seria composto por direitos sociais integralmente gratuitos, assim fornecidos a partir das receitas decorrentes dos impostos. Além desse, haveria um segundo escalão, intermediário conforme a situação de risco social dos beneficiários. E, por último, o apontado constitucionalista indica um terceiro escalão de gratuidade, a atingir pequena parcela do serviço público, guardando uma dimensão proporcional com as carências dos indivíduos. A partir da compreensão desses escalões, Jorge Miranda esclarece a ideia de que a gratuidade de uma dada prestação social leve em conta as necessidades em concreto da pessoa, para que as taxas e coparticipações alcancem apenas aqueles que podem pagar e até onde possam pagar.

Essa posição, marcada por uma característica qualificada pela proporcionalidade, assegura que a concretização de um dado direito social ocorra em conformidade com o grau de vulnerabilidade dos beneficiários, reforçando o caráter gratuito das prestações estatais em relação aos mais desfavorecidos, mas exigindo o pagamento diretamente, ainda que parcial, dos custos da socialidade por aqueles que possuem condições econômico-financeiras para tanto. Com isso, afasta-se da gratuidade integral, cada vez mais distante de uma realidade marcada pela limitação de recursos, mas também da proposta de instituição de pagamentos desarrazoados que não se harmonizam com o modelo de Estado social vigente e lastreado no princípio da dignidade da pessoa humana.

No entanto, há direitos sociais, que por sua própria finalidade e natureza, são destinados, desde a sua instituição, àqueles em situação de grave vulnerabilidade econômico-financeira. Nesses, como a própria lógica evidencia, não há que se falar, em qualquer hipótese, na delimitação da gratuidade, o que não se sustenta, nem mesmo, teoricamente⁴¹⁰.

Um exemplo de direito social que se adequa à hipótese descrita acima é a renda básica familiar, a qual, no direito constitucional positivo brasileiro, foi incluída no rol dos

⁴⁰⁹ Veja MIRANDA, op. cit., 1993, p. 484- 486; e MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada: Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 1416-1418.

⁴¹⁰ Nos itens acima, houve a apresentação de outras 02 (duas) hipóteses defendidas pela doutrina de obrigatoriedade de gratuidade na prestação dos direitos sociais, quais sejam havendo risco iminente à vida do beneficiário – urgência e emergência no direito à saúde, por exemplo (vide item 3.1.1); e no atendimento das necessidades básicas dos indivíduos, tais como saúde e educação básicas, assistência materno-infantil, dentre outras prestações que compõem a socialidade (vide item 3.1.2).

direitos sociais previstos expressamente através da Emenda Constitucional n. 114, de 16/12/2021, por intermédio da inserção do parágrafo único no artigo 6º da Constituição de 1988⁴¹¹.

A partir dessa opção legítima do poder constituinte reformador, foi retirada da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos a existência de um programa oficial de transferência de renda à população em situação de vulnerabilidade social.

Conforme se extrai do enunciado normativo constitucional inovador acima apontado, previu-se, na Constituição brasileira vigente, o direito a uma renda mínima que exige tão somente uma situação de vulnerabilidade social do beneficiário, sendo concedida a título individual, portanto seletivo⁴¹², a qual atenderá tão somente uma categoria de pessoas, quais sejam os vulneráveis que não possuem uma adequada capacidade de pagamento.

A gratuidade também se impõe, por óbvio, nos demais programas assistenciais de distribuição de renda já implementados no Brasil, sobre os quais recaem diversos estudos e análises que apontam a sua importância para a redução da pobreza⁴¹³, principalmente em momentos de crise⁴¹⁴.

Nesses programas, as transferências de renda acontecem sem que o beneficiário haja contribuído diretamente para financiá-las, tendo como exemplos, no contexto brasileiro⁴¹⁵, o benefício de prestação continuada – previsto nos artigos 20 a 21-A da Lei Orgânica da Assistência Social, qual seja a Lei n. 8.742/93, o benefício da aposentadoria rural – regulamentado pelas Leis ns. 8.212/81 e 8.213/91, o bolsa família – criado pela Lei n.

⁴¹¹ Segue a redação inserida pela Emenda Constitucional n. 114/2021 à Constituição brasileira de 1988: “*todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária.*”

⁴¹² Essa seletividade objetiva a solução de deficits relacionados com a insuficiência de renda, a alcançar, portanto, aqueles que estejam abaixo de um limite de renda estabelecido em lei. Geralmente, em programas assistenciais seletivos, as prestações sociais não contributivas dependem da verificação de requisitos relativos a recursos próprios ou do grupo familiar. Na hipótese do direito à renda básica familiar em comento, serão levados em consideração tão somente indicativos de renda e patrimônio do beneficiário direto da prestação, e não do grupo familiar em que se encontra inserido.

⁴¹³ Vide MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Uma análise dos pressupostos da economia do bem-estar à luz da legislação brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 128, nov./dez. 2021, p. 157-180; também COSTA, Alfredo Bruto da et al. Um olhar sobre a pobreza: vulnerabilidade e exclusão social no Portugal contemporâneo. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2011; além de SOUZA, André Portela. Políticas de distribuição de renda no Brasil e o bolsa família. In: BACHA, Edmar Lisboa; SCHWARTZMAN, Simon (orgs.). *Brasil: a nova agenda social*. Rio de Janeiro: LTC, 2011, p. 166-186; bem como CAMINADA, Koen; GOUDSWAARD, Kees. How well is social expenditure targeted to the poor?. In: SAUNDERS, Peter; SAINSBURY, Roy (eds.). *Social security, poverty and social exclusion in rich and poorer countries*. Antuérpia: Insertentia, 2010, p. 110.

⁴¹⁴ Vide CLEGG, Daniel. Combating poverty through “active inclusion”? The european and national contexts. In: JOHANSSON, Håkan; PANICAN, Alexandru (orgs.). *Combating poverty in local welfare systems*. Londres: Palgrave Macmillan, 2016, p. 82-100.

⁴¹⁵ No contexto português, há o rendimento social de inserção, criado pela Lei n. 13, de 21 de maio de 2003, com várias alterações.

10.836/2004, que foi substituído pelo programa auxílio brasil através da Lei n. 14.284/2021, já revogada por norma atualmente vigente, que reinstituíu o programa bolsa família, além da renda básica de cidadania – prevista na Lei n. 10.835/2004 e regulamentada pelo Mandado de Injunção n. 7300/DF.

Nesse mesmo sentido, outras prestações sociais destinadas exclusivamente a grupos específicos de pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade social, como desempregados, familiares de apenados, vítimas de calamidades públicas, dentre outros, também, segundo um critério de necessidade, obrigatoriamente deverão estar revestidos da gratuidade.

No entanto, parcela da socialidade, pela própria natureza dos direitos, admite o escalonamento dessa gratuidade, com a fixação de taxas, contribuições e/ou coparticipações a serem adimplidas pelos seus beneficiários. Dentre estas prestações, visando uma demonstração mais didática, podem servir de exemplos os direitos à saúde e educação, que admitem eficazmente a possibilidade de uma releitura do custeio exclusivo por recursos provenientes de impostos.

Nesse aspecto, o direito à saúde, indissociável do direito à vida e à dignidade⁴¹⁶, é qualificado como um bem público global⁴¹⁷, detendo os Estados um papel essencial na sua proteção e promoção. No contexto brasileiro, o Sistema Único de Saúde ainda se apresenta como um elemento central para a efetivação do referido direito social, sem prejuízo da atuação paralela das organizações civis e da iniciativa privada.

Acontece que a escassez de recursos econômico-financeiros não pode ser simplesmente ignorada, principalmente no contexto atual em que os serviços de saúde alcançam custos elevados decorrentes da “*consolidação estival da tecnologia biomédica*”⁴¹⁸. Enquanto a tecnologia oferta tratamentos e técnicas cada vez mais avançadas e onerosas para a prevenção e promoção da saúde humana, por outro lado os recursos tornam-se muito mais limitados num cenário de crise fiscal e orçamentária, o que exige uma sustentabilidade na socialidade.

Considerando o acima exposto, diferentemente da gratuidade imposta pela Constituição de 1988 no acesso aos benefícios no âmbito da assistência social, não se denota, a partir do direito constitucional positivo brasileiro, que o princípio da universalidade do acesso aos bens e serviços de saúde acarrete numa fruição totalmente gratuita a todos. Ao contrário disso, o que a Constituição brasileira assegura é que todo e qualquer indivíduo detenha as

⁴¹⁶ MARTINS, op. cit., p. 486.

⁴¹⁷ Vide KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc (eds.). *Global public goods: international cooperation in the 21st century*. Nova Iorque: Oxford Academic, 2003, sobre o instituto de bens públicos globais.

⁴¹⁸ LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção) da saúde. *Revista da Defensoria Pública*, n. 01, jul./dez. 2008, p. 72.

mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer indivíduo, em qualquer hipótese, possua um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação a ser ofertada pelo Estado⁴¹⁹.

Além disso, com os elevados custos para a prestação dos serviços de saúde, principalmente nas categorias de média e alta complexidade, e também no acesso aos medicamentos de alto custo, não se mostra proporcional e razoável que um dado indivíduo detentor de capacidade de pagamento possa usufruir, sem qualquer taxa, contribuição e/ou coparticipação, do sistema público de saúde nas mesmas circunstâncias de alguém que não consiga custear, por si só, suas necessidades mais básicas. Com isso, a concretização do direito à saúde deve levar em conta o grau de vulnerabilidade econômico-financeira de cada um dos destinatários, a partir de um critério concreto que considere as necessidades individuais destes⁴²⁰.

Situação semelhante pode ser observada na fruição do direito à educação, o qual deve ser cumprido na maior intensidade possível, mas, por limitações orçamentárias, encontra dificuldades para ser adimplido integralmente pelo Estado.

No direito constitucional positivo brasileiro, o Constituinte fixou a obrigatoriedade do ensino fundamental e da educação infantil, assegurando também um direito subjetivo público a tanto. Com isso, fica evidenciada a regra da gratuidade do ensino fundamental e da educação infantil obrigatórios, o que, no entanto, também não impede a criação de taxas, contribuições e/ou coparticipações devidos exclusivamente por aqueles que detenham capacidade de pagamento, não se encontrando numa situação de vulnerabilidade econômico-financeira⁴²¹.

Por outro lado, também a partir de uma interpretação sistemática da Constituição de 1988, denota-se que a mesma não consagra um direito subjetivo a uma vaga no ensino médio gratuito, nem mesmo numa instituição de ensino superior mantida pelo poder público⁴²², o que também possibilita uma concretização progressiva do direito social à educação vinculada ao critério da necessidade concreta dos beneficiários.

Acompanhando esse entendimento, Jorge Miranda⁴²³ sustenta que a prestação de bens e serviços educacionais, como o ensino superior não obrigatório, somente deve ser

⁴¹⁹ Vide SARLET, op. cit., 2015-a, p. 338-339.

⁴²⁰ Veja LOUREIRO, op. cit., 2008, para quem “*não há de ser o dinheiro ou o mérito a funcionar nesta ‘esfera de justiça’, mas sim a necessidade*”.

⁴²¹ Essa posição será melhor explicitada nos itens seguintes do trabalho.

⁴²² SARLET, op. cit., 2015-a, p. 352.

⁴²³ MIRANDA, op. cit., 1993, p. 485-486.

realizada pelo Estado gratuitamente àqueles que se encontram numa situação de carência social, quais sejam aqueles que, uma vez expostos às regras de mercado, não teriam acesso aos apontados bens e serviços. A gratuidade, portanto, somente faria sentido quando as condições dos alunos assim a justificassem.

Permanece, então, a universalidade do direito à educação, com a restrição da gratuidade, no entanto, àqueles alunos que detenham capacidade de pagamento. Jorge Miranda⁴²⁴ defende que incumbe ao Estado o dever de prestação de bens e serviços educacionais à generalidade da população, devendo a gratuidade permanecer apenas em relação aos beneficiários mais desfavorecidos, até mesmo como forma de inseri-los numa situação de igualdade em relação aos mais favorecidos economicamente.

Com o acima exposto, surge a ideia da possibilidade de diferenciações na efetivação de parte dos direitos sociais, o que encontra guarida na sustentabilidade das políticas públicas que compõem a socialidade, sendo essencial numa compreensão intergeracional da Constituição.

3.1.2.2 A aplicação de diferenciações na efetivação dos direitos sociais e seus modelos

Sendo os direitos sociais verdadeiros direitos de carência, não há qualquer vedação, na esfera do constitucionalismo multinível, em especial no contexto brasileiro, para a ocorrência de graduações na qualidade e intensidade das prestações, e, também, na fixação de eventuais taxas, contribuições e/ou coparticipações dos beneficiários⁴²⁵.

Ainda que vigente uma solidariedade com verniz constitucional, numa dogmática da escassez coadunada com a dignidade da pessoa humana admite-se a adoção de diferenciações no cumprimento da obrigação estatal de prestar os bens e serviços sociais previstos nas normas constitucionais. Com isso, aqueles que possuem capacidade para acessar diretamente tais bens sociais não devem ser objeto de prioridade estatal, sendo que a despesa pública deve estar voltada prioritariamente para aqueles que demonstrem vulnerabilidade econômico-financeira e/ou incapacidade para custear, por si sós, essas prestações.

Dentro dessa concepção, Maria d'Oliveira Martins⁴²⁶ defende a necessidade receptiva, no sentido de que aqueles sobre os quais recaem riscos de permanecerem expostos a

⁴²⁴ MIRANDA, op. cit., 1993, p. 485-486.

⁴²⁵ Sobre esse ponto, vide VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2015, p. 34.

⁴²⁶ MARTINS, op. cit., p. 414-415.

situações de vulnerabilidade devem poder receber com prioridade e mais do Estado, ligando-se, assim, a uma proporção de degressividade nas prestações.

Em razão do acima exposto, serão apresentados breves comentários sobre alguns modelos de diferenciações na efetivação dos direitos sociais colhidos no direito comparado, para, na sequência, haver a apresentação objetiva de uma proposta viável voltada ao contexto constitucional brasileiro.

Em Portugal, por força do artigo 26, inciso I, da Constituição vigente, tem-se que o sistema de proteção social de cidadania possui como objetivo garantir direitos básicos, dentre os quais direitos econômicos, sociais e culturais, não havendo qualquer vedação normativo-constitucional que proíba a introdução de soluções moduladoras de recursos mediante a instituição de limites e copagamentos. Com isso, no contexto português, abre-se a possibilidade para a aplicação das taxas moderadoras dos serviços de saúde⁴²⁷, bem como das denominadas propinas⁴²⁸⁴²⁹.

Apesar de uma recente alteração no regime de cobrança de taxas moderadoras no âmbito do Serviço Nacional de Saúde lusitano⁴³⁰, ainda há a previsão das mesmas na hipótese de serviços de atendimento de urgência hospitalar, tendo sido, no entanto, restringido significativamente o seu emprego. Além disso, no ensino superior público português⁴³¹, há a cobrança das propinas, que consistem em taxas de frequência devidas pelos discentes, assim correspondentes à participação nos custos do serviço prestado pela instituição de ensino superior, sem prejuízo da responsabilidade orçamentária estatal por intermédio da receita proveniente dos impostos.

Já na Itália, a doutrina aponta o princípio da universalidade seletiva, a qual dirige-se a todo e qualquer cidadão, existindo uma prioridade lastreada na necessidade de participação diferenciada a partir de um critério concreto de capacidade econômica. Com isso, a universalidade permanece vigente, havendo, entretanto, uma diferenciação na concretização dos direitos sociais conforme a capacidade econômica de cada um⁴³².

No contexto italiano, por exemplo, houve uma reforma do denominado Servizio Sanitario Nazionale⁴³³, que passou a ter a coparticipação do usuário no custo do serviço de

⁴²⁷ Vide LOUREIRO, op. cit., 2008, p. 37.

⁴²⁸ Ibidem, p. 417.

⁴²⁹ Vide também MIRANDA, op. cit., 1993, p. 484/598; e MIRANDA, op. cit., 2019, p. 209-211.

⁴³⁰ Alteração legislativa ocorrida através do Decreto-lei n. 37/2022, de 27 de maio.

⁴³¹ Sobre o qual recai, por força do disposto no artigo 74, inciso II, alínea “e”, da Constituição portuguesa, uma progressiva, mas não integral, gratuidade.

⁴³² Vide CODINI; FOSSATI; LUPPI, op. cit., 2017.

⁴³³ Através da Lei n. 537/1993, de 24 de dezembro.

saúde mediante o pagamento do ticket sanitário, através da participação direta dos cidadãos como contrapartida para os cuidados de saúde disponibilizados pelo Estado⁴³⁴, havendo isenções aplicadas para a gravidez, doenças crônicas, pessoas com deficiência ou que procuram diagnósticos em relação ao HIV e ao câncer, numa verdadeira seletividade.

Assim como nos modelos português e italiano, na realidade mexicana os indivíduos que detêm condições econômico-financeiras para tanto são obrigados a contribuir diretamente para o custeio do nominado Seguro Popular de Saúde⁴³⁵, bem como de outros direitos sociais⁴³⁶. Acerca do sistema de saúde, enquanto as famílias em situação de pobreza são isentas de qualquer pagamento direto, as demais devem contribuir com 3 (três) a 4 (quatro) por cento de sua renda, o que alcança os níveis primário e secundário de assistência sanitária, bem como a alta complexidade⁴³⁷.

Com uma breve abordagem dos modelos acima indicados, e a partir das considerações expostas nos itens anteriores, há elementos para a formulação de uma proposta viável para o contexto brasileiro, que não se afaste da figura do Estado social, harmonizando-se, ainda, com os ditames provenientes de um constitucionalismo multinível forte.

Sendo a efetivação dos direitos sociais uma meta indispensável do Estado social, máxime nas condições de aumento da pobreza e de elevação nos níveis de desigualdade entre indivíduos e grupos sociais no Brasil, incumbe aos entes estatais a responsabilidade primária de prestação e de proteção desses direitos, mesmo em tempos de austeridade.

Nesse aspecto, o acesso ao conjunto de bens sociais não pode ficar dependente da capacidade de pagamento do preço definido pelo mercado ou do simples mérito individual ou familiar, impondo-se, conforme acima exposto, o critério da necessidade. No entanto, na realidade dura de um Estado endividado e em crise financeira e fiscal, como o brasileiro, há a imperiosidade de adotar uma interpretação do princípio da isonomia, bem como da universalidade dos direitos sociais, compreendendo-os como direitos de todos na exata proporção da necessidade concreta de cada indivíduo.

Além disso, no contexto brasileiro, marcado por uma desigualdade social cada vez

⁴³⁴ Veja LEVAGGI, Rosella. Il ticket per le prestazioni nella riforma del sistema sanitario. *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, v. 58, n. 4, 1999, p. 475-491.

⁴³⁵ Vide NIGENDA-LÓPEZ, Gustavo H. et al. Participación social y dad en los servicios de salud: la experiencia del aval ciudadano en México. *Revista de Saúde Pública*, vol. 47, n. 01, fev. 2013, p. 44-51; e ARREDONDO, Armando; OROZCO, Emanuel; AVILES, Raúl. Evidence on equity, governance and financing after health care reform in Mexico: lessons for Latin American countries. *Saúde e Sociedade*, v. 24, supl. 01, 2015, p. 162-175.

⁴³⁶ LAURELL, Asa Cristina. Avançando em direção ao passado: a política social do neoliberalismo. In: LAURELL, Asa Cristina (coord.). *Estado e políticas sociais no neoliberalismo*. Tradução de Rodrigo León Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 151-178.

⁴³⁷ Idem. Los seguros de salud mexicanos: cobertura universal incierta. *Ciência e Saúde Coletiva*, vol. 16, n. 06, jun. 2011, p. 2795-2806.

mais acentuada, não há como sustentar a gratuidade integral dos vários direitos sociais a todos indistintamente, sendo essencial a instituição de contribuições, taxas ou coparticipações por parte daqueles que possuem condições econômico-financeiras a tanto, diferenciações essas advindas das carências observadas nos beneficiários das prestações sociais.

Há, portanto, uma progressividade da esfera de proteção dos direitos sociais, a qual possui uma íntima conexão com o grau de vulnerabilidade econômico-financeira dos seus destinatários, configurando diferenciações legítimas e justificadas.

A partir do exposto acima, uma proposta voltada ao cenário brasileiro, sem prejuízo de aproximações com modelos outrora implementados no direito comparado, deve guardar consonância com o constitucionalismo multinível vigente. Com esse objetivo, não há qualquer impedimento para a implementação de diferentes escalões de gratuidade⁴³⁸ quanto ao acesso aos bens e serviços sociais disponibilizados pelo Estado.

Como regra, a gratuidade deve estar em consonância com as necessidades dos beneficiários. Por assim ser, para o acesso aos direitos sociais, dentre os quais os direitos à saúde, à educação, à moradia, dentre outros, a partir de atuações dos poderes constituídos e do poder constituinte reformador conforme o caso, devem ser fixados diferentes escalões de gratuidade, variáveis desde uma gratuidade integral, tendo como destinatários aqueles em situação de penúria ou grave vulnerabilidade econômico-financeira, passando por níveis de gratuidade intermediários e mínimos, conforme as necessidades dos destinatários, tanto na dimensão individual quanto coletiva.

Com a instituição desses escalões, parte-se da ideia de que os direitos sociais serão tendencialmente gratuitos, com a característica da gratuidade levando em consideração, em toda e qualquer hipótese, as necessidades em concreto das pessoas. Nesse sentido, as taxas, contribuições e coparticipações devem alcançar aqueles que podem pagar e até onde possam pagar, num critério de necessidade em harmonia com o razoável e o proporcional.

De outro lado, como exceção à regra acima proposta, há direitos sociais que, a partir do critério da necessidade, devem ter assegurada a sua gratuidade integral, pois destinados, única e exclusivamente, àqueles em situação de grave vulnerabilidade econômico-financeira ou a grupos mercedores de uma proteção social específica. Nessas hipóteses, não se apresenta proporcional e razoável a exigência de contraprestações, devendo a gratuidade integral persistir, sob pena de uma fragilização indevida do Estado social com repercussões violadoras da dignidade da pessoa humana.

⁴³⁸ Sobre esse critério, veja MIRANDA, op. cit., 1993, p. 484-486; e MIRANDA; MEDEIROS, op. cit., 2020, p. 1416-1418.

Dentre esses direitos sociais, onde a gratuidade é imperativa, há os benefícios da assistência social, cuja prestação é desvinculada de qualquer contraprestação específica, conforme determinado pela Constituição brasileira de 1988⁴³⁹. Aqui incluem-se, dentre outros direitos sociais, os programas de transferência de renda, que destinando-se àqueles que não detêm capacidade de pagamento devem ser integralmente gratuitos.

Também devem ser exceções à regra da gratuidade escalonada aquelas prestações sociais destinadas exclusivamente a indivíduos ou grupos sociais em situação de grave risco ou vulnerabilidade, incluindo-se os desempregados, os familiares de apenados, as vítimas de calamidades públicas, dentre outros destinatários, o que, em consonância com o critério de necessidade, também impossibilita qualquer contraprestação razoável e proporcional por parte dos destinatários.

Apresentadas a regra e as exceções à proposta de diferenciações na efetivação dos direitos sociais destinada ao contexto brasileiro, há algumas especificidades que merecem ser abordadas.

A primeira delas diz respeito a toda e qualquer hipótese em que houver risco iminente à vida, como, por exemplo, na fruição do direito à saúde, especificamente nas hipóteses de urgência e emergência. Nessa circunstância, segundo Sarlet⁴⁴⁰, deve ser reconhecido um direito subjetivo, a exigir, portanto, providências estatais efetivas e imediatas.

Nesse sentido, no contexto brasileiro, não se discorda da necessidade de reconhecimento de um direito subjetivo independente de qualquer custeio prévio por parte do destinatário da referida prestação social, a possibilitar providências estatais imediatas, o que não impede o ulterior ressarcimento ao Estado, vinculado, por certo, à capacidade de pagamento do particular.

Com essa compreensão, havendo risco iminente à vida do beneficiário, mesmo que detentor de condições econômico-financeiras a tanto, não há que se aguardar o recolhimento da devida contraprestação para que o Estado atue. No entanto, ulteriormente à fruição do direito social e resguardado o direito à vida, deve haver o ressarcimento, ainda que parcial e escalonado, ao poder público, em consonância com as possibilidades do particular. Não há, na presente hipótese, uma exceção à regra da gratuidade escalonada, mas sim uma mera postergação do recolhimento da contraprestação devida.

Uma segunda especificidade merece também ser analisada, qual seja aquela referente ao custeio das necessidades básicas, assim compreendidas a educação básica, a saúde

⁴³⁹ SARLET, op. cit., 2015-a, p. 338.

⁴⁴⁰ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 45.

básica, a assistência materno-infantil, dentre outras. Para Jorge Miranda⁴⁴¹, tais necessidades devem ser custeadas integralmente pelo Estado por intermédio dos recursos provenientes de impostos, portanto de maneira indireta, sem qualquer contraprestação imediata.

Nessa circunstância, no intento de construir uma dogmática de crise, não há que se afastar a imprescindibilidade das contraprestações, desde que coadunadas com o critério da necessidade e com as possibilidades econômico-financeiras dos destinatários, pois também no campo das necessidades básicas, muitos são os direitos devidos, devendo haver uma atuação estatal integralmente gratuita apenas em favor daqueles que se encontrarem em situação de vulnerabilidade social.

A referida proposta busca assegurar uma sustentabilidade ao Estado social, até mesmo para que seja prestador de bens e serviços de qualidade, também disponíveis a todos os indivíduos, além de gratuitos àqueles que necessitam. Num contexto de escassez de recursos, alguns dogmas da socialidade merecem ser revistos, seja referente às diferenciações na efetivação dos direitos sociais, seja quanto à reserva do possível e ao retrocesso social.

3.2 A reserva do possível x reserva do necessário

A reserva do possível, que pode ser compreendida como a tradução moderna do princípio medieval do *secundum vires ou nec ultra vires*⁴⁴², possui como origens rotineiramente apontadas algumas decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, com destaque ao caso *numerus clausus I* (BVerfGE 33, 303, de 1973), assim reafirmado no julgamento denominado *numerus clausus II* (BVerfGE 43, 291, de 1977), os quais serão comentados no próximo item.

Uma vez havendo esses precedentes, o modelo teórico da reserva do possível circulou em vários ordenamentos jurídicos, tendo sido recepcionado pela doutrina e jurisprudência brasileiras⁴⁴³. Com isso, incorporou-se a ideia de que a efetividade dos direitos sociais estaria condicionada aos limites das capacidades financeiras do Estado, até porque se tratam de direitos dependentes de bens e serviços custeados pelo orçamento público⁴⁴⁴.

Para Sgarbossa, a partir da expressão reserva do possível, esta doutrina vem sendo

⁴⁴¹ MIRANDA, op. cit., 2019, p. 209-210.

⁴⁴² SGARBOSSA, op. cit., p. 127.

⁴⁴³ Os próximos itens abordarão a recepção da teoria da reserva do possível pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

⁴⁴⁴ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 29.

considerada como toda e qualquer restrição à realização dos direitos sociais prestacionais advinda da escassez de recursos, seja esta relacionada com a insuficiência real dos recursos, seja compreendida como indisponibilidade jurídico-orçamentária dos mesmos⁴⁴⁵.

No entanto, para uma adequada definição da reserva do possível, surge a necessidade de identificar a sua natureza, o que se dará no próximo item, já que a doutrina vacila na sua definição sustentando tratar-se de uma cláusula ou postulado⁴⁴⁶, e chegando à hipótese de ser uma condição da realidade⁴⁴⁷ que interfere na aplicação dos direitos humanos e fundamentais.

Num relativo contraponto à doutrina da reserva do possível, houve o desenvolvimento da concepção da reserva do necessário, considerada intocável no âmbito do Estado social, como pressuposto da autonomia pessoal e da autorresponsabilidade de cada um para se sustentar⁴⁴⁸, soberanamente lastreada no princípio fundante da dignidade da pessoa humana.

Num cenário onde importa tomar a sério a escassez de recursos, será abordada abaixo a doutrina tradicional da reserva do possível, ao menos naquilo que os limites metodológicos do presente trabalho permitem. No entanto, para não se afastar das normas vigentes oriundas do constitucionalismo multinível, e buscar a manutenção de um Estado social sólido, ocorrerá, na sequência, o desenvolvimento da compreensão da reserva do necessário na efetividade dos direitos sociais.

Ao final do presente item, há a pretensão de adotar, em consonância com os capítulos anteriores, uma específica teoria, na qual a reserva do necessário estará conjugada com a reserva do possível fática.

3.2.1 A doutrina tradicional da reserva do possível

Uma vez assegurada a eficácia constitucional das normas definidoras de direitos

⁴⁴⁵ SGARBOSSA, op. cit., p. 148.

⁴⁴⁶ GOEDERT, Rubia Carla; LENHARDT, Willian Padoan. O direito social fundamental à saúde e seu tratamento frente ao postulado da reserva do possível. *Revista da Ajuris*, v. 42, n. 137, mar. 2015, p. 451-477.

⁴⁴⁷ OLSEN, op. cit., p. 200-207.

⁴⁴⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Conclusões. Tribunal Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976*, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 184; e LOUREIRO, João Carlos. *Constituição social e(m) questão/questões: entre realismo e utopismo. Meditações de um pobre constitucionalista resistente num rico país. Olhar o constitucionalismo português nos 40 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 87.

sociais⁴⁴⁹, houve o reconhecimento da fundamentalidade formal e material desses direitos⁴⁵⁰, os quais ainda são detentores da qualidade de direitos subjetivos⁴⁵¹. Com essas premissas, acima apresentadas neste texto, surge, de maneira inevitável, a questão dos custos para a efetivação dos direitos sociais, no que a doutrina tradicional da reserva do possível mostra-se relevante e essencial.

Para uma compreensão dessa teoria, nos limites metodológicos propostos ao presente texto, serão abordados abaixo os seus antecedentes históricos, a sua natureza, e o atual estado dos debates doutrinários a seu respeito.

3.2.1.1 Reserva do possível: uma breve descrição dos seus antecedentes históricos

Quanto aos antecedentes históricos, o primeiro caso descrito como origem da reserva do possível advém da jurisprudência alemã, mais especificamente o julgamento que versa sobre a adoção do sistema de *numerus clausus*⁴⁵² e de outros critérios de admissão ao ensino superior, baseado no direito à livre escolha da profissão e do local de formação, assim dispostos no artigo 12 da Lei Fundamental germânica de 1949⁴⁵³.

Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, na decisão acima referida, os direitos sociais prestacionais encontram-se sujeitos à reserva do possível na compreensão de tudo aquilo que o cidadão, dentro de uma racionalidade, pode esperar do Estado. Com isso, esta apontada teoria torna impossível a formulação de exigências acima de um limite básico, com base no que a Corte alemã rejeitou a tese de que o Estado seria obrigado a criar vagas nas universidades suficientes a atender todos os candidatos⁴⁵⁴.

