

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS E SEUS ASPECTOS CONSTITUTIVOS  
POLÍTICOS E CULTURAIS\***

**FUNDAMENTAL RIGHTS AND POLITICS AND THEIR POLITICAL  
AND CULTURAL ELEMENTS**

Rogério Gesta Leal\*\*

Daniela Menengoti Ribeiro\*\*\*

RESUMO: Este estudo pretende tratar dos elementos políticos e culturais que se encontram no centro do conceito de Direitos Fundamentais Sociais e suas repercussões pragmáticas, em especial, às formas e argumentos através dos quais se têm dado tratamento a estes Direitos no Brasil, a partir da dicção e efeito constitucional que tomam. Para tanto, serão analisados os contributos teóricos de autores nacionais e estrangeiros, buscando a contemplação dos direitos fundamentais a partir de mecanismos horizontais de garantia e proteção, bem como a relação entre o Estado e o cidadão e os elementos culturais e políticos que incidem nestas ações jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais Sociais; Política; Cultura.

ABSTRACT: This study aims to address the political and cultural elements that lie at the heart of the concept of Fundamental Social Rights and its pragmatic implications, in particular, forms and arguments through which they have given treatment to these rights in Brazil, from the diction and effect a constitutional taking. For this, we analyzed the theoretical contributions of national and foreign authors, seeking contemplation of fundamental rights from horizontal mechanisms of security and

---

\* Este ensaio é fruto do projeto de pesquisa intitulado A DECISAO JUDICIAL: ELEMENTOS TEÓRICO-CONSTITUTIVOS À EFETIVAÇÃO PRAGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, desenvolvido junto ao Curso de Direito da UNOESC, bem como com o Grupo de Pesquisa sobre Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais, desta mesma instituição.

\*\* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito. Prof. Titular da UNISC. Professor da UNOESC. Professor Visitante da Università Tùlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador da Rede de Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça nas Universidades brasileiras – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

\*\*\* Professora de Direito Internacional na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Doutoranda em Direito-Relações Econômicas Internacionais na PUC/SP com estágio doutoral (doutorado-sanduiche) na Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne. Mestre em Direito-Relações Internacionais pela UFSC. Bolsista CNPq.

protection, as well as the relationship between state and citizen, and the cultural and political factors that affect these lawsuits.

KEY-WORDS: Fundamental Social Rights; Politics; Culture.

## I – Quais os elementos que demarcam as possibilidades conceituais dos Direitos Fundamentais Sociais?

Concorda-se plenamente com o Prof. Ingo Sarlet quando sustenta que os Direitos Fundamentais se apresentam hoje no sistema jurídico brasileiro – notadamente o constitucional - como parâmetros hermenêuticos e valores superiores da ordem constitucional e jurídica do país, merecendo inclusive capítulo próprio no Texto Político, e fortificados tanto pelas suas disposições do art.5º, §1º e 3º, em face de sua auto-aplicabilidade, bem como pelo disposto no seu art.60, § 4º, outorgando-lhes a condição de cláusulas pétreas, impedindo sua supressão ou erosão.<sup>1</sup>

Todavia, apesar destas condições formais de proteção e fomento aos Direitos Fundamentais adotadas pela Constituição Brasileira de 1988, o que tem se percebido ao longo da história é que elas não são suficientes para dar concreção e efetividade razoável ao que está garantido juridicamente, isto em face tanto da ausência do que se poderia chamar de uma *vontade de constituição*<sup>2</sup>, ou *patriotismo constitucional*<sup>3</sup>, uma vez que os níveis de adesão e compromisso social diante destes direitos e deveres constitucionais são ainda absurdamente baixos, mesmo diante do fato de que nosso sistema jurídico ampliou significativamente o catálogo destes direitos na medida em que acolhem outros além dos estabelecidos no art.5º, da Carta, conforme evidencia o disposto no seu parágrafo segundo (alcançando, pois, os tratados internacionais, por exemplo).

De qualquer sorte, em face do desenvolvimento altamente qualificado do debate filosófico, político e jurídico dos Direitos Fundamentais no Brasil, um dos grandes desafios que se põe a eles hoje é o do âmbito de suas concretizações, eis que tal mister envolve, inexoravelmente, pressupostos e requisitos de múltiplas variáveis (econômicas, orçamentárias, de políticas públicas, deliberações parlamentares, ações do Poder Executivo, etc.). Tais fatores têm impulsionado alguns desdobramentos teóricos e

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo W. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.73. Adverte o autor que este catálogo de direitos fundamentais aberto que vige junto ao sistema jurídico brasileiro, não pode ser confundido com uma espécie de supercodificação em face ao restante dos ordenamentos jurídicos, mas deve ser analisado tendo em conta a unidade da Constituição. (p.82).

<sup>2</sup> Como quer HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

<sup>3</sup> STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2002, p.106 e seguintes.

práticos na abordagem destes Direitos, dentre os quais quero destacar a reflexão sobre as condições e possibilidades de realização das chamadas posições normativas fundamentais constitucionalizadas.

Há certo consenso entre os autores no sentido de que, para poder ser realizado qualquer direito, ao menos na perspectiva dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos e operando com a lógica da Teoria da Argumentação Jurídica antes apresentada<sup>4</sup>, importa contar com razões válidas *prima facie* <sup>5</sup>.

Veja-se que não pretende-se compreendendo o sistema jurídico como tratando o Direito enquanto objeto independente que pertence à esfera do normativo, atribuindo-lhe à condição de disciplina autônoma, que deverá ser construída e manter-se afastada de todo e qualquer outra disciplina com objetos alheios e heterogêneos a ela,<sup>6</sup> o que caracteriza a noção de sistema em Kelsen como um corpo fechado e auto-suficiente de normas jurídicas encadeadas por competências originárias e delegadas, a partir da norma fundamental-constitucional<sup>7</sup>. Neste sistema, as infiltrações de outras ambiências de sistemas (político, cultural, econômico) não ocorrem, haja vista a especificidade de comunicação formal deles com o direito (espaço do processo legislativo), apresentando-se, pois, como axiomático, no sentido mais arbitrário possível do termo.

Ao revés desta perspectiva, entendo o sistema jurídico como uma ordem racional, concatenada e lógica de normas jurídicas (posições normativas), que não perde em momento algum sua performática natureza política e plural, sempre voltada à integração dos seus elementos constitutivos, todos vinculados pelas razões de justificação e fundamentação previamente dadas pelo plexo axiológico-normativo que informa o próprio sistema, e as relações sociais a que se destinam e das quais se origina,

---

<sup>4</sup> De pronto aclaro que parto da premissa de qualquer direito ou discurso sobre direitos não pode prescindir da perspectiva posicional que sujeitos de direito ocupam dentro do sistema político, social e econômico a que pertencem. Remeto esta discussão à abordagem feita por ARANGO, Rodolfo. *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Op.cit., p.298 e seguintes.

<sup>5</sup> Compactuo com Martin Young, no sentido de que os direitos são relações e não coisas; são posições normativas definidas institucionalmente que especificam o que as pessoas (não) podem fazer em sua relação com seus semelhantes, formas e sanções em face deste agir ou omitir. Por esta razão, estas posições normativas resultam de imputações de status deônticos às razões válidas (direito *prima facie*) de comportamentos e condutas sociais que permanentemente depende do reconhecimento legitimador dos sujeitos envolvidos e do sistema ordenado. Tal reconhecimento reforça minha assertiva de que tais posições normativas são sempre também o resultado de processos argumentativos morais e jurídicos. Ver o texto de YOUNG, Martin Jordan. *Justice and the Politics of Difference*. London: Farrell, 2004, p.49 e seguintes.

<sup>6</sup> Como na perspectiva kelseniana, tratando o objeto da ciência do direito como uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regula o comportamento humano.

<sup>7</sup> Conforme os textos KELSEN, Hans. *Contribuciones a la Teoría del Derecho*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1989; ---*Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

através de processos transmutacionais de sentimentos, interesses e necessidades em princípios e regras validamente cogentes.<sup>8</sup>

Mas como se constituem as razões de justificação e fundamentação válidas suficientes sustentadoras das posições normativas em geral (fundamentais e constitucionais em particular)?<sup>9</sup>

Em primeiro plano, concorda-se com Arango<sup>10</sup>, que se uma posição normativa é também uma posição constituída por um sistema ordenado de normas, haverá de existir argumentos de justificação e fundamentação extraídos do próprio sistema (formais). Tais argumentos, por sua vez, constituídos que estão por elementos axiológicos positivados, objetivos e finalidades a serem alcançados e ordenados no âmbito do próprio sistema normativo, formam um código lingüístico próprio – mas não necessariamente fechado, haja vista a natureza plural e aberta dos seus signos formativos (soberania, dignidade da pessoa humana, pluralismo político, sociedade justa, livre e solidária<sup>11</sup>, desenvolvimento nacional, etc) -, demandando, pois, processos interpretativos de atribuição de sentido permanentes.<sup>12</sup>

Associado a estas razões válidas para justificar direitos subjetivos definitivos (individuais, coletivos, transindividuais, individuais homogêneos, públicos

---

<sup>8</sup> Neste sentido, ver o trabalho de MARCIC, Rudolph. *Rechtsphilosophie*. Frankfurt: Meinnarth, 1998, pág.109 e seguintes. Ver igualmente meu texto LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2002. Lembra Arango que *mediante razones válidas, los sentimientos, intereses o necesidades son elevados a posiciones normativas. Este cambio de niveles solo puede garantizarse por medio de reglas constitutivas que tornan los enunciados sobre emociones, intereses y necesidades (hechos brutos) en razones válidas (hechos institucionales)*. ARANGO, Rodolfo. *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Op.cit., p.303.

<sup>9</sup> Isto se aplica de forma direta na doutrina abalizada dos Direitos Fundamentais no Brasil, eis que, para Ingo Sarlet, há um conceito preliminar de Direitos Fundamentais em sentido material, como sendo aqueles que, por sua substância (conteúdo) e importância, possam ser equiparados aos constantes do catálogo formal de direitos fundamentais. Tais direitos seriam decorrência de operação hermenêutica, ao que Alexy chama de *direitos fundamentais interpretativamente deduzidos*. In SARLET, Ingo W. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op.cit., p.107. A questão aqui é sabermos quais os critérios e pressupostos para demarcar a importância da substância do direito envolvido, quem os determina, etc? Como definir tais questões? A meu juízo estes problemas devem ser enfrentados a partir de procedimentos argumentativos publicamente controláveis, o que vou explorar mais tarde.

<sup>10</sup> Idem. Ver também o texto ARANGO, Rodolfo. *Basic social rights, constitutional justice, and democracy*. In *Ratio Juris*. v. 16, nº 2, p. 141-154, jun., 2003.

<sup>11</sup> Quero destacar aqui – para aprofundar mais tarde – a assertiva de Arango no sentido de que *el derecho moderno parte de una premisa: la autonomía de la persona. Este principio implica otros dos: el principio de la responsabilidad personal y el principio de subsidiariedad. La familia, la comunidad nacional o la comunidad humana son posibles obligados subsidiarios cuando el peso de las cargas es de tal dimensión (deberes superogatorios) para el individuo o el grupo, que no sea razonable exigir su cumplimiento*. ARANGO, Rodolfo. *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Op.cit., p.316.

<sup>12</sup> Ingo Sarlet destaca – e com ele concordo – que, no caso brasileiro, nossa Constituição, ao reconhecer como direitos os decorrentes do regime e dos princípios, consagrou a existência dos direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos pela via da hermenêutica e da interpretação (chamada por ele de extensiva, o que demanda mais detalhamento), a partir daquilo que está previsto no catálogo formalmente fundamental. SARLET, Ingo W. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op.cit., p.93.

incondicionados), mister é que se constituam mecanismos de enfrentamento destes direitos entre si, pois é em tal situação (em cada caso concreto) que vamos ter a necessidade de densificação material dos interesses e bens envolvidos e o cotejamento das condições e possibilidades das suas efetivações. Daí a conclusão acertada de Arango no sentido de que,

*La suficiencia de las razones válidas para justificar un derecho definitivo, sólo puede determinarse balanceando las razones a favor y en contra en cada caso concreto. Tal es, en definitiva, el carácter deontológico de los derechos: estos pueden ser delimitados únicamente mediante la ponderación de razones válidas y suficientes, no mediante razones pragmáticas o de conveniencia.*<sup>13</sup>

Ao lado destas questões fundacionais, em face do consenso de que os direitos fundamentais revestem-se de auto-aplicabilidade diante de sua importância em todo o sistema normativo, há ainda a convicção de que estes (individuais e sociais) dependem sempre e em certa medida de ações prestacionais – os individuais demandam infra-estrutura de garantias e os sociais prestações concretizantes -, razão pela qual apresentam o problema de definir como irão se cumprir e quem está obrigado ao seu cumprimento (e em que medida), ao mesmo tempo em que também se problematiza o fato de que eles não configurariam um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam tratamento uniforme, mas como um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, direito discriminatório com propósitos compensatórios de relações sociais de exclusão social.<sup>14</sup>

Tem-se que enquanto os níveis de validade e vigência dos direitos fundamentais foram bem constituídos até aqui – notadamente diante de sua internalização cogente aos sistemas normativos dos Estados Nacionais -, a sua eficácia igualmente tem ganhado atenção no intento de ser aumentada em máxima extensão, todavia, avaliando-se como isto é possível, quem é competente para fazê-lo e com que procedimentos, isto porque tais posições normativas definitivas (*prima facie*) demandam condições objetivas (caso concreto) capazes de elucidar/resolver a indeterminação do conteúdo abstrato estatuído, a partir exatamente de critérios e razões públicas justificatórias e fundamentadoras do seu atendimento (judicial, administrativo e legislativo).

Por tais razões é que não se pode imaginar uma radical e absoluta subjetivação exauriente dos conteúdos objetivos dos Direitos Fundamentais Sociais, pois se afigura deveras complexo imaginar que cada dever objetivo deva ser absoluta e permanentemente subjetivado, mas otimizado em face das circunstâncias que o constitui

---

<sup>13</sup> ARANGO, Rodolfo. *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Op.cit., p.309.

<sup>14</sup> Veja-se neste ponto a abordagem pontual de FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

como dever não isolado do seu entorno de aplicação/concreção. Tal otimização indica *que a subjectivação se apresenta unicamente como um mandato prima facie que, em caso de colisão, reclama por uma ponderação delimitada*.<sup>15</sup>

Uma das formas para enfrentar o problema da indeterminação da posição normativa definitiva – direito subjetivo –, é a aferição da urgência de uma situação ponderando-se o que poderia acontecer se a necessidade demandada não fosse satisfeita, utilizando-se para tanto argumentos contra-fáticos (as conseqüências empíricas decorrentes da situação cotejada), tendo em conta, inclusive, a advertência de Luhmann de que o direito enfrenta hoje uma quantidade de expectativas normativas que se afiguram como *pretensões de direito* (subjetivas), fora das quais dificilmente se poderia ter valorações mensuráveis, razão pela qual a função do processo de decisão jurisdicional (constitucional) consiste, não raro, na *seleção do direito* em face da dignidade da pessoa humana.<sup>16</sup>

Porém, para tanto, com Habermas, sabe-se que o processo de atribuição de sentido às próprias necessidades deve ser levado a cabo mediante os termos de uma linguagem pública cooperativamente veiculada em debates que valorem equilibradamente e com razões de justificação e fundamentação controláveis o maior número possível de pretensões de validade e correção possíveis (os direitos humanos e fundamentais de toda a sociedade, por exemplo).

Tais argumentos contra-fáticos induzem à aplicação do princípio da desigualdade de trato, justificado por situações de diferenciação social que se impõe no cotidiano das comunidades espacial e temporalmente localizadas, a partir da explicitação de razões justificatórias e fundamentalizantes capazes de serem controladas publicamente. Isto implica o reconhecimento de que as possibilidades de respeito e concretização dos direitos sociais fundamentais dependem da correspondente concepção política que se dá a tais direitos, até porque certo grau mínimo de realização deles é necessário inclusive para viabilizar a prática de outros direitos.

Tal contexto foi bem apanhado por Rawls<sup>17</sup>, no sentido de que este universo de diversidades culturais, sociais, religiosas, políticas, gera uma *pluralidade de esferas particulares de valores*, que põe em causa a universalidade do consenso constitucional pressuposto, demandando o que o autor americano nomina da necessária

---

<sup>15</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Op.cit., p.90. Por certo que estou adotando aqui a perspectiva alexyana de ponderação de argumentos na densificação material de direitos, como já referi antes.

<sup>16</sup> LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Bologna: Giuffrè, 2001, p.111. Lembra o autor que a função dos Tribunais, por exemplo, em face das características que atribui aos sistemas jurídicos contemporâneos, é a de desparadoxizar estes, pela via da interpretação e do poder judiciais, exercendo importante função de moderação e legitimação das decisões tomadas pelo Legislativo, sem representar, por isto, qualquer distorção da vontade popular.