Ainda no mesmo ano, o Tribunal Constitucional alemão utilizou, uma vez mais, a teoria da reserva do possível, na conhecida decisão das universidades⁴⁵⁵, cujos autos tratavam da participação de variados grupos do meio universitário em órgãos colegiados das instituições de ensino superior. Nesse julgamento, há uma referência ao precedente do *numerus clausus I* e à restrição dos direitos de participação à reserva do possível, assim compreendida como o que

⁴⁴⁹ Vide o item 2.2 e seguintes deste texto.

⁴⁵⁰ Vide o item 2.2.3 e seguintes do presente texto.

⁴⁵¹ Vide o item 2.2.3.1.

⁴⁵² BVerfGE 33, 303, de 1973.

⁴⁵³ Segue o teor do artigo 12, item 1, da Constituição alemão de 1949: “*Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizado. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei.*”

⁴⁵⁴ Vide KRELL, op. cit., p. 52.

⁴⁵⁵ BVerfGE 35, 79, de 1973.

se mostra razoável o indivíduo esperar do Estado/da sociedade.

Para Sgarbossa⁴⁵⁶, as decisões acima comentadas foram proferidas num contexto em que havia uma tendência à hipertrofia das demandas sociais em desfavor do Estado, havendo um intuito de limitá-las por intermédio do emprego da razoabilidade e da racionalidade.

Anos após a decisão do caso *numerus clausus I*, já em 1977, o Tribunal Constitucional alemão finalmente decidiu a causa conhecida como *numerus clausus II*⁴⁵⁷, que suscitava a inconstitucionalidade da lei sobre o ensino superior então vigente. Nesta última decisão, o Tribunal reiterou o entendimento já manifestado nos casos anteriores, quando partiu de um direito subjetivo vinculante *prima facie*, o qual possui como cláusula restritiva a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, a expressar a necessidade de sopesamento desse direito⁴⁵⁸.

Com isso, tem-se o teor originário da reserva do possível, como desenvolvido pela jurisprudência alemã, no sentido de que é exigível aquilo que é razoavelmente compreendido como prestação social devida em consequência à interpretação dos direitos fundamentais, excluindo-se demandas desproporcionais e desarrazoadas⁴⁵⁹.

Com a divulgação dessas decisões ao redor do mundo, para Ana Carolina Lopes Olsen⁴⁶⁰, no Brasil, a doutrina da reserva do possível acabou por sofrer algumas modificações, distanciando-se, num certo grau, daquilo que foi originalmente desenvolvido na Alemanha⁴⁶¹. Para a referida autora, a preocupação com a proporcionalidade e a razoabilidade observadas na jurisprudência germânica, no contexto brasileiro deram lugar para o argumento da disponibilidade de recursos e para os custos para a implementação dos direitos.

Os paradigmáticos julgados alemães tratam da escassez de recursos secundariamente, versando, com bastante destaque, a tese de que a exigência de prestações sociais deve guardar consonância com a razoabilidade e a proporcionalidade da pretensão. No caso brasileiro, denota-se uma influência severa da leitura da teoria da reserva do possível desenvolvida pelo constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁶². Para esse autor, a efetivação dos direitos sociais está na dependência dos recursos econômicos, encontrando-se

⁴⁵⁶ Veja SGARBOSSA, op. cit., p. 142.

⁴⁵⁷ BVerfGE 43, 291, de 1977.

⁴⁵⁸ Vide ALEXY, op. cit., 2015-a, p. 515.

⁴⁵⁹ Nesse sentido, vide SGARBOSSA, op. cit., p. 153.

⁴⁶⁰ Vide OLSEN, op. cit., p. 221-222.

⁴⁶¹ Veja MARTINS, op. cit., p. 195, para quem “na concepção original (alemã), a ‘reserva do possível’ refere-se àquilo que é razoavelmente concebido como prestação social devida, em decorrência da interpretação dos direitos fundamentais sociais, eliminando as demandas irrazoáveis, desproporcionais e excessivas.”

⁴⁶² Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 130-131; e CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 481.

portanto dentro de uma reserva do possível, o que encontrou eco na doutrina e na jurisprudência brasileiras⁴⁶³.

3.2.1.2 A natureza da reserva do possível

Com os antecedentes históricos acima descritos, a teoria da reserva do possível passou a suscitar severos debates acerca da sua natureza, tanto na doutrina pátria quanto estrangeira.

Para alguns autores⁴⁶⁴, a reserva do possível seria um princípio, detendo natureza normativa, o que provavelmente não passa de uma atecnia. Refutando esse entendimento, Ana Carolina Lopes Olsen⁴⁶⁵ sustenta que a reserva do possível não corresponde a um mandado de otimização, bem como não prescreve um estado de coisas a ser alcançado, motivo pelo qual não possui a natureza de princípio.

Segundo Robert Alexy⁴⁶⁶, os princípios são mandamentos de otimização, que podem vir a ser satisfeitos em diferentes graus, e cuja medida de satisfação está condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas, também vinculados ao máximo alcançável possível. A partir dessa formulação, denota-se que a reserva do possível não possui a estrutura normativa de uma otimização, até porque não se busca o máximo possível de sua aplicabilidade, mas sim reduzir os seus impactos na eficácia e implementação dos direitos sociais, o que afasta esta doutrina da natureza de norma-princípio.

Por outro lado, há doutrinadores⁴⁶⁷ que defendem a natureza de cláusula ou postulado à reserva do possível. No desenvolvimento teórico realizado por Humberto Ávila⁴⁶⁸, um postulado seria uma metanorma, assim não sujeita à ponderação, a qual não prescreve comportamentos, mas raciocínios e argumentações relacionadas com normas de primeiro grau. A partir dessa compreensão, não há como classificar a reserva do possível como um postulado ou cláusula, pois está sujeita a ponderações realizadas pelos poderes constituídos, dependente

⁴⁶³ Conforme será demonstrado nos itens a seguir.

⁴⁶⁴ Com essa posição, vide LEDUR, José Felipe. O contributo dos direitos fundamentais de participação para a efetividade dos direitos sociais. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002; e RIBEIRO, Patrícia Gomes. O direito à saúde e o princípio da reserva do possível. Revista Eletrônica Jurídico-Institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, v. 2, n. 2, maio/jun. 2011.

⁴⁶⁵ OLSEN, op. cit., p. 200-201.

⁴⁶⁶ ALEXY, op. cit., 2015-a, p. 576 e 587.

⁴⁶⁷ Dentre outros, veja GOEDERT; LENHARDT; op. cit., p. 451-477.

⁴⁶⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 163-165.

dos sopesamentos necessários à efetivação dos direitos sociais.

Ultrapassados os posicionamentos acima, há autores que defendem tratar-se a reserva do possível de uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais e humanos, a exigir um mínimo de coerência entre a realidade e o ordenamento normativo⁴⁶⁹. Nesse sentido, a reserva do possível é compreendida como um dado da realidade, qual seja um elemento fático que condiciona a aplicação do Direito⁴⁷⁰. Com isso, para que o Estado possa cumprir suas obrigações sociais persiste a necessidade de que existam recursos econômico-financeiros suficientes para tanto, sendo isto um dado da experiência⁴⁷¹, qual seja uma condição da realidade fática existente, o que parece ser a posição mais acertada dentre as apresentadas até aqui.

Além disso, a doutrina também diverge acerca da natureza da limitação imposta pela reserva do possível. Uma parcela dos autores vem sustentando que esta seria um limite imanente dos direitos sociais. Nesse sentido, Jorge Reis Novais⁴⁷², aderindo a esta posição, argumenta na compreensão de que a reserva do possível constitui uma limitação imanente aos direitos sociais, sendo que *“mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos necessários recursos”*.

No mesmo sentido, Flávio Galdino⁴⁷³, acompanhando o entendimento de que a reserva do possível é um limite imanente dos direitos sociais, considera que o custo não é impedimento externo à efetivação dos direitos fundamentais e humanos, mas um limite intrínseco a eles⁴⁷⁴.

Numa posição contrária, Sarlet e Figueiredo⁴⁷⁵ invocam a tese de que a reserva do possível constitui uma limitação jurídica e fática dos direitos fundamentais, podendo atuar, em circunstâncias específicas, como garantia desses mesmos direitos, motivo pelo qual tais autores refutam a afirmação de que a referida reserva do possível seja um elemento integrante ou imanente dos direitos.

Acompanhando esta segunda corrente doutrinária, Ana Carolina Lopes Olsen⁴⁷⁶, de

⁴⁶⁹ Fazendo referência a esse entendimento, vide SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Judicialização, reserva do possível e compliance na área da saúde. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 18, n. 1, jan./abr. 2017, p. 262.

⁴⁷⁰ OLSEN, op. cit., p. 201.

⁴⁷¹ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2016, p. 212.

⁴⁷² NOVAIS, op. cit., 2021-a, p. 93.

⁴⁷³ GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 192-194.

⁴⁷⁴ Nesse mesmo sentido, vide AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 151.

⁴⁷⁵ Vide SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 30-31.

⁴⁷⁶ OLSEN, op. cit., p. 193 e s.

maneira categórica, enuncia que a reserva do possível, como condição determinante da constatação da existência de condições materiais para a efetivação de um dado direito, deve ser considerada um elemento externo à norma. Em razão desse entendimento, para a apontada autora, na hipótese dos direitos sociais, as normas definidoras determinam posições jurídicas *prima facie* amplamente, as quais podem ser restringidas por força da limitação dos recursos disponíveis para torná-las posições jurídicas exigíveis e definitivas.

Com a adoção desta última posição, ao considerar a reserva do possível um elemento externo, esta pode vir a reduzir o âmbito normativo do direito, o que estará sujeito ao controle de constitucionalidade, permitindo-se, ainda, uma compatibilização, pela via dos sopesamentos, entre elementos normativos do direito social e elementos fáticos, como a escassez de recursos⁴⁷⁷.

A partir dos argumentos expendidos neste item do texto, após avaliar as posições doutrinárias, adota-se o entendimento de que a reserva do possível é um elemento externo, havendo, de um lado, a norma definidora do direito social, e de outro, a reserva do possível, como espécie de limite fático e jurídico dos direitos fundamentais e humanos. Além disso, a reserva do possível deve ser compreendida como uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos, até mesmo para que esses possam usufruir de uma proteção mais efetiva, o que merecerá uma melhor exposição a seguir.

3.2.1.3 Outros aspectos relevantes da doutrina da reserva do possível

Com as posições firmadas no item anterior, a reserva do possível⁴⁷⁸ acaba por significar o condicionamento fático e jurídico da efetivação dos direitos sociais à existência de recursos financeiros para custeá-los⁴⁷⁹, sendo um elemento externo às normas definidoras de direitos e uma condição da realidade que influencia na aplicação dos mesmos⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ OLSEN, op. cit., p. 194.

⁴⁷⁸ Para ALEXY, op. cit., 2015-b, p. 176, a questão das possibilidades financeiras é o argumento mais destacado para a limitação dos direitos sociais.

⁴⁷⁹ Nesse sentido, vide NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2021-b, p. 75.

⁴⁸⁰ Veja NOVAIS, op. cit., 2021-a, p. 109, para quem a reserva do possível é amplamente citada no âmbito do constitucionalismo multinível. Nesse aspecto, vide o artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “direito a exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais” (...) “de harmonia com a organização e os recursos de cada país”; bem como o artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “dever estatal de agir” (...) “no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto”. Além disso, há a Constituição

Em razão dos direitos sociais serem, em grande medida, financeiramente significativos⁴⁸¹, a sua efetivação depende, como apontado por Jorge Miranda⁴⁸², da realidade constitucional, que alcança, dentre outros aspectos, os recursos financeiros, motivo pelo qual as decisões quanto à alocação de recursos incumbem aos poderes constituídos por intermédio dos necessários sopesamentos das normas e da realidade.

Defendendo a centralidade dogmática da doutrina da reserva do possível, Gomes Canotilho⁴⁸³ sustenta haver, quanto a realização dos direitos sociais, um gradualismo persistente e a dependência financeira relativamente ao orçamento do Estado, o que relativiza, mas confirma a seu ver, a tese da desvinculação parcial do legislador acerca da efetivação dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.

Conforme já apontado em outros momentos neste texto, os direitos sociais possuem uma relação profunda e essencial com as finanças públicas⁴⁸⁴, principalmente em tempos de crise. Todo e qualquer direito, que traga ínsita a necessidade de recursos para sua efetivação, está condicionado pela reserva do possível, ainda que o constituinte não faça referência expressa a isto⁴⁸⁵.

No entanto, apesar da solidez da doutrina reiterada acima indicada, há autores que consideram a reserva do possível uma mera falácia argumentativa. Dentre esses, Andreas Krell⁴⁸⁶ defende tratar-se do fruto de um direito constitucional comparado equivocado, representando uma adaptação indevida “*de um topos da jurisprudência constitucional alemã*” para uma realidade socioeconômica distinta daquela observada na União Europeia.

Nesse mesmo sentido, Vicente Paulo Barretto⁴⁸⁷ enuncia que a reserva do possível é composta por três falácias políticas desenvolvidas por ideologias de verniz neoliberal com a finalidade única de fragilizar a força normativa dos direitos sociais. Para o referido autor, a primeira falácia seria a tese de que os direitos sociais são direitos de segunda ordem. Já a segunda falácia faz referência à noção de que os direitos sociais sempre dependem de uma

sul-africana, nas seções 26, 2, e 27, 2, que assegura ao Estado tomar as medidas razoáveis, acerca dos direitos sociais, “*dentro dos recursos disponíveis, para a realização progressiva de cada um destes direitos*”.

⁴⁸¹ ALEXY, op. cit., 2015-a, p. 512.

⁴⁸² MIRANDA, op. cit., 2012, p. 489.

⁴⁸³ CANOTILHO, op. cit., 2008, p. 107.

⁴⁸⁴ Sobre esse tema, vide BRITO; SOUZA, op. cit., p. 1103-1126.

⁴⁸⁵ NOVAIS, op. cit., 2021-a, p. 109-110, para quem os direitos a prestações sociais são direitos tanto quanto possíveis à medida do financeiramente possível, assim de realização progressiva, motivo pelo qual a verificação de uma eventual violação estatal deve ser realizada no caso concreto tendo em conta as implicações e condicionantes financeiras.

⁴⁸⁶ KRELL, op. cit., p. 51-55.

⁴⁸⁷ BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117-121.

economia robusta. Por fim, a terceira falácia dá conta do discurso de que apenas os direitos sociais possuem elevados custos.

Ainda que a doutrina da reserva do possível comumente seja utilizada com o intuito de enfraquecer a força normativa dos direitos sociais, o que é observado, inclusive, em tempos de fragilização dos Estados e de consolidação dos mercados, não há como se afastar da compreensão de que todos os direitos fundamentais e humanos possuem custos, máxime os direitos sociais prestacionais, enquanto os recursos são escassos, principalmente nos contextos de crise. Em razão disso, a reserva do possível, numa dogmática ocupada por levar os direitos a sério, possui posição destacada.

Se não é uma mera falácia, a reserva do possível também deve ser analisada com a acuidade necessária, não devendo ser compreendida como um óbice absoluto e intransponível à concretização dos direitos sociais, que redundaria num constitucionalismo de mínimos incompatível com o sistema normativo multinível vigente.

Com essa preocupação, Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁸⁸ vislumbra a reserva do possível numa dimensão tríplice, que se mostra adequada e correta, a abranger o seguinte. Uma primeira dimensão, denominada fática, seria a efetiva disponibilidade de recursos para a implementação dos direitos fundamentais. Além dessa, há, para o referido constitucionalista, a dimensão jurídica, consistente na disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda conexão com a distribuição das receitas e das competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, o que impõe uma atenção às normas que compõem o sistema constitucional federativo. Por último, o citado autor ainda faz referência ao problema da proporcionalidade da prestação, principalmente no que se refere à sua exigibilidade e razoabilidade.

Com isso, a denominada dimensão fática da reserva do possível está relacionada com a efetiva disponibilidade de recursos, visto que os direitos sociais⁴⁸⁹ demandam a existência de dinheiro para que as prestações que compõem a socialidade sejam fornecidas pelo Estado⁴⁹⁰, qual seja o fator custo. Desta maneira, se não houver recursos suficientes, as normas, por mais claras e precisas que sejam, não serão realizáveis.

Por outro lado, a reserva do possível jurídica não descreve um contexto de

⁴⁸⁸ SARLET, op. cit., 2015-a, p. 296.

⁴⁸⁹ Convém lembrar que não somente os direitos sociais possuem custos, mas todos os direitos fundamentais e humanos, sem prejuízo, ainda, dos dispêndios necessários para a própria manutenção e sobrevivência do Estado. Vide NABAIS, José Casalta. Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

⁴⁹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 274-290.

insuficiência de recursos, mas a ausência de autorização orçamentária para determinadas despesas públicas⁴⁹¹, ligando-se à autorização legal para a realização da despesa exigida pela efetivação do direito.

Além dessas dimensões, ao analisar a doutrina da reserva do possível ainda persiste a questão da proporcionalidade e da razoabilidade, visto que a aplicação dos direitos sociais está condicionada pela realidade, não se admitindo demandas desproporcionais e desarrazoadas, que beírem o absurdo. Nesse aspecto, a prestação pretendida deve ser proporcional e sua exigência mostrar-se razoável, considerando os recursos existentes e todos os demais encargos que recaem sobre o Estado.

Ao tratar da reserva do possível fática, que é decorrente de uma escassez real ou econômica, depara-se com um limite externo ao direito, o qual consiste na impossibilidade de satisfazer uma necessidade por força de um descompasso entre a realidade concreta, independente da vontade humana, e o comando normativo⁴⁹².

Por outro lado, quanto à reserva do possível jurídica⁴⁹³, os recursos existem faticamente, havendo uma escassez artificial, “*cuja alocação em determinados setores acaba por implicar o não atendimento de outras necessidades, por uma decisão disjuntiva do órgão ou agente com competência em matéria alocativa*”⁴⁹⁴. Nessa hipótese, há, na verdade, uma escolha alocativa pelos Poderes Legislativo e Executivo, onde se prioriza uma determinada necessidade em detrimento de outra, possuindo assim um nítido caráter político.

Após a compreensão das dimensões da reserva do possível conforme acima indicadas, permanece nítida a distinção entre uma inexistência real de recursos e a mera escolha alocativa desses. Ressai a necessidade de diferenciar entre aquilo que não é possível porque não existem recursos suficientes – reserva do possível fática, e aquilo que não é possível porque os meios suficientes foram alocados para outras necessidades – reserva do possível jurídica.

De fato, se todos os direitos fundamentais e humanos, inclusive os direitos civis e políticos, possuem custos para serem efetivados, deve haver uma atenção cuidadosa com o tema da alocação de recursos. Em especial, ao tratar da socialidade, tanto o mínimo para uma existência condigna, quanto o núcleo essencial dos direitos sociais, devem ser preservados das

⁴⁹¹ BARCELLOS, op. cit., 2011, p. 278; e SARMENTO, op. cit., 2019, p. 230.

⁴⁹² Vide SGARBOSSA, op. cit., p. 219.

⁴⁹³ Ibidem, p. 222-223. Para o autor, a reserva do possível jurídica constitui atualmente o sucedâneo das antigas teorias restritivas ou denegatórias da eficácia das normas definidoras de direitos sociais, havendo uma aproximação com a teoria da divisão dos poderes, a teoria da soberania do legislador, com a doutrina da teoria das questões políticas, com a teoria das normas programáticas e com a doutrina das normas constitucionais de eficácia limitada.

⁴⁹⁴ Ibidem, p. 220.

denominadas “escolhas trágicas”⁴⁹⁵.

Na verdade, na concepção da reserva do possível a partir da teoria externa, surgem dois aspectos essenciais, quais sejam a necessidade de ponderação e de fundamentação para realizar as escolhas alocativas. Acerca da ponderação, quando se tratar de uma escassez ficta ou jurídica de recursos, esta deverá ser necessária e proporcional, sob pena de atentar contra o Estado social e de violar os ditames contidos no constitucionalismo multinível vigente. Além disso, o mínimo a uma existência condigna, segundo critérios de necessidade, deverá ser sempre preservado pelos poderes constituídos, salvo na hipótese da insuficiência real de recursos⁴⁹⁶.

Além da ponderação, as escolhas alocativas também necessitarão ser fundamentadas, a justificar o motivo de recursos serem destinados a um determinado fim, mas não a outro, principalmente quando se tratar de prestações sociais. A partir dos critérios constitucionais vigentes, toda e qualquer alocação de recursos deve ser justificada, e, portanto, submetida ao controle social e jurisdicional⁴⁹⁷.

A despeito de todas essas questões, a doutrina da reserva do possível vem sendo amplamente empregada pela jurisprudência brasileira. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal recepcionou a referida teoria em diversos julgados⁴⁹⁸. De igual maneira, no Superior Tribunal de Justiça, a noção da reserva de possível vem repercutindo, sendo abordada em várias oportunidades⁴⁹⁹.

Dessa maneira, há a demonstração de que a reserva do possível, após uma recepção doutrinária no país, encontra-se amplamente conhecida, debatida e utilizada nos Tribunais brasileiros, seja em decisões restritivas à efetividade dos direitos sociais, seja em decisões assecuratórias do mínimo a uma existência condigna.

3.2.2 O desenvolvimento da reserva do necessário como alternativa à reserva do possível

⁴⁹⁵ Sobre esse tema, veja CALABRESI, Guido; BOBBITT; Philip. *Tragic choices*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1978.

⁴⁹⁶ Esse tópico será abordado, com melhor profundidade, nos próximos itens.

⁴⁹⁷ SAMPAIO, Jorge Silva. *O controle jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014; além de OLSEN, op. cit., p. 196; e MARTINS, op. cit., p. 216-229.

⁴⁹⁸ Vide a Medida Cautelar em Arguição de Preceito Fundamental n. 45/DF, além da própria ADPF n. 45/DF, também a ADPF n. 756/DF. Além dessas, vide os Recursos Extraordinários ns. 436996/SP, 482696/AC, 592581/RS, 1214757/RS, a Petição n. 3950/SP, os Agravos Regimentais em Recurso Extraordinário ns. 1219482/RS, 1267067/PE, 1162878/RJ, 1045560/BA, 1250997/PE, o Mandado de Injunção n. 7300/DF, bem como o HC n. 172136/SP

⁴⁹⁹ Veja os Recursos Especiais ns. 510598/SP, 7819747/SC, 790175/SP, além do Agravo Regimental em Recurso Especial n. 970415/MS.

Uma vez apresentada a doutrina da reserva do possível, ressaí a necessidade de desenvolver um novo critério condicionante e limitador à implementação dos direitos sociais, o qual se encontre em harmonia com a ideia do Estado social, também estando em consonância com as normas contidas num constitucionalismo multinível marcado pela ideia da solidariedade.

Concretamente, a noção de solidariedade, incidente e reincidente nos diversos níveis que compõem o constitucionalismo atual, conforme já apresentado neste texto faz referência a um novo conceito de igualdade e de universalidade dos direitos sociais, não como direitos de todos, mas como direitos de todos aqueles que necessitam de proteção, incluindo a possibilidade de um gradualismo na efetivação das prestações sociais⁵⁰⁰, na medida do que aqueles precisam.

Essa mesma solidariedade também impõe ao Estado, numa sociedade organizada, a garantia efetiva do mínimo a uma existência condigna a todos os marcados por uma situação de vulnerabilidade, a resguardar a dignidade da pessoa humana.

Ainda que a reserva do possível não possa ser tratada como uma mera falácia, até porque a escassez de recursos é uma realidade presente nos caixas estatais, a doutrina indica que esse desenvolvimento teórico deve ser compreendido com alguma cautela, principalmente no contexto brasileiro, marcado pela desigualdade social, pela pobreza e pelo crescente endividamento das famílias e dos indivíduos.

Nesse quadro, a admissão da reserva do possível, no contexto brasileiro, exige uma afinada modulação, sob grave risco de cerceamento da efetividade dos direitos sociais e de relativização de direitos invioláveis⁵⁰¹. Não se trata, por certo, de sustentar políticas sociais totalmente desvinculadas da economia, que não levem a sério a escassez de recursos. Mas, no entanto, não há como se afastar excessivamente da responsabilidade primária do Estado em assegurar o mínimo a uma existência condigna àqueles que se encontram em situação de risco social⁵⁰².

Assim, ao contrário da frieza inserida na doutrina da reserva do possível, há o desenvolvimento teórico da reserva do necessário, no qual os bens sociais são distribuídos segundo critérios concretos de necessidade, ligando-se, assim, no âmbito da solidariedade, “os

⁵⁰⁰ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2006, p. 139.

⁵⁰¹ KRELL, op. cit., p. 51-57.

⁵⁰² Até porque é, em tempos de crise, que mais se impõe uma atuação empenhada do Estado na procura de mecanismos garantidores de justiça social, orientando a sua atuação prestacional pelo valor da solidariedade. Nesse sentido, vide FERNANDES, Ana Luísa. Pobreza e exclusão social: Breve reflexão. Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, ano VI, n. 1. Coimbra: Almedina, 2013, p. 206.

fortes aos fracos, os afortunados aos desafortunados, os ricos aos pobres”⁵⁰³, onde cada um recebe apenas aquilo que necessita, quando precisa, na medida das suas necessidades.

Com o exposto acima, há o cuidado de contrastar a necessidade incorporada pelo direito com a possibilidade das finanças públicas, pois submete-se a igualdade e a universalidade dos direitos humanos e fundamentais a critérios de justiça distributiva proporcionais e razoáveis, o que encontra guarida numa dogmática de crise que não se afaste da dignidade da pessoa humana.

A seguir, a doutrina da reserva do necessário merecerá um aprofundamento, havendo, ao final deste item, a adoção de uma posição propositiva.

3.2.2.1 A reserva do necessário na efetividade dos direitos sociais num contexto de escassez de recursos

A dignidade da pessoa humana, qual seja o princípio fundante do modelo de Estado social vigente, possui, como um dos seus corolários, a solidariedade, que se traduz numa resposta às necessidades das pessoas e dos grupos, tanto no aspecto de rendimentos, quanto em termos de serviços sociais⁵⁰⁴.

Ocorre que, num contexto de escassez de recursos, a solidariedade impõe uma nova compreensão de igualdade e de universalidade dos direitos sociais, conforme já exposto acima neste texto. Nesses novos conceitos, os direitos sociais aparecem não como direitos de todos, mas como direitos daqueles que necessitam de proteção, com a admissão, inclusive, de um gradualismo nas prestações sociais.

No entanto, sob a vigência do constitucionalismo multinível, a solidariedade impõe ao Estado a garantia efetiva do mínimo a uma existência condigna àqueles que se encontrem numa situação de vulnerabilidade, o que se extrai, de maneira cristalina, da dignidade da pessoa humana. Com isso, segundo José Carlos Vieira de Andrade⁵⁰⁵, há um urgente desafio dogmático quanto a solidariedade, assim consistente no alcance dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos daqueles que necessitam.

Para isso, na tentativa de corresponder ao mencionado desafio dogmático, o publicista português Vieira de Andrade acabou por assinalar a designada reserva do necessário,

⁵⁰³ WALZER, op. cit., p. 110.

⁵⁰⁴ Com essa posição, vide LOUREIRO, op. cit., 2014-b, p. 91.

⁵⁰⁵ Vide VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2006, p. 139.

numa espécie de relativo contraponto à doutrina da reserva do possível, sendo aquela um pressuposto da autonomia pessoal e da autorresponsabilidade de cada um para se sustentar⁵⁰⁶, considerada “*um intocável do Estado constitucional*”⁵⁰⁷.

O desenvolvimento teórico da reserva do necessário parte da ideia de que as Constituições brasileira e portuguesa, dentre outras, detêm como princípio fundante a dignidade da pessoa humana, o que impõe uma verdadeira efetivação de uma reserva na medida do que é necessário a cada um, a resguardar a garantia de um acesso universal aos bens sociais na proporção das carências daqueles em situação de vulnerabilidade, tomando, ainda, a sério a escassez de recursos, mas também não se afastando da dura realidade social que ultrapassa os limites do discurso e da linguagem⁵⁰⁸.

Partindo da premissa de que os direitos sociais, na condição de direitos específicos, são direitos daqueles que precisam, na medida da necessidade, para Vieira de Andrade⁵⁰⁹, num cenário de escassez de recursos, incumbe ao Estado, ainda assim, assegurar níveis mínimos de humanização àqueles que não conseguem obter tais prestações sociais por si sós.

Com isso, sem prejuízo de que o Estado venha adimplir outras obrigações sociais, no limite da reserva do necessário não poderá haver omissão, sob pena de flagrante não agir inconstitucional e violador da dignidade da pessoa humana. A partir de releituras da igualdade e da universalidade dos direitos sociais, o Estado deve obrigatoriamente, sendo este um nível de atuação intocável mesmo em circunstâncias de crise fiscal e econômica, satisfazer as necessidades daqueles que careçam das prestações estaduais, não havendo, por certo, qualquer viabilidade de um Estado providência ocupado com uma pretensa felicidade geral e integral.

Numa dogmática coadunada com a racionalidade exigida num cenário de limitação de recursos, a partir da teoria da reserva do necessário o Estado deve deixar de exercer atos de privação, mas também realizar ações voltadas para a efetivação das prestações sociais indispensáveis a satisfazer as necessidades daqueles que precisam.

Havendo a observância da reserva do necessário, ocorrerá o reconhecimento do direito à autodeterminação da pessoa e ao livre desenvolvimento de sua personalidade, estando assegurada, inclusive, a capacidade real de desenvolvimento das aptidões pessoais. Com isso, a partir da concepção dos indivíduos como pessoas dotadas de dignidade e autonomia, as políticas públicas ocupadas com as necessidades reais das pessoas em situação de

⁵⁰⁶ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2012, p. 184.

⁵⁰⁷ LOUREIRO, op. cit., 2014-a, p. 660.

⁵⁰⁸ Idem. Bens, males e (e)stados (in)constitucionais: socialidade e liberdade(s): notas sobre uma pandemia. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 3, set./dez. 2020, p. 816.

⁵⁰⁹ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2004, p. 26.

vulnerabilidade guardarão consonância com a promoção das capacidades humanas, a assegurar que todos detenham condições pessoais, materiais e sociais para a plena realização daquilo que cada um pretende, o que encontra acolhimento na dignidade da pessoa humana⁵¹⁰.

Compondo a reserva do necessário, as prestações sociais destinadas àqueles em situação de vulnerabilidade social devem obrigatoriamente ser adimplidas pelo Estado, ao menos até o limite do estritamente necessário a assegurar a autonomia individual, a autodeterminação da pessoa e o livre desenvolvimento da personalidade, como verdadeiro auxílio para a autonomia, qual seja uma ajuda para a autoajuda⁵¹¹.

Nessa apertada exposição sobre a teoria da reserva do necessário, que busca se contrapor à doutrina da reserva do possível – ou, ao menos, complementá-la –, há uma consciência dos limites decorrentes das questões fiscais e orçamentárias – o que induz a uma nova compreensão da igualdade e da universalidade dos direitos sociais. No entanto, por outro lado, também persiste, no desenvolvimento teórico em análise, uma vinculação ao sistema normativo multinível vigente, bem como à dignidade da pessoa humana, qual seja a pedra angular do Estado constitucional de direito⁵¹². Enquanto na reserva do possível há um condicionamento aos limites financeiros e jurídicos existentes, já na reserva do necessário a satisfação do essencial àqueles que precisam impõe-se de maneira intocável.