<sup>17</sup> RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, pp. 231.

equalização dos *desacordos razoáveis* das comunidades cada vez mais complexas e distintas, demandando não consensos pressupostos e unidimensionais (na forma da lei abstrata e geral), mas consensos intersubjetivos, ou por sobreposição (*overlapping consensus*), capazes de gerar o que eu chamo de *esferas públicas de valores compartilhados*, como base e fundamento da ordem jurídico-constitucional, exigindo de cada membro da comunidade dedicação e participação constitutiva na formatação e execução cotidiana destes consensos.<sup>18</sup>

A própria jurisdição constitucional americana – em sua história – demonstra muito bem o evoluir desta discussão, o que é lembrado por Jane Gonçalves, ao dizer que pode-se visualizar, no mínimo, quatro momentos distintos de sua atuação em nível de Suprema Corte, a saber: (1) Corte Vinson (1946-1952), favorável a ponderação dos direitos fundamentais com o interesse público de preservar a repressão política; (2) Corte Warren (1953-1968), que evita a ponderação para forjar uma jurisprudência constitucional que expande a força dos direitos fundamentais; (3) Corte Burger (1969-1985), que torna a recorrer à ponderação para revitalizar formas de controle da força progressiva dos direitos fundamentais; (4) Corte Rehnquist (1986 – até hoje), no qual a maioria conservadora quer restituir o predomínio da jurisprudência mecânico-formalista, com refutação ontológica da ponderação, recorrendo de forma mais freqüente ao *original intent*.<sup>19</sup>

Ganha corpo e espaço neste debate, pois, as noções de justiça distributiva e compensatória, considerando a primeira como responsável pela distribuição de bens e encargos – ajuda social e impostos, enquanto a segunda se apresenta como relação entre castigo e culpa, dano e restituição, prestação e contraprestação, passam a ser cotejadas para o atendimento maximizado dos Direitos Fundamentais Sociais. Estas noções serão importantes para auxiliar a reflexão e ação sucessiva de efetivação destes direitos, chegando Alexy a afirmar que *la justicia es el criterio de valoración más importante para juzgar lo correcto de la distribución y el equilibrio*, pois *quien afirma que algo es correcto*,

---

<sup>18</sup> Tratei disto em meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Este debate trata igualmente da discussão sobre o reconhecimento da igualdade (em abstrato) como desigualdade (em concreto) no quadro das prestações do Estado Social, segundo a fórmula dworkiana de uma *igualdade preferente* (DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue. The Theorie and Practice of Equality*. Cambridge: Mass.: Harvard University Press, 2000), igualmente abordado por COHEN, G. A. *If You're an Egalitarian, How come You're so Rich?*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, ou a fórmula contemporânea de um *direito igual à desigualdade* (ou diferença), na abordagem de DENNINGER, Ernst. *Sicherheit/Vielfalt/Solidarität: Ethisierung der Verfassung?*, in: Ulrich K. Preuss (ed.), "Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen". Frankfurt: Francoforte sobre o Meno, 1994, p. 110.

<sup>19</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.260.

*implica que puede justificarse. La relación intrínseca entre justicia y justificación abre la puerta a la teoría discursiva de la justicia.*<sup>20</sup>

Assim é que, diferente de Arango<sup>21</sup>, para quem a justiça distributiva tem protagonismo social e histórico no âmbito dos Direitos Fundamentais Sociais, penso que deve haver um necessário balanceamento entre esta e a justiça compensatória, uma vez que, constituídas as possibilidades de exercício de direitos e dos direitos propriamente ditas, mister é que se conte com ferramentas e instrumentos que posam garantir constância a eles – atribuindo responsabilidades e sanções por suas violações.

Mas como se tem projetado no campo da Teoria da Constituição, da Teoria dos Direitos Fundamentais e da Teoria da Democracia, efetivamente, estas noções da justiça distributiva e compensatória em nível de direitos humanos e fundamentais? É o que passa-se a examinar a partir de agora.

Tem-se verificado na história mais recente dos direitos sociais fundamentais – como acima referido – que eles têm se apresentado como direitos a prestações (atividades positivas de Estado), a despeito de serem também aqui albergados os chamados *direitos de natureza negativo-defensiva*<sup>22</sup> como, por exemplo, o direito à iniciativa privada, o direito de propriedade privada, que não carecem, como tal, de conteúdo prestacional, mas demandam toda uma estrutura estatal de segurança pública que garanta a concretude destes direitos notadamente quando ameaçados.

Por tais razões é que – em face da infinitude das demandas sociais e a finitude dos recursos para atendê-las – igualmente se tem falado que a efetividade daqueles direitos (principalmente os econômicos, sociais e culturais) está associada ao tema da chamada *reserva do possível*, querendo, com isso, acentuar a dependência desses direitos dos recursos econômicos existentes e, designadamente, relevar a necessidade da sua cobertura orçamental e financeira. Essa cobertura não exclui, porém, a garantia de um mínimo social, que decorre, por sua vez, do princípio da *dignidade da pessoa humana* como valor constitucional supremo. É com base nesse princípio constitucional que Canotilho extrai, por exemplo, o reconhecimento da *garantia do rendimento mínimo*.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op.cit., p.332. Neste ponto também Ricardo Lobo Torres sustenta que *Höffe formulou com clareza o conceito de justiça pública, que para ele é o contrário da “justiça pessoal” (personal Gerechtigkeit), derivando do direito e do ordenamento estatal (Staatsordnung). A justiça é política porque depende das instituições e sobretudo da Constituição. A justiça na modernidade parte do pressuposto da justiça das formas do Estado e da organização estatal da sociedade*. In TORRES, Ricardo Lobo. *Justiça distributiva: social, política e fiscal*. Revista de Ciências Sociais (UFG). V.2. N.2. Dez. 1997, p.144.

<sup>21</sup> ARANGO, Rodolfo. *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Op.cit., p.341.

<sup>22</sup> Com quer BARATTA, Antoniello. *Diritti Fondamentali*. Milano: Feltrinelli, 2007, p.49 e seguintes.

<sup>23</sup> CANOTILHO, Joaquim J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 1999, p. 451. Adverte o autor que é preciso ter-se critérios firmes na garantia dos Direitos Fundamentais Sociais, tais como: a) Uma interpretação das normas legais conforme a



A abalizada doutrina brasileira tem aprofundado esta discussão de igual sorte, merecendo destaque a assertiva no ponto de Ingo Sarlet, lembrando a tese de Alexy, no sentido de que apenas quando a garantia material do padrão mínimo em direitos sociais puder ser tida como prioritária e se tiver como consequência uma restrição proporcional dos bens jurídicos (fundamentais, ou não) colidentes, há como se admitir um direito subjetivo a determinada prestação social.<sup>24</sup> Tenha-se presente que há um pressuposto teórico por detrás desta aceção, apresentado pelo próprio autor alemão, quando sustenta que a universalidade dos Direitos Fundamentais torna imperativa sua limitação, eis que atribuídos a todas as pessoas, afigurando-se, em face disto, ser impossível a fruição de todos eles por todos ao mesmo tempo, sendo necessário uma disciplina ordenadora que viabilize suas harmonizações.<sup>25</sup>

Na mesma direção vai Echavarría, ao sustentar que os Direitos Fundamentais são constitucionalizados como um conjunto, e não isoladamente, o que implica reconhecer o cenário complexo e plural no qual estão inseridos tais direitos, e a necessidade de compatibilizá-los com o universo correspondente de garantias existentes, em nome exatamente da integridade do sistema jurídico.<sup>26</sup>

É esta compreensão que autoriza o entendimento de que não existe relação necessária entre o conceito de Direito Fundamental e o de restrição a tal direito, isto porque os elementos restritivos se impõe por uma necessidade externa ao sistema jurídico, no sentido de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos como assim também os direitos individuais e os bens coletivos.<sup>27</sup>

---

Constituição social, econômica e cultural, por exemplo, em caso de dúvida sobre o âmbito da segurança social, deve seguir-se a interpretação mais conforme à realização efetiva desses direitos, a uma sua “efetividade ótima”; b) A inércia do Estado pode dar lugar à inconstitucionalidade por omissão, considerando-se que as normas constitucionais consagradoras desse tipo específico de direitos implicam a inconstitucionalidade de normas legais que não desenvolvam a realização do direito fundamental ou a realizem diminuindo a efetivação legal anteriormente atingida; c) E, por último, a proibição do retrocesso social (ou *evolução reacionária*), querendo com isso significar que, uma vez consagradas legalmente as “prestações sociais” (v. g., de assistência social), o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Ver sobre o tema o trabalho excelente de BARCELLOS, Ana Paula de. *O Mínimo Existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy*. In TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Legimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp.11/49.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo W. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op.cit.,p.371/372. Adverte Ingo que *como se pode constatar nos exemplos referidos, a dependência, da realização dos direitos sociais prestacionais, da conjuntura socioeconômica é tudo menos pura retórica. Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para ao limites do real.*

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. In Revista de Direito Administrativo, vol.217, 1999, p.160.