Uma vez expostos os dois desenvolvimentos teóricos, passar-se-á adiante, no próximo item, à propositura de uma posição.

3.2.3 Teoria adotada: a reserva do necessário conjugada com a reserva do possível fática e suas condicionantes

Uma vez analisada acima a aplicação de diferenciações na efetivação dos direitos sociais, passou-se a tecer comentários acerca da doutrina da reserva do possível, seguindo, ato contínuo, com estudos relacionados ao desenvolvimento teórico da reserva do necessário.

Acerca da reserva do possível, após assumir a posição de que se trata de um elemento externo, havendo, de um lado, a norma definidora do direito social, e de outro, a reserva do possível como espécie de limite fático e jurídico dos direitos fundamentais e

⁵¹⁰ Vide SILVA, op. cit., 2016, p. 113, para quem a dignidade da pessoa humana está relacionada com o reconhecimento da pessoa enquanto um ser livre, sendo dotada de autodeterminação da sua vontade quanto a aprender e ensinar, bem como acerca da liberdade de profissão, de constituir ou não família, dentre outros.

⁵¹¹ Veja VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2004, p. 25.

⁵¹² LOUREIRO, op. cit., 2013-a, p. 361.

humanos, compreendeu-se, ainda, que a mesma deve ser tida como uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos, até mesmo para que esses possam usufruir de uma proteção mais efetiva⁵¹³.

Além disso, adotou-se a posição sustentada por Ingo Wolfgang Sarlet⁵¹⁴, para quem a reserva do possível possui uma dimensão tríplice, consistentes na dimensão fática, na dimensão jurídica e no problema da proporcionalidade da prestação social, principalmente quanto à sua exigibilidade e razoabilidade.

De outro lado, a partir do critério da necessidade⁵¹⁵, há o desenvolvimento teórico da reserva do necessário, que parte da ideia de que o constitucionalismo multinível detém como princípio fundante a dignidade da pessoa humana, o que impõe uma efetivação de uma reserva na medida do que é necessário a cada um, resguardando, assim, a garantia de um acesso universal aos bens sociais na proporção das carências daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade.

Ao contrário da reserva do possível, a teoria da reserva do necessário está pautada numa nova compreensão de igualdade e de universalidade dos direitos sociais, os quais aparecem não como direitos de todos, mas como direitos daqueles que necessitam de proteção, havendo, inclusive, um gradualismo nas prestações sociais.

A partir disso, não há como se afastar *prima facie* do desenvolvimento teórico da reserva do necessário, o qual guarda consonância com a proporcionalidade⁵¹⁶ das prestações sociais, encontrando lastro na dignidade da pessoa humana e no robusto sistema normativo que compõe o constitucionalismo multinível.

Com isso, na vigência de um Estado social fundado pela dignidade da pessoa humana, quanto a aquilo que compõe a reserva do necessário, não há como ser invocada a dimensão jurídica da reserva do possível⁵¹⁷. Nesse aspecto, não se busca desconsiderar simplesmente o princípio da legalidade orçamentária, mas, por tudo que já se expôs no texto

⁵¹³ Vide o item 3.2.1 acima e seus subitens.

⁵¹⁴ SARLET, op. cit., 2015-a, p. 296.

⁵¹⁵ Veja WALZER, op. cit., p. 110.

⁵¹⁶ Em razão da reserva do necessário impor a satisfação, em favor dos que precisam, na medida do que necessitam, das prestações sociais vitais a uma vida digna, não há qualquer dúvida de que a proporcionalidade incide na sua dupla dimensão, tanto como proibição do excesso quanto como de insuficiência, estando sanadas tais dimensões, em especial acerca da exigibilidade e razoabilidade das prestações. Assim, no critério de necessidade, tratando-se de prestações sociais universalizáveis, as questões da proporcionalidade e da razoabilidade encontram-se atendidas.

⁵¹⁷ Inclusive, acompanhando a classificação de Jon Elster, a hipótese da reserva do possível jurídica traz consigo uma situação de escassez ficta ou artificial, na qual o Estado pode, se assim deliberar, tornar o bem acessível, o que é inoponível à reserva do necessário. Sobre a classificação ora referida, vide ELSTER, Jon. Local justice: how institutions allocate scarce goods and necessary burdens. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1992, p. 21-24.

em tela, a garantia do necessário não pode permanecer subordinada às decisões dos poderes constituídos, precisamente daqueles que participam da elaboração do orçamento.

Dessa maneira, ante a reserva do necessário, não deve preponderar a reserva do possível na sua dimensão jurídica.

Por outro lado, em razão dos custos envolvidos para a efetivação dos direitos sociais humanos e fundamentais, outro deve ser o tratamento quanto a reserva do possível na dimensão fática⁵¹⁸, inclusive porque não se trata de uma mera falácia. Nesse sentido, em regra, mesmo a reserva do possível fática não deve ser oposta à reserva do necessário, devendo o Estado adimplir as obrigações sociais em favor daqueles que precisam, na medida do que necessitam, como um espaço de atuação intocável. No entanto, quando o Estado não deter capacidade financeira a custear a universalização da prestação material postulada, para todas as pessoas que estiverem nas mesmas condições, não há como o pleito ser atendido, devendo, nesta única hipótese excepcional, a reserva do possível na sua dimensão fática ser conjugada com a reserva do necessário.

Assim, quando houver uma escassez real de recursos, o Estado só poderá conceder a uma pessoa aquilo que possua condições de prestar às demais que se encontram numa idêntica situação fática. Em todas as outras hipóteses, entretanto, a reserva do possível fática não poderá ser arguida em oposição à reserva do necessário⁵¹⁹, sob risco de atentar consideravelmente à dignidade da pessoa humana.

Além disso, na hipótese extrema acima indicada, na qual não haja recursos suficientes para a universalização da prestação a todos que se encontram numa situação de vulnerabilidade e de necessidade, deve haver uma estrita observância do que dispõe o artigo 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵²⁰.

Assim, mesmo havendo uma escassez real de recursos, o Estado deve empregar o máximo de recursos disponíveis, aqui considerando não apenas os seus fundos e fontes

⁵¹⁸ A partir da classificação de Jon Elster acima indicada, ao verificar a reserva do possível na sua dimensão fática, que decorre da realidade econômica, tem-se, em tese, as hipóteses de escassez natural e quase natural, o que vem suportando divergência na doutrina. Em sentido contrário, por exemplo, vide SGARBOSSA, op. cit., p. 219.

⁵¹⁹ Ao menos, em tese, existe a possibilidade de que, numa situação de escassez real de recursos, detenha o Estado condições de satisfazer prestações sociais universalizáveis, seja a partir de um programa social executado de maneira plurianual – utilizando-se de orçamentos plurianuais, seja por força de acordos internacionais que venham, no curso da execução orçamentária, fortalecer o caixa estatal, ou, ainda, na hipótese da celebração de parcerias com a iniciativa privada e/ou com o terceiro setor, dentre outras circunstâncias casuísticas.

⁵²⁰ Vide o seu texto: “Artigo 2º. 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”

próprios, mas também aqueles disponibilizados pela comunidade internacional a partir de acordos de cooperação mútuos. Além disso, o Estado está obrigado a adotar todas as medidas possíveis, a partir das circunstâncias do caso concreto, a assegurar a fruição mais ampla dos direitos sociais, havendo, em consequência, a aplicação de um princípio da inversão do ônus da prova, sendo que, em caso de alegada violação desses direitos, incumbirá ao ente estatal provar o seu adimplemento ou a legítima e razoável impossibilidade de inadimplemento⁵²¹. Neste último aspecto, a alegação de ausência real de recursos deve ser devidamente comprovada pelo Estado, não bastando a mera notícia de esgotamento dos fundos e recursos, sem a devida comprovação.

Dessa maneira, mesmo na circunstância extrema da escassez real de recursos, a reserva do necessário está resguardada pela incidência do princípio da progressividade⁵²², bem como do princípio da aplicação do máximo dos recursos disponíveis, ambos assentados no constitucionalismo multinível.

A partir do que foi apresentado acima, ocupado em desenvolver uma dogmática de crise, que não se distancie, no entanto, das obrigações estatais assumidas na esfera do constitucionalismo multinível, adota-se a reserva do necessário como uma esfera de proteção intocável na vigência de um modelo de Estado social lastreado na dignidade da pessoa humana.

Em consequência a essa posição, a reserva do possível na dimensão jurídica não deve preponderar em detrimento da reserva do necessário. Por outro lado, no âmbito da reserva do possível fática, havendo uma escassez real de recursos, o Estado somente poderá conceder a uma pessoa prestações sociais universalizáveis, quais sejam aquelas passíveis de serem prestadas a todos os destinatários que se encontram numa idêntica situação de necessidade e de vulnerabilidade. Com isso, em regra, a reserva do possível fática também não deve preponderar em prejuízo da reserva do necessário, salvo na hipótese de escassez real de recursos e quando não seja possível a universalização do pretendido bem ou serviço social.

Nessa hipótese extrema, narrada na última parte do parágrafo anterior, por força do disposto no artigo 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incidirão os princípios da progressividade e da aplicação do máximo dos recursos disponíveis como verdadeiras condicionantes, as quais devem ser obrigatoriamente observadas pelo Estado

⁵²¹ Acerca desse tema, vide FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva. Por uma socialidade responsável à escala mundial: contributo para uma dogmática da tutela de bens sociais sob a ótica dos deveres. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021, p. 51-53; e FRANCH, Valentín Bou; DAUDI, Mireya Castillo. Derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 70-72.

⁵²² Será abordado com mais profundidade nos itens a seguir, que tratarão do retrocesso social.

sob pena de flagrante omissão inconstitucional.

3.3 O retrocesso social: uma nova interpretação nos tempos de crise

Ocupando uma posição central na dogmática dos direitos sociais, a proibição de retrocesso social vem sendo amplamente debatida pela doutrina e jurisprudência constitucionais.

Nesse aspecto, há duas noções de retrocesso⁵²³, qual seja a primeira consistente no retrocesso dos resultados de uma política pública, onde esta será tida como retrocessiva quando seus resultados piorarem com relação ao parâmetro anterior. Já uma segunda noção traz ínsito o retrocesso normativo, que se refere à extensão dos direitos concedidos por uma dada norma.

Com isso, numa apertada síntese, a vedação ao retrocesso social pode ser compreendida na proibição de que os poderes constituídos reduzam os níveis de proteção dos direitos sociais, tanto no âmbito das políticas públicas, quanto na esfera normativa⁵²⁴.

Em meio a divergências doutrinárias, o retrocesso social vem merecendo novas interpretações em tempos de crise. Diante disso, o grande desafio é assegurar uma dogmática coadunada com a escassez de recursos, mas que não se distancie do arcabouço normativo contido no constitucionalismo multinível, muito menos da dignidade da pessoa humana.

Com o objetivo de propor uma posição intermediária, serão desenvolvidos alguns estudos a seguir, utilizando-se tanto autores pátrios, quanto parte da doutrina estrangeira.

3.3.1 A concepção tradicional do princípio da proibição de retrocesso social

A cláusula da proibição de retrocesso social, desde suas origens, é objeto de divergências doutrinárias, as quais já iniciam na sua denominação. Enquanto José Joaquim

⁵²³ COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian (coord.). Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 3-4.

⁵²⁴ Essa interpretação pode ser extraída dos artigos 5.2 e 11 das Normas para a Elaboração dos Informes Periódicos previstos no artigo 19 do Protocolo de San Salvador, aprovadas pela Assembleia Geral das Organização dos Estados Americanos em 07/06/2005 (AG/RES. 2074 – XXXV-O/05), que enunciam ser retrocessivas todas as políticas públicas e disposições normativas que signifiquem um retrocesso ao nível de fruição e exercício de um dado direito social.

Gomes Canotilho⁵²⁵ nomina-a como princípio da proibição da evolução reacionária, outro autor português, qual seja Jorge Miranda⁵²⁶, já a denominou, em edições anteriores de sua obra, como princípio do não retorno de concretização das normas de direitos econômicos, sociais e culturais.

As origens do princípio em comento remontam à Alemanha, durante os anos 1970, numa circunstância de crise do Estado social, marcada por crescentes insegurança e incerteza advindas do redimensionamento do Estado, onde, a partir da cláusula do Estado social da Lei de Bonn e da garantia fundamental da propriedade, tanto a jurisprudência quanto a doutrina germânicas acabaram por reconhecer a proibição de retrocesso social⁵²⁷. Como a Lei Fundamental de Bonn não previu, de maneira expressa, direitos sociais, não havia no texto da Constituição um meio jurídico para assegurar os direitos já implementados, tendo a teoria em comento sido desenvolvida a limitar o poder de autorrevisão do legislador.

Com o desenvolvimento alemão, a proibição de retrocesso mereceu, anos mais tarde, sólidos estudos realizados pela doutrina portuguesa, marcados, no entanto, por severas divergências. Nesse sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira⁵²⁸, nos anos 1990, passaram a sustentar que as normas constitucionais definidoras de direitos sociais deteriam uma função de garantia, a implicar numa proibição de retrocesso, sendo que, uma vez proporcionada satisfação ao direito, este se transformaria num direito negativo ou de defesa, não podendo o Estado atentar contra ele, salvaguardando sempre o seu conteúdo mínimo⁵²⁹. Para Canotilho⁵³⁰, ainda, os direitos, depois da concretização a nível infraconstitucional, acabam por alcançar a condição de direitos subjetivos, não se encontrando mais na esfera de disponibilidade do legislador, motivo pelo qual não podem mais ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de violação à proteção da confiança, o que redundaria na inconstitucionalidade das medidas retrocessivas.

Também favorável à proibição de retrocesso social, Jorge Miranda⁵³¹ defende a tese de que, quando as normas legais concretizam os mandamentos constitucionais, fica o legislador proibido de as suprimir, estando vedada a ab-rogação pura e simples dessas normas

⁵²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 110-111.

⁵²⁶ MIRANDA, op. cit., 2012, p. 485.

⁵²⁷ Sobre isso, veja DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 138-141. Também sobre o tema, eis NOVAIS, op. cit., 2021-a, p. 254.

⁵²⁸ Vide CANOTILHO; MOREIRA; op. cit., p. 130-132.

⁵²⁹ Anos depois, Gomes Canotilho revisitou o tema, defendendo, inclusive, a relativização do princípio da proibição de retrocesso, assim ocupado com uma dogmática da escassez. Nessa compreensão, veja CANOTILHO, op. cit., 2008, p. 110-111.

⁵³⁰ Vide CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 479.

⁵³¹ MIRANDA, op. cit., 2012, p. 494.

infraconstitucionais. Numa posição semelhante, Maria d'Oliveira Martins⁵³² sufraga o entendimento de que, havendo a concretização legislativa de prestações sociais assecuratórias de melhorias nas situações concretas das pessoas, estará o legislador impedido de colocá-las numa condição pior do que a obtida através da concretização da justiça social.

No entanto, uma parcela da doutrina portuguesa também refuta a vedação ao retrocesso social com argumentos numerosos e diversos. Dentre esses, Vieira de Andrade⁵³³ sustenta estar “*definitivamente ultrapassada pela realidade a ideia de uma proibição do retrocesso*”, assim “*baseada na utopia generosa ou na crença ingênua de um progresso constante e ilimitado*”, ao que considera legítimas a autorreversibilidade e a margem de conformação legislativas, desde que a inovação normativa não ofenda o núcleo essencial dos direitos sociais e esteja em harmonia com o critério da proporcionalidade.

Já para Jorge Reis Novais⁵³⁴, a proibição de retrocesso social, que se mostra, a seu ver, insustentável, não detém previsão constitucional, nem fundamentação dogmática sólida, afastando-se, ainda, de critérios de razoabilidade, tendo objetivado resolver uma lacuna constitucional no contexto alemão, o que se distancia do atual emprego observado nas realidades portuguesa e brasileira.

Assim como em terras lusitanas, também no Brasil a doutrina vem realizando estudos aprofundados sobre o tema em deslinde. Por aqui, o desenvolvimento teórico realizado por Ingo Wolfgang Sarlet merece destaque, tanto por sua robustez quanto pela sua clareza. Nesse aspecto, para o mencionado constitucionalista, a proibição de retrocesso foi consagrada pela Constituição de 1988, guardando íntima relação com a segurança jurídica⁵³⁵ - e com seus desdobramentos, quais sejam a proteção da confiança e as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada -, sem prejuízo de uma conexão próxima com os limites materiais à reforma constitucional⁵³⁶. Com isso, a proibição de retrocesso pode ser compreendida como uma garantia de proteção dos direitos sociais contra a atuação do legislador, e também da própria administração pública.

Além disso, para Sarlet⁵³⁷, no direito constitucional brasileiro, a proibição de retrocesso, ao menos na sua dimensão mais estrita, decorre de vários princípios e argumentos

⁵³² Vide MARTINS, op. cit., p. 424-425.

⁵³³ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2015, p. 38-39.

⁵³⁴ NOVAIS, op. cit., 2021-a, p. 254-259; e Idem, op. cit., 2004, p. 304.

⁵³⁵ Veja SARLET, Ingo Wolfgang. La prohibición de retroceso em los derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis. In: COURTIS, Christian (coord.). Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 329.

⁵³⁶ Idem, op. cit., 2015-c, p. 477.

⁵³⁷ SARLET, op. cit., 2015-a, p. 464-465.

jurídico-constitucionais. No campo dos princípios, o referido autor indica o princípio do Estado democrático e social de direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, bem como o princípio da proteção da confiança. Sem prejuízo desses, Sarlet ainda indica como fundamentos da teoria em estudo, as manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição relacionadas com a proteção contra medidas de cunho retroativo, além da vinculação dos órgãos estatais em relação aos atos anteriores e às imposições normativas. Se não bastassem tais princípios e argumentos, a proibição de retrocesso, para o mencionado jurista, também está fundada no argumento de que os órgãos legislativos não dispõem do poder de tomar livremente suas decisões em flagrante desrespeito à vontade expressa do constituinte⁵³⁸.

Acompanhando a defesa da vedação ao retrocesso social, José Adércio Leite Sampaio⁵³⁹ sustenta que os direitos humanos e fundamentais não admitem retrocessos, até mesmo por representarem um marco intocável, havendo, em consequência, impedimentos às mudanças legislativas que devem manter, no mínimo, o mesmo nível de efetividade ou fruição já existente. Nessa mesma linha, Ana Paula de Barcellos⁵⁴⁰, considerando a proibição de retrocesso uma das modalidades de eficácia jurídica das normas constitucionais, defende que existem obstáculos para que o legislador revogue pura e simplesmente o comando constitucional, esvaziando-o⁵⁴¹, o que, uma vez ocorrendo, acarretaria numa flagrante inconstitucionalidade.

De igual maneira, além do acatamento pela doutrina, a vedação ao retrocesso social também vem sendo admitida, na realidade brasileira, pela jurisprudência constitucional. Nesse sentido, inúmeros são os julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, nos quais houve análise do princípio em estudo.

Dentre esses julgamentos, o Supremo Tribunal Federal apreciou a existência do princípio da vedação ao retrocesso social no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.

⁵³⁸ Para o constitucionalista argentino Christian Courtis, a proibição de retrocesso assenta-se em dois fundamentos, qual seja o primeiro consistente na segurança jurídica e na proteção da confiança, noções estas que conduzem ao valor da previsibilidade, que é central num Estado liberal. Como segundo fundamento, o autor indica o conteúdo material do princípio do Estado social, que é a satisfação das necessidades básicas de todo ser humano. Vide COURTIS, op. cit., 2006, p. 18.

⁵³⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 672.

⁵⁴⁰ Vide BARCELLOS, op. cit., 2011, p. 85-93.

⁵⁴¹ Na doutrina brasileira, Juarez Freitas também se manifesta favorável à existência do princípio de proibição de retrocesso, alegando que este resguarda o núcleo dos direitos fundamentais, não podendo, inclusive, haver emenda constitucional ou qualquer outro retrocesso legislativo que atinja esse núcleo intangível. Vide FREITAS, op. cit., 1995, p. 209-211.

639.337 – SP⁵⁴², quando decidiu que a vedação ao retrocesso é um obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento dos direitos prestacionais pelo Estado, a impedir, portanto, a desconstituição das conquistas já alcançadas socialmente. Em consequência, o Tribunal Constitucional brasileiro definiu que o Estado, após ter reconhecido uma parcela de direitos sociais prestacionais, possui a incumbência tanto de efetivá-los, quanto de preservá-los, sem qualquer supressão total ou parcial daqueles bens ou prestações sociais já concretizados, a evidenciar, portanto, uma posição progressista e que vem servindo de referência aos demais níveis da jurisprudência brasileira.

Num outro exemplo significativo, o Supremo Tribunal Federal⁵⁴³, ao apreciar a ADI n. 4717 – DF⁵⁴⁴, reconheceu a existência do princípio da proibição de retrocesso numa dimensão socioambiental, quando os julgadores decidiram que as alterações promovidas pelo legislador ordinário a restringir a proteção dos ecossistemas abrangidos por unidades de conservação ambiental acarretaria numa violação ao núcleo essencial do direito fundamental e humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em consequência, a decisão acabou por reconhecer que o princípio da vedação ao retrocesso coíbe e impede qualquer lesão ou restrição ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, a demonstrar que a jurisprudência constitucional brasileira já sedimentou a aplicação do princípio em estudo.

De igual maneira, o Tribunal Constitucional português⁵⁴⁵ também vem reconhecendo a existência do princípio da proibição de retrocesso social. Nesse aspecto, há o destacado acórdão relatado por Vital Moreira no âmbito do AC n. 39/84, no qual, por violação ao princípio acima referido, o órgão julgador considerou que o Serviço Nacional de Saúde é uma garantia institucional da realização do direito à saúde, passando a sua existência deter, portanto, garantia constitucional. Em razão disso, normas posteriores que vieram revogar os dispositivos legais que organizavam o Serviço Nacional de Saúde foram reputadas inconstitucionais por evidenciarem um retrocesso social indevido.

Numa outra decisão, que foi proferida durante a última das grandes crises

⁵⁴² ARE n. 639.337/SP.

⁵⁴³ Além desses julgados, há vários outros demonstrativos do reiterado reconhecimento da existência do princípio da proibição de retrocesso pelo Supremo Tribunal Federal, quais sejam a ADI n. 1946/DF, a ADI n. 2065/DF, a ADI n. 3104/DF e a ADI n. 3105/DF.

⁵⁴⁴ ADI n. 4717/DF.

⁵⁴⁵ Vide MARTINS, op. cit., p. 417; e BOTELHO, op. cit., p. 443-444, para quem, ao contrário, o Tribunal Constitucional português vem minimizando, em suas várias decisões, a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social, sendo que, na verdade, a jurisprudência constitucional portuguesa, a despeito de reconhecer a existência do referido princípio, o modula de acordo com o caso concreto, mas, ainda assim, reconhecendo-o nas suas fundamentações.

econômico-financeiras portuguesa, o Tribunal Constitucional lusitano⁵⁴⁶, no AC n. 509/02, reafirmou a existência da vedação ao retrocesso social, quando reconheceu a inconstitucionalidade da exclusão, por intermédio de lei, das pessoas com idade entre 18 (dezoito) e 25 (vinte e cinco) anos do benefício social do rendimento mínimo de inserção. Nesse caso, houve uma declaração de inconstitucionalidade na hipótese de mera afronta legislativa ao conteúdo do direito social já concretizado, não tendo havido a sua revogação total.

Com isso, não há qualquer dúvida de que a existência do princípio da proibição de retrocesso, na realidade brasileira, e influenciada pela doutrina e jurisprudência portuguesas, vem sendo largamente difundido, sendo, então, um aspecto essencial de uma dogmática ocupada com a escassez de recursos.

3.3.1.1 A proibição de retrocesso: princípio constitucional ou princípio político

Uma parcela considerável da doutrina vem sustentando que a proibição de retrocesso seria um princípio constitucional implícito, tendo sido assim consagrado no direito constitucional comparado e brasileiro, sendo este, inclusive, o entendimento de Sarlet⁵⁴⁷, para quem a vedação ao retrocesso, além de ser considerada um princípio, não se encontra direta e expressamente positivada no texto constitucional.

Acompanhando esse entendimento, Luís Roberto Barroso⁵⁴⁸ defende que a proibição de retrocesso decorre do sistema jurídico-constitucional, sendo, assim, um princípio implícito, a partir do qual se uma lei, ao regulamentar uma norma constitucional, vier a concretizar um dado direito, fará com que esse seja incorporado ao patrimônio jurídico da socialidade, o que não poderá mais ser pura e simplesmente suprimido.

Para esta posição doutrinária, a vedação ao retrocesso social, por possuir a natureza jurídica de princípio, cria posições jurídicas próprias de normas e medidas sociais, o que se coaduna com a adoção de um modelo de Estado de direito de matriz social, qual seja o Estado social de direito⁵⁴⁹. A partir disso, o princípio da proibição de retrocesso social induz a um direito subjetivo negativo, sendo possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida

⁵⁴⁶ O Tribunal Constitucional português também apreciou a existência do princípio da proibição de retrocesso em outros julgados, além daqueles apontados acima, quais sejam o AC n. 330/89 – sobre as taxas moderadoras de saúde, o AC n. 148/94 – sobre as propinas do ensino universitário, o AC n. 590/04 – sobre o crédito jovem bonificado, dentre outros.

⁵⁴⁷ SARLET, op. cit., 2015-a, p. 463.

⁵⁴⁸ BARROSO, op. cit., p. 156.

⁵⁴⁹ Sobre isso, veja COURTIS, op. cit., 2006, p. 18.

legislativa ou administrativa que esteja em conflito com as normas constitucionais, bem como refutar medidas legislativas que subtraíam, integral ou parcialmente, o grau de concretização anterior concedido a um dado direito social pelo legislador⁵⁵⁰.

Por outro lado, há autores que discordam da posição de que a proibição de retrocesso seja um princípio jurídico-constitucional, defendendo-a, no entanto, com graus variáveis de relativização, como sendo um princípio de natureza política tão somente.

Perfilhado a esta última posição, Jorge Reis Novais⁵⁵¹ refuta a existência da proibição do retrocesso como princípio jurídico⁵⁵², até mesmo por não possuir “*arrimo positivo em qualquer ordem constitucional*”. Para o referido autor, nem mesmo uma proibição relativa de retrocesso se salvaria, pois, na verdade, está se tratando dos chamados limites aos limites dos direitos fundamentais, ou seja, dos limites constitucionais, os quais são próprios de um Estado de direito, portanto de observância obrigatória pelos poderes constituídos, mas não de um princípio jurídico autônomo.

Acompanhando o posicionamento acima, Catarina Botelho⁵⁵³ refuta a existência de autonomia jurídica do princípio da proibição de retrocesso, até mesmo porque, segundo a autora, tal enunciado nada pode fazer para dirimir as crises econômico-financeiras e a escassez de recursos, sendo, na verdade, um princípio de viés político, que busca impor limites e restrições constitucionais aos retrocessos no campo da socialidade, mas sem constituir um princípio constitucional dotado de força jurídica.

Num tom crítico mais agressivo ao princípio em comento, João Carlos Loureiro⁵⁵⁴ aponta a inutilidade jurídica da proibição de retrocesso social, o qual não passaria de um conceito sociocultural, sem qualquer autonomia, e distante de uma adequação e necessidade na economia do discurso teórico e dogmático do direito constitucional.

Já na doutrina brasileira, Flávio Martins⁵⁵⁵, em sintonia com as posições acima indicadas, considera que a reiterada tentativa de constitucionalizar a proibição de retrocesso redundaria na busca de limitar a liberdade política, sendo esse princípio de índole meramente política, mas não jurídica.

Com as posições acima descritas, é possível demonstrar o quanto o tema levanta divergências, apesar de sua posição central no âmbito de uma dogmática da escassez, motivo

⁵⁵⁰ Nesse sentido, veja SILVA, op. cit., 1982, p. 147-160.

⁵⁵¹ NOVAIS, op. cit., 2021-a, p. 259-260.

⁵⁵² Nesse mesmo sentido, o apontado autor chega a qualificar a proibição de retrocesso como um princípio constitucionalmente inexistente, o que se encontra na obra NOVAIS, op. cit., 2004, p. 294.

⁵⁵³ BOTELHO, op. cit., p. 439.

⁵⁵⁴ LOUREIRO, op. cit., 2014-a, p. 642-645.

⁵⁵⁵ Vide MARTINS, op. cit., p. 419.

pelo qual, a seguir, será realizado um estudo acerca do retrocesso social e a aplicação progressiva dos direitos sociais a partir das normas contidas no constitucionalismo multinível, a possibilitar, na sequência, a apresentação de uma proposta que busque adequar o princípio em comento aos tempos de crise econômico-financeira.

3.3.2 O retrocesso social e o princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais oriundo das normas internacionais

Apesar das divergências doutrinárias acima referidas, há um dever de progressividade imposto aos Estados, o qual decorre especialmente do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁵⁶ e do Protocolo de San Salvador – Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁵⁷, de onde se extrai a proibição de retrocesso social⁵⁵⁸. Nesse sentido, para Flávia Piovesan⁵⁵⁹, a partir dessa obrigação de progressividade, está vedado aos Estados retroceder na esfera da implementação dos direitos sociais, havendo a proibição, portanto, do retrocesso ou da redução de políticas públicas destinadas à garantia dos apontados direitos.

Com isso, por força do disposto no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como no Protocolo de San Salvador, os Estados detêm obrigações de adotar medidas moduladas pela disponibilidade fática de recursos, bem como de realização progressiva dos direitos sociais⁵⁶⁰, sob pena de violação de obrigações assumidas perante a comunidade internacional e de flagrante prática inconstitucional.

Apesar das limitações dos mecanismos de aplicação previstos nos tratados

⁵⁵⁶ Vide o seu texto: “Artigo 2º. 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”

⁵⁵⁷ Vide o seu texto: “Artigo 1º. Obrigação de adotar medidas. Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.”

⁵⁵⁸ Vide SARLET, op. cit., 2015-c, p. 477.

⁵⁵⁹ Vide PIOVESAN, op. cit., 2021, p. 275.

⁵⁶⁰ Sobre esse tema, veja ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires: Editora Del Puerto/CELS, 1997, p. 283-350.

internacionais de direitos humanos acima referidos, foi criado, em 1985, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na condição de órgão de interpretação autorizada do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁶¹. A partir dessa criação, desde 1988 o Comitê tem buscado delimitar o conteúdo e o alcance das obrigações contidas no Pacto, inclusive desenvolvendo uma interpretação ampla do seu artigo 2.1, seja através do exame dos informes estatais e seus consequentes Comentários Finais, seja através da emissão dos denominados Comentários Gerais.

Nesse sentido, para Magdalena Sepúlveda⁵⁶², a partir das interpretações emitidas pelo Comitê, o núcleo duro do artigo 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais traz ínsitas as seguintes obrigações estatais acerca da implementação dos direitos: a) adotar medidas até o máximo dos recursos disponíveis; b) melhorar continuamente a fruição de direitos, com a proibição de medidas retrocessivas; c) proporcionar prioridade aos direitos humanos e fundamentais na alocação dos recursos disponíveis; d) assegurar, através dos meios adequados, a plena efetividade dos direitos; e) monitorar o nível de fruição dos direitos sociais e elaborar um plano de ação para sua implementação; f) assegurar um conteúdo mínimo para cada um dos direitos e g) obrigações relativas à assistência e cooperação internacionais.