<sup>26</sup> ECHAVARRÍA, Juan Jose Solozabal. *Algunas cuestiones basicas de la teoría de los derechos fundamentales*. In Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca), nº71. Madrid: Nueva Epoca, 1991, p.112.

<sup>27</sup> Aqui vale a advertência de PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Op.cit., p.153, no sentido de que para a chamada Teoria Externa dos

A experiência norte-americana, em um dos seus mais sólidos fundamentos e tradições, que são os Direitos Cíveis e Políticos, admite a possibilidade de restrição exógena de alguns destes direitos em situações-limites:

*Most civil and political rights are not absolute. They are in some cases overridden by other considerations and rightly set aside in those cases. For example, some civil and political rights can be restricted by public and private property rights, by restraining orders related to domestic violence, and by legal punishments. Further, after a disaster such as a hurricane or earthquake free movement is often appropriately suspended to keep out the curious, to permit access of emergency vehicles and equipment, and to prevent looting. The International Covenant on Civil and Political Rights permits rights to be suspended during times "of public emergency which threatens the life of the nation" (article 4). But it excludes some rights from suspension including the right to life, the prohibition of torture, the prohibition of slavery, the prohibition of ex post facto criminal laws, and freedom of thought and religion.<sup>28</sup>*

Quanto aos Direitos Sociais, concorda-se com o fato de que tal perspectiva contribui na demarcação de um claro limite ao reconhecimento de direitos originários a prestações sociais, de tal sorte que, mesmo em se tratando da garantia de um padrão mínimo (no qual a perda absoluta da funcionalidade do direito fundamental está em jogo), o sacrifício de outros direitos não parece ser tolerável,<sup>29</sup> porém, não posso assentir com a perspectiva de que se outorgue compreensão restritiva ao catálogo formal de Direitos Fundamentais Sociais constitucionalizados, haja vista exatamente a função de projeto político para o presente e futuro que eles representam, postos, então, como objetivos e finalidades permanentes que todos devem perseguir, e não somente em situações de periclitación dos direitos que asseguram.

Por outro lado, mesmo como projeto de Sociedade no presente e no futuro, os Direitos Fundamentais não demarcam de forma exaustiva a ordem social, deixando espaços para outros interlocutores agir, representando um projeto civilizatório em que, por ser democrático, cabem distintos programas de potencialização voltados à

---

Limites aos Direitos Fundamentais – que é a de que estou falando -, a autonomia externa das pessoas é tida como valor fundamental não ilimitado, eis que pode ser restringida na medida necessária à preservação das liberdades dos outros e de valores comunitários, razão pela qual se diferencia da filosofia liberal mais radical, que entende que os direitos individuais só podem ser restringidos por outros direitos individuais, mas não por valores comunitários, como querem RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000, p.348; NIÑO, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p.481; DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p.364 e seguintes; WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. New York: Oxford University Press, 1990, p.153/167.

<sup>28</sup> NARDULLI, Peter F. *The Constitution and American Political Development: an institutional perspective*. Illinois: University of Illinois Press, 1992, p.82. Ou seja, mesmo em situações-limites, cumpre notar que os chamados direitos fundamentais que constituem o núcleo duro da pessoa humana devem ser preservados, eis que dizem respeito à proteção da própria existência.

<sup>29</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Op.cit., p.153.

dignidade da pessoa humana, pautados por critérios materiais e substantivos que estão impondo certa racionalidade passível de ser controlada publicamente.<sup>30</sup>

Decorre daqui que aqueles direitos econômicos, sociais e culturais, garantidos por normas de estalão constitucional, dispõem de vinculatividade normativa geral, e por isto não se apresentam como meros apelos ao legislador, programas ou linhas de direção política. Como normas constitucionais, ao contrário, apresentam-se como parâmetros de controle social, administrativo e judicial permanentemente, e, principalmente quando, por exemplo, esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares que os restrinjam ou contradigam.<sup>31</sup>

Ocorre que este *fórum da razão pública* rawlsniano<sup>32</sup>, além de fazer colocar em marcha o sistema jurídico em nível de solução de controvérsias, tem produzido discursos legitimadores na esfera da política constitucional e de seus objetos sociais, e esta é uma nova atribuição à judicatura que deve ser bem executada sob pena de excessos desestabilizadores das instituições democráticas, e isto porque, se cabe efetivamente ao Judiciário demarcar, nos casos em que decide oficiosamente, valores e princípios constitucionais permanentes, hauridos do sistema jurídico como um todo, fora do quadro da luta política, não creio que isto possa se dar de forma *neutra e objetiva* como preconiza Rawls, com a limitação dos seus próprios valores sociais, haja vista que não são seres insensíveis à tradição e conjuntura que os identifica no tempo e espaço que ocupam.

Daí a importância de se ter presente a advertência de Habermas, no sentido de que aceitar-se a racionalidade ilimitada da decisão judicial como objetiva e neutral, pressupõe uma racionalidade distinta da do legislador (associada a interesses e objetivos ideológicos e de determinada concepção de mundo e sociedade, construída no

---

<sup>30</sup> No ponto, ver o trabalho de SANCHÍS, Luis Pietro. *El Juicio de Ponderación*. In Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, 2003. Da mesma forma, ver o texto de ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

<sup>31</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais* (Teoria Geral). Op.cit., p.151. Em outro texto a mesma autora lembra que, por tais razões, *os tribunais de justiça constitucional vêm assumindo, cada vez mais, de forma significativa, funções de legislador positivo, oportunidade em que a decisão do Tribunal Constitucional não se limita unicamente a suprimir o preceito legal contrário a Constituição, antes incorpora uma “nova” norma (“norma sub-constitucional”) na ordem jurídico-constitucional*. QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 162.

<sup>32</sup> RAWLS, John. *Political Liberalism*. Op.cit., p.231. Importa referir que não discordo da tese em si que sustenta esta argumentação, até porque, junto com Pisarello, tenho que a Constituição e o Constitucionalismo hodiernos precisam ser compreendidos como *instrumento de auto-contención política, económica y ecológica de desaceleración de la acumulación de poderes y de reconstrucción de la solidaridad entre los miembros más vulnerables de la sociedad*. In PISARELLO, Gerardo. *Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales*. In Revista Isonomia, nº15. Outubro. Madrid: Cedam, 2001, p.92. O problema é demarcar, mesmo que genericamente, quais são os limites e a extensão destas competências no âmbito operacional do cotidiano.

embate cotidiano da arena política), mas que tem legitimidade para atribuir, no caso concreto, sentidos e possibilidades normativas, o que transforma o discurso jurídico em discurso legislativo, sem, entretanto, passar pela mesma arena democrática de deliberação pública.<sup>33</sup>

Exemplificação disto é a experiência de alguns países no Ocidente que, preocupados em evitar expropriações jurisdicionais extremadas de competências dos demais poderes e da própria Sociedade Civil, ameaçando com isto as instituições da Democracia Representativa, têm-se utilizado de controles mais preventivos e possibilitadores da revisão de comportamentos violadores de direitos, como no direito francês<sup>34</sup>, ou recomendações jurisdicionais ao legislador (por exemplo), instando-o para que, num determinado prazo, enfrente a ausência ou retificações de normativas de casos em que se haja concedido privilégios ou compensações insuficientes em matéria de direitos fundamentais, como na experiência italiana.<sup>35</sup>

No caso brasileiro de igual sorte tem-se desenvolvido este tema, ao menos no plano informal, a partir de institutos como o do Mandado de Injunção – art.5º, LXXI, da Constituição Federal -, e as próprias ações de inconstitucionalidade (sem redução de texto, por exemplo<sup>36</sup>). Da mesma forma a jurisdição brasileira tem-se posicionado prospectivamente à proteção dos Direitos sob comento, *ex vi*:

(a) O caso evidenciado pela Súmula nº 364<sup>37</sup>, do Superior Tribunal de Justiça, aprovada pela sua Corte Especial, ampliando as situações em que se pode usar a proteção do bem de família, em face da Lei nº 8.009, de 1990, que o define como o imóvel residencial do casal ou unidade familiar que se torna impenhorável para pagamento de dívida. O projeto que deu origem à nova súmula foi relatado pela ministra

---

<sup>33</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Op.cit.,p.283. Novamente Bercovici, de forma percuciente, sustenta que, nesta linha de argumentação, os juízes, e não mais a política partidário-parlamentar, vão se arrogar a função de concretizar a constituição, e isto porque, a supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o cume da soberania, da qual disporiam pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante. Desta forma, o tribunal constitucional transforma-se em substituto do poder constituinte soberano. BERCOVICI, Gilberto. *Ainda faz sentido a Constituição Dirigente?* Op.cit., p.157.