Dentre essas obrigações, destaca-se o dever estatal de implementação progressiva dos direitos sociais, do qual provém a vedação da possibilidade de adoção de medidas retrocessivas, quais sejam aquelas que pioram o nível de exercício ou de fruição de um dado direito. Em variados Comentários Gerais⁵⁶³, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais vem definindo que o Pacto estará sendo violado na hipótese da adoção de medidas deliberadamente retrocessivas, assim consistentes em medidas legislativas ou administrativas⁵⁶⁴ que sejam adotadas pelo Estado intencional e voluntariamente. A partir desse reiterado posicionamento, a compreensão de que uma dada medida retrocessiva afronta a proibição de retrocesso exige, por parte do Poder Público, um agir intencional e voluntário.

⁵⁶¹ Necessário apontar que incumbe ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais monitorar a aplicação e cumprimento do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais pelos Estados Partes.

⁵⁶² Veja SEPÚLVEDA, op. cit., 2006, p. 123.

⁵⁶³ Vide o Comentário Geral n. 13: artigo 13 (o direito à educação), parágrafo 45: “*Assume-se fortemente como proibido medidas retrocessivas adotadas no que respeita o direito à educação, bem como no que respeita outros direitos enunciados no Pacto.*”, bem como o Comentário Geral n. 14: artigo 12 (o direito ao melhor estado de saúde possível), parágrafo 32: “*Tal como todos os outros direitos enunciados no Pacto, existe uma forte presunção de que não são admissíveis as medidas retrocessivas adotadas no que respeita o direito à saúde.*”; ambos do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dentre outros.

⁵⁶⁴ Vide COURTIS, op. cit., 2006, p. 17, para quem a obrigação de não retrocesso é uma limitação imposta sobre os Poderes Legislativo e Executivo acerca da regulamentação e concretização dos direitos sociais.

Nesse mesmo entendimento, a Diretriz de Maastricht n. 14, letra e⁵⁶⁵, define como uma violação ao artigo 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais a adoção de qualquer medida, administrativa ou legal, que seja intencionalmente retrocessiva a reduzir o nível de proteção e de garantia de qualquer dos direitos sociais.

Com isso, fica demonstrado que, na vigência de um constitucionalismo multinível, a proibição de retrocesso não é uma mera construção doutrinária e jurisprudencial, mas uma obrigação estatal assumida perante a comunidade internacional, a qual advém do dever de implementação progressiva dos direitos sociais⁵⁶⁶.

Na sua importante atuação interpretativa, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também vem concedendo alguns exemplos de medidas consideradas deliberadamente retrocessivas nos textos dos próprios Comentários Gerais e dos Comentários Finais, os quais são apontados pela autora Magdalena Sepúlveda⁵⁶⁷, quais sejam: a) a adoção de uma legislação ou política pública manifestamente incompatível com as obrigações legais preexistentes relacionadas com os direitos sociais; b) a revogação ou suspensão de qualquer norma necessária para a fruição de um direito social; c) a redução ou desvio injustificado de recursos públicos destinados à realização de direitos sociais; e d) a adoção de uma legislação ou política pública que reduza o nível de fruição dos direitos sociais pelos indivíduos.

Dessa maneira, segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, qualquer dessas hipóteses, desde que marcadas pela intenção deliberada do Estado, representam medidas retrocessivas que contrariam o disposto no artigo 2.1 do Pacto.

Por exemplo, o Comitê vem considerando que a redução de verbas públicas para o custeio de bens e serviços de saúde, de um exercício financeiro para outro, configura um retrocesso indevido⁵⁶⁸. Outrossim, a redução ou o desvio injustificado de recursos já previstos no orçamento público e destinados à implementação de direitos sociais também viola a obrigação da aplicação progressiva desses⁵⁶⁹.

Além desses exemplos, para o Comitê hipóteses de edição de normas que neguem a liberdade acadêmica ao corpo docente e aos alunos⁵⁷⁰, ou, ainda, a revogação de uma

⁵⁶⁵ Em janeiro de 1997, um grupo de mais de trinta experts reuniu-se em Maastricht com o objetivo de analisar os Princípios de Limburgo quanto a natureza e o alcance das violações aos direitos econômicos, sociais e culturais, o que se passou a denominar como Diretrizes de Maastricht. Veja a redação literal da Diretriz de Maastricht n. 14, letra e: “*A adoção de qualquer medida que seja intencionalmente retrocessiva e que reduza o nível de proteção de qualquer destes direitos;*”.

⁵⁶⁶ Sobre isso, veja ROSSI, op. cit., 2006, p. 84-85.

⁵⁶⁷ Acerca desse tema, vide SEPÚLVEDA, op. cit., 2006, p. 133-134.

⁵⁶⁸ Vide os Comentários Finais Colômbia E/2002/22, parágrafo 775.

⁵⁶⁹ Vide os Comentários Finais Ucrânia E/2002/22, parágrafo 498.

⁵⁷⁰ Vide o Comentário Geral n. 13: artigo 13 (o direito à educação), parágrafo 59.

legislação que proteja o trabalhador de uma despedida sem justa causa⁵⁷¹ caracterizam, de maneira sólida, medidas deliberadamente retrocessivas. De igual maneira, a edição de qualquer legislação revogatória ou suspensiva da fruição de um dos direitos sociais previstos, tais como o direito à saúde e o direito ao trabalho, também ofendem a norma disposta no artigo 2.1 do Pacto⁵⁷².

Com fundamento nas interpretações conferidas pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, para Christian Courtis⁵⁷³ a proibição de retrocesso social pode ser compreendida como uma vedação a toda e qualquer medida legislativa ou administrativa que, por restringir ou fragilizar o nível de proteção e garantia de um direito social, imponha obstáculos para a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos e dos grupos sociais, impedindo, assim, o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a sua efetiva participação na vida política, econômica e social de um país.

Ao regulamentar e concretizar os direitos sociais, deve o Estado atuar na esfera da razoabilidade sempre, não adotando ações que importem em retrocessos à fruição e ao exercício dos direitos sociais injustificadamente. Em consequência, todo e qualquer eventual restrição a tais direitos devem guardar proporcionalidade, nunca sendo infundadas e arbitrárias.

Por outro lado, a partir do artigo 4º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁷⁴, bem como do artigo 5º do Protocolo de San Salvador⁵⁷⁵, e também observando o Princípio n. 52 de Limburgo⁵⁷⁶, tem-se que, na eventualidade de ser adotada uma medida restritiva, esta deverá ser compatível com a natureza do direito social, não podendo afetar ou restringir o seu núcleo essencial, que é intocável. Além disso, os dispositivos acima fixam requisitos para a validade de toda e qualquer medida restritiva, sendo que, para Julieta Rossi⁵⁷⁷, em razão de uma medida retrocessiva implicar sempre numa limitação a um direito, não há qualquer dúvida de que tais condições também se aplicam, num critério proporcional e

⁵⁷¹ Vide o Comentário Geral n. 18: artigo 6 (o direito ao trabalho), parágrafo 34.

⁵⁷² Vide o Comentário Geral n. 14: artigo 12 (o direito ao mais alto nível possível de saúde), parágrafo 48; e o Comentário Geral n. 18: artigo 6 (o direito ao trabalho), parágrafo 34.

⁵⁷³ COURTIS, op. cit., 2006, p. 20.

⁵⁷⁴ Segue a redação: “Artigo 4º. *Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, no exercício dos direitos assegurados em conformidade com o presente Pacto pelo Estado, este poderá submeter tais direitos unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática.*”.

⁵⁷⁵ Segue a redação: “Artigo 5º. *Os Estados-Partes só poderão estabelecer restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo mediante leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariem o propósito e razão dos mesmos.*”

⁵⁷⁶ Eis a redação do Princípio de Limburgo n. 52: “52. *Este termo – promover o bem-estar geral - será entendido como a promoção do bem-estar do povo em sua totalidade.*”.

⁵⁷⁷ Vide ROSSI, op. cit., 2006, p. 99.

razoável, aos eventuais retrocessos a direitos sociais.

Em razão disso, por força do contido no artigo 4º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, para que uma dada medida retrocessiva adotada pelo Estado guarde consonância com os dispositivos mencionados acima, necessário que fique evidenciado ter a medida, se acaso também restritiva, sido instrumentalizada através de uma norma legal, devendo, ainda, ser demonstrado que a intenção última do Estado é assegurar um avanço na fruição dos demais direitos e melhorar o bem-estar de toda a coletividade. Se não bastasse isso, incumbe ao ente estatal, que detém o ônus de provar tais circunstâncias, demonstrar que a medida retrocessiva adotada é a menos lesiva ao direito dentre as alternativas disponíveis, sendo necessária e adequada, portanto proporcional, com a ressalva de que venha a ser escolhida num contexto de plena realização do máximo dos recursos disponíveis⁵⁷⁸.

Acerca da aplicação progressiva dos direitos sociais, há alguns julgados destacados na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que servem a orientar a atuação dos Estados na observância das obrigações decorrentes dos tratados internacionais. Um desses julgados refere-se ao caso Cinco pensionistas vs. Perú⁵⁷⁹, no qual a Corte interpretou a norma contida no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁵⁸⁰. Nesse aspecto, foi decidido que o desenvolvimento progressivo dos direitos sociais deve ser medido em função da sua crescente cobertura sobre o conjunto da população, estando presente o valor da equidade social⁵⁸¹.

Além do julgado acima referido, a Corte Interamericana, utilizando-se de precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos, proferiu outras importantes sentenças, nas quais os julgadores vêm decidindo que toda e qualquer medida restritiva, em matéria de direitos humanos, devem ser necessárias e proporcionais, sob pena de violar o tratado internacional, o que deve ser aplicado também às hipóteses de medidas retrocessivas. Dentre esses julgados, há o caso Yakyé Axa vs. Paraguay⁵⁸², onde os juízes decidiram que as restrições aos direitos

⁵⁷⁸ Acerca desse tema, veja ROSSI, op. cit., 2006, p. 102-103.

⁵⁷⁹ Caso Cinco pensionistas vs. Perú, com sentença de 28 de fevereiro de 2003, Série C, n. 96, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁵⁸⁰ Segue a sua redação: “*Artigo 26. Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.*”

⁵⁸¹ Vide COURTIS, Christian. Luces y sombras: La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales em la sentencia de los ‘Cinco Pensionistas’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Mexicana de Derecho Público*, n. 6, 2004, p. 37-67.

⁵⁸² Caso Yakyé Axa vs. Paraguay, com sentença de 17 de junho de 2005, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

humanos devem estar “*orientadas a satisfazer um interesse público imperativo*”, estando alcançadas pelo critério da proporcionalidade. Nesse julgamento, a Corte ainda definiu, como um dos requisitos para que uma medida restritiva esteja em consonância com a Convenção Americana, a necessidade de que seja justificada a partir de objetivos que alcancem a coletividade, os quais prevaleçam sobre a necessidade da plena fruição do direito restringido.

Um outro julgado, também tratou da necessidade de que toda e qualquer medida restritiva a um dado direito guarde consonância com o princípio da proporcionalidade, qual seja o caso Ricardo Canese vs. Paraguay⁵⁸³. Nesse julgamento, a Corte acabou por decidir que toda medida restritiva deve ser consistente na opção menos danosa possível ao direito, devendo ser proporcional ao interesse que a justifica e ajustar-se estritamente ao alcance do objetivo legítimo pretendido. Invocando a necessária observância dos princípios da necessidade e da proporcionalidade, a Corte ainda decidiu, com fundamento no Comentário Geral n. 27 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que as medidas restritivas “*devem ser o instrumento menos perturbador que permita alcançar o resultado desejado, e devem guardar proporção com o interesse que se deve proteger*”.

Dessa maneira, ao haver a adoção de uma medida retrocessiva pelo Estado, há uma presunção de sua inconstitucionalidade, devendo a comprovação de sua compatibilidade com o ordenamento constitucional multinível ser realizada pelo Estado, a quem incumbe o ônus de provar. Por força do princípio em estudo, todo e qualquer retrocesso é incompatível com o sistema constitucional vigente, podendo acontecer, no entanto, de maneira rigorosamente excepcional, a adoção de uma medida retrocessiva que deverá ser justificada pelo Poder Público.

Conforme preconiza Christian Courtis⁵⁸⁴, em princípio, estão excluídas as possibilidades de medidas retrocessivas que afetem o núcleo essencial dos direitos humanos e fundamentais. Por outro lado, para o referido autor argentino, ressalvada esta primeira hipótese, há razões taxativas e limitadas que podem vir a justificar um retrocesso a um dado direito social, ao menos no âmbito do constitucionalismo multinível, devendo estar presentes os seguintes fatores: a) já ter o Estado efetuado uma cuidadosa avaliação das alternativas existentes; b) a finalidade pretendida com a medida seja resguardar a totalidade dos direitos, precipuamente quando a intenção for assegurar as necessidades básicas àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade; e c) a adoção da medida tenha levado em consideração o emprego do

⁵⁸³ Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, com sentença de 31 de agosto de 2004, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁵⁸⁴ COURTIS, op. cit., 2006, p. 39-40.

máximo dos recursos disponíveis.

A despeito de tudo que foi mencionado no presente item deste texto, Jorge Reis Novais⁵⁸⁵ sustenta que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não acolheu uma ideia de proibição de retrocesso nos seus vários Comentários Gerais. Para o referido autor, o que o Comitê vem realizando, na verdade, é tão somente reconhecer que, para além dos níveis essenciais dos direitos sociais, os Estados estão obrigados a não aprovar medidas legislativas e políticas públicas que piorem, sem justificativa razoável e proporcional, a fruição dos direitos sociais, e que qualquer medida retrocessiva deverá ser justificada numa referência à totalidade dos direitos contidos no Pacto e num cenário de utilização máxima dos recursos disponíveis.

Com isso, para o constitucionalista português, as posições reiteradas do Comitê, na verdade, evidenciam a fragilidade e a contradição da tese que sustenta a existência de um princípio jurídico-constitucional de proibição de retrocesso.

Uma vez realizada a abordagem doutrinária e jurisprudencial do princípio da proibição de retrocesso, serão realizados estudos, no item a seguir, visando fixar alguns limites ao retrocesso social nos tempos de crise, harmonizando-se com os ditames constitucionais vigentes, mas sem se distanciar da realidade fria da escassez de recursos.

3.3.3 Limites ao retrocesso social nos tempos de crise econômico-financeira

Conforme analisado nos itens anteriores deste texto, o princípio da vedação de retrocesso social impõe aos poderes constituídos a proibição de que venham reduzir os níveis de proteção e de garantia dos direitos sociais, tanto na esfera das políticas públicas, quanto no âmbito normativo.

Com ampla adoção da doutrina brasileira, a vedação ao retrocesso social também vem recebendo reiterado acolhimento pela jurisprudência constitucional, havendo variados julgados do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a sua existência. No mesmo sentido, ainda que mediante certas modulações, o Tribunal Constitucional português também vem admitindo a incidência do princípio em tela, principalmente ao versar sobre bens e prestações sociais destinadas aos grupos mais vulneráveis.

No entanto, apesar do largo reconhecimento da existência do princípio da proibição do retrocesso social, persistem severos debates doutrinários acerca da natureza do mesmo, se

⁵⁸⁵ Veja NOVAIS, op. cit., 2021-a, p. 256-257.

princípio jurídico-constitucional implícito ou se princípio meramente político⁵⁸⁶. Nesse aspecto, no contexto brasileiro, uma parcela considerável da doutrina sustenta que a vedação ao retrocesso social possui a natureza jurídica de princípio implícito, do qual decorrem posições jurídicas próprias de normas e medidas sociais.

Se não bastasse isso, há, também, um dever de progressividade imposto aos Estados, que decorre principalmente do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Protocolo de San Salvador – Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de onde se extrai a proibição de retrocesso social⁵⁸⁷.

Dessa maneira, a partir da obrigação de progressividade imposta aos signatários dos referidos tratados internacionais de direitos humanos, está vedado aos Estados retroceder na esfera da implementação dos direitos sociais, o que redundaria na proibição de retrocessos e reduções das políticas públicas concretizadoras de tais direitos, bem como das normas que os regulamentam.

No entanto, no contexto de escassez de recursos, onde a realidade econômica impõe limites fáticos à implementação dos direitos sociais, uma dogmática que pretenda contribuir para uma efetividade plena da socialidade não pode se omitir de analisar possíveis limites à proibição de retrocesso social⁵⁸⁸. Apesar disso, na vigência do constitucionalismo multinível já apontado neste texto, tal dogmática também não pode se afastar das disposições contidas no texto constitucional vigente, bem como nos tratados internacionais de direitos humanos incorporados.

No intuito de propor alguns limites ao princípio da proibição de retrocesso social, necessário primeiramente reconhecer a sua existência. Ainda que João Carlos Loureiro repute que o mencionado princípio atualmente se apresenta supérfluo⁵⁸⁹, na constância de um modelo de Estado social lastreado na dignidade da pessoa humana não há como refutar a condição de princípio jurídico-constitucional à vedação ao retrocesso, o qual se apresenta implícito.

Primeiramente, porque há uma miríade de princípios constitucionais que o sustentam, conforme apontado por Ingo Wolfgang Sarlet e já indicado neste texto⁵⁹⁰. Dentre

⁵⁸⁶ Veja o item 3.3.1.1 deste texto.

⁵⁸⁷ Vide o item 3.3.2 do presente texto.

⁵⁸⁸ Para a autora portuguesa Suzana Tavares da Silva, há uma desatualização do princípio da proibição de retrocesso social, cujas interpretações tradicionais colidem com as mais recentes contribuições do princípio da sustentabilidade. Assim, para a apontada constitucionalista, as concepções tradicionais do referido princípio não se mostram factíveis, posto que insustentáveis economicamente. Para tanto, vide SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, p. 208-209.

⁵⁸⁹ Veja LOUREIRO, op. cit., 2014-a, 642-645.

⁵⁹⁰ Sobre esse tema, vide o item 3.3.1 acima.

esses, há dois fundamentos centrais à proibição de retrocesso social, consistentes tanto na segurança jurídica e proteção da confiança, os quais exigem uma previsibilidade acerca da implementação dos direitos fundamentais e humanos em geral, incluindo os direitos sociais, quanto no princípio do Estado democrático e social de direito, que impõe a satisfação progressiva dos direitos sociais a partir de um critério marcado pela necessidade, com uma atenção destacada àqueles que se encontram numa situação de vulnerabilidade.

Além disso, tanto o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, quanto o Protocolo de San Salvador, conforme acima apontado neste texto⁵⁹¹, estabelecem a obrigação dos Estados reconhecer e progressivamente implementar os direitos neles descritos. Com esse entendimento, Flávia Piovesan⁵⁹², a partir da aplicação progressiva dos direitos sociais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social, sendo vedado aos Estados o retrocesso na implementação desses direitos.

Com esses sólidos argumentos, a despeito de posicionamentos em sentido contrário, está evidenciada a existência do princípio da proibição de retrocesso social, como princípio jurídico-constitucional implícito.

Justamente por se tratar de um princípio constitucional, e não de uma regra geral, ao abordar a incidência da proibição de retrocesso social não se admite uma solução baseada na lógica do “tudo ou nada”⁵⁹³, principalmente num contexto de escassez de recursos. Com isso, segue abaixo uma proposta que busque fixar alguns limites ao princípio em análise.

Como limite absoluto a toda e qualquer medida retrocessiva, no campo dos direitos sociais, há o núcleo essencial, qual seja o espaço intangível de cada direito, assim sendo uma parcela de seu conteúdo cuja restrição ou redução é sempre vedada. Adotada, neste texto⁵⁹⁴, a teoria absoluta dinâmica quanto a garantia do núcleo essencial, reconhece-se que há um limite fixo e absoluto, que constitui num mínimo a ser preservado pelo Estado em toda e qualquer circunstância. Por consequência, não se admite qualquer retrocesso que possa colocar em causa o referido núcleo essencial, na condição de conteúdo mínimo de um dado direito social, sob pena de uma atuação inconstitucional por parte do Estado, qual seja violadora da dignidade da pessoa humana.

Por se tratar, portanto, o núcleo essencial, de um limite absoluto à atividade restritiva e retrocessiva proveniente dos poderes constituídos, não se admite, na vigência de um

⁵⁹¹ Vide o item 3.3.2 do presente texto.

⁵⁹² PIOVESAN, op. cit., 2021, p. 275.

⁵⁹³ Sobre esse aspecto, para um aprofundamento, vide ALEXY, op. cit., 2015-a, p. 173 e s., bem como p. 500 e s.; bem como ÁVILA, op. cit., 2016, p. 59 e s.

⁵⁹⁴ Vide o item 2.3.2 do presente texto.

modelo de Estado social, qualquer inovação legislativa ou política pública que o atinja, até mesmo porque é composto pelo valor e princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, em caráter absoluto, o núcleo essencial dos direitos sociais vincula o Estado na esfera de proteção contra o retrocesso social, não se admitindo qualquer relativização, portanto sendo vedado todo e qualquer retrocesso. Pensar de maneira contrária vilipendia o modelo de Estado social vigente, e fragiliza sobremaneira a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, ressalvada a hipótese de garantia do núcleo essencial dos direitos sociais, o princípio da proibição de retrocesso social, numa dogmática ocupada com a escassez de recursos, deve ser relativizado. Dessa maneira, apesar da demonstrada existência do princípio em estudo, desde que observados requisitos e condicionantes, pode o Estado, em caráter excepcional, implementar uma medida que represente um retrocesso quanto a fruição e o exercício de um dado direito social.

Nesse aspecto, analisando o artigo 4º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denota-se um rol de justificativas que os Estados podem alegar para eventuais restrições à fruição e ao exercício de direitos sociais. Dessa maneira, como uma medida retrocessiva sempre implicará numa limitação a um direito humano e fundamental, pode-se proceder com uma articulação entre os requisitos materiais previstos no artigo 4º do Pacto para fins de avaliar a proporcionalidade e razoabilidade da medida retrocessiva.

Dessa maneira, uma vez observados os requisitos materiais dispostos no artigo 4º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, estando o retrocesso à fruição e ao exercício do direito social alcançado pelo critério da proporcionalidade, não há que se falar na ocorrência de uma flagrante inconstitucionalidade estatal. Com isso, para que se admita um dado retrocesso à socialidade, deverão estar presentes os requisitos normativos materiais acima referidos, bem como a medida retrocessiva deverá guardar consonância com o princípio da proporcionalidade, a ser alcançado mediante os sopesamentos necessários a tanto.

A partir dessa posição, o grau de realização dos direitos sociais somente poderá ser diminuído havendo a finalidade de assegurar o bem-estar geral numa sociedade democrática, sendo a medida, ainda, necessária, adequada e proporcional ao propósito pretendido. Além desses requisitos, por força do previsto no artigo 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e também no artigo 1º do Protocolo de San Salvador, necessariamente, para ser reputada válida e constitucional, a medida retrocessiva deverá ser adotada no contexto de uma plena utilização do máximo dos recursos estatais disponíveis.

Fixar esses limites, que possibilitam, em hipóteses excepcionais, um retrocesso quanto a socialidade, é compatibilizar o ideal da solidariedade com a necessária

sustentabilidade, seja em face da gritante escassez de recursos públicos, seja em razão dos elevados custos para a implementação dos direitos sociais.

Nesse quadro, a proibição de retrocesso social tem a sua existência evidenciada na condição de um princípio jurídico-constitucional implícito. Além disso, incidirá, em caráter absoluto, na hipótese de retrocessos que afetem o núcleo essencial dos direitos em causa. Sem prejuízo dessa circunstância, admite-se a adoção de retrocessos à socialidade, desde que sejam proporcionais e razoáveis, bem como observem os requisitos materiais previstos no artigo 4º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sem prejuízo, ainda, da demonstração da plena utilização do máximo dos recursos disponíveis.

Com essa posição, busca-se fixar limites ao retrocesso social, harmonizando uma concepção tradicional desse princípio com uma necessária e urgente dogmática de crise. Nesse sentido, defende-se, salvo na hipótese de violação do núcleo essencial dos direitos, um retrocesso condicionado e delimitado, sempre que seja impraticável ou insustentável a manutenção do nível de prestações sociais por escassez de recursos, até porque não há qualquer dúvida de que a realização prática dos direitos sociais está sujeita a condições de sustentabilidade.

CAPÍTULO 4 AS NOVAS VESTES DO ESTADO NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS SOB A VIGÊNCIA DE UM CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL

Por força dos ditames normativos constantes no constitucionalismo multinível vigente, incumbe ao Estado a responsabilidade primária acerca da implementação dos direitos sociais, persistindo, assim, a obrigação estatal de formular e implementar políticas de desenvolvimento, até mesmo porque possui a autoridade para editar e impor atos normativos, bem como para executar políticas públicas componentes da socialidade⁵⁹⁵.

No entanto, em razão da escassez de recursos que fragiliza o Estado social na sua roupagem tradicional, que é originariamente de prestação, novas vestes do Estado vêm sendo defendidas. Com isso, há a pretensão de imprimir uma nova configuração que assegure a socialidade a partir do direito e da regulação das atividades econômicas e econômico-sociais, transferindo parte dessa socialidade ao terceiro setor e à sociedade⁵⁹⁶.

Mesmo havendo a necessária manutenção do Estado prestacional, surgem outras feições paralelas do Estado social, tais como o Estado de ativação e o Estado de garantia, os quais fazem referência a um processo político cooperacional que alcança o poder público, as entidades públicas e privadas e os cidadãos⁵⁹⁷.

Abaixo, serão apresentados alguns argumentos atinentes a essas novas vestes do Estado social, as quais, no entanto, não excluem a permanência da responsabilidade primária do poder público na implementação dos direitos sociais, assim exercitada, inclusive, pela via do diálogo interinstitucional, tanto na seara administrativa quanto judicial.

4.1 A responsabilidade primária do Estado na implementação dos direitos sociais

Apesar da possibilidade de que o mercado, a sociedade e os indivíduos possam contribuir para a implementação dos direitos sociais, permanece íntegra a responsabilidade primária do Estado no sentido de assegurar o mínimo a uma existência condigna a todos aqueles que se encontrem numa condição de vulnerabilidade social, o que se extrai do princípio

⁵⁹⁵ Nesse aspecto, vide SENGUPTA, op. cit., p. 340-341; e SEN, op. cit., 2010, p. 32-33.

⁵⁹⁶ SILVA, op. cit., 2014, p. 207.

⁵⁹⁷ Veja MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Socialidade, solidariedade e sustentabilidade: esboços de um retrato jurisprudencial. In: LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da (coords.). A economia social e civil: estudos, v. 1. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 79.

fundante da dignidade da pessoa humana.

Ainda que novas vestes do Estado sejam necessárias, existem zonas de obrigatoriedade do Estado prestacional, quando, então, esta configuração permanece por determinação constitucional⁵⁹⁸. Dessa maneira, por estar assegurada constitucionalmente a garantia do mínimo a uma existência condigna, os bens e os serviços sociais que a compõem devem ser prestados pelo Estado, não havendo que se falar, entretanto, na existência de monopólio estatal, podendo tais encargos serem solidariamente compartilhados com agentes privados e com os indivíduos.

Nos bens e serviços sociais previstos constitucionalmente como de prestação obrigatória pelo Estado, ressaí o seu dever de ofertá-los, o que se justifica a partir do interesse público existente. Na atuação voltada àqueles que se encontram em condições de necessidade, conforme já indicado no presente estudo, incumbe ao Estado formular políticas públicas para resguardar o mínimo a uma existência digna, cujos bens e serviços deverão ser prestados pelo poder público, sem prejuízo, no entanto, de complementações advindas dos agentes privados e comunitários.

Para que a atuação prestacional do Estado mostre-se eficiente e sustentável, principalmente em períodos de crise, destaca-se a importância dos diálogos interinstitucionais, conforme o que será exposto a seguir.

4.2 A atuação primária do Estado pela via do diálogo interinstitucional

Na vigência de um Estado social lastreado na dignidade da pessoa humana, como já indicado no presente texto, extrai-se a garantia do mínimo a uma existência condigna, incumbindo ao Estado assegurar um conjunto de condições mínimas acerca dos direitos sociais, sob pena de caracterizar um deficit inconstitucional de proteção⁵⁹⁹.

Existe, portanto, um direito fundamental exigível ao mínimo para uma existência condigna, a alcançar todos que se encontram numa situação de vulnerabilidade social, incluindo os submetidos à condição de pobreza. Em razão disso, até mesmo pelo fato de que a implementação dos direitos sociais envolve dispendiosos custos, a sua realização acaba por depender da implementação de políticas públicas, tarefa esta que perpassa, segundo aponta

⁵⁹⁸ Vide LOUREIRO, op. cit., 2012-b, p. 206-207.

⁵⁹⁹ Vide VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2015, p. 32.

Virgílio Afonso da Silva⁶⁰⁰, principalmente pela atuação do governo e pelas pressões da sociedade civil organizada.

Nesse sentido, as políticas públicas podem ser compreendidas como ações ou programas formulados para a realização dos objetivos sociais do Estado, com a única finalidade de resguardar o bem comum⁶⁰¹, estando direcionadas para a execução da socialidade. Para que haja uma efetiva implementação dos direitos sociais, não basta apenas o seu reconhecimento formal, havendo, também, a necessidade de um conjunto de atividades desenvolvidas pelo Estado visando alcançar os fins previstos nas normas constitucionais⁶⁰².

No entanto, apesar disso, variadas vezes é observável um deficit na tutela dos direitos sociais, o que, por força da responsabilidade primária do Estado na sua implementação, acaba por provocar uma intervenção de órgãos externos aos Poderes Legislativo e Executivo, o que exige um constante diálogo entre órgãos e Poderes, sob risco de uma fragilização ainda mais acentuada da força normativa da Constituição.

Para que o Estado, no cumprimento de sua responsabilidade primária, detenha melhores condições de implementar eficazmente os direitos sociais, existem, como caminhos alternativos à simples judicialização das políticas públicas componentes da socialidade, as vias dialógicas administrativa e jurisdicional.

Nesse aspecto, a partir do Relatório Justiça em Números 2022⁶⁰³, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, que objetiva divulgar periodicamente a realidade dos tribunais brasileiros, é possível verificar que o tempo médio de duração dos processos, nas fases de conhecimento e de cumprimento de sentença no primeiro grau acrescido do decurso temporal de tramitação no segundo grau, ultrapassa o considerável lapso de 11 (onze) anos.

Além disso, no sumário executivo do apontado relatório⁶⁰⁴, existe a informação de que o estoque processual da Justiça brasileira, em 2021, era, nada menos, que 77,3 (setenta e sete vírgula três) milhões de processos em tramitação, sendo, tão somente, 17,4% (dezessete vírgula quatro por cento) solucionados pela via conciliatória na fase de conhecimento.

Além da conhecida morosidade processual nos escaninhos do Poder Judiciário brasileiro, há também uma incompatibilidade entre o conceito tradicional de jurisdição e a tutela

⁶⁰⁰ SILVA, op. cit., 2008, p. 595.

⁶⁰¹ Veja FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 47.

⁶⁰² Vide CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 262.

⁶⁰³ Disponível em: www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf. Acesso em: 15/03/2023.

⁶⁰⁴ Disponível em: www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/sumario-executivo-jn-v3-2022-2022-09-15.pdf. Acesso em: 15/03/2023.

dos direitos sociais, pois, conforme adverte Susana Henriques da Costa⁶⁰⁵, o modelo processual civil brasileiro não se mostra eficaz para tutelar os direitos sociais, não fornecendo uma técnica processual adequada para a solução dos conflitos envolvendo a justiça distributiva.

Com isso, na tutela dos direitos sociais, persistir no caminho da judicialização litigiosa, principalmente nas ações coletivas, é atuar em prejuízo das promessas constitucionais construídas em benefício da sociedade brasileira, o que torna imperiosa a adoção cada vez mais ampla das vias qualificadas pelos diálogos interinstitucionais⁶⁰⁶.

Nesse sentido, para Lúcio Mauro Carloni Fleury Curado⁶⁰⁷, há consideráveis vantagens na adoção do diálogo interinstitucional no campo dos direitos sociais, pois possibilita uma uniformidade de entendimentos que fortalece o peso da persuasão argumentativa acerca da efetivação dos direitos, além de assegurar a utilização conjunta de instrumentos e aparatos estruturais, o que aumenta significativamente a possibilidade de uma implementação efetiva dos bens e serviços que compõem a socialidade.

Tanto na seara administrativa quanto na via jurisdicional, os diálogos interinstitucionais, conforme será evidenciado a seguir, podem contribuir, de maneira decisiva, no cumprimento da responsabilidade primária estatal de implementação dos direitos sociais e de execução das políticas públicas.

4.2.1 Os diálogos pela via administrativa

Em tempos de crise de judicialização, quando a via litigiosa não vem alcançando a tutela pretendida no campo dos direitos sociais, seja pela morosidade processual observada, seja por força da ineficiência dos provimentos jurisdicionais, surge a necessidade de que as instituições adotem posturas resolutivas e proativas a partir de diálogos cooperativos.

Numa atuação dialógica interinstitucional, os atores atuantes na tutela dos direitos sociais devem adotar a prática de posturas resolutivas, evitando assim uma indevida, e muitas vezes prematura, judicialização das questões que compõem a socialidade.

No contexto do direito brasileiro, existem vários atores institucionais dotados do

⁶⁰⁵ Vide COSTA, Susana Henriques da. Controle judicial de políticas públicas: Relatório Geral do Brasil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 57, jul./set. 2015, p. 225-226.

⁶⁰⁶ Com as dificuldades na judicialização litigiosa das demandas coletivas, há um distanciamento da concretização dos direitos sociais lançados no constitucionalismo multinível vigente.

⁶⁰⁷ CURADO, Lúcio Mauro Carloni Fleury. A efetivação de direitos sociais pela via não judicial. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 117.

poder-dever de atuar em prol da implementação dos direitos sociais, pela via dialógica, na seara administrativa.

Dentre esses, há a advocacia pública, que atuando no assessoramento jurídico dos Poderes Legislativo e Executivo, pode orientar, pela via do diálogo interinstitucional, a formulação e a execução de políticas públicas que versem sobre os direitos sociais. Ainda que conciliando os interesses públicos primário e secundário, todo e qualquer diálogo entre instituições, para se mostrar eficaz, envolve a advocacia pública, que detém um papel primordial na implementação dos bens e serviços sociais, bem como na coparticipação que vise concretizar a justiça social⁶⁰⁸.

De igual maneira, os Tribunais de Contas, que detêm constitucionalmente⁶⁰⁹ a atribuição de realizar, como órgão auxiliar do Poder Legislativo no controle externo da administração pública, a fiscalização contábil, financeira, operacional, patrimonial e orçamentária dos entes estatais, também possuem papel destacado, pela via do diálogo, na implementação dos direitos sociais. Inclusive, para Ricardo Schneider Rodrigues⁶¹⁰, os Tribunais de Contas possuem, em relação ao Poder Judiciário, melhores condições de realizar a denominada macrojustiça, pois detêm as informações técnicas atinentes ao orçamento e à execução financeira das políticas públicas sociais, evitando, assim, as distorções próprias de uma judicialização abusiva.

Merece destaque, ainda, nessa atuação dialógica na via extrajudicial, a Defensoria Pública, que, no direito constitucional positivo brasileiro⁶¹¹, possui a atribuição de promover os direitos humanos, bem como defender os direitos individuais e coletivos daqueles em situação de necessidade. Além disso, é função institucional da Defensoria Pública a atuação dialógica e extrajudicial, evitando-se, assim, levar os conflitos ao Poder Judiciário desnecessariamente⁶¹².

⁶⁰⁸ Nesse sentido, vide RODRIGUES, Daniel C. Pagliusi. A identidade da advocacia pública no nosso modelo. In: DOSSO, Taisa Cintra; MASSA, Patrícia Helena; HIGA, Alberto Shinji (coords.). A advocacia pública na defesa da cidadania e da democracia. São Paulo: Escola Superior de Advocacia da OAB/SP, 2021, p. 61-89.

⁶⁰⁹ Vide o artigo 70 da Constituição brasileira de 1988, com a seguinte redação parcial: “*A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional*” – com o auxílio do Tribunal de Contas.

⁶¹⁰ Veja RODRIGUES, Ricardo Schneider. O controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas. In: SILVA, Jéssica A. C. da; ERHARDT JÚNIOR, Marcos (coords.). *Hermenêutica jurídica e efetivação dos direitos sociais: homenagem a Andreas Krell*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 192-193.

⁶¹¹ Vide o artigo 134 da Constituição brasileira de 1988, com a seguinte redação parcial: “*A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados*”.

⁶¹² Acompanhando esse entendimento, veja SILVA, Alexandre Barbosa da; SCHULMAN, Gabriel. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. *Revista Bioética*, v. 25, n. 2, 2017, p. 290-300; e LOBO, Júlio Cesar Matias. A atuação do defensor público à luz da administração gerencial pública do

Sem prejuízo da importante atuação das instituições até então mencionadas, a partir da miríade de atribuições, da estrutura organizacional e dos instrumentos disponíveis, não há dúvida de que incumbe ao Ministério Público uma parcela destacada, na via dialógica e extrajudicial, em prol da implementação dos direitos sociais, no contexto brasileiro⁶¹³.

Por força dos próprios ditames constitucionais vigentes⁶¹⁴, o Ministério Público possui papel essencial na implementação das políticas públicas sociais, atuando junto aos Poderes Legislativo e Executivo, através de um diálogo interinstitucional, bem como perante a sociedade civil organizada, inclusive por meio de interações com o terceiro setor. Para Jayme Weingartner Neto e Vinicius Diniz Vizzotto⁶¹⁵, incumbe à referida instituição auxiliar, induzir e influenciar os demais agentes públicos e políticos a priorizar a implementação dos direitos essenciais da pessoa humana.

Para possibilitar que o Ministério Público detenha melhores condições de realizar os diálogos necessários à efetivação dos direitos sociais, principalmente em benefício dos indivíduos em situação de vulnerabilidade, a referida instituição vem sendo incentivada a adotar uma postura resolutiva, qual seja aquela que contribui significativamente para solucionar, de maneira efetiva, um dado conflito ou problema, na finalidade última de concretizar os direitos humanos e fundamentais, cuja defesa e tutela lhe incumbe⁶¹⁶.

A partir dos diálogos cooperativos com as demais instituições, o Ministério Público, com sua ampla legitimidade constitucional e sua consolidada estrutura organizacional, pode construir avanços significativos na implementação dos direitos sociais, seja atuando no acompanhamento da boa governança e da elaboração orçamentária, seja orientando e fiscalizando a execução das políticas públicas, sem qualquer acesso precoce ao Poder Judiciário⁶¹⁷.

século XXI. In: ROCHA, Amélia et al. (orgs.). Defensoria Pública, assessoria jurídica popular e movimentos sociais e populares: novos caminhos traçados na concretização do direito de acesso à justiça. Fortaleza: Dedo de Moças Editora e Comunicação Ltda, 2013, p. 227-270.

⁶¹³ Vide CURADO, op. cit., 2018, p. 119, para quem o Ministério Público é a instituição que detém as melhores condições e o perfil mais adequado para a tutela coletiva extrajudicial de direitos sociais.

⁶¹⁴ Vide o artigo 127 da Constituição brasileira de 1988, com a seguinte redação: “*Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*”

⁶¹⁵ Vide WEINGARTNER NETO, Jayme; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 296.

⁶¹⁶ Inclusive, nesse sentido, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Recomendação n. 54, de 28 de março de 2017, estimulando a atuação resolutiva dos membros da instituição e a cultura institucional orientada para a entrega à sociedade de resultados socialmente relevantes, inclusive na implementação dos direitos sociais.

⁶¹⁷ Acerca do diálogo interinstitucional mantido entre o Ministério Público e os Conselhos Municipais de Saúde, na busca de uma efetiva implementação do direito social à saúde, vide PEREIRA, Ilma de Paiva et al. Ministério

Dessa maneira, num cenário de escassez de recursos, visando a efetivação dos direitos sociais, a via dialógica administrativa mostra-se relevante e adequada, sendo uma estratégia alternativa à mera judicialização das políticas públicas, que tantos debates e polêmicas desperta.

4.2.2 Os diálogos pela via judicial

Na execução da responsabilidade primária pela implementação dos direitos sociais pelo Estado, não é incomum, no contexto brasileiro, o exercício do acesso ao Poder Judiciário, na busca da tutela dos direitos sociais e, muitas vezes, na pretensão de um controle externo às políticas públicas, principalmente nas hipóteses de omissão estatal ou de prestação deficitária da socialidade.

A partir de alguns parâmetros já assinalados no presente texto⁶¹⁸, em situações extremas, caso os gestores sejam omissos ou atuem de maneira insuficiente na implementação dos direitos sociais, tão somente na dimensão do mínimo a uma existência condigna, surge a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário para realizar o controle das políticas públicas do governo.

Ainda que haja várias críticas democráticas, institucionais, administrativas e econômicas à justiciabilidade dos direitos sociais, as quais não serão abordadas neste trabalho por uma opção metodológica, certo é que, num cenário de omissão ou insuficiência estatal, resguardados alguns parâmetros materiais e formais, não há como negar o acesso ao Poder Judiciário⁶¹⁹.

No entanto, a atuação jurisdicional tradicional vem se mostrando insuficiente para a tutela dos direitos sociais, havendo a necessidade de mudanças estruturais, conforme Virgílio Afonso da Silva⁶²⁰ indica, na educação jurídica, na organização dos tribunais, e, principalmente, nos procedimentos judiciais, para que seja possível tratar eficazmente da implementação daqueles direitos, decidindo, ainda, de maneira coletiva.

As falhas na implementação dos direitos sociais, que acabam por influenciar no

Público, Conselhos Municipais de Saúde e as práticas do diálogo interinstitucional. *Saúde e Sociedade*, v. 28, n. 2, 2019, p. 111-123.

⁶¹⁸ Vide o item 2.4.5 do presente texto.

⁶¹⁹ Veja RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 264-267, para quem, dentre vários outros autores, não há a possibilidade do Poder Judiciário implementar direitos sociais veiculados por normas de eficácia limitada, numa crítica ao que denomina como ativismo judicial.

⁶²⁰ SILVA, op. cit., 2008, p. 596.

acionamento do Poder Judiciário, tanto no direito comparado, quanto na experiência brasileira, vêm sendo objeto de amplos debates acerca do emprego da via negocial e dialógica, marcada por ordens flexíveis cumpridas gradualmente, como instrumento de solução⁶²¹.

No contexto brasileiro, na prática, a partir de uma falha na implementação de uma dada política pública, vem persistindo a propositura de inúmeras ações individuais, onde são aplicadas medidas coercitivas típicas do âmbito privado, como o bloqueio judicial de bens⁶²², que recaem sobre o resultado da arrecadação tributária, muitas vezes sem qualquer critério técnico.

De igual maneira, o processo coletivo tradicional também não se mostra útil e adequado ao aperfeiçoamento de políticas públicas que versem acerca de direitos sociais, pois, segundo Sérgio Cruz Arenhart⁶²³, há os mesmos defeitos do processo individual, vinculado a uma dinâmica bipolar, com a adstrição absoluta do provimento jurisdicional ao pedido.

Em razão dessas dificuldades, a possibilitar uma implementação efetiva dos direitos sociais pela via jurisdicional, também se mostra adequada uma atuação dialógica, na qual o Poder Judiciário mantenha uma atuação aberta e cooperativa com as demais instituições, em especial com os Poderes Legislativo e Executivo, através, inclusive, de uma maior democratização das decisões.

Na jurisdição constitucional, a abertura ao diálogo interinstitucional é essencial e necessária, pois, além de permitir o controle recíproco dos poderes e instituições, também acaba por viabilizar a correção de eventuais erros na atividade hermenêutica, devendo envolver, da maneira mais ampla possível, as instituições públicas e os poderes⁶²⁴.

Mesmo que o direito constitucional positivo brasileiro não preveja mecanismos típicos de implementação de diálogos entre os Poderes, como, por exemplo, a cláusula não obstante (*notwithstanding*) prevista na Seção 33 da Carta Constitucional canadense, inexistem impedimentos à adoção de procedimentos informais de desenvolvimento do diálogo entre instituições na jurisdição constitucional, máxime quando o objeto versar sobre políticas

⁶²¹ Denominada por alguns como uma litigância estrutural, para uma melhor descrição acerca das suas características, vide CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. Harvard Law Review, vol. 89, n. 7, 1976, p. 1281-1316.

⁶²² Medida, inclusive, admitida pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme decidido, em sede de recurso especial afetado pelo regime dos recursos repetitivos, no REsp n. 1.069.810/RS.

⁶²³ Vide ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da acp do carvão*. Revista de Processo Comparado, vol. 2, jul./dez. 2015, p. 212.

⁶²⁴ Veja BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Última palavra e diálogos constitucionais: caminhos e descaminhos na jurisdição constitucional brasileira*. Revista de Informação Legislativa, vol. 58, n. 231, jul./set. 2021, p. 181-200.

públicas de direitos sociais⁶²⁵⁶²⁶.

Além da ausência de impedimentos estruturais e normativos, conforme Conrado Hübner Mendes⁶²⁷ o diálogo interinstitucional é possibilitado a partir de um desenho que o disciplina formalmente, bem como por intermédio de uma cultura política que o induza. Dessa maneira, tanto através de alterações legislativas, quanto por força de mudanças informais no processo interpretativo, é possível difundir eficazmente uma cultura do diálogo na via jurisdicional.

Com isso, para uma melhor implementação dos direitos sociais, no âmbito da hermenêutica constitucional, há um destaque ao modelo dialógico, o que acaba por promover o pluralismo e a democracia, intensificando, ainda, o mecanismo de freios e contrapesos, a tornar a concretização das promessas constitucionais um processo interativo, forjando, assim, consensos políticos e uma maior segurança jurídica⁶²⁸.

Ultrapassando a dinâmica da hermenêutica constitucional, também na prática jurisdicional brasileira ocupada com a tutela individual ou coletiva dos direitos sociais, tanto o processo individual, quanto o processo coletivo tradicional, ambos detentores de uma índole privada, não vêm se mostrando eficazes na implementação de tais direitos, o que impõe a adoção de um modelo dialógico pautado em técnicas processuais mais eficazes.

A partir da adoção da lógica de “*direitos fortes e remédios flexíveis*”⁶²⁹, a via dialógica, na tutela jurisdicional de direitos sociais, deve estar vinculada à complexidade técnica e política imposta no caso concreto submetido à apreciação do Poder Judiciário⁶³⁰, com

⁶²⁵ A referida cláusula encontra-se prevista na seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades canadense, cujo teor, numa tradução livre, é o seguinte: “(1) O Parlamento ou a legislatura de uma província poderá promulgar uma lei onde se declare expressamente que a lei ou uma das suas disposições terá vigor independentemente de qualquer disposição incluída na seção 2 ou nas seções 7 a 15 da presente Carta. (2) A lei ou disposição da lei que esteja em vigor sob a declaração de que trata este artigo terá o efeito que teria, exceto pela referência à disposição desta Carta referida na declaração. (3) A declaração feita ao abrigo do parágrafo (1) cessará de ter validade cinco anos após ter entrado em vigor ou em uma data anterior especificada na declaração.” Nessa hipótese, admite-se a superação legislativa, tanto pelo Parlamento Federal, quanto pelas Assembleias Provinciais, de uma decisão da Suprema Corte por intermédio da reedição da lei declarada inconstitucional, quando versar sobre matérias relacionadas com direitos e garantias previstos nas seções 2, e 7 a 15 da Carta de Direitos. Em razão da referida cláusula, Mark Tushnet denomina o modelo brando de controle de constitucionalidade canadense como dialógico. Nesse sentido, vide TUSHNET, op. cit., 2008, p. 31-33.

⁶²⁶ Ainda que a cláusula “não obstante” possua ínfima aplicação, a mera possibilidade do Poder Legislativo, mediante simples declaração normativa, superar uma decisão de inconstitucionalidade emanada da Suprema Corte, já demonstra a adoção de um *weak-form judicial review* no Canadá. Nesse sentido, vide PINTO, José Guilherme Berman Correa. Direito Constitucional comparado e controle fraco de constitucionalidade. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, p. 146-147.

⁶²⁷ MENDES, Conrado Hübner Mendes. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 172-173.

⁶²⁸ Vide BRANDÃO, Rogério. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 357.

⁶²⁹ Conforme TUSHNET, op. cit., 2008.

⁶³⁰ Vide MUNHOZ, Manoela Virmond. O reconhecimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, dos processos

uma ampla participação social.

Dessa maneira, há a necessidade de utilizar adequadamente vários dos instrumentos já existentes no direito processual tradicional vigente. A partir disso, como ferramentas essenciais para a adoção de soluções mais efetivas na implementação dos direitos sociais, tem-se o emprego das soluções consensuais de litígios, envolvendo todos os Poderes e instituições, tais como a conciliação e a mediação⁶³¹.

Com o emprego dessas específicas técnicas, o processo estará qualificado por variadas e reiteradas negociações envolvendo todos os interessados, não se limitando às partes formalmente identificadas na petição inicial, devendo haver, inclusive, o envolvimento, conforme o caso, da Defensoria Pública e do Ministério Público nos diálogos.

Além disso, na via dialógica, há uma superação da ideia de um provimento jurisdicional como uma decisão autoritária e coercitiva, devendo ser concebida a partir de uma construção interinstitucional, com uma preferência por ordens abertas e flexíveis, cuja implementação seja gradual, em detrimento das decisões sujeitas às medidas executivas tradicionais.

Há, portanto, uma preferência por instrumentos dialógicos e flexíveis de implementação das decisões em detrimento dos meios judiciais mais gravosos, havendo a primazia do diálogo interinstitucional marcado por uma democratização do processo, sendo este preferencialmente coletivo⁶³².

Propõe-se, então, visando um exercício mais eficiente da responsabilidade primária do Estado na prestação dos direitos sociais, que o Poder Judiciário, uma vez acionado, detenha uma dedicada atuação negocial, com a atenuação, portanto, dos remédios fortes, havendo, por outro lado, o desenvolvimento de soluções criativas para problemas estruturais complexos, a serem corrigidos gradualmente por intermédio de decisões dialógicas⁶³³.

estruturais como necessários à solução de litígios complexos: uma análise do recurso especial 1.733.412/SP. Revista de Processo, vol. 308, out./2020, p. 231-245.

⁶³¹ Veja RODRIGUES, Daniel Colnago. Mediação obrigatória no processo civil: reflexões à luz do direito comparado, do CPC/2015 e da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015). Revista de Processo, vol. 285, nov./2018, p. 367, para quem a conciliação e a mediação apresentam distinções a partir de alguns fatores. Acerca da finalidade, enquanto a conciliação procura resolver o conflito conforme apresentado pelos interessados; na mediação, em regra, a solução é mais abrangente, ultrapassando os limites originalmente ofertados pelos interessados. Quanto ao método, segundo o referido autor, a atividade do conciliador é mais proativa do que a atuação do mediador, admitindo-se, inclusive, sugestões aos termos do acordo.

⁶³² Vide FACHIN; SCHINERMANN, op. cit., 2018.

⁶³³ Há, no constitucionalismo do sul global, bons exemplos da adoção da via dialógica na seara jurisdicional a serem observados. Na jurisprudência sul-africana, destaca-se o caso Grootboom, que garantiu a fruição material do direito à moradia, assegurando a criação de uma política pública mínima destinada aos mais vulneráveis. Já na prática jurisdicional colombiana, tem-se os casos T-153, que versou sobre as penitenciárias colombianas; T-590, que reconheceu a existência de um estado de coisas inconstitucional relativo à proteção dos defensores de direitos humanos no país; e T-25, que tratou das pessoas deslocadas em razão de conflitos violentos internos. Por fim, na

4.3 O Estado em novos formatos

Sob a vigência de um constitucionalismo multinível lastreado na dignidade da pessoa humana, o formato tradicional do Estado prestador de direitos sociais permanece inabalável, incumbindo ao Poder Público implementar a socialidade na proporção da necessidade de cada particular, sob pena de uma proteção deficitária.

No entanto, em tempos de crise, quando o Estado social se depara com a escassez de recursos, para que a atividade prestacional possa ser exercitada eficazmente há os caminhos alternativos dos diálogos interinstitucionais nas vias administrativa e jurisdicional, que contribuem decisivamente para uma efetiva execução das políticas públicas pelo governo.

A despeito disso, paralelamente à configuração do Estado prestador, são propostas novas roupagens ao Poder Público, visando fortalecer a socialidade a partir de uma atuação cooperativa do Estado com a sociedade, as entidades privadas, os indivíduos, o mercado, o terceiro setor, sem qualquer monopólio estatal na prestação dos bens e serviços sociais previstos, numa dimensão multinível, no constitucionalismo vigente.

Dentre as várias novas roupagens propostas ao Estado, destacam-se o Estado ativador ou de ativação, bem como o Estado de garantia ou garantidor, que serão objetos de estudos a seguir, com a finalidade de sugerir propostas que culminem com a possibilidade de uma melhor implementação dos direitos sociais.

4.3.1 O Estado ativador ou de ativação e a implementação dos direitos sociais

Paralelamente à atuação de um modelo de Estado ocupado tão somente com a prestação dos direitos sociais – qual seja o Estado prestacional, visando uma implementação mais efetiva da socialidade propõe-se que o Estado também assuma uma feição ativadora ou de ativação.

Essa importância parte da premissa de que as medidas sociais passivas, que são baseadas na compreensão do “*senta-te e espera*” – *sit down and wait*⁶³⁴, vem demonstrando

jurisprudência indiana, o caso PUCL vs. Índia é importante, onde o tribunal atuou na implementação de ações estatais voltadas à erradicação da fome. Todos os julgados podem ser consultados livremente, nos idiomas oficiais de seus países, nos sítios virtuais dos respectivos Tribunais Constitucionais.

⁶³⁴ Sobre esse tema, veja CARNEY, Terry. Social security law and policy. Leichhardt: The Federation Press, 2006, p. 1-18.

uma frágil efetividade no desenvolvimento das capacidades dos indivíduos, sendo, no mais das vezes, destruidoras da autonomia dos destinatários, induzindo-os à passividade, e não se ocupando de criar as condições necessárias à detenção de uma aptidão para o pleno desenvolvimento pessoal. Ao contrário das medidas sociais passivas, as políticas sociais, no comentado modelo de Estado, estão ocupadas com a ativação e a empregabilidade.

Por se mostrar mais efetivo ao livre desenvolvimento da personalidade humana, possibilitando, assim, que os indivíduos detenham condições de exercer plenamente suas aptidões, o Estado de ativação passa a deter uma ampla resolutividade na consecução das finalidades constitucionais da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais.

Nessa roupagem do Estado como ente ativador, o indivíduo deixa de ser um mero usuário dos serviços públicos, assumindo um papel ativo, qual seja uma postura comprometida e socialmente responsável, inclusive cooperativa com o governo na realização do interesse público⁶³⁵. Visando a implementação dos direitos sociais, incumbe ao Estado de ativação estimular as capacidades pessoais dos beneficiários dos bens e serviços.

Nessa compreensão, Amartya Sen⁶³⁶ considera ser tarefa do Estado possibilitar a toda e qualquer pessoa a aquisição das capacidades básicas, ofertando-lhes serviços públicos ativadores da qualificação, da capacitação, do emprego e da renda. Dessa maneira, para o referido autor, incumbe ao Estado ativar as capacidades dos indivíduos, para que então estes, individualmente ou organizados em grupos, possam desenvolver plenamente suas aptidões e vontades.

Ao Estado ativador persiste a obrigação de capacitar as pessoas para que consigam expressar suas reais necessidades, participando, em consequência, da solução dos problemas que as afetam, o que culmina numa “*ajuda para a autoajuda*”⁶³⁷, induzindo, ao final, a geração de trabalho e renda possibilitadores da melhora das condições de vida daquelas que se encontram numa situação de vulnerabilidade social.

Esse modelo de Estado ativador, paralelamente ao Estado prestacional, destaca as medidas sociais ativas, deixando de induzir à passividade dos beneficiários, para enfraquecer, dessa maneira, o paternalismo estatal muitas vezes presente nos bens e serviços sociais. Com isso, a atuação estatal ativadora é implementada a partir da valorização das capacidades dos

⁶³⁵ Nesse sentido, vide GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governação da administração pública a partir do mote do new public governance. In: GONÇALVES, Pedro Costa (coord.). O governo da administração pública. Coimbra: Almedina, 2013, p. 7-33.

⁶³⁶ Veja SEN, op. cit., 1993, p. 34-35.

⁶³⁷ Vide LOUREIRO, op. cit., 2010, p. 97.

particulares⁶³⁸.

Tendo como destinatários principais aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade social, e muitas vezes de desemprego ou subemprego, as políticas estatais de ativação acabam por objetivar a formação das habilidades dos beneficiários, motivando-os, ainda, à reinserção laboral ou à capacitação, segundo Annarita Fasano⁶³⁹. Nesse sentido, ao contrário do que se dá com as medidas sociais passivas, na dimensão ativa inerente ao Estado ativador o indivíduo passa a deter, no mais das vezes, um encargo imposto como contraprestação ao bem ou serviço social recebido, assegurando-se a possibilidade do beneficiário desenvolver suas capacidades e exercer plenamente a cidadania mediante a inclusão social.

Não se restringindo, por óbvio, à qualificação e à inserção/reinserção laboral, a atuação estatal ativadora também deve assegurar, segundo Alexandru Panican e Anna Angelin⁶⁴⁰, as ações e os serviços adequados e necessários ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, que estabeleçam, ainda, condições aos beneficiários para que haja o recebimento das prestações estatais numa postura comprometida e responsável.

A partir dessas noções, o modelo de Estado ativador mostra-se essencial ao desenvolvimento da pessoa humana, pois impede o desvirtuamento do Estado para um inalcançável e utópico Estado providência, assim inviável num contexto de escassez, além de mitigar as possibilidades de dependência dos beneficiários do paternalismo estatal, assegurando, ainda, que os indivíduos possam exercer plenamente suas aptidões e capacidades com liberdade e autodeterminação.

O Estado de ativação, portanto, busca, numa atividade cooperacional com os próprios indivíduos, livrá-los das suas privações, permitindo, em consequência, que desenvolvam suas habilidades e aptidões para a busca de uma melhor qualidade de vida, bem como para a concretização de ocupação e renda. Nesse aspecto, toda e qualquer filosofia de ativação dirige-se aos cidadãos, objetivando a autonomia e a participação onde reinavam apenas medidas compensatórias, bem como às instituições públicas e privadas, objetivando a abertura

⁶³⁸ Sobre esse tema, vide AMBRA, Maria Concetta. Le politiche attive per il reinserimento lavorativo degli invalidi del lavoro. In: MASSIMO, Paci; PUGLIESE, Enrico (orgs.). Welfare e promozione delle capacità. Bolonha: il Mulino, 2011, p. 193-195.

⁶³⁹ Veja FASANO, Annarita. Occupazione e politiche di attivazione del Mezzogiorno. In: MASSIMO, Paci; PUGLIESE, Enrico (orgs.). Welfare e promozione delle capacità. Bolonha: il Mulino, 2011, p. 167-168.

⁶⁴⁰ Vide PANICAN, Alexandru; ANGELIN, Anna. Worlds of active inclusion at local level: a comparative analysis. In: JOHANSSON, Håkan; PANICAN, Alexandru (orgs.). Combating poverty in local welfare systems. Londres: Palgrave Macmillan, 2016, p. 255-258.

onde prevaleciam obstáculos à participação⁶⁴¹.

Em seguida, será apresentado o discurso dos deveres, e sua proximidade com o modelo do Estado de ativação, havendo, então, a inserção desses contributos teóricos a uma prática estatal vinculada ao compromisso constitucional de uma implementação cada vez mais efetiva dos direitos sociais, ao menos em benefício daqueles que se encontram numa situação de necessidade.

4.3.1.1 O Estado ativador e o discurso dos deveres

No Estado ativador, que busca promover a inserção laboral e a capacitação, os bens e serviços sociais costumam estar condicionados ao adimplemento de obrigações por parte dos beneficiários, motivo pelo qual, para João Carlos Loureiro⁶⁴², esse modelo de Estado possui, no plano dogmático, como eixos centrais, a valorização do discurso dos deveres, além da tradicional ênfase nos direitos fundamentais e humanos.

A partir disso, propõe-se, no âmbito do Estado ativador, a superação da passividade e o implemento de um certo ativismo exercitado pelos beneficiários, os quais devem, em contraprestação aos bens e serviços sociais disponibilizados, envolverem-se na vida comunitária, além de desenvolverem capacidades para alcançar as realizações pretendidas⁶⁴³, agindo, portanto, em colaboração à melhora das suas condições de vida e à redução das desigualdades socioeconômicas existentes.

Dessa maneira, o destaque proporcionado às medidas sociais ativas, que impõem o cumprimento de obrigações pelos beneficiários através da imposição ou do incremento de condições às prestações, dá-se com lastro no discurso dos deveres⁶⁴⁴. Ao passo que detêm direito a perceber uma parcela da socialidade, incumbem aos destinatários das medidas sociais o adimplemento de deveres pessoais de contribuição para a inserção/reinserção laboral, para a sua capacitação e para o pleno desenvolvimento de suas aptidões e capacidades, o que pode, ainda, alcançar os demais membros de seu grupo familiar, conforme as necessidades do caso concreto.

⁶⁴¹ Veja CAPUCHA, Luís Manuel Antunes. Inovação e justiça social: políticas ativas para a inclusão educativa. *Sociologia, problemas e práticas*, n. 63, 2010, p. 25.

⁶⁴² LOUREIRO, op. cit., 2010, p. 96-97.

⁶⁴³ Nesse aspecto, vide MONIZ, op. cit., 2015, p. 81-83.

⁶⁴⁴ Sobre esse tema, vide HESPANHA, Pedro. *The activation trend in the portuguese social policy: an open process. Reshaping welfare states and activation regimes*. Pieterlen: Peter Lang, 2007, p. 207-240.