<sup>34</sup> TENZER, Nicolas. *La société dépolitisée: essai sur les fondements de la politique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

<sup>35</sup> FERRARA, G. *La Corte Costituzionale*. Bologna: Giuffrè, 2006, p.44 e seguintes. Lembra Ferrara dos institutos das sentenças de inconstitucionalidade sem nulidade integral de texto, na Alemanha; das sentenças aditivas de princípios, na Itália, todas resultando em vias alternativas à promoção do controle e efetivação de Direitos Fundamentais, impulsionando e expandindo, sem sufocar, o debate sobre quem são os atores responsáveis pela garantia destes direitos.

<sup>36</sup> Dispondo a Lei Federal nº9.868, de 10/11/1999, em seu art.27, que: *Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*

<sup>37</sup> A súmula nº 364 tem a seguinte redação: *“o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Atuou aqui o STJ como legislador positivo, eis que ampliou o próprio objeto da Lei Federal nº8.009/90.*

Eliana Calmon e estendeu a proteção contra a penhora para imóveis pertencentes a solteiros, viúvos ou descasados. Entre os precedentes da súmula n°s 364, estão os recursos especiais n°s 139.012, 450.989, 57.606 e 159.851. Imaginem-se os impactos que esta decisão sumulado do STJ vai trazer ao mercado imobiliário, forçando-o a verdadeira reeducação comercial e mercadológica;

(b) O caso do Habeas Corpus n°76.874<sup>38</sup>, decidido pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Min. Hamilton Carvalhido, sustentando que o cheque pré-datado, como ordem de pagamento à vista, emitido sem fundos, não caracteriza ilícito penal qualquer, uma vez que, aquele que recebe título para desconto futuro, à falta de provisão de fundos em poder do sacado no tempo da emissão, não está sendo induzido, nem mantido em erro, mas aceitando promessa de pagamento futuro, sendo, pois, sujeito passivo, pura e simplesmente, de obrigação descumprida, matéria que tem de ser solvida na área cível. O impacto que esta decisão traz para as relações comerciais tradicionais até então vigentes no país é estrondosa, haja vista que a caracterização do cheque como título de crédito de pagamento mediante apresentação vinha reforçando a figura típica do estelionato como verdadeira forma de pressão a sua liquidação por parte do emitente;

(c) O caso do Direito Social à Greve dos servidores públicos, abordados pelos Mandados de Injunção nrs: 670, 708 e 712<sup>39</sup>, junto ao Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que a Egrégia Corte se manifestou no sentido de estender ao funcionalismo a Lei de Greve do setor privado (Lei Federal n°7.783/89), haja vista a inexistência de lei própria regulamentando a matéria. Ocorre que, em se aplicando tal dispositivo ao funcionalismo público, o que se fará é inibir drasticamente as manifestações e reivindicações de milhares de trabalhadores, estimando o próprio governo federal que a aplicação da lei no setor público acabará com 90% das greves, já que as regras autorizam o corte do ponto dos grevistas. O interesse público de continuidade de serviços indispensáveis à sociedade pode chegar a este ponto de tolher o exercício de Direito Fundamental Social?

(d) O caso do Recurso Especial n°244847, do Superior Tribunal de Justiça, julgado pela 3ª Turma desta Corte, relator o Min. Antônio de Pádua Ribeiro, em que declarou nula, por considerá-la abusiva, a cláusula de contrato de seguro-saúde que exclui expressamente o tratamento de doenças infecto-contagiosas, no caso específico, a AIDS. Embora reconhecendo o relator que a jurisprudência do STJ seja tranqüila no

---

<sup>38</sup> A decisão extinguiu, por falta de justa causa, a ação penal que condenou o ex-dono de uma casa noturna à pena de um ano e dois meses de reclusão por estelionato.

<sup>39</sup> O Plenário do STF decidiu, nestes Mandados de Injunção, por unanimidade, declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, aplicar ao setor, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado.

sentido de que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos anteriores à sua vigência, no caso concreto foi possível aplicá-lo, tendo em vista que se trata de negócio celebrado por tempo indeterminado, com perspectiva de longa duração e com execução continuada. Imagine-se o impacto que esta decisão vai trazer ao sistema de saúde no país.

(d) O caso do Recurso Especial nº395904<sup>40</sup>, julgado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do saudoso Min. Hélio Quaglia Barbosa, no sentido de garantir a um homossexual o direito a receber pensão previdenciária pela morte do companheiro com quem viveu por 18 anos. A decisão considerou "discriminatório" pretender excluir parte da sociedade – aqueles que têm relações homoafetivas – da tutela do Poder Judiciário sob o argumento de não haver previsão legal para a hipótese. O relator manteve o entendimento da segunda instância de que a lei federal de regência se preocupou em desenhar o conceito de entidade familiar contemplando a união estável, sem excluir as relações homoafetivas. Também a própria Constituição Federal não excluiu tais relacionamentos, deixando uma lacuna que deve ser preenchida a partir de outras fontes do direito. É indubitosa aqui a natureza constitutiva de direito sem o devido processo legislativo, trazendo, por certo, impactos incalculáveis à previdência social.

Correta, pois, é a conclusão de Cristina Queiroz, ao sustentar que os direitos sociais fundamentais induzem *pretensões subjetivas jusfundamentais* em face tanto do Estado, como no âmbito das relações subjetivas privadas – eficácia horizontal dos direitos sociais - (densificados materialmente pelas regras constitucionais consagradoras dos direitos econômicos, sociais e culturais).

*O que ocorre, pura e simplesmente, é que o intérprete se encontra agora limitado, para além da "reserva do possível", por "exigências metódicas mais exigentes" que o forcem a procurar uma "relação de adequação" entre o "texto da norma" e a "situação concreta" a que se aplica. Isto implica, entre outras coisas, a verificação da existência de recursos orçamentais e financeiros disponíveis que garantam a "efectividade óptima" desses direitos e pretensões no quadro de uma "liberdade de conformação" a favor do legislador.<sup>41</sup>*

---

<sup>40</sup> Esclareça-se que no recurso especial, o INSS alegou que a Lei nº 8.213/91 foi afrontada pela decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que julgou o caso, uma vez que a norma atinente à espécie considera "*companheira ou companheiro a pessoa que, mesmo sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada*", não contemplando os homossexuais.

<sup>41</sup> Idem, p.185. É muito feliz a advertência da autora no sentido de que a característica central do sistema jurídico situa-se agora na *actividade judicial*. *É no poder judicial, na prática dos tribunais, que o direito desenvolve a sua função de garantia da paz social. Na passagem do Estado de direito ao Estado social de direito, com efeito, o juiz não se limita unicamente a uma exegese puramente formal dos textos jurídicos, antes deve justificar (: fundamentar) o significado da norma jurídica e pô-la em harmonia com a nova realidade social, voltando a desenvolver a antiga função de "mediador" entre grupos e interesses entre o direito e a justiça.* Ver também o texto de COTTA, Sergio. *Il giudice e la política: un rapporto da decifrare*. In: Cotta/Benda/Malinervi (eds.). Richter und Politik, Heidelberg, 1978, pp. 23 e seguintes.

A jurista discorre exatamente sobre a dimensão eficaz destes direitos, na medida em que a que se atentar para o fato de que as suas concretizações relacionam-se a um universo de variáveis que se comunicam diretamente com tais possibilidades (orçamentárias, econômicas, envolvendo políticas públicas de outros segmentos sociais e institucionais, etc.), razão pela qual ganham força as razões de justificação e fundamentação das decisões políticas ou judiciais que contemplam direitos (notadamente os sociais fundamentais), constituindo a argumentação que irá sustentar os dispositivos vinculantes e concretos destas deliberações (políticas públicas concretas, partes dispositivas das decisões administrativas e judiciais, etc.).

Pode-se falar, então, sobre a natureza e eficácia *preceptiva* daquelas decisões, não meramente descritivas, eis que, mesmo naquelas que não acolhem direitos ou são meramente interpretativas da postulação de direitos, elas vão constituir um conjunto de direitos e princípios gerais (elaborados na fundamentação), outorgando justificação material às normas individuais e coletivas expressas no sistema jurídico vigente.<sup>42</sup> Daí estar correta a assertiva de Cristina Queiroz, ao sustentar que o núcleo da decisão (administrativa, legislativa ou judicial) sobre direitos – notadamente os fundamentais sociais –, o seu conteúdo normativo, não se encontra na conclusão (*decisium*), que possui os efeitos característicos de uma *res judicata*, mas nas razões de justificação e fundamentação que estão presentes nos argumentos que conduziram a esta. É nessa decisão assim concebida que se estabelece a *regra de direito*, que contém não apenas a deliberação sobre a validade ou invalidade da norma, mas ainda o raciocínio jurídico em que se baseou, genericamente, o *conteúdo relevante da norma*.<sup>43</sup>

Entra exatamente aqui o problema da delimitação do âmbito dos Direitos Fundamentais Sociais – e suas restrições –, como quer Canotilho e Vital Moreira<sup>44</sup>, até como critério de proteção destes direitos quando, cotejados com as possibilidades de

---

<sup>42</sup> Ver o texto de GUASTINI, Ricardo. *Il Diritto come linguaggio, il linguaggio del diritto*. In Problemi di Teoria Del Diritto. Bolonha: Daltricce, 2001, p.113.

<sup>43</sup> QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 169. Por esta razão a autora vai reconhecer em seguida (p.203), que a questão da ordenação dos direitos em caso de conflito prático implica problema de interpretação, devendo-se perguntar se o âmbito normativo do preceito em causa inclui ou não certa situação ou um modo concreto de exercício do respectivo direito, decorrendo daí, em sua opinião, a necessidade de delimitação de uma doutrina do *conteúdo essencial* (ou alcance central de aplicação dos direitos), exatamente com o fito de torná-los mais compatíveis uns com os outros, e para que se possa falar de restrições ao exercício de direitos (sob pena de arbitrariedades interpretativas destituídas de fundamentos racionais e jusfundamentais).

<sup>44</sup> CANOTILHO, José J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.152. Em outro texto, estes mesmos autores lembram que deve prevalecer, no âmbito da interpretação e aplicação do sistema normativo, atribuições de sentido que restrinjam menos os direitos fundamentais, que lhes dêem mais proteção. No caso dos direitos de liberdade, esta regra equivale ao princípio *in dubio pro libertate*; no caso dos direitos de participação, significa que, na dúvida, se deve optar pela participação mais ampla e mais intensa; no caso dos direitos sociais, traduz-se em eleger o sentido que em maior medida e para mais pessoas lhes der satisfação. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.146.

suas concretizações, necessitam ser viabilizados levando em conta o universo de outros direitos que podem ser impactados com a solução do caso concreto, gerando o que se tem chamado de restrições ao **exercício** dos Direitos Fundamentais Sociais, ou seja, os Direitos Fundamentais Sociais colocam quase sempre um problema quantitativo, relacionado ao fato de saber: quantos meios de subsistência? Quanta instrução? Quanto trabalho? Quanta (e que) habitação? *No limite, a questão constitucional refere-se estritamente a um problema de delimitação: como traçar os limites de um direito subjectivo sem violar o princípio da igualdade?*<sup>45</sup>

E isto é assim em face das características especiais destes Direitos, como bem lembra o autor português, a saber e exemplificativamente: (a) pela graduação de sua realização; (b) pela dependência financeira do orçamento do Estado; (c) pela liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização de tais Direitos; (e) por serem insuscetíveis de controle jurisdicional os programas político-legislativos, exceto quando se apresentam explicitamente inconstitucionais ou irrazoáveis.<sup>46</sup>

Por certo que tal restrição não é puramente discricionária, mas está assentada na base normativa fundamentalizante da ordem constitucional e infraconstitucional, razão pela qual se afigura indispensável que os pressupostos de fato e as conseqüências jurídica das normas consagradoras de direitos fundamentais sejam determinadas – no máximo possível – de forma a garantir a validade, efetividade e vinculatividade desses direitos e pretensões no seu conjunto.

Em face disto, os autores portugueses alertam para os cuidados que se tem de ter sobre os limites imanentes não escritos dos direitos fundamentais, exigindo que, ao demarcá-los:

*(a) A lei deve limitar-se a revelar ou a concretizar limites de algum modo presentes na Constituição. Não deve admitir-se a criação autónoma de limite supostamente imanentes; (b) A definição desses limites deverá mostrar-se como único meio de resolver conflitos de outro modo insuperáveis entre direitos constitucionais de idêntica natureza; (c) Essa limitação de direitos, em caso de conflito prático, deve ser reduzida ao estritamente necessário à superação do conflito.*<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Op.cit., p.67.

<sup>46</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodologia “Fuzzy” y “Camaleones Normativos”*. In *Problemática Actual de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Derechos y Libertades*, vol.06. Madrid: Civitas, 1998, p.42.

<sup>47</sup> Idem, p.153. Advertem os autores ainda que *deve-se ter presente que os limites imanentes não deixam de ser restrições ao âmbito do exercício dos direitos fundamentais. Tais limites não são originários. Surgem ante da necessidade de configurar ou compatibilizar direitos fundamentais com outros direitos ou princípios constitucionais*. Como contraposição a esta perspectiva, ver o texto de GURRERO, Manuel Medina. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, no sentido de que toda a atividade legislativa reguladora dos Direitos Fundamentais só pode ser de *delimitação*, ou seja, de fixação de seus contornos – ou limites internos –, uma vez que seus conteúdos constitucionais são intangíveis; que a atividade judiciária de interpretação não pode importar em restrições, ou afastamento de direitos, devendo limitar-se a buscar o enquadramento da situação fática posta em juízo na definição constitucional do



Disto decorre, inexoravelmente, o questionamento que Queiroz apresenta de forma percuciente, envolvendo a natureza absoluta ou relativa do conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais Sociais, perquirindo se a proteção de tais direitos só se dá a conhecer em cada caso concreto, mediante uma ponderação de bens ou interesses concorrentes (conteúdo relativo), ou se, pelo contrário, possui substancialidade própria, delimitável, independentemente da colisão de interesses verificada no caso concreto (conteúdo absoluto).<sup>48</sup>

Impõe-se o aprofundamento desta reflexão.

## II – Qual a natureza dos Direitos Fundamentais Sociais?

Não há dúvidas de que a natureza dos Direitos Fundamentais Sociais é absoluta, em face do bem da vida que ele alcança, indisponível e necessário ao exercício de uma vida digna, possibilitando ainda a efetividade dos direitos individuais em máxima extensão. O que ocorre, no particular, é que o processo de efetivação destes direitos podem possuir dimensões diferidas e exógenas, em face do universo de demandas e interesses igualmente protegidos juridicamente que potencialmente podem ser atingidos na espécie.<sup>49</sup>

Em face disto Flávia Piovesan tem dito que, se os direitos civis e políticos devem ser garantidos de plano pelo Estado e de pronto, em face de sua auto-aplicabilidade, os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, consoante o

---

direito. Nesta direção também o texto de PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Op.cit., p. 140 e seguintes.

<sup>48</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais* (Teoria Geral). Op.cit., p.213. Refere a autora que as chamadas cláusulas restritivas dos direitos fundamentais devem efetivamente ser interpretadas restritivamente, pelo fundamento de que *esta necessidade de interpretação restritiva das cláusulas restritivas dos direitos, liberdades e garantias, implica um teste forte de proporcionalidade, pois só a partir deste se poderá determinar, no caso, se uma restrição específica resulta ou não compatível com a natureza do direito em causa*. Idem, p.213.

<sup>49</sup> E com esta posição quero explicitar minha divergência em relação aqueles que acreditam que estes Direitos Fundamentais Sociais estariam ainda dependendo de futuras e complementares disposições legais, retirando sua força constitucional imediata, haja vista constituírem *pretensões legalmente reguladas*, ou seja, direitos criados por leis – neste sentido a reflexão de ANDRADE, J. C. Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.391. Na página 406, o autor chega a afirmar que: *Só uma vez emitida legislação destinada a executar os preceitos constitucionais em causa (isto é, relativos aos Direitos Fundamentais Sociais) é que os direitos sociais se consolidarão como direitos subjectivos plenos, mas, então, não valem nessa medida conformada, como direitos fundamentais constitucionais, senão enquanto direitos criados por lei*. No mesmo sentido BASSHAM, Gregory. *Original Intent and the Constitution: a philosophical study*. Pennsylvania: Rowman and Littlefield, 2006, p.82 e seguintes.

tratamento que lhes dão os documentos internacionais, *apresentam realização progressiva*.<sup>50</sup>

Daí a advertência de Queiroz no sentido de que, neste tema, é preciso reconhecer que o Estado toma função nodal, a uma porque se tratam os Direitos Fundamentais Sociais de competência institucional e constitucional a ele outorgada; a duas, porque tanto sociedade civil como mercado não estão estruturadas e/ou interessadas em tal mister. No exercício deste mister, o Estado contemporâneo precisa, pois, levar em conta que é a própria natureza social dos direitos fundamentais que estão a exigir *ações concretizantes equalizadas ao universo de demandas que precisam ser atendidas*, o que implica estratégias distributivas de direitos não esvaziadoras de outros direitos (individuais x sociais; individuais x individuais; sociais x sociais).<sup>51</sup>

Com tal proposição, discorda-se da tese dworkiniana no sentido de que no processo de aplicação do sistema jurídico impõe-se uma ponderação de bens a partir da lógica de que os direitos individuais, enquanto definitivos e não *prima facie*, não podem ser contrapesados em face de direitos coletivos gerais, eis que não se afigura como meio de realização de um interesse ou bem coletivo geral, mas é autônomo e como tal tem de ser tratado.<sup>52</sup>

Como lembra Queiroz, o que Dworkin está propondo é que, nos chamados casos difíceis constitucionais, *a intervenção do poder judicial, que não lida com argumentos finalísticos de preferências subjectivas, mas com argumentos de princípios, referentes aos direitos fundamentais* (notadamente individuais), *é superior à própria*

---

<sup>50</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. In *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp.244 e 247.