Para Eberhard Eichenhofer⁶⁴⁵, o modelo de Estado ativador, uma vez fundado no discurso dos deveres, não propõe a redução do Estado social, nem possui verniz neoliberal, mas, ao contrário, está baseado na necessária integração de cada um dos indivíduos em situação de vulnerabilidade na vida em sociedade, a partir do que advêm direitos e deveres, os quais tornam necessária a autorresponsabilidade de todos.

Com esse destaque ao discurso dos deveres, o Estado ativador, numa proposta de colaboração pelos beneficiários, provoca que estes, para perceberem os bens e serviços sociais, detenham uma postura comprometida, empenhada e socialmente responsável. Ao Poder Público incumbe disponibilizar os serviços públicos essenciais à satisfação das necessidades básicas dos indivíduos, além de fomentar as suas capacidades, deixando o restante aos próprios particulares.

Dessa maneira, por exemplo, ao invés de uma mera indenização aos desempregados, há uma atitude ativa de reinserção laboral, retirando os indivíduos da ausência de autoestima em que estão inseridos pela falta de uma atividade geradora de renda, condicionada, no entanto, a deveres/encargos/obrigações de observância inafastável pelos beneficiários e, eventualmente, seus familiares.

A mesma valorização do discurso dos deveres, tão importante ao sucesso do Estado ativador, também deve incidir nos outros campos da socialidade, alcançando a diversidade de direitos sociais pendentes de satisfação pelo Poder Público, que compõem tudo aquilo que satisfaz minimamente os particulares detentores de uma situação de necessidade. Esse modelo de Estado, ora em análise, não está vinculado apenas à geração de trabalho e renda, ou à capacitação, mas a todo o conjunto de bens e serviços sociais destinados àqueles em condição de vulnerabilidade.

Diferentemente, portanto, do que ocorre num Estado ocupado tão somente com a prestação de medidas sociais passivas, na esfera do Estado ativador os bens e serviços sociais, pautados no discurso dos deveres, objetivarão principalmente a inclusão social, o que significa possibilitar que os indivíduos emancipem-se na condição de membros de pleno direito de uma sociedade globalmente desenvolvida.

Para o sociólogo Luís Capucha⁶⁴⁶, como resultados de políticas públicas ativadoras, podem ser alcançados, dentre outros, os seguintes aspectos: adquirir ou estar em vias de possuir as habilitações escolares e profissionais indispensáveis à participação na sociedade e ao

⁶⁴⁵ EICHENHOFER, Eberhard. The law of the activating Welfare State. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 82-95 e 158-159.

⁶⁴⁶ CAPUCHA, op. cit., 2010, p. 31.

exercício de atividades de aprendizagem; adquirir uma carreira profissional, com qualidade; deter confiança em si próprio; possuir aptidões para tomar iniciativas; e deter capacidade para fruir os direitos e cumprir os deveres.

Tais políticas públicas sociais ativas, sempre orientadas pelo discurso dos deveres, devem, ainda, estimular a coesão social e a solidariedade, assegurando significativos padrões de desempenho dos sistemas de saúde, de emprego, de educação, de distribuição de rendimentos, de segurança, de qualidade ambiental, de promoção dos valores da igualdade e de respeito às diferenças⁶⁴⁷.

Há, com a atuação do Estado ativador, tanto uma prevenção da exclusão social, quanto uma atuação voltada à inclusão social, introduzindo, para esses fins, modificações nos bens e serviços que compõem a socialidade, os quais buscam se aproximar das reais necessidades das pessoas. Para que essa atuação estatal seja frutífera, são impostas contraprestações aos beneficiários no intuito de que se tornem corresponsáveis pelo seu próprio processo de dignificação e inclusão social⁶⁴⁸.

Como um exemplo de política pública social, que busca assegurar a implementação dos direitos sociais através de medidas ativas, onde há a fixação de obrigações e condicionalidades aos beneficiários conforme o teor do discurso dos deveres, tem-se, no contexto brasileiro, o programa bolsa família, inclusive com destacadas contribuições para a redução da pobreza⁶⁴⁹ e diminuição da desigualdade de renda no país.

No mencionado programa, recentemente reinstituído pelo governo federal brasileiro, toda e qualquer transferência de renda é condicionada ao cumprimento de obrigações familiares voltadas ao pleno desenvolvimento das capacidades dos indivíduos que compõem o referido grupo familiar. Com isso, a partir do discurso dos deveres, a transferência de renda está condicionada à realização de pré-natais, ao cumprimento do calendário nacional de vacinação, ao acompanhamento do estado nutricional para todos os beneficiários que possuam até 7 (sete) anos incompletos, e à frequência escolar mínima de 60% (sessenta por cento) àqueles com 4 (quatro) a 6 (seis) anos de idade incompletos, e de 75% (setenta e cinco) por cento aos beneficiários com 6 (seis) a 18 (dezoito) anos incompletos, desde que não tenham concluído a educação básica⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ CAPUCHA, op. cit., 2010, p. 31.

⁶⁴⁸ Para um aprofundamento sobre o tema, vide Idem. Desafios da pobreza. Tese (Doutorado em Sociologia) - Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa, Lisboa, 2004.

⁶⁴⁹ Nesse sentido, veja SOUZA, op. cit., 2011, p. 166-186.

⁶⁵⁰ Essas condicionalidades, que podem variar no tempo e em pequenos graus, estão previstas atualmente no artigo 10 da Medida Provisória n. 1.164, de 2 de março de 2023, que reinstituuiu o programa bolsa família no Brasil.

Com a exigência dessas condicionalidades, as transferências de renda destinadas aos grupos familiares em situação de vulnerabilidade social somente ocorrem a partir do necessário cumprimento das obrigações pelos seus beneficiários, havendo a adoção inequívoca do discurso dos deveres, a exigir dos indivíduos uma colaboração visando o pleno desenvolvimento de suas capacidades.

Assim, seja no sentido de matricular os filhos na escola e acompanhar suas frequências, seja realizando visitas periódicas às unidades básicas de saúde em benefício do grupo familiar, há a imposição de uma atuação ativa por parte dos beneficiários, a exigir, nesse sentido, contraprestações indispensáveis à manutenção no programa de transferência periódica de renda.

Esses encargos impostos aos beneficiários das transferências de renda previnem a evasão escolar de crianças e adolescentes a partir da exigência da matrícula e de uma frequência mínima nas instituições de ensino, prevenindo, ainda, o acesso precoce dos mais jovens ao mercado de trabalho, havendo, inclusive, variados estudos censitários comprobatórios da menor evasão escolar dos beneficiários do programa bolsa família, bem como da redução da probabilidade de atrasos no rendimento escolar⁶⁵¹.

De igual maneira, em razão das transferências de renda estarem condicionadas a variadas medidas sanitárias de cunho preventivo, por certo, tanto o aumento da renda familiar através das transferências estatais, quanto a fixação das condicionalidades de realização de pré-natais, de cumprimento do calendário nacional de vacinação e de visitas periódicas às unidades básicas de saúde acabam por influenciar positivamente nos indicadores de saúde das crianças e dos adolescentes⁶⁵², a impor aos adultos um comportamento ativo, oportunizando, ainda, uma melhor qualidade de vida ao grupo familiar, com sua consequente inclusão social, os quais, além disso, passam a exercer uma atuação proativa em favor da melhora das suas condições de vida.

Em razão das exposições teóricas acima, evidente que o Estado ativador, a partir do emprego do discurso dos deveres, induz o beneficiário a compartilhar com o poder público a tarefa de realizar o interesse público, sendo instigado a atuar em prol do pleno desenvolvimento de suas capacidades, o que se mostra essencial para uma eficaz implementação dos direitos

⁶⁵¹ Nesse sentido, veja VIEIRA, Patrícia Alves. O programa bolsa família como inclusão social e seu impacto na evasão escolar: análise da condicionalidade frequência escolar. *Revista Estudos IAT*, vol. 5, n. 3, out./2020, p. 217-232; e SANTOS, Mariana Cristina Silva et al. Programa bolsa família e indicadores educacionais em crianças, adolescentes e escolas no Brasil: revisão sistemática. *Ciência e Saúde Coletiva*, vol. 24, 2019, p. 2233-2247.

⁶⁵² Vide SILVA, Everlane Suane de Araújo da; PAES, Neir Antunes. Programa bolsa família e mortalidade infantil no Brasil: revisão integrativa. *Holos*, vol. 1, 2018, p. 201-211; e Idem. Programa bolsa família e a redução da mortalidade infantil nos municípios do semiárido brasileiro. *Ciência e Saúde Coletiva*, vol. 24, 2019, p. 623-630.

sociais, bem como para a inclusão social.

Paralelamente ao Estado prestacional, esta nova roupagem do Estado ativador mostra-se essencial, seja em razão das limitações financeiras impostas à execução da socialidade, seja pela eficácia das medidas sociais ativas tanto na erradicação na pobreza, quanto na melhora dos índices de inclusão social.

4.3.1.2 Dos contributos teóricos à prática

A partir das contribuições teóricas acima referidas quanto ao modelo de Estado ativador, surgem variadas possibilidades de bens e serviços estatais que, utilizando-se do discurso dos deveres, repercutam em prol de uma implementação eficaz dos direitos sociais e da melhora das condições de vida de uma parcela da sociedade, qual seja aquela em situação de vulnerabilidade.

Tendo o programa bolsa família, no contexto brasileiro, como um exemplo frutífero de atuação do Estado ativador a partir da fixação de condicionalidades como contraprestações ao recebimento das transferências de renda pelos beneficiários, há, ainda, outros campos que podem vir a ser explorados, na prática, pelo poder público em benefício das pessoas na proporção de suas necessidades.

Na geração de emprego e de renda, tendo como público-alvo os desempregados, o Estado de ativação deve concentrar seus esforços na implementação de políticas ativas destinadas à inserção/reinserção do indivíduo mediante o desenvolvimento de suas habilidades. Dessa maneira, ao invés de proceder tão somente com uma medida passiva de transferência de renda por um curto intervalo temporal, como ocorre com o atual benefício do seguro desemprego⁶⁵³ no contexto brasileiro, propõe-se a fixação de estímulos à formação profissional com a ampliação do número de parcelas mensais recebidas pelo beneficiário.

Dessa maneira, o Estado deve proceder com as transferências de renda mensais, por intervalos razoáveis de tempo, impondo como condicionalidade a ser cumprida pelos beneficiários a frequência periódica a cursos de capacitação profissional nas áreas de interesse do indivíduo, preferencialmente coadunadas com as demandas do mercado local ou regional, com a implementação, dentro de uma perspectiva razoável, de avaliações de aproveitamento

⁶⁵³ Benefício previsto no contexto brasileiro, que visa prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa, bem como ao trabalhador comprovadamente resgatado de regime de trabalho forçado ou da condição análoga à escravidão, assim regulado pela Lei n. 7.998/90.

reiteradas, inclusive com a possibilidade do pagamento de bônus financeiros àqueles que obtiverem bons rendimentos de frequência e de aprendizado.

Com isso, o Estado oferta uma política ativa de formação profissional, afastando-se, de igual maneira, de medidas passivas que pouca utilidade detêm para o desenvolvimento das capacidades individuais, sendo, ainda, no mais das vezes, instigadoras de sentimentos pessoais de baixa autoestima e de humilhação nos beneficiários.

Ainda no campo da geração de renda e de trabalho, Daniele Ciravegna⁶⁵⁴ propõe, como exemplo de política de ativação eficaz, a implementação do crédito dirigido para impulsionar o desenvolvimento de pequenos empreendimentos, os quais são essenciais para a criação de empregos, apesar de enfrentarem inúmeras restrições ao crédito, o que impede seu desenvolvimento. Nesse aspecto, a referida autora defende, como medida social ativa, o emprego do microcrédito, o qual se destina àqueles que não detêm acesso ao crédito pela via do sistema financeiro tradicional para a execução de seus projetos e planos.

A partir dessa medida ativa, o Estado alcança aqueles que, por ausência de ocupação e renda, encontram-se numa posição de vulnerabilidade, instigando-os a empreender, gerando, assim, empregos e renda a si e a outros, tanto de seu grupo familiar, quanto de suas relações sociais. Sugere-se, então, uma democratização no acesso ao capital através do crédito solidário, associativo ou individual, podendo, ainda, haver uma prioridade para pessoas com deficiência, para mães soltas – que são inteiramente responsáveis pela manutenção dos filhos, dentre outros grupos vulneráveis.

Além disso, na esfera de um Estado de ativação, a tomada do crédito subsidiado pode vir a ser condicionada tanto à capacitação profissional do beneficiário e de seus familiares, quanto à fruição de bens e serviços de saúde e de educação formal, assim como se dá, neste último aspecto, no programa bolsa família, tudo isso a permitir o pleno desenvolvimento das capacidades e a realização das aptidões pessoais.

No entanto, conforme já apontado acima neste texto, o Estado ativador não se limita à geração de renda e de trabalho, devendo também focar outros campos da socialidade para assegurar uma melhor implementação dos direitos sociais.

Nesse aspecto, tendo como público preferencial os alunos portadores de deficiências, portanto detentores de níveis de necessidades diferenciados com relação aos

⁶⁵⁴ CIRAVEGNA, Daniele. El papel del microcrédito en la economía moderna: el caso de Italia. In: SOJO, Carlos (coord.). Microcrédito contra la exclusión social: Experiencias de financiamiento alternativo en Europa y América Latina. São José: FLACSO, 2005, p. 49-71; e Idem. Il ruolo del microcredito nel mondo. Microcredito, strumento per la creazione di nuova imprenditorialità e per la prevenzione dell'usura. Turim: Consiglio Regionale del Piemonte, 2003.

demais discentes, o Estado ativador pode se ocupar da adoção de políticas ativas voltadas para a inclusão social e educativa. A partir de medidas sociais ativas no campo da educação, o poder público pode vir a desenvolver práticas de autodeterminação das pessoas com deficiências nas variadas dimensões da vida cultural, social, econômica e política.

A partir de estudos indicativos de que as pessoas com deficiências compõem uma das categorias sociais mais vulneráveis, Luís Capucha⁶⁵⁵ propõe a adoção pelo Estado de medidas sociais que, num modelo relacional, busquem capacitar esses indivíduos para a fruição de uma vida tão autônoma quanto possível, ativando-as, bem como, também, em simultâneo, ativando as instituições, as estruturas e as redes sociais, no intuito de resguardar a participação de todos na vida em coletividade e o bem-estar de cada um.

A assegurar o bem-estar físico e material, a autodeterminação e o desenvolvimento pessoal, bem como o exercício de uma liberdade efetiva pelas pessoas com deficiências, sugere-se, então, uma educação inclusiva pautada sobretudo na realização de adaptações curriculares e nos meios e métodos de aprendizagem, na criação de ambientes que assegurem aos alunos sentirem-se bem, na construção de planos educativos individuais, nas adaptações dos espaços e na dotação de ajudas técnicas e ambientais, na formação inicial de docentes voltada às questões da inclusão e do respeito pela diferença, dentre outras medidas ativas e estruturantes⁶⁵⁶. A partir disso, busca-se permitir que as pessoas com deficiências possam exercitar efetivamente uma inclusão educativa e social, proporcionando-lhes ainda oportunidades de sucesso e o gozo de uma autonomia pessoal.

Dessa maneira, através do modelo do Estado de ativação, principalmente voltado às pessoas em situação de vulnerabilidade, há uma melhor possibilidade de implementação efetiva dos direitos sociais, onde o poder público se torna mais eficiente quanto aos deveres de assegurar o pleno desenvolvimento das capacidades e a autonomia individual. Em tempos de limitação de recursos para a concretização das promessas sociais contidas no constitucionalismo vigente, um Estado ativador faz-se indispensável, pois, além de reduzir o desperdício de escassos recursos com medidas sociais passivas, torna-se indutor da inclusão social e da redução das desigualdades e da pobreza.

4.3.2 O Estado de garantia

⁶⁵⁵ CAPUCHA, op. cit., 2010, p. 1-15.

⁶⁵⁶ Ibidem, p. 43-45.

Sem desconhecer a importância da manutenção do Estado prestador dentro dos limites fixados pelo constitucionalismo multinível que vige, o Estado social, nos atuais tempos de escassez de recursos, além do modelo de Estado ativador, também apresenta uma outra roupagem, qual seja a de Estado de garantia ou garantidor⁶⁵⁷, até porque inexistente um monopólio estatal para as prestações sociais.

Nessa configuração de Estado de garantia, há uma divisão de responsabilidades entre Estado e mercado, observando-se, ainda, a importância do terceiro setor e o papel desempenhado pelas estruturas privadas na implementação dos direitos sociais⁶⁵⁸. Com isso, visando a concretização da socialidade, há, no Estado de garantia, uma regulação do mercado e da iniciativa privada e a garantia da realização do bem comum pelo poder público⁶⁵⁹.

Apesar da manutenção da responsabilidade primária do Estado para a satisfação das obrigações sociais, para Håkan Johansson e Alexandru Panican persiste a necessidade de um melhor envolvimento da comunidade, tanto através da contratualização, quanto por intermédio de sua própria iniciativa, na prestação dos bens e serviços sociais, sem prejuízo de relações interativas constantes mantidas entre o poder público e a iniciativa privada⁶⁶⁰.

Nesse sentido, para José Carlos Vieira de Andrade⁶⁶¹ há uma necessidade de cooperação do Estado com os setores social e privado, marcada por uma articulação entre as prestações sociais públicas e privadas, tudo com a finalidade de assegurar uma melhor e mais eficiente realização dos direitos sociais a partir de um duplo equilíbrio entre o Estado e a sociedade, bem como entre a justiça social e a eficiência do mercado.

Com isso, o modelo estatal garantidor surge a partir da elaboração de um novo paradigma de relacionamento entre poder público e sociedade, onde há uma partilha de responsabilidades acerca da prestação dos bens e serviços sociais pautada pelo ideal cooperativo e pela coordenação pública visando a realização dos interesses da coletividade.

Dessa maneira, segundo Eurico Bitencourt⁶⁶², com a adoção do Estado garantidor,

⁶⁵⁷ Vide VOSSKUHLE, Andreas. Cooperation between the public and private sector in the enabling state. In: RUFFERT, Matthias (ed.). *The public-private law divide: potential for transformation?*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 209-220, que menciona, a partir de um Estado garantidor, a existência de um direito administrativo de garantia, que se revela como um direito da regulação, conforme entendimento esposado por GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de garantia e mercado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. VII, 2010, p. 97-128.

⁶⁵⁸ LOUREIRO, op. cit., 2010, p. 98.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 94-95.

⁶⁶⁰ JOHANSSON, Håkan, PANICAN, Alexandru. A move towards the local? The relevance of a local welfare system approach. In: JOHANSSON, Håkan, PANICAN, Alexandru (orgs.). *Combating poverty in local welfare systems*. Londres; Palgrave Macmillan, 2016, p. 02-08.

⁶⁶¹ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2015, p. 36.

⁶⁶² BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, vol. 8, n. 1, jan./abr. 2017, p. 295-297.

não cabe mais ao poder público a exclusividade na concretização dos interesses sociais da coletividade, a qual passa a ser compartilhada com o mercado e com a iniciativa privada, mantendo-se, no entanto, na esfera pública, a responsabilidade de garantia de tal efetivação com o reforço da tarefa regulatória.

A partir do que foi exposto acima, no modelo estatal garantidor, que não exclui a responsabilidade primária do poder público quanto às obrigações sociais, o Estado, pautado pelos princípios da solidariedade e da subsidiariedade, exerce uma administração de garantia, pautada na regulação das atividades desempenhadas pelo mercado, pelo terceiro setor e pela iniciativa privada, sempre ocupado com a satisfação dos interesses públicos.

Para Pedro Costa Gonçalves⁶⁶³, para que essas atividades possam ser desempenhadas satisfatoriamente, deve haver uma estrutura de garantia do Estado robusta para afirmar sua autoridade e impor o cumprimento das normas vigentes, incumbindo ao poder público garantir e resguardar valores de ordem geral, como a segurança, a saúde e o trabalho.

Acompanhando esse entendimento, Filippo Pizzolato⁶⁶⁴ esclarece que o Estado social, nessa roupagem de Estado garantidor, passa de um modelo ativo para o exercício das funções de regulação e controle, cuja atribuição é garantir que as relações privadas sejam conduzidas sob o prisma da solidariedade.

Ainda que haja, no modelo do Estado garantidor, uma privatização parcial das tarefas estatais⁶⁶⁵, para Ivo Colozzi⁶⁶⁶ trata-se de uma refundação do modelo de *welfare state*, assim reconstruído a partir das contribuições advindas da iniciativa privada, em especial do terceiro setor, quanto à prestação dos serviços públicos sociais. Ao lado disso, o Estado permanece no cumprimento dos deveres de regulação e controle, na condição de garante da qualidade e da continuidade daquilo que é disponibilizado pelos agentes privados.

Há, na concepção do Estado garantidor, a intenção de priorizar um modelo voltado à maior eficiência e eficácia na implementação dos direitos sociais, onde os agentes privados produzam parcela dos bens e serviços sociais, sob a regulação estatal, a partir de parcerias colaborativas com o setor público.

Para uma melhor compreensão desse modelo estatal ora proposto, serão analisados abaixo os dois princípios que fundamentam o seu funcionamento, quais sejam a solidariedade

⁶⁶³ GONÇALVES, op. cit., 2010, p. 113-119.

⁶⁶⁴ PIZZOLATO, Filippo. Il principio costituzionale di fraternità: itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana. Roma: Città Nuova, 2012, p. 148-152.

⁶⁶⁵ Sobre esse tema, vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 243.

⁶⁶⁶ COLOZZI, Ivo. Terzo settore e sussidiarietà. In: BELARDINELLI, Sergio (org.). Welfare community e sussidiarietà. Milão: Egea, 2005, p. 123.

e a subsidiariedade, a partir de contribuições doutrinárias relevantes que acabam por manter a figura do poder público garantidor na seara do Estado social.

4.3.2.1 O Estado de garantia e a solidariedade

A solidariedade é um dos valores fundantes do Estado de Direito⁶⁶⁷, projetando-se também como princípio no âmbito do constitucionalismo multinível, sendo essencial a um Estado social em crise⁶⁶⁸, a incidir, ainda, sob o Estado de garantia. Em caráter complementar, Gregorio Peces-Barba Martínez⁶⁶⁹ afirma que a solidariedade, em razão da sua importância, é um valor superior, um objetivo de poder, que acaba por configurar um valor moral, político e jurídico.

Como valor e princípio essenciais na esfera do constitucionalismo, a solidariedade mostra-se indispensável à fruição da igualdade e da liberdade reais. Para isso, o princípio em comento, de conteúdo moral e político, tornou-se também um valor jurídico para humanizar a vida em sociedade e assegurar a realização da justiça social.

No seu significado comum, o termo solidariedade possui as suas raízes no vocábulo latino *solidarium*, que advém de *solidum*, *soldum*, no sentido de inteiramente, compacto. No entanto, para José Casalta Nabais⁶⁷⁰ a solidariedade, na dimensão de um fenômeno estável, faz referência à relação ou sentimento de pertencimento a um grupo ou formação social, podendo ser entendida, num aspecto objetivo, à relação de corresponsabilidade que vincula cada um dos indivíduos, e, num aspecto subjetivo, à expressão do sentimento e da consciência de pertencimento à comunidade.

Apesar da valiosa contribuição da doutrina social da Igreja, o princípio e valor da solidariedade não está lastreado no amor advindo do Cristianismo, mas no sentimento de socialidade pertencente a cada indivíduo, havendo uma distinção entre a solidariedade e a fraternidade cristã - embora sejam conceitos complementares, até mesmo porque a solidariedade e a cooperação advêm da consciência humana e das interações decorrentes da

⁶⁶⁷ TORRES, Ricardo Lobo. Existe um princípio estrutural da solidariedade?. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coords.). Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2006, p. 198.

⁶⁶⁸ PIZZOLATO, ob. cit., 2012, p. 147.

⁶⁶⁹ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española. Funciones y fines del derecho: estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista. Murcia: Universidad de Murcia, 1992, p. 255 e 269.

⁶⁷⁰ NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coords.). Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2006, p. 112.

vida social⁶⁷¹.

Nesse aspecto, na implementação dos direitos sociais, há uma mediação da solidariedade pelo Estado social, com a participação efetiva e colaborativa do mercado e da comunidade, sendo que a solidariedade, detentora das dimensões vertical ou paterna e horizontal ou fraterna⁶⁷², não alcança apenas o poder público, mas também a sociedade e os agentes privados⁶⁷³.

Na dimensão vertical, a solidariedade é identificada como um dever do Estado, através do qual os órgãos públicos buscam minimizar as desigualdades por intermédio da prestação dos bens e serviços, corrigindo, assim, as distorções sociais existentes entre as pessoas. Por outro lado, na dimensão horizontal, o princípio em comento acaba por alcançar a sociedade civil, vinculando todos os indivíduos ao ideal de solidariedade, quando, então, é desempenhada pela comunidade e por agentes privados, restringindo-se o Estado a agir como um garantidor, e não como um tradicional prestador⁶⁷⁴.

Podendo ser compreendida como uma espécie de reconhecimento dos limites do Estado social na modalidade prestacional, a solidariedade horizontal manifesta-se tanto pela atuação espontânea dos indivíduos e grupos sociais, quanto pela capacidade de garantia e de regulação do poder público, que induz e ativa os agentes privados, inclusive o terceiro setor, na execução da socialidade por intermédio da implementação dos direitos sociais.

Dessa maneira, em razão do princípio da solidariedade, tanto o Estado, quanto os particulares devem agir para a implementação dos direitos sociais, não podendo o poder público, dadas as suas limitações orçamentárias, tentar monopolizar tais prestações. No entanto, por outro lado, o ente estatal, em razão dos deveres fundamentais decorrentes do constitucionalismo, não pode se omitir para transferir aos agentes privados e ao mercado todas as obrigações que compõem a socialidade, sob pena de um flagrante deficit constitucional de proteção.

Como já demonstrado nos itens anteriores deste texto, um modelo de socialidade exclusivamente fundado nos instrumentos estatais não vem se mostrando sustentável por força

⁶⁷¹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho: de acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: LTr, 2003, p. 28-30.

⁶⁷² GIUFFRÈ, Felice. Il rilievo giuridico della fraternità nel rinnovamento dello Stato sociale. In: MARZANATI, Anna; MATTIONI, Angelo (orgs.). La fraternità como principio del diritto pubblico. Roma: Città Nuova, 2007, p. 110.

⁶⁷³ ROSSI, Stefano. Fraternità e mutualismo: forme nuove di un legame antico. *Diritto Pubblico*, n. 03, 2005, p. 827.

⁶⁷⁴ Vide NABAIS, op. cit., 2006, p. 115-116; bem como PEIXOTO, Alberto de Almeida Oliveira; SANTOS, Hárison Fernandes dos; BORGES, Alexandre Walmott. Solidariedade como princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro. *Argumentum – Revista de Direito*, n. 14, 2013, p. 272-273.

da escassez de recursos orçamentários que permitam, por si sós, satisfazer as condições de existência, o que impõe, por parte dos agentes privados e da sociedade, a compreensão de que também devem se ocupar com o cumprimento da socialidade, recorrendo, para tanto, a instrumentos complementares às prestações públicas e aos esquemas tradicionalmente desempenhados pelo mercado⁶⁷⁵.

Com essa compreensão, a solidariedade, portanto, pode e deve ser realizada pelo Estado, mas também pela sociedade, incluindo o terceiro setor. Essa premissa decorre da compreensão de que os encargos associados à promoção da justiça social, assim realizados por intermédio da implementação dos direitos sociais, não possuem natureza essencialmente pública, sendo partilhados, num espírito colaborativo, com outras instituições e organizações sociais⁶⁷⁶, tanto pela via do voluntariado social, quanto mediante subsídios disponibilizados pelo poder público, dentre outros meios.

Sem a solidariedade exercitada por indivíduos, grupos e instituições sociais, para Julio Martínez⁶⁷⁷ não há comunidade, sendo que, por consequência, não há pessoas solidárias, nem espaços de inclusão, de identificação e de reconhecimento. Com esse raciocínio, o referido autor salienta que a solidariedade horizontal, que alcança a solidariedade pessoal e comunitária, reclama a solidariedade política, que está muito próxima da justiça social, cuja realização somente é possível em razão das atuações morais dos indivíduos e da vida concreta das comunidades.

Acompanhando esse pensamento, Stefano Rossi⁶⁷⁸, a partir do princípio da solidariedade, defende que a titularidade da atuação em prol da promoção do bem comum constitui uma organização policêntrica definida como um novo modelo denominado *welfare community*⁶⁷⁹, a partir do qual há uma nova forma de relação a envolver o Estado, o cidadão e a comunidade, estando esta última amparada pela solidariedade mediante o exercício de sua capacidade de realizar a assistência ao próximo através dos bens e serviços sociais.

A partir de todo o exposto neste item, na atuação do Estado de garantia o poder público acaba por abandonar, ainda que parcialmente, a sua postura tradicional de ofertar bens e serviços aos indivíduos, assumindo o encargo de exercitar as funções de regulação e de controle, incumbindo-lhe garantir que as relações desenvolvidas no seio da comunidade estejam

⁶⁷⁵ Nesse sentido, vide SILVA, op. cit., 2014, p. 186.

⁶⁷⁶ Veja MONIZ, op. cit., 2015, p. 79-80.

⁶⁷⁷ MARTÍNEZ, Julio L. El sujeto de la solidaridad: una contribución desde la ética social cristiana. VILLAR, Alicia; GARCÍA-BARÓ, Miguel (eds.). Pensar la solidaridad. Madri: Universidad Pontificia Comillas, 2004, p. 113.

⁶⁷⁸ ROSSI, op. cit., 2005, p. 813.

⁶⁷⁹ Sobre esse tema, vide LOUREIRO, op. cit., 2014-a, p. 638 e 659.

regidas na compreensão da solidariedade.

No Estado de garantia, a promoção do bem comum, por força do princípio e valor da solidariedade, alcança não apenas o poder público, mas também o mercado, o terceiro setor, a família, as instituições privadas⁶⁸⁰, dentre outros, mediante o controle e a regulação do ente estatal.

Apesar disso, o Estado prestador não deixa de existir com a integração das estruturas privadas e comunitárias na prestação dos bens e serviços sociais, sendo que, ao contrário, há uma inter-relação entre os setores público e privado na consecução da socialidade, sem qualquer monopólio estatal no cumprimento das obrigações constitucionais vigentes. Para que as possibilidades de sucesso na atuação do Estado de garantia sejam ampliadas, segundo a constitucionalista Suzana Tavares da Silva⁶⁸¹, devem ser elaboradas medidas de incentivo social potencializadoras da ação social privada, principalmente no intuito de simplificar os procedimentos prévios e os critérios de regulamentação, o que repercutirá numa melhor implementação dos direitos sociais.

A partir dessa atuação colaborativa entre públicos e privados decorrente do princípio e valor da solidariedade, há um aumento da probabilidade de êxito na promoção das capacidades dos indivíduos, o que pode vir a culminar na redução da desigualdade social e da pobreza. No entanto, o Estado deve deter maior capacidade de regulação para garantir que o setor privado desempenhe um papel complementar indispensável na execução e no financiamento dos bens e serviços sociais.