<sup>51</sup> Na dicção de Queiroz, com o que concordo, *o que importa não será já distinguir as “garantias institucionais” dos “direitos fundamentais”, concebendo estes últimos como direitos subjectivos destinados a proteger as esferas de liberdade individual face ao Estado e, neste sentido, declará-los, unicamente, com exclusão das garantias institucionais, como “direitos fundamentais no sentido forte e rigoroso do termo”, mas de reconhecer aos direitos fundamentais em si mesmos “garantias institucionais objectivas”, independentemente da natureza “objectiva” ou “subjectiva” do direito em causa. A esta luz, os direitos fundamentais devem ser analisados a partir de uma compreensão que vá para além do seu carácter tradicional como “direitos jurídico-subjectivos” ou “direitos de defesa” em prol de uma “compreensão constitucional” que tenha em conta o “sentido jurídico-objectivo” desses direitos e pretensões no seu conjunto. Que os compreenda, em suma, na sua “função” como expressando um “sistema” ou “ordem concreta de valores” com todas as conseqüências daí decorrentes*. Cita a autora aqui o trabalho de STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III, 1 “Allgemeine Lehren der Grundrechte”, Munique, 1988, p. 207. Idem, p.226.

<sup>52</sup> DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 359 e seguintes. Isto significa que igualmente não se pode aceitar a tese de que há uma regra de precedência *prima facie* geral dos direitos individuais face aos bens coletivos, incorporada, por exemplo, na premissa de que *in dubio pro libertate*, ratificada pela teoria norte-americana das *preferred freedoms* (conforme AGRESTO, John. *The Supreme Court and Constitutional Democracy*. Ithaca: Cornell University Press, 2004, p.118 e seguintes), porque isto significaria não valorar como condição de possibilidade do direito individual o impacto que ele provoca no universe de direitos que se encontram ao seu entorno.

*intervenção legislativa*.<sup>53</sup> Tal intervenção, que se dá notadamente pela via da interpretação do sistema na sua aplicação à solução de casos concretos, vai transferindo a soberania do legislador para o intérprete – julgador, o que é positivo e negativo, dependendo da forma como isto é feito e os impactos que pode causar nas estruturas institucionais e sociais vigentes.<sup>54</sup>

Tal postura da filosofia liberal norte-americana referida tem como consequência: (a) a afirmação da prioridade dos direitos fundamentais individuais sobre a idéia de bem público (coletivo), colocando a Declaração dos Direitos e os Direitos em geral fora do alcance da maioria; (b) o Governo, em face disto, não pode impor uma concepção particular de bem comum (um projeto político para o presente e o futuro, pela via Constitucional), já que o indivíduo se apresenta como prioritário em relação aos fins públicos.<sup>55</sup>

Por certo que tais premissas se estribam na perspectiva rawlsniana de uma sociedade absolutamente desenvolvida e equilibrada (sociedade justa), em que os Direitos Fundamentais estejam contemplados com altos níveis de satisfação social, na qual: (a) não se deve tentar cultivar a virtude nem impor aos seus concidadãos fins particulares; (b) se deve facultar a estes cidadãos um esquema de direitos neutral perante os fins, no quadro do qual as pessoas possam livremente cultivar as suas próprias concepções de bem comum<sup>56</sup>, o que por certo não alcança uma sociedade como a brasileira, com profundos déficits individuais e sociais atinentes ainda aos Direitos Fundamentais de igualdade.

De qualquer sorte, um bom aprendizado da jurisdição norte-americana é no sentido de que cada caso envolve e demanda do decisor um equilíbrio de interesses sociais, constante e inevitável, o que implica contrapesar harmonizadamente o ajustamento do caso concreto ao universo em que ele se encontra<sup>57</sup>, operando-se para

---

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. London: The Fontana Press, 1986, p.339.

<sup>54</sup> Neste ponto assenta FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 2001, p.72: *Awareness of the potential creativity within the judicial function has been heightened by two main factors: a different approach to the method of interpretation and the radical transformation of the role of law and government in modern "welfare" societies. The new interpretative approach was called the "revolt against formalism," and it is characterized by two innovative elements, which both display elements of judicial creativity: the method of systematic interpretation and the relevance of the choice element for the judges.*

<sup>55</sup> Ver a crítica procedente de ALEEN, Anita § REGAN, Milton C. *Debating Democracy's Discontent. Essays on American Politics, Law and Public Philosophie*. Oxford: Oxford University Press, 1998. Na mesma direção o texto de HORWITZ, Morton. *The transformation of american law 1870-1960: the crises of legal orthodoxy*. Oxford University Press, 1992.

<sup>56</sup> RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p.187.

<sup>57</sup> CARDOZO, Benjamin N. *The Paradox of Legal Science*. New York: Columbia University Press, 2001, pp. 72-73. Decorre desta compreensão as teses de RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Op.cit.; *Political Liberalism*. New York: Mendell, 1991, pp. 173, 289, 294 ss., bem como SUNSTEIN, Cass R. *After the Rights Revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, pp. 181, 186 ss., no sentido de que surge em face destes cenários uma ordenação de princípios de prioridade e harmonização, os primeiros conduzindo a uma *hierarquia de princípios interpretativos*;

tanto necessária ponderação de argumentos voltados a direitos, bem como os próprios interesses do caso, enquanto procedimento racional que conduz a uma única solução (como objeto finalístico). Mas não só isto, também se faz necessário o que Dworkin<sup>58</sup> chama de uma *Teoria Político-Normativa* do sistema jurídico e de sua inserção social, geradora de esquema interpretativo conforme os parâmetros constitutivos da concepção de democracia constitucional, que por ser complexa, demanda igual teoria constitucional complexa, capaz de levar em conta todas estas variáveis debatidas, dentre as quais, a da co-responsabilidade comunitária na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais.

A pragmática norte-americana tem tratado isto na perspectiva da necessária passagem de um *Welfare State* para um *Workfare*, isto é, urge associar ao Estado Social de Direito um Estado Social Contributivo, de deveres compartilhados entre Estado, Sociedade e Mercado, concebendo os Direitos Fundamentais Sociais também como Deveres Fundamentais Sociais, para os quais todos os potencialmente titulares sujeitos de direitos têm responsabilidades na gestão racional de suas efetivações, fazendo com que se equilibre na máxima potência a infinitude de demandas com a finitude dos recursos para atendê-las.<sup>59</sup>

Queiroz faz, neste ponto, acertada advertência:

*A existência de uma regra de “proporcionalidade” apela a um cálculo de “otimização” segundo o modelo da “teoria dos jogos”, visível na ordenação dos dois “princípios de justiça” formulados por Rawls (John Rawls, A Theory of Justice (trad. cast. “Teoria de la Justicia”), México, Madrid, 1979, pp. 82 ss.): o que vai do “princípio da diferença” até à exigência de uma “igualdade de oportunidades”. Estes critérios correspondem ao princípio da “proporcionalidade” do direito constitucional alemão. Este afirma que a intervenção do legislador, limitativa dos direitos fundamentais, deve resumir-se a uma intervenção “necessária”, “adequada” e “proporcional”, uma espécie de “limite dos limites” (Schranken-Schranke), funcionando a proporcionalidade como “método de racionalização” da limitação dos direitos fundamentais. Deste modo, quanto mais um direito resulte limitado em função do contrapeso efectuado pelos tribunais tanto mais se justificaria um “controle de razoabilidade” (Dian Shefold, Aspetti di ragionevolezza*

---

os segundos, a um princípio de *conciliação* em caso de conflito prático, variando o grau de proteção da norma segundo as circunstâncias do caso a que se aplicam. Ver igualmente o texto do mesmo autor chamado SUNSTEIN, Cass. *Designing Democracy: What Constitutions Do*. New York: Oxford University Press, 2001.

<sup>58</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996, p.296.

<sup>59</sup> Ver o texto de PATEMAN, Carole. *The Patriarcal Welfare State*. In *The Disorder of Women*. Cambridge: United Kingdom, 2000. Lembra o autor que historicamente os constitucionalistas dos países industrializados e com crescimento econômico mais associado ao desenvolvimento social têm-se perguntado por que os países que têm se comprometido, inclusive em documentos internacionais, com os Direitos Sociais, insistem na tese da necessidade de se pensar suas concretizações de forma progressiva: *Why did the Social Covenant opt for progressive implementation and thereby treat its rights as being somewhat like goals? The main reason, I think, is that more than half of the world's countries were in no position, in terms of economic, institutional, and human resources, to realize these standards fully or even largely. For many countries, noncompliance due to inability would have been certain if these standards had been treated as immediately binding.* (p.87).

*nella giurisprudenza costituzionale tedesca, in: 'Il princípio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici', Milão, 1994, pp. 126 ss.).<sup>60</sup>*

Ganha força novamente aquela discussão feita por Rawls (anteriormente apresentada) quanto a determinados conteúdos constitucionais essenciais que não podem jamais periclitare sob pena de colocar em risco um mínimo existencial tão vital que, sua ausência, compromete a própria vida humana (sequer estou falando de vida digna – é algo anterior a tal adjetivação, porque diz com a sobrevivência humana). Os limites a tais direitos, pois, só serão admissíveis quando se mostrarem *wesensmäßig*, isto é, conformes ao conteúdo substancial dos direitos fundamentais – em especial nos seus processos de equalização concreta.<sup>61</sup>

Tais estratégias equalizadoras de direitos – superado o prévio processo de dimensionamento de pesos que tomam diante do caso concreto – têm sido objeto de preocupação reflexiva em diversos países e culturas jurídicas, como a dos EUA, onde a problematização destas questões se traduzem em metodologias de abordagem dos casos concretos envolvendo direitos subjetivos de estatura jurídica similares. Aqui, tem competido essencialmente aos poderes públicos, no difícil trato de direitos que colidem entre si, o ônus de provar: (a) que é preciso avaliar sempre e em primeiro lugar se existe um interesse público relevante ou extraordinário (*compelling state interest*), que deverá tomar precedência sobre o direito individual ou social postulado; (b) que há uma conexão estrita entre esse interesse público relevante ou extraordinário alegado e a proteção do mesmo no caso concreto; (c) que de nenhum outro modo poderia o legislador, o

---

<sup>60</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais* (Teoria Geral). Op.cit., p.255. Adverte a autora, em outro texto, que o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito respeita a justa medida ou relação de adequação entre os bens e interesses em colisão ou, mais especificamente, entre o sacrifício imposto pela limitação e o benefício por ela prosseguido, ou, em outras palavras, representa a otimização em face aos princípios que jogam em sentido contrário. Tal raciocínio vem ao encontro da necessidade de se cotejar, na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, da forma mais ampla possível, todos os interesses envolvidos, individuais e sociais. Ver o texto QUEIROZ, Cristina M. M. *O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Op.cit., p.41. Advirto que não vou entrar, ao longo deste trabalho, na discussão se esta proporcionalidade se afigura como regra, princípio, norma metodológica (vide SILVA, Virgílio. *O proporcional e o razoável*. In Revista dos Tribunais, vol.798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.23/50), ou, como quer ÁVILA, Humberto Bermann. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.81, *postulado aplicativo normativo*, eis que ela é, a meu sentir, de todo infrutífera à solução de casos concretos envolvendo Direitos Fundamentais Sociais.

<sup>61</sup> Idem, p.216. A autora está se referindo aqui ao trabalho de Härbele, Peter. *La libertà fondamentali nello Stato costituzionale*. Roma: Feltrinelli, 1993, pp. 242 ss, advertindo que esse “conteúdo” ou “essência” do direito fundamental transcende a esfera da liberdade individual do respectivo titular para se apresentar como uma espécie de “barreira última” na concretização do direito. Essa “função positiva” ou “objectiva” do “conteúdo essencial” impõe, por fim, a “exigibilidade”, a “adequação” e a “proporcionalidade” em “sentido estrito” dos actos do poder público face aos fins que estes se propõem legitimamente prosseguir.

administrador ou o judiciário proteger esse interesse por outra via de menor impacto discriminatório.<sup>62</sup>

É óbvio que uma boa parte da doutrina mais conservadora do constitucionalismo norte-americano trabalha ainda com a idéia de que os Direitos Fundamentais Sociais: 1) *they do not serve truly fundamental interests*; (2) *they are too burdensome on governments and taxpayers*; and (3) *they are not feasible in less-developed countries*.<sup>63</sup>

Na própria jurisdição alemã, resguardadas as críticas que se possam fazer de tal posicionamento, igualmente em épocas passadas sustentou a tese da *cláusula da comunidade* como noção de limite imanente dos Direitos Fundamentais, tomando como pressuposto que tais direitos não poderiam ser invocados quando seu exercício colocasse em risco bens jurídicos relevantes à comunidade.<sup>64</sup>

Todos estes novos cenários acarretam uma mudança de função (e significado) na Constituição. Esta não representa, como quer Queiroz, a fronteira entre o Estado e a Sociedade, como no modelo constitucional liberal, nem tão pouco se apresenta como um sistema de regras para a luta política que o legislador se encontra obrigado a respeitar. *A Constituição hodierna compreende a mais um projecto político, um modelo de desenvolvimento para o futuro, um futuro que não se pode prever, mas apenas construir*.<sup>65</sup> Constitui, nestes termos, um projeto inacabado, na dicção de Habermas.<sup>66</sup>

Mas o que significa compreender a Constituição como veiculadora de um projeto político inacabado (no presente e prospectivo do futuro)? Significa que sua efetivação não tem termo de conclusão e, por isto, não pode exaurir o presente sob pena

---

<sup>62</sup> O Estado (Administrador, Legislador ou Juiz) vê-se obrigado a justificar (fundamentar) essa limitação, demonstrando e provando, no *caso concreto*, não apenas uma relação próxima (*close fit*) entre a justificação oferecida e os meios de que se serviu para promover direitos, mas ainda que de entre os meios possíveis escolheu não apenas os menos drásticos ou discriminatórios, mas ainda os *mais constitucionais*, os únicos que no confronto com a Constituição e os órgãos politicamente conformadores *resultam constitucionais* porque menos gravosos (*less restrictive*) para o direito fundamental apreciado no caso. Neste sentido ver os textos de: TRIBE, Laurence H.. *American Constitutional Law*. New York: Mineola, 2002, capítulo 16; SUNSTEIN, Cass R. *The Partial Constitutional*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, pp. 30, 31, 291 ss.; GUNTHER, Gerald. *Constitutional Law. Cases and Materials*. Nova Iorque: The Foundation Press, 1991, pp. 608 ss.

<sup>63</sup> NICKEL, Robert. *Are Social Rights Genuine Human Rights?* New York: Fellow Editors, 2007, p.49. Ver também o texto de VESPAZIANI, Alberto. *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*. Padova: Antonio Milani, 2002, p.27. É preciso ter presente aqui que, nos EUA, em especial ao longo das décadas de 1960 e 1970, com a Corte Warren, ocorreu significativa expansão conceitual e protetiva dos direitos sociais, notadamente com a aplicação da cláusula da *equal protection*, traduzida na XIV Emenda, havendo impactante retrocesso logo em seguida com a Corte Burger, no sentido de reduzir o ativismo judicial concretizador daqueles direitos sociais, operando com a lógica do *minimal protection*.

<sup>64</sup> Conforme CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: la garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p.274 e seguintes.

<sup>65</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais* (Teoria Geral). Op.cit., p.230.

<sup>66</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Op.cit., p.465.

de inviabilizar o futuro. Todas as possibilidades de concretização do projeto político e social da Constituição precisam ter em conta sua abrangência universal e integral do tecido social, não criando armadilhas que façam sucumbir interesses legítimos comunitários (direitos subjetivos coletivos ou difusos), em face do atendimento de interesses legítimos individuais (direitos subjetivos individuais).

Vem em boa hora a advertência de Alexy neste sentido, quando assevera que no que tange ao conceito de ordem fundamental, ela se revela como um problema de compatibilidade entre a idéia de ordem quadro e a de otimização, razão pela qual parte da Teoria Constitucional contemporânea tem concebido a ordem constitucional sob a perspectiva quantitativa e qualitativa. Em sua perspectiva quantitativa, a ordem constitucional pouco tem a ver com a discricionariedade dos agentes e instituições públicas e privadas, haja vista que para tudo haveria ou mandatos ou proibições.<sup>67</sup> Já na perspectiva qualitativa, uma ordem constitucional seria substantiva se mediante ela se decidem assuntos fundamentais à comunidade, configurando-se uma verdadeira ordem quadro a Constituição, deixando questões abertas à política.

É esta