Com a vigência do valor e princípio da solidariedade, tanto na sua dimensão vertical, quanto na sua esfera horizontal, além da atividade prestacional do Estado, incumbe ao terceiro setor, ao mercado, aos grupos sociais, aos agentes privados, atuarem na oferta dos bens e serviços sociais, o que favorece a implementação dos direitos sociais principalmente no contexto em que o Estado não detém recursos suficientes para a satisfação plena da socialidade.

Outrossim, o modelo de Estado garantidor, além de inspirado pelo princípio e valor da solidariedade, também está fundamentado no princípio da subsidiariedade, o qual será abordado a seguir no próximo item.

⁶⁸⁰ ROSSI, Giovanna. *Servizi alla persona e sussidiarietà*. In: BELARDINELLI, Sergio (org.). *Welfare community e sussidiarietà*. Milão: Egea, 2005, p. 91.

⁶⁸¹ SILVA, Suzana Tavares da. *Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise*. In: SILVA, Suzana Tavares da; NABAIS, José Casalta (coords.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 85-86.

4.3.2.2 O Estado de garantia e a subsidiariedade

O poder público, com sua roupagem de Estado de garantia, além de fundado no princípio da solidariedade, também busca sua fundamentação no princípio da subsidiariedade⁶⁸². Para José Carlos Vieira de Andrade⁶⁸³, esse princípio acaba por representar um limite à atuação estatal, com a finalidade de impor um âmbito de intervenção de agentes não estatais na prestação dos bens e serviços sociais⁶⁸⁴.

Dessa maneira, a partir do princípio em comento⁶⁸⁵, o Estado deve atuar, no cumprimento da socialidade, somente quando a sociedade não conseguir, por si só, resolver seus problemas de cunho social, o que, por certo, não pode servir de justificativa para a omissão do poder público, ao menos sob a vigência do constitucionalismo multinível abordado neste texto.

Há, portanto, uma indução dirigida aos agentes privados e sociais para que atuem eficazmente na implementação dos direitos sociais, refutando, assim, um eventual e incerto monopólio estatal na satisfação da socialidade, que, em tempos de escassez de recursos, não se mostra sustentável, nem mesmo eficiente.

Com isso, a subsidiariedade traz ínsita a ideia de que o ente estatal somente intervirá nas relações sociais quando os indivíduos e os grupos não forem capazes de solucionar os desafios e problemas por si só, o que está coadunado com o entendimento de que toda e qualquer pessoa detém a posição de sujeito de direitos, livres e capazes⁶⁸⁶. Com isso, o princípio

⁶⁸² Vide FELICE, Flavio. *Welfare society: dal paternalismo di stato alla sussidiarietà orizzontale*. Soveria Mannelli: Rubbertino, 2007, P. 34-35, para quem a concepção contemporânea da subsidiariedade desenvolveu-se a partir da doutrina social da Igreja Católica, utilizada para regular as relações mantidas entre o Estado e a sociedade. No mesmo sentido, veja COLOZZI, op. cit., 2005, p. 120, para quem o princípio da subsidiariedade, além de inspirado na doutrina social da Igreja Católica, também reflete uma oposição ao monopólio estatal na prestação dos bens e serviços sociais.

⁶⁸³ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 1988, p. 115-117.

⁶⁸⁴ No âmbito da Constituição brasileira de 1988, por exemplo, a sociedade é induzida a participar da gestão da seguridade social em vários dispositivos, dentre os quais no artigo 195 – que trata das contribuições destinadas à seguridade social adimplidas pelas empresas e trabalhadores; no artigo 199 – que oferta à iniciativa privada a prestação de bens e serviços de saúde; no artigo 204, inciso II, que assegura à comunidade participar da formulação de políticas públicas acerca da assistência social.

⁶⁸⁵ Veja FOUARGE, Didier. *Poverty and subsidiarity in Europe: minimum protection from an economic perspective*. Cheltenham e Northampton: Edward Elgar, 2004, p. 18-20, que relembra ter Aristóteles, ainda na filosofia grega, debatido a questão da divisão de responsabilidades entre o Estado e a sociedade, o que, mais à frente, com Tomás de Aquino, repercute na construção filosófica do princípio da subsidiariedade na esfera da doutrina social da Igreja Católica. A partir deste momento, há o reconhecimento da importância das associações no cumprimento da socialidade, devendo, ainda, haver uma distribuição de incumbências sociais entre o Estado, o mercado e a sociedade civil.

⁶⁸⁶ Nesse sentido, vide ZACHARIAS, Rodrigo; AZEVEDO, Paulo Bueno de; HAIK, Cristiane. O princípio da subsidiariedade, o benefício assistencial de prestação continuada e a súmula n. 23 da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, vol. 10, n. 2, 2022, p. 717-719.

da subsidiariedade, ao induzir o auxílio dos membros da comunidade à satisfação das obrigações que compõem a socialidade, possui como intuito primordial reforçar os laços sociais mediante a distribuição de deveres entre o Estado e a própria sociedade⁶⁸⁷.

Assim como acontece no princípio da solidariedade, também há a subsidiariedade numa dimensão horizontal⁶⁸⁸, a qual se apresenta no âmbito do Estado de garantia, no aspecto de que os bens e serviços sociais passam a ser executados tanto pelo mercado, quanto por grupos sociais como a família, bem como também pelo terceiro setor⁶⁸⁹, mediante o controle e a regulação estatais. A partir dessa atuação colaborativa, há um agir solidário dirigido à realização da justiça social mediante uma iniciativa privada, sendo considerada uma solução interna às necessidades sociais, enquanto a atuação do poder público é reputada uma solução externa.

Com essa construção teórica, o princípio da subsidiariedade, que não deve ser utilizado para a defesa de um Estado minimalista, propõe soluções à implementação dos direitos sociais num cenário de escassez de recursos, sendo que, em razão das limitações existentes na atuação pública, são os agentes privados instigados a oferecer respostas eficazes aos mais necessitados.

No entanto, para que haja uma atuação privada frutífera, necessário que o Estado de garantia controle e regule a atuação dos agentes privados e sociais, detendo a responsabilidade pelo regular funcionamento dos bens e serviços públicos disponibilizados pelo terceiro setor, pelo mercado e por outros agentes particulares. Uma vez havendo uma retração do Estado prestador, deve haver o fortalecimento do Estado de garantia no controle e na regulação das atividades privadas voltadas à socialidade, o que caracteriza uma regular função de garantidor.

Para João Carlos Loureiro⁶⁹⁰, mesmo na atuação do Estado de garantia, o poder público permanece detentor de uma responsabilidade primária acerca da implementação dos direitos sociais, não se convertendo, portanto, numa espécie de desertor da socialidade. Ao contrário, para o mencionado autor, o ente estatal assume responsabilidades adicionais em termos de controle e regulação, zelando, em tempo integral, pela qualidade das prestações fornecidas pela iniciativa privada.

Dentro dessa importante roupagem, em razão das limitações de recursos que

⁶⁸⁷ ZACHARIAS; AZEVEDO; HAIK, op. cit., p. 717-719.

⁶⁸⁸ Veja ANTONINI, Luca. La sussidiarietà como principio di governance. In: BELARDINELLI, Sergio (org.). Welfare community e sussidiarietà. Milão: Egea, 2005, p. 25-26.

⁶⁸⁹ Acerca da participação do terceiro setor no adimplemento da socialidade, vide COLOZZI, op. cit., 2005, p. 111-120.

⁶⁹⁰ LOUREIRO, op. cit., 2012-b, p. 206.

atingem o poder público, importante que haja uma coparticipação ativa⁶⁹¹ por parte da sociedade para a busca de soluções aos desafios sociais persistentes, com o intuito de assegurar uma justiça social efetiva, e a implementação de três dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam a construção de uma sociedade cada vez mais livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais, sem prejuízo, ainda, da promoção do bem de todos.

Paralelamente ao Estado prestador, e em conjunto com a veste do Estado ativador, o Estado de garantia, a partir do princípio da subsidiariedade, mostra-se essencial a uma melhor implementação dos direitos sociais, até mesmo porque o monopólio estatal da socialidade esbarra na escassez de recursos, a impor, portanto, uma cooperação ativa dos agentes sociais e privados na oferta dos bens e serviços sociais.

4.3.2.3 Dos contributos teóricos à prática

A partir das contribuições teóricas acima referidas quanto ao modelo de Estado garantidor, com a incidência dos princípios da solidariedade e da subsidiariedade, há variadas hipóteses de atuações estatais na prática com a finalidade de aprimorar a implementação dos direitos sociais.

A primeira delas, que merece ser incentivada no contexto brasileiro, diz respeito às parcerias público-privadas na esfera dos bens e serviços sociais, qual seja um instrumento jurídico que desenvolve a lógica da responsabilidade da garantia em relação a atividades e serviços até então mantidos na esfera estatal⁶⁹².

Ainda que haja previsão normativa da contratação de parceria público-privada no contexto da administração pública brasileira⁶⁹³, inclusive com previsão da modalidade de concessão patrocinada, onde há uma tarifa geralmente módica cobrada dos usuários, bem como uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, persiste uma escassez

⁶⁹¹ Vide NUSSBAUM, op. cit., 2011, p. 166-167; e SEN, op. cit., 2010, p. 362 e s., que defendem a necessidade de um comprometimento das empresas, dos grupos sociais, dos indivíduos, do terceiro setor, dentre outros, dirigido à proteção e ao desenvolvimento das capacidades humanas.

⁶⁹² Sobre esse tema, vide GONÇALVES, op. cit., 2010, p. 123 e s.

⁶⁹³ No contexto brasileiro, o instrumento da parceria público-privada está previsto na Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, havendo, dentre outras questões, a previsão das diretrizes a serem observadas, no seu artigo 4º, com destaque para a “*eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade*”, o “*respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução*”, e a “*responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias*”.

de iniciativas voltadas à prestação dos bens e serviços sociais previstos constitucionalmente. Por certo, para que haja uma maior difusão dessa medida colaborativa, persiste a necessidade de simplificações no procedimento de contratação, conjugadas, ainda, com melhores critérios de regulamentação pelo Estado.

Dentro dessa modalidade de parceria público-privada, a prestação de um dado bem ou serviço social, até então fornecido pelo Estado, passa a ser executada por uma dada entidade privada, quando então a responsabilidade pública inicialmente executiva modifica-se para a atuação de um mero garante, havendo uma inequívoca partilha de responsabilidades. Nessa hipótese, por exemplo, seja na oferta de moradias populares, seja na prestação de serviços sanitários, seja, ainda, na disponibilização de um espaço de lazer à comunidade, o Estado limita-se a exercer a posição de garantidor, enquanto a entidade privada contratada, mediante uma remuneração mista custeada pelos usuários e pelo poder público - ao menos na modalidade de concessão patrocinada, presta o bem ou serviço social ofertado com a máxima eficiência possível.

Com isso, esse modelo de colaboração público-privada, que pode vir a ser utilizado no campo dos direitos sociais pelo Estado, segundo Pedro Costa Gonçalves⁶⁹⁴ implementa um processo sinérgico, que canaliza os escassos recursos públicos e as capacidades privadas típicas do mercado para a satisfação das necessidades coletivas.

A partir da incidência dos princípios da subsidiariedade e da solidariedade, apesar da proposta acima formulada, outras merecem ser consideradas no intuito de melhor implementar os direitos sociais.

Dentre várias sugestões que podem ser propostas, uma delas consiste na indução e favorecimento do voluntariado social, que se mostra essencial para a redução das desigualdades sociais, bem como para a construção de uma sociedade cada vez mais justa e solidária. O voluntariado, que pode ser empresarial, ou, ainda, desenvolvido por indivíduos ou grupos de pessoas, acaba por atender necessidades não supridas eficazmente pelo Estado, resgatando, ainda, parcelas fragilizadas da cidadania⁶⁹⁵.

No entanto, deve o Poder Público incentivar, através de programas e projetos oficiais, a adoção do voluntariado social⁶⁹⁶, demonstrando os seus aspectos positivos e a

⁶⁹⁴ GONÇALVES, op. cit., 2010, p. 125 e s.

⁶⁹⁵ Para aprofundar quanto ao tema, vide SOUZA, Silvana Aparecida de. Educação, trabalho voluntário e responsabilidade social da empresa: “amigos da escola” e outras formas de participação. Tese (Doutorado em Educação). Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007; e BARELI, Paulo; LIMA, Aldo José Fossa de Sousa. A importância social no desenvolvimento do trabalho voluntário. Revista de Ciências Gerenciais, vol. 14, n. 20, 2010, p. 173-184.

⁶⁹⁶ No contexto brasileiro, segundo a pesquisa voluntariado no Brasil 2021, que é citada em variados artigos e

possibilidade da obtenção de benefícios morais, culturais, educacionais e, até mesmo, de maneira indireta, financeiros, o que se dá, por exemplo, na possível valorização da imagem pública das empresas e dos conglomerados financeiros dedicados ao serviço voluntário.

Se não bastasse isso, no bojo do Estado de garantia, o terceiro setor⁶⁹⁷ recebe um destaque especial, compreendido como um conjunto de instituições que atuam, sem fins lucrativos, pautados pela solidariedade, seja complementando, seja substituindo o Estado no campo da socialidade, ocupados em apoiar aqueles que estão em situação de vulnerabilidade social⁶⁹⁸.

Em razão da importância do terceiro setor para a implementação dos direitos sociais, sugere-se que o Estado de garantia, além de simplificar os procedimentos de constituição e de funcionamento dessas empresas, associações, fundações e cooperativas, possam fornecer, a partir de critérios objetivos vinculados à sua eficiência e transparência, subsídios fiscais mais amplos e facilitados, a possibilitar uma atuação qualificada dessas organizações, sem prejuízo, ainda, da consolidação da economia civil como parceira do Estado no cumprimento da socialidade.

A partir do mencionado acima, através do modelo do Estado de garantia, persiste a necessidade do Estado contar com a atuação colaborativa das organizações não lucrativas, bem como usufruir da participação eficaz do voluntariado social, utilizando-se, ainda, das parcerias público-privadas, as quais, somadas a outras possibilidades lastreadas nos princípios da solidariedade e da subsidiariedade, mostram-se úteis na busca de uma mais ampla e eficaz implementação dos direitos sociais.

textos científicos, apenas 22% (vinte e dois por cento) dos brasileiros realizam alguma atividade voluntária com frequência definida, sendo que outros 12% (doze por cento) realizam-na sem qualquer frequência, havendo 66% (sessenta e seis por cento) da população que não se dedica, em nenhum instante, ao voluntariado social, a demonstrar uma baixa adesão a essa modalidade de atuação solidária voltada à implementação dos direitos sociais no Brasil. Disponível em: <<https://pesquisavoluntariado.org.br>>. Acesso em: 25 mar. 2023.

⁶⁹⁷ Veja BASSI, Vincenzo. Terzo settore. In: BRUNI, Luigino; ZAMAGNI, Stefano (eds.). *Dizionario di economia civile*. Roma: Città Nuova, 2009, p. 765-771.

⁶⁹⁸ Para aprofundar sobre o tema, vide LOUREIRO, op. cit., 2013-a, p. 376; e Idem, op. cit., 2012-b, p. 202 e s.

CONCLUSÃO

Num estudo interdisciplinar, mas com uma predominância das ciências jurídicas, o presente texto buscou investigar propostas que assegurem uma melhor implementação dos direitos sociais prestacionais no contexto de escassez de recursos.

Dessa maneira, com a vigência simultânea de normas de proteção dos direitos sociais tanto na ordem doméstica quanto na esfera internacional, todas voltadas a um mesmo fim, denota-se a construção e a existência de um verdadeiro sistema jurídico de múltiplos níveis, marcado pelo pluralismo normativo e pelo diálogo entre os ordenamentos, qual seja o constitucionalismo multinível. Em consequência, os direitos fundamentais e os direitos humanos passam a deter esferas de proteção normativas em variados níveis de repercussão, o que acaba por resguardar o conteúdo da dignidade da pessoa humana.

Nesse modelo multinível de proteção dos direitos, há uma articulação persistente entre o direito constitucional e o direito internacional, que se apresenta transformadora e inclusiva, a partir do que emerge um standard mínimo protetivo, composto por valores e regras universais, que elevam a dignidade da pessoa humana como a base central do constitucionalismo.

Há, portanto, em favor de uma tutela eficiente dos direitos sociais, um sistema jurídico de constitucionalismo multinível, amparado na dignidade da pessoa humana, que impõe em favor de cada indivíduo a fruição do necessário para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Os movimentos de constitucionalização do direito internacional e, na via contrária, de internacionalização do direito constitucional, no campo dos direitos sociais, impõe uma repartição equitativa dos recursos a possibilitar uma melhora do bem-estar social e econômico das pessoas. Em razão disso, o direito ao desenvolvimento deve estar relacionado com a melhora da vida e das liberdades, o que permite que os seres humanos detenham a possibilidade concreta de exercer suas vontades.

Para isso, surge a figura do Estado social, que é detentor da obrigação de assegurar uma melhora da qualidade de vida dos indivíduos, a partir do fornecimento de bens e serviços essenciais ao pleno desenvolvimento da personalidade, o que se extrai do constitucionalismo multinível vigente.

Ocorre que limitados são os recursos estatais destinados ao custeio das obrigações sociais, havendo a necessidade de desenvolver uma dogmática jurídica da escassez de recursos, que leve em consideração os limites decorrentes da desvinculação crescente entre as

possibilidades de implementação dos direitos sociais e os meios econômico-financeiros do Estado, sem se distanciar, no entanto, da sólida construção normativa multinível que assegura a efetividade dos direitos sociais num caráter universal.

Por certo, levar os direitos a sério é considerar verdadeiramente o problema da escassez de recursos, sem, no entanto, dismantelar o Estado social, que deve ser transformado, sem cair no extremo de imaginar que o Estado pode absolutamente tudo, mas também não acolhendo a tese de que o Estado não possa nada ou quase nada, principalmente sob a vigência de um constitucionalismo multinível forte.

Com isso, uma vez reconhecida a eficácia das normas definidoras de direitos sociais, bem como o seu caráter de direitos humanos e fundamentais, também se avança a compreendê-los como verdadeiros direitos subjetivos, sem qualquer vinculação, no entanto, a uma eventual justiciabilidade automática e imediata.

Afirmar simplesmente que a cada direito social prestacional, uma vez previsto na esfera de um constitucionalismo multinível, repercute um direito subjetivo definitivo em caráter universal, sem reconhecer as limitações materiais de atuação do Estado, não se mostra sustentável ou viável.

Por força desse aspecto, os direitos sociais prestacionais, por exigirem recursos escassos e limitados para a sua implementação, devem, sim, ser compreendidos como direitos subjetivos, mas sujeitos a modulações dogmáticas que levem a sério os limites decorrentes dos meios econômico-financeiros do Estado.

Para tanto, sendo a noção de núcleo essencial compreendida como o último dos limites contra leis e atos restritivos aos direitos fundamentais e humanos, por certo que o seu conteúdo deve ser um valor absoluto, qual seja um mínimo a ser preservado de qualquer restrição em todas as circunstâncias, sendo o limite dessa garantia a noção do homem como ser digno e livre. Assim, a garantia do núcleo essencial impõe-se como absoluta, não sofrendo restrições a partir das circunstâncias variáveis do caso concreto, o que não significa uma imutabilidade absoluta na dimensão temporal, a admitir um caráter dinâmico a esse conteúdo.

Assim, num contexto de escassez de recursos, adota-se, quanto a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais e humanos, a teoria absoluta dinâmica, com a admissão de possíveis restrições aos direitos sociais prestacionais decorrentes de atuações advindas dos poderes constituídos, limitadas, no entanto, pelo valor e princípio da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a matriz fundamental da dignidade da pessoa humana, na qual se funda o modelo de Estado social vigente, implica, como regra e direito definitivo, na garantia

do mínimo para uma existência condigna, que detém uma dimensão positiva e outra negativa.

A partir de seus fundamentos teóricos, o mínimo existencial ressoa como pressuposto da democracia e da liberdade, vinculado, ainda, ao direito ao desenvolvimento, estando, por certo, atrelado à satisfação das necessidades básicas dos indivíduos em situação de vulnerabilidade.

Com isso, numa realidade marcada pela escassez de recursos, deixando de lado a noção de que o conteúdo do mínimo existencial é absoluto e imutável, mostra-se preferível adotar a teoria relativa, isso porque o seu conteúdo é um conceito sociocultural, assim variável a partir dos aspectos sociais e culturais predominantes num determinado contexto, também relativizável no tempo e no espaço. Outrossim, o conteúdo do mínimo existencial deve levar em conta as necessidades específicas de cada pessoa ou de cada grupo familiar, havendo a interferência de importantes circunstâncias que influenciam nas necessidades das pessoas.

Dessa maneira, há uma obrigação mínima estatal de assegurar a satisfação, ao menos, dos níveis essenciais básicos dos direitos sociais, sendo este um ponto de partida em relação aos passos necessários à plena efetividade dos mesmos, o que, no entanto, ante a escassez dos recursos econômico-financeiros estatais, impõe modulações dogmáticas que levem a sério os limites do constitucionalismo.

Assim, a partir da desigualdade social e da assimetria real dos indivíduos, utilizando-se do critério relativo da necessidade, o Estado deve atuar em benefício da correção e da proteção das pessoas em situação de vulnerabilidade social. Para tanto, propõe-se que o foco exclusivo do mínimo existencial sejam as pessoas em condição de vulnerabilidade, mensurado através de um critério de necessidade, que se mostra, conforme a teoria relativa aponta, variável por força de elementos socioculturais e de aspectos individuais pertencentes ao seu titular.

Não há, por certo, recursos suficientes a assegurar o mínimo existencial a todo e qualquer indivíduo indistintamente, devendo ser utilizado um critério assentado na lógica da necessidade, sendo o acesso aos bens e serviços essenciais calculado a partir das necessidades de cada indivíduo, devendo a garantia do mínimo a uma existência condigna ser atendida pelo Estado, em caráter exclusivo, em favor daqueles em situação de vulnerabilidade na medida de suas necessidades.

Incide, portanto, uma nova definição de igualdade e de universalidade dos direitos sociais prestacionais, como direitos de todos aqueles que necessitam do fornecimento dos bens e serviços essenciais para uma vida minimamente digna, com a possibilidade, inclusive, de graduação ou de diferenciação das condições às prestações sociais. Com essa posição, tais

direitos passam a ser compreendidos como verdadeiros direitos de carência, daqueles que se encontram numa situação de vulnerabilidade social, na medida do que necessitam, e quando excepcionalmente precisam.

A partir dessa posição, são extraídos alguns parâmetros materiais à efetivação dos direitos sociais prestacionais pelo Poder Judiciário, na hipótese de omissões e falhas perpetradas pelos demais poderes constituídos. Dessa maneira, havendo omissão da administração pública no fornecimento dos bens e serviços essenciais, ou, ainda, do Poder Legislativo na previsão orçamentária e/ou na regulamentação das referidas ações estatais, abre-se a possibilidade de justiciabilidade de tais direitos.

No entanto, em razão da limitação de recursos orçamentários, a efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário deverá estar relacionada com a garantia das condições mínimas necessárias ao implemento de uma vida digna. Além disso, em caráter exclusivo, o acesso aos direitos sociais prestacionais pela via do Poder Judiciário deve estar adstrito a um critério de necessidade, a alcançar, portanto, somente aqueles em situação de vulnerabilidade social, a partir das circunstâncias do caso concreto.

Se não bastasse isso, num cenário de escassez de recursos e de endividamento público acentuado, propõe-se a superação da mera igualdade formal como imperativo de gratuidade da prestação universal ou universalizante de ações, serviços e bens públicos componentes da socialidade, com uma diferenciação entre direitos decorrente dos níveis de carência dos seus destinatários.

Nesse sentido, assegura-se a observância do princípio da igualdade material, que impõe a apreciação das condições pessoais dos sujeitos de direitos, com o tratamento específico àqueles que necessitam de uma proteção diferente, havendo a possibilidade de que ocorra uma discriminação positiva em favor desses.

Com essas formulações teóricas, evidente que não há, no contexto brasileiro, qualquer impedimento para a implementação de diferentes escalões de gratuidade quanto ao acesso aos bens e serviços sociais disponibilizados pelo Estado, devendo as taxas, contribuições e coparticipações alcançarem aqueles que podem pagar e até onde podem pagar, num critério de necessidade em harmonia com o razoável e o proporcional. A esta regra, admite-se como exceções as hipóteses em que os direitos sociais destinam-se, única e exclusivamente, àqueles em situação de grave vulnerabilidade ou a grupos mercedores de uma proteção social específica, como, por exemplo, os benefícios assistenciais, ou, ainda, quando as prestações sociais destinam-se exclusivamente a indivíduos ou grupos sociais específicos em situação de grave risco, incluindo-se os desempregados, os familiares de apenados, as vítimas de

calamidades públicas, dentre outros destinatários.

Ainda ocupado com o desenvolvimento de uma dogmática da escassez, mas que não se distancie das obrigações estatais assumidas na esfera do constitucionalismo multinível, adota-se a reserva do necessário como uma esfera de proteção intocável na vigência de um modelo de Estado social lastreado na dignidade da pessoa humana.

Em consequência, a reserva do possível na dimensão jurídica não deve preponderar em detrimento da reserva do necessário. Por outro lado, no âmbito da reserva do possível fática, havendo uma escassez real de recursos, o Estado somente poderá conceder a uma pessoa prestações sociais universalizáveis, quais sejam aquelas passíveis de serem prestadas a todos os destinatários que se encontram numa idêntica situação de necessidade e de vulnerabilidade. Com essa propositura, em regra, a reserva do possível fática também não deve preponderar em prejuízo da reserva do necessário, salvo na hipótese de escassez real de recursos e quando não seja possível a universalização do pretendido bem ou serviço social.

Nessa hipótese extrema de escassez real de recursos, a partir do disposto no artigo 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incidirão os princípios da progressividade e da aplicação do máximo dos recursos disponíveis como verdadeiras condicionantes, as quais devem ser obrigatoriamente observadas pelo Estado sob pena de flagrante omissão inconstitucional.

Também nos tempos de crise econômico-financeira, o princípio da vedação de retrocesso social merece ser reanalisado. Nesse aspecto, apesar de haver posicionamentos em sentido contrário, não há como negar que se trata de um princípio jurídico-constitucional implícito, o que resulta, inclusive, da aplicação progressiva dos direitos sociais prevista no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no Protocolo de San Salvador.

No entanto, numa dogmática ocupada com a escassez de recursos, ressalvada a hipótese de garantia absoluta do núcleo essencial dos direitos sociais, o princípio da proibição de retrocesso social deve ser relativizado, desde que observados requisitos e condicionantes a tanto.

Nesse aspecto, analisando o artigo 4º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denota-se uma relação de justificativas que os Estados podem alegar para eventuais restrições à fruição e ao exercício de direitos. Com isso, pode-se proceder com uma articulação entre parte desses requisitos para a finalidade de avaliar a proporcionalidade e a razoabilidade de uma eventual medida retrocessiva.

Em consequência, resguardada a vedação absoluta de retrocessos que afetem o

núcleo essencial dos direitos sociais, admite-se a adoção de retrocessos à socialidade, desde que sejam proporcionais e razoáveis, bem como observem os requisitos materiais previstos no artigo 4º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, devendo, ainda, haver a demonstração da plena utilização do máximo dos recursos disponíveis. Dessa maneira, admite-se um retrocesso condicionado e delimitado, sempre que seja impraticável ou insustentável a manutenção do nível de prestações sociais por escassez de recursos, até porque não há qualquer dúvida de que a realização prática dos direitos sociais está sujeita a condições de sustentabilidade.

Por fim, neste exercício propositivo voltado à construção de uma dogmática da escassez no âmbito dos direitos sociais, propõe-se a adoção de novas roupagens ao Estado na implementação dos bens e serviços que compõem a socialidade.

Nesse aspecto, reconhecendo a responsabilidade primária do Estado na implementação dos direitos sociais, há a necessidade de adotar a via do diálogo interinstitucional pela via administrativa nas hipóteses de falhas ou omissões dos poderes constituídos, como estratégia alternativa à mera judicialização das políticas públicas, o que deve envolver os vários atores institucionais, dentre os quais a advocacia pública, os Tribunais de Contas, a Defensoria Pública e o Ministério Público.

Outrossim, uma vez exercitado o acesso ao Poder Judiciário, propõe-se que, uma vez acionada a tutela jurisdicional, haja uma dedicada atuação negocial, com a atenuação dos remédios fortes, mas com o desenvolvimento de soluções criativas para problemas estruturais complexos corrigidos gradualmente por intermédio de decisões dialógicas.

Por outro lado, mesmo com a manutenção do Estado no modelo prestacional ou prestador, nos tempos de escassez de recursos são sugeridos novos modelos ao Poder Público, visando fortalecer a socialidade a partir de uma atuação cooperativa do Estado com a sociedade, as entidades privadas, os indivíduos, o mercado, o terceiro setor, sem qualquer monopólio estatal na prestação dos bens e serviços sociais previstos constitucionalmente.

Dentre essas novas roupagens, destaca-se o Estado ativador ou de ativação, que se desenvolve a partir do emprego do discurso dos deveres, o qual se mostra essencial para uma eficaz implementação dos direitos sociais, bem como para a inclusão social.

Há, ainda, o modelo de Estado de garantia, fundado nos princípios da solidariedade e da subsidiariedade, que também se demonstra útil para aprimorar a implementação dos bens e serviços que compõem a socialidade, principalmente no contexto de reconhecimento dos limites financeiros do Estado social.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madri: Editorial Trotta, 2014.

_____. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. **La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: Editora Del Puerto/CELS, p. 283-350, 1997.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. **Boletim mexicano de derecho comparado**, ano 45, n. 135, p. 1167/1220, set./dez. 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015-a.

_____. Direitos fundamentais e proporcionalidade. Tradução de Rogério Luiz Nery da Silva. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (orgs). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, p. 165-178, 2015-b.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 87-109, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Em busca de uma nova perspectiva das fontes de Direito Internacional. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (orgs.). **Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário**. São Paulo: Quartier Latin, p. 107-137, 2011.

AMBRA, Maria Concetta. Le politiche attive per il reinserimento lavorativo degli invalidi del lavoro. In: MASSIMO, Paci; PUGLIESE, Enrico (orgs.). **Welfare e promozione delle capacità**. Bolonha: il Mulino, p. 193-212, 2011.

ANTONINI, Luca. La sussidiarietà como principio di governance. In: BELARDINELLI, Sergio (org.). **Welfare community e sussidiarietà**. Milão: Egea, p. 25-45, 2005.

ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005.

_____. Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos. **Pensamiento jurídico**, n. 8, p. 63-72, 1998.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da acp do carvão. **Revista de Processo Comparado**, vol. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015.

ARREDONDO, Armando; OROZCO, Emanuel; AVILES, Raúl. **Evidence on equity, governance and financing after health care reform in Mexico**: lessons for Latin American countries. *Saúde e Sociedade*, v. 24, supl. 01, p. 162-175, 2015.

ASHFORD, Elizabeth. The duties imposed by the human rights to basic necessities. In: POGGE, Thomas (ed.). **Freedom from poverty as a human right**: who owes what to the very poor?. Oxford: Oxford University Press, p. 183-218, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARAK, Aharon. **Human dignity**: the constitutional value and the constitutional right. Tradução de Daniel Kayros. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, a. 1, v. 1, n. 1, p. 06-27, jan./jun. 2017.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARELI, Paulo; LIMA, Aldo José Fossa de Sousa. A importância social no desenvolvimento do trabalho voluntário. **Revista de Ciências Gerenciais**, vol. 14, n. 20, p. 173-184, 2010.

BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Última palavra e diálogos constitucionais: caminhos e descaminhos na jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 58, n. 231, p. 181-200, jul./set. 2021.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, p. 117-121, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASSI, Vincenzo. Terzo settore. In: BRUNI, Luigino; ZAMAGNI, Stefano (eds.). **Dizionario di economia civile**. Roma: Città Nuova, p. 765-771, 2009.

BASTIDA, Francisco J.. Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos. In: MANRIQUE, Ricardo García (coord.). **Derechos sociales y ponderación**. 2. ed. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 103-150, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 115, ano 27, p. 21-40, jan.-fev. 2018.

BILCHITZ, David. **Poverty and fundamental rights: the justification and enforcement as socio-economic rights.** Oxford: Oxford University Press, 2007.

BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, vol. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017.

_____. **O direito ao mínimo para uma existência condigna.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOGDANDY, Armin von et al. Ius constitutionale commune en América Latina: a regional approach to transformative constitutionalism. In: BOGDANDY, Armin von et al (coords.). **Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune.** Oxford: Oxford University Press, p. 3-23, 2017.

BOGDANDY, Armin von. Ius constitutionale commune en América Latina: Observations on tranformative constitutionalism. In: BOGDANDY, Armin von et al (coords.). **Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune.** Oxford: Oxford University Press, p. 27-48, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 11. ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

_____. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional.** São Paulo: Malheiros, 1999.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas.** Coimbra: Almedina, 2015.

BRANDÃO, Rogério. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRITO, Jaime Domingues; SOUZA, Willian Alves de. Controle judicial do orçamento público: instrumento para efetivação de políticas públicas na educação. **Revista Estudos Institucionais**, v. 7, n. 3, p. 1103-1126, set./dez. 2021.

CALABRESI, Guido; BOBBITT; Philip. **Tragic choices.** Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1978.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito.** São Paulo: Elsevier, 2009, e-book.

_____. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 195-208, 2008.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Efetividade dos direitos sociais: prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios.** Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

CAMINADA, Koen; GOUDSWAARD, Kees. How well is social expenditure targeted to the poor?. In: SAUNDERS, Peter; SAINSBURY, Roy (eds.). **Social security, poverty and social exclusion in rich and poorer countries**. Antuérpia: Insertentia, p. 97-110, 2010.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dignidade e constitucionalização da pessoa humana. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de et al (coords.). **Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. v. 02. Coimbra: Coimbra Editora, p. 285-296, 2012-a.

_____. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012-b.

_____. O direito constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREA, Érica Paula Barcha (coords.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, p. 11-31, 2010-a.

_____. O direito dos pobres no activismo judiciário. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREA, Érica Paula Barcha (coords.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, p. 33-35, 2010-b.

_____. O ativismo judiciário: entre o nacionalismo, a globalização e a pobreza. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, p. 47-58, 2009.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPUCHA, Luís Manuel Antunes. Inovação e justiça social: políticas ativas para a inclusão educativa. **Sociologia, problemas e práticas**, n. 63, p. 25-50, 2010.

_____. **Desafios da pobreza**. Tese (Doutorado em Sociologia) - Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa, Lisboa, 2004.

CARNEY, Terry. **Social security law and policy**. Leichhardt: The Federation Press, 2006.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, vol. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976.

CHUECA, Ricardo. La marginalidade jurídica de la dignidade humana. In: CHUECA, Ricardo (org.). **Dignidad humana y derecho fundamental**. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, p. 25-52, 2015.

CIRAVEGNA, Daniele. El papel del microcrédito en la economía moderna: el caso de Italia. In: SOJO, Carlos (coord.). **Microcrédito contra la exclusión social: Experiencias de financiamiento alternativo en Europa y América Latina**. São José: FLACSO, p. 49-71, 2005.

_____. Il ruolo del microcredito nel mondo. **Microcredito, strumento per la creazione di nuova imprenditorialità e per la prevenzione dell'usura**. Turim: Consiglio Regionale del Piemonte, 2003.

CLEGG, Daniel. Combating poverty through “active inclusion”? The european and national contexts. In: JOHANSSON, Håkan; PANICAN, Alexandru (orgs.). **Combating poverty in local welfare systems**. Londres: Palgrave Macmillan, p. 77-104, 2016.

CODINI, Ennio; FOSSATI, Alberto; LUPPI, Silvia A. Frego. **Manuale di diritto dei servizi sociali**. Turim: Editora G. Giappichelli, 2017.

COHEN, G. A.. Equality or what? On welfare, goods, and capabilities. In: NUSSBAUM, Martha; SEN, Amartya. **The quality of life**. Oxford: Oxford University Press, p. 09-29, 1993.

COLOZZI, Ivo. Terzo settore e sussidiarietà. In: BELARDINELLI, Sergio (org.). **Welfare community e sussidiarietà**. Milão: Egea, p. 111-128, 2005.

COSTA, Alfredo Bruto da et al. **Um olhar sobre a pobreza: vulnerabilidade e exclusão social no Portugal contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2011.

COSTA, Susana Henriques da. Controle judicial de políticas públicas: Relatório Geral do Brasil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 57, jul./set. 2015, p. 207-243.

COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian (coord.). **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 3-52, 2006.

_____. Luces y sombras: La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales em la sentencia de los ‘Cinco Pensionistas’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Mexicana de Derecho Público**, n. 6, p. 37-67, 2004.

COUTINHO, Luís Pereira. Os direitos sociais como compromissos. **Revista Eletrônica de Direito Público**, vol. 1, n. 03, p. 86-98, dez. 2014.

CROCKER, David A.. Functioning and capability: the foundations of Sen’s and Nussbaum’s development ethic. **Political Theory**, v. 20, n. 4, p. 584-612, 1992.

CURADO, Lúcio Mauro Carloni Fleury. **A efetivação de direitos sociais pela via não judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

DEGRASSI, Lidianna. La “sussidiarietà orizzontale” negli Statuti regionali di seconda generazione: spunti per una riflessione. In: MARZANATI, Anna; MATTIONI, Angelo (orgs.). **La fraternità como principio del diritto pubblico**. Roma: Città Nuova, p. 157-178, 2007.

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

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

EICHENHOFER, Eberhard. **The law of the activating welfare state**. Baden-Baden: Nomos, 2015.

ELSTER, Jon. **Local justice: how institutions allocate scarce goods and necessary burdens**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1992.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINERMANN, Caio César Bueno. O potencial catalizador da tutela coletiva dos direitos econômicos e sociais: um enfoque a partir dos diálogos horizontais em direitos humanos. In: BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do ius constitutionale commune latino-americano à luz do direito econômico internacional**. Salvador: JusPodivm, p. 553-572, 2019.

_____. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 4, p. 211-246, 2018.

FASANO, Anarita. Occupazione e politiche di attivazione del Mezzogiorno. In: MASSIMO, Paci; PUGLIESE, Enrico (orgs.). **Welfare e promozione delle capacità**. Bolonha: il Mulino, p. 167-191, 2011.

FELICE, Flavio. **Welfare society: dal paternalismo di stato alla sussidiarietà orizzontale**. Soveria Mannelli: Rubbertino, 2007.

FELICE, William. **Taking suffering seriously: the importance of collective human rights**. Nova Iorque: State University of New York, 1996.

FERNANDES, Ana Luísa. **Pobreza e exclusão social: Breve reflexão**. Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, ano VI, n. 1. Coimbra: Almedina, p. 199-207, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos sociales y esfera pública mundial. In: LOS MONTEROS, Javier Espinoza de; ORDÓÑEZ, JORGE (orgs.). **Los derechos sociales em el Estado Constitucional** Tradução de Javier Espinoza de Los Monteros e Jorge Ordóñez. Valencia: Editorial Tirant lo Blanck, p. 43-59, 2013.

_____. **Diritti fondamentali: um dibattito teórico**, a cura di Ermanno Vitale. Roma e Bari: Laterza, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A desigualdade econômica e a isonomia: uma reflexão sobre os perfis das desigualdades. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 1, p. 31-49, jan./abr. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva. **Por uma socialidade responsável à escala mundial**: contributo para uma dogmática da tutela de bens sociais sob a ótica dos deveres. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021.

FIGUEIREDO, Marcelo. Constitucionalismo latino-americano e cultura constitucional. In: BOGDANDY, Armin von et al (coords.). **Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais**: desafios do ius constitutionale commune latino-americano à luz do direito econômico internacional. Salvador: JusPodivm, p. 727-750, 2019.

FOUARGE, Didier. **Poverty and subsidiarity in Europe**: minimum protection from an economic perspective. Cheltenham e Northampton: Edward Elgar, 2004.

FRANCH, Valentín Bou; DAUDÍ, Mireya Castillo. **Derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

FREEMAN, Samuel (ed.). **The Cambridge companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, e-book.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

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

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008-a.

_____. Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. Tradução de Thiago Magalhães Pires. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 207-227, 2008-b.

GIUFFRÈ, Felice. Il rilievo giuridico della fraternità nel rinnovamento dello Stato sociale. In: MARZANATI, Anna; MATTIONI, Angelo (orgs.). **La fraternità como principio del diritto pubblico**. Roma: Città Nuova, p. 101-126, 2007.

GOEDERT, Rubia Carla; LENHARDT, Willian Padoan. O direito social fundamental à saúde e seu tratamento frente ao postulado da reserva do possível. **Revista da Ajuris**, v. 42, n. 137, p. 451-477, mar. 2015.

GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governação da administração pública a partir do mote do new public governance. In: GONÇALVES, Pedro Costa (coord.). **O governo da administração pública**. Coimbra: Almedina, p. 7-33, 2013.

_____. Estado de garantia e mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, vol. VII, p. 97-128, 2010.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. A inconstitucionalidade da lei das propinas – anotação ao Acórdão n. 148/94 do Tribunal Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, XXXVI, n. 1, p. 257-268, 1995.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, n. 9, p. 379-397, dezembro. 2006.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HÄBERLE, Peter. Direitos fundamentais no Estado prestacional. Tradução de Fabiana Okchstein Kelbert e Michael Dietmar Donath. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

_____. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 45-103, 2013.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In: HABERMAS, Jürgen (org.). **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade: vol. 1**. Tradução de Flávio Bienen Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997-a.

_____. La morale des visions du monde: “Raison” et “vérite” dans le libéralisme politique de Rawls. Tradução de Rainer Rochlitz. In: HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Débat sur la justice politique**. Paris: Cerf, p. 143-187, 1997-b.

HELD, David. A democracia, o Estado-nação e o sistema global. **Lua Nova Revista de Cultura e Política**, n. 23, p. 145-194, 1991.

HESPANHA, Pedro. The activation trend in the portuguese social policy: an open process. **Reshaping welfare states and activation regimes**. Pieterlen: Peter Lang, p. 207-240, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: Why liberty depends on taxes**. Nova Iorque e Londres: W. W. Norton & Company, 1999.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. **Recueil des Cours**, v. 251, p. 9-267, 1995.

JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**. Milão: Societá Editrice Libreria, 1912.

JOBIM, Marco Félix; TESSARI, Cláudio. O princípio da vedação ao retrocesso social e a denominada jurisprudência da crise: uma mudança de paradigma?. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 125, p. 91-110, maio/jun/2021.

JOHANSSON, Håkan, PANICAN, Alexandru. A move towards the local? The relevance of a local welfare system approach. In: JOHANSSON, Håkan, PANICAN, Alexandru (orgs.). **Combating poverty in local welfare systems**. Londres; Palgrave Macmillan, p. 01-28, 2016.

KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc (eds.). **Global public goods: international cooperation in the 21st century**. Nova Iorque: Oxford Academic, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLOEPPER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 145-174, 2013.

KOTZUR, Markus. El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: un actor regional al servicio de los derechos humanos universales. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 16, p. 225-249, 2012.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LANUZA, Carmen Tomás-Valente. La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: un concepto útil?. **Revista española de Derecho Constitucional**, ano 34, n. 102, p. 167-208, 2014.

LAURELL, Asa Cristina. **Los seguros de salud mexicanos: cobertura universal incierta**. *Ciência e Saúde Coletiva*, vol. 16, n. 06, p. 2795-2806, jun. 2011.

_____. Avançando em direção ao passado: a política social do neoliberalismo. In: LAURELL, Asa Cristina (coord.). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**. Tradução de Rodrigo León Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 151-178.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEDUR, José Felipe. **O contributo dos direitos fundamentais de participação para a**

efetividade dos direitos sociais. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativo dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 279-312, 2008.

LEVAGGI, Rosella. Il ticket per le prestazioni nella riforma del sistema sanitario. **Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze**, v. 58, n. 4, p. 475-491, 1999.

LOBO, Júlio Cesar Matias. A atuação do defensor público à luz da administração gerencial pública do século XXI. In: ROCHA, Amélia et al. (orgs.). **Defensoria Pública, assessoria jurídica popular e movimentos sociais e populares: novos caminhos traçados na concretização do direito de acesso à justiça.** Fortaleza: Dedo de Moças Editora e Comunicação Ltda, p. 227-270, 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 173-193, 2008.

LOUREIRO, João Carlos. Bens, males e (e)stados (in)constitucionais: socialidade e liberdade(s): notas sobre uma pandemia. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3, p. 787-832, set./dez. 2020.

_____. Constituição social e(m) questão/questões: entre realismo e utopismo: Meditações de um pobre constitucionalista resistente num rico país. **Olhar o constitucionalismo português nos 40 anos da Constituição de 1976.** Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 43-99, 2018.

_____. Pauperização e prestações sociais na “idade da austeridade”: a questão dos três d’s (dívida, desemprego, demografia) e algumas medidas em tempo de crise(s). **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, v. 90, tomo 2, Coimbra, p. 613-661, 2014-a.

_____. Cidadania, proteção social e pobreza humana. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 90, tomo 1, Coimbra, p. 71-137, 2014-b.

_____. Socialidade(s), estado(s) e economia(s): entre caridade(s) e crise(s). **Boletim de Ciências Econômicas**, v. 57, tomo 2, Coimbra, p. 1833-1885, 2014-c.

_____. Estado social em Portugal: reforma(s) ou revolução?. In: MENDES, Fernando Ribeiro; CABRAL, Nazaré da Costa (orgs.). **Por onde vai o Estado social em Portugal?.** Lisboa: Vida Econômica, p. 97-134, 2014-d.

_____. Pessoa, democracia e cristianismo: entre o real e o ideal?: Subsídios de (para a) leitura(s) de Barbosa de Melo. In: CORREIA, Fernando Alves et al (orgs.). **Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo.** Coimbra: Almedina, p. 361-404, 2013-a.

_____. A “porta da memória”: (pós?) constitucionalismo, estado (pós?) social, (pós?) democracia e (pós?) capitalismo: contributos para uma “dogmática da escassez”. **Revista Estudos do Século XX**, n. 13, p. 109-126, 2013-b.

_____. Responsabilidade(s), pobreza e mundo(s): para uma tópica (inter)constitucional da pobreza. In: LOUREIRO, João Carlos; MACHADO, Jónatas E. M.; CORREIRA, Fernando Alves (orgs.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. v. 01, Coimbra: Coimbra Editora, p. 395-424, 2012-a.

_____. Rostos e (des)gostos da(s) Europa(s): dom, fraternidade e pobreza(s). **Rua – L – Revista da Universidade de Aveiro**, n. 1, p. 181-232, 2012-b.

_____. **Adeus ao Estado social?**: a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. Direito à (proteção) da saúde. **Revista da Defensoria Pública**, n. 01, jul./dez., p. 35-74, 2008.

MAGALHÃES, Breno Baía. **Pluralismo constitucional interamericano**: a leitura plural da Constituição de 1988 e o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2015.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (org.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17-66, 2012.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de derechos fundamentales**. Madri: Dykinson, 2004.

_____. **Curso de derechos fundamentales**: Teoría General. Madri: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1995.

_____. Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española. **Funciones y fines del derecho**: estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista. Murcia: Universidad de Murcia, p. 247-272, 1992.

MARTÍNEZ, Julio L. El sujeto de la solidaridad: una contribución desde la ética social cristiana. VILLAR, Alicia; GARCÍA-BARÓ, Miguel (eds.). **Pensar la solidaridad**. Madri: Universidad Pontificia Comillas, p. 47-114, 2004.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luís. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica**. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MARTINS, Maria d’Oliveira. **A despesa pública justa**: uma análise jurídico-constitucional do tema da justiça na despesa pública. Coimbra: Almedina, 2016.

MENDES, Conrado Hübner Mendes. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, e-book.

MICHELMAN, Frank I. The constitution, social rights, and liberal political justification. **International Journal of Constitutional Law**, v. 1, n. 1, p. 13-34, jan. 2003.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**: Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge. Direitos sociais e propinas no ensino superior: os que podem pagar devem pagar: a frequência do ensino superior não tem de ser gratuita quando as condições dos alunos o dispensem. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 72, p. 209-211, abr./jun. 2019.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. Sobre as propinas universitárias. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, XXXIV, p. 484-509, 1993.

MIRANDA, Pontes de. **Direitos à subsistência e direito ao trabalho**. Rio de Janeiro: Alba Limitada, 1933.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Socialidade, solidariedade e sustentabilidade: esboços de um retrato jurisprudencial. In: LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da (coords.). **A economia social e civil**: estudos, v. 1. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 61-104, 2015.

MORAIS, Carlos Blanco. O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista?. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 78, p. 153-227, jan./mar. 2012.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Uma análise dos pressupostos da economia do bem-estar à luz da legislação brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 128, p. 157-180, nov./dez. 2021.

MUNHOZ, Manoela Virmond. O reconhecimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, dos processos estruturais como necessários à solução de litígios complexos: uma análise do recurso especial 1.733.412/SP. **Revista de Processo**, vol. 308, p. 231-245, out./2020.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coords.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, p. 110-140, 2006.

NERI, Marcelo C.. **Desigualdades de impactos trabalhistas na pandemia**: Sumário Executivo. Rio de Janeiro: FGV Social, 2021-a.

_____. **Bem-Estar trabalhista, felicidade e pandemia**: Sumário Executivo. Rio de Janeiro: FGV Social, 2021-b.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jonatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (orgs.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, p. 615-652, 2012.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NIGENDA-LÓPEZ, Gustavo H. et al. Participación social y dad en los servicios de salud: la experiencia del aval ciudadano en México. **Revista de Saúde Pública**, vol. 47, n. 01, p. 44-51, fev. 2013.

NORMANTON, Anna Catharina Machado; PEREIRA, Ana Clara Toscano Aranha. Pluralidade de ordens jurídicas e a interpretação das normas internacionais de direitos humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 123, p. 293-316, jan-fev. 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 2. ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2021-a.

_____. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2021-b.

_____. **A dignidade da pessoa humana**: volume II: dignidade e inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. **A dignidade da pessoa humana**: volume I: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NUNES, Anelise Coelho. **A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NUSSBAUM, Martha. **Creating capabilities**: the human development approach. Cambridge e Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. Human dignity and political entitlements. **AAVV**: Human dignity and bioethics:

essays commissioned by the President's Council on Bioethics, p. 351-380, 2008.

_____. Capabilities and human rights. In: HAYDEN, Patrick (org.). **The philosophy of human rights**. St. Paul: Paragon House, p. 212-240, 2001.

_____. **Women and human development: the capabilities approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PANICAN, Alexandru; ANGELIN, Anna. Worlds of active inclusion at local level: a comparative analysis. In: JOHANSSON, Håkan; PANICAN, Alexandru (orgs.). **Combating poverty in local welfare systems**. Londres: Palgrave Macmillan, p. 231-260, 2016.

PEIXOTO, Alberto de Almeida Oliveira; SANTOS, Hárrison Fernandes dos; BORGES, Alexandre Walmott. Solidariedade como princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro. **Argumentum – Revista de Direito**, n. 14, p. 255-278, 2013.

PEREIRA, Ilma de Paiva et al. Ministério Público, Conselhos Municipais de Saúde e as práticas do diálogo interinstitucional. **Saúde e Sociedade**, v. 28, n. 2, p. 111-123, 2019.

PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism in the European Union. **Walter Hallstein-Institut - Paper 5/02**, p. 04-06, 2001. Disponível em: <[http:// https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf](http://https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf)>. Acesso em: 25 fev. 2022.

_____. The treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. **Columbia journal of European law**, v. 15, p. 349-408, 2009.

_____. Multilevel constitucionalismo and the treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited. **Common market law review**, v. 36, p. 703-750, 1999.

PINTO, José Guilherme Berman Correa. **Direito Constitucional comparado e controle fraco de constitucionalidade**. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.

PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales; CRUZ, Julia Cortez da Cunha. The protection of social rights in the inter-american commission of human rights. In: BOGDANDY, Armin von et al (coords.). **Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do ius constitutionale commune latino-americano à luz do direito econômico internacional**. Salvador: JusPodivm, p. 413-438, 2019.

PIOVESAN, Flávia; BORGES, Bruno Barbosa. O diálogo inevitável interamericano e a construção do ius constitutionale commune. **Revista de direitos fundamentais e democracia**, v. 24, n. 3, p. 5-26., set./dez. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

_____. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. **Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios**. *Revista Direito e Práxis*, vol. 08, n. 2, p. 1356-1388, 2017.

PIZZOLATO, Filippo. **Il principio costituzionale di fraternità: itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana**. Roma: Città Nuova, 2012.

POGGE, Thomas. **Severy poverty as a human right violation**. In: POGGE, Thomas (org.). **Freedom from poverty as a human right**. Oxford: Oxford University Press, p. 11-53, 2007.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. **Controlo judicial das restrições aos direitos sociais**. *Revista Eletrônica de Direito Público*, v. 7, n. 3, p. 66-94, dez. 2020.

RIBEIRO, Patrícia Gomes. **O direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. *Revista Eletrônica Jurídico-Institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte*, v. 2, n. 2, maio/jun. 2011.

RIPOLL, Julieta Lemaitre. **El Coronel sí tiene quien le escriba: la tutela por mínimo vital en Colombia**. *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional (SELA)*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. *Interesse Público*, v. 01, 4. ed., p. 23-48, 1999.

ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil: afinal, do que se trata?**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

RODRIGUES, Daniel C. Pagliusi. **A identidade da advocacia pública no nosso modelo**. In: DOSSO, Taisa Cintra; MASSA, Patrícia Helena; HIGA, Alberto Shinji (coords.). **A advocacia pública na defesa da cidadania e da democracia**. São Paulo: Escola Superior de Advocacia da OAB/SP, p. 61-89, 2021.

RODRIGUES, Daniel Colnago. Mediação obrigatória no processo civil: reflexões à luz do direito comparado, do CPC/2015 e da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015). **Revista de Processo**, vol. 285, p. 365-396, nov./2018.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. O controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas. In: SILVA, Jéssica A. C. da; ERHARDT JÚNIOR, Marcos (coords.). **Hermenêutica jurídica e efetivação dos direitos sociais**: homenagem a Andreas Krell. Curitiba: Juruá, p. 192-193, 2014.

ROMAN, Diane. L'opposabilité des droits sociaux. **Informations sociales**, n. 178, p. 33-42, 2013.

ROSSI, Giovanna. Servizi alla persona e sussidiarietà. In: BELARDINELLI, Sergio (org.). **Welfare community e sussidiarietà**. Milão: Egea, p. 91-110, 2005.

ROSSI, Julieta. La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. In: COURTIS, Christian (coord.). **Ni un paso atrás**: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 79-115, 2006.

ROSSI, Stefano. Fraternità e mutualismo: forme nuove di um legame antico. **Diritto Pubblico**, n. 03, p. 807-861, 2005.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **A função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho**: de acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: LTr, 2003.

SANTOS, Mariana Cristina Silva et al. Programa bolsa família e indicadores educacionais em crianças, adolescentes e escolas no Brasil: revisão sistemática. **Ciência e Saúde Coletiva**, vol. 24, p. 2233-2247, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 11-53, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; KRONBAUER, Eduardo Luís. Mínimo existencial, assistência social e Estado de Direito: Análise de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. **Revista do Direito**, n. 63, p. 02-25, jan. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Judicialização, reserva do possível e compliance na área da saúde. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n. 1, p. 257-282, jan./abr. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2015-a.

_____. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015-b.

_____. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Espaço jurídico journal of law**, v. 16, n. 2, p. 459-488, jul./dez. 2015-c.

_____. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (orgs.). **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, p. 15-74, 2014.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 15-43, 2013.

_____. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso social: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREA, Érica Paula Barcha (coords.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, p. 71-110, 2010.

_____. La prohibición de retroceso en los derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis. In: COURTIS, Christian (coord.). **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 329-360, 2006.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al (orgs.). **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 129-173, 1999.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2019.

_____. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. **A ideia de justiça**. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. **The standard of living**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

_____. Capability and well-being. In: NUSSBAUM, Martha; SEN, Amartya (eds.). **The quality of life**. Oxford: Oxford University Press, p. 30-53, 1993.

_____. **Poverty and famines: an essay on entitlement and deprivation.** Oxford: Oxford University Press, 1983.

SENGUPTA, Arjun. Poverty eradication and human rights. In: POGGE, Thomas (org.). **Freedom from poverty as a human right.** Oxford: Oxford University Press, p. 323-344, 2007.

SEPÚLVEDA, Magdalena. La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión “progresivamente”. In: COURTIS, Christian (coord.). **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.** Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 117-150, 2006.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos: reserva do possível.** vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

SHELTON, Dinah. **Regional protection of human rights.** Oxford: Oxford University Press, 2008.

SILVA, Alexandre Barbosa da; SCHULMAN, Gabriel. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. **Revista Bioética**, v. 25, n. 2, p. 290-300, 2017.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de coisas inconstitucional e processo estrutural.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2020.

SILVA, Everlane Suane de Araújo da; PAES, Neir Antunes. Programa bolsa família e a redução da mortalidade infantil nos municípios do semiárido brasileiro. **Ciência e Saúde Coletiva**, vol. 24, p. 623-630, 2019.

_____. Programa bolsa família e mortalidade infantil no Brasil: revisão integrativa. **Holos**, vol. 1, p. 201-211, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Rogério Luiz Nery da Silva; MASSON, Daiane Garcia. Direitos sociais e dignidade da pessoa humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (orgs). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo.** Florianópolis: Qualis, p. 179-214, 2015.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direito Constitucional I.** Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

_____. **Direitos fundamentais na arena global.** 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

_____. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise. In: SILVA, Suzana Tavares da; NABAIS, José Casalta (coords.). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise.** Coimbra: Almedina, p. 61-91, 2011.

_____. **Um novo direito administrativo?.** Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

_____. O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 587-599, 2008.

SIMÕES, Carlos. **Teoria e crítica dos direitos sociais**: o Estado social e o Estado democrático de direito. São Paulo: Cortez, 2013.

SOUZA, André Portela. Políticas de distribuição de renda no Brasil e o bolsa família. In: BACHA, Edmar Lisboa; SCHWARTZMAN, Simon (orgs.). **Brasil**: a nova agenda social. Rio de Janeiro: LTC, p. 166-186, 2011.

SOUZA, Silvana Aparecida de. **Educação, trabalho voluntário e responsabilidade social da empresa**: “amigos da escola” e outras formas de participação. Tese (Doutorado em Educação). Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007.

STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 199-224, 2013.

STEFANELLI, Justine N. Introductory note to case C-233/18 Zubair Haqbin v. Federaal Agentschap Voor de Opvang Van Asielzoekers (C.J.E.U.). **International Legal Materials**, v. 59, p. 694-707, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. E que o texto constitucional não se transforme em um latifúndio improdutivo: uma crítica à ineficácia do direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O direito público em tempos de crise**: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 175-188, 1999.

SUNSTEIN, Cass. **Valuing life**: humanizing the regulatory state. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2014.

_____. **The second bill of rights**: FDR’s unfinished revolution and why we need it more than ever. Nova Iorque: Basic Books, 2004.

TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 55-68, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 69-86, 2008-a.

_____. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 313-339, 2008-b.

_____. Existe um princípio estrutural da solidariedade?. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coords.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, p. 198-207, 2006.

_____. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo, n. 177, p. 29-37, jul./set. 1989.

TRIEPEL, Heinrich. **Droit international et droit interne**. Paris: Oxford, 1920.

TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of constitutional law. **Virginia Journal of International Law**, vol. 49, n. 04, p. 985-1006, 2009.

_____. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VÉRAS, Maura Pardini Bicudo. Prefácio à edição brasileira. In: PAUGAM, Serge. **Desqualificação social: ensaio sobre a nova pobreza**. Tradução de C. Giorgetti e T. Lourenço. São Paulo: Editora Educ e Cortez, p. 13-29, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Patrícia Alves. O programa bolsa família como inclusão social e seu impacto na evasão escolar: análise da condicionalidade frequência escolar. **Revista Estudos IAT**, vol. 5, n. 3, p. 217-232, out./2020.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. O papel do Estado na sociedade e na socialidade. In: LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares. (orgs.). **A economia social e civil: estudos – volume 1**. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 23-42, 2015.

_____. Conclusões. **Tribunal Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976**, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, p. 175-189, 2012.

_____. Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais, três décadas depois. **Anuário Português de Direito Constitucional**, vol. V. Coimbra: Coimbra Editora, p. 121-141, 2006.

_____. O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas: uma decisão singular do Tribunal Constitucional. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02. **Jurisprudência Constitucional**, n. 01, p. 04-29, jan./mar. 2004.

_____. Supletividade do Estado e desenvolvimento. In: PINTO, Mario; GARCIA, António Leite; SEABRA, João (eds.). **Gaudium et spes**: uma leitura pluridisciplinar vinte anos depois. Lisboa: Rei dos Livros, p. 113-124, 1998.

VIZARD, Polly. **Poverty and human rights**: Sen’s capability perspective’ explored. Oxford: Oxford University Press, 2006.

VOSSKUHLE, Andreas. Cooperation between the public and private sector in the enabling state. In: RUFFERT, Matthias (ed.). **The public-private law divide**: potential for transformation?. Londres: British Institute of International and Comparative Law, p. 209-220, 2009.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WASILEWSKI, Dione J.; GABARDO, Emerson. A insuficiência de tributação como fundamento para o afastamento da reserva do possível na garantia do mínimo existencial e da dignidade humana. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 11, n. 1, p. 710-731, 2021.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WEINGARTNER NETO, Jayme; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 285-303, 2008.

ZACHARIAS, Rodrigo; AZEVEDO, Paulo Bueno de; HAIK, Cristiane. O princípio da subsidiariedade, o benefício assistencial de prestação continuada e a súmula n. 23 da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, vol. 10, n. 2, p. 712-743, 2022.

ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 209-216, 2008.

ZWAAN, Karin. Human dignity and a dignified standard of living: the judgment of the Court of Justice in the case of Zubair Haqbin (C233/18). **Bialystok Legal Studies**, v. 26, n. 1, p. 143-154, 2021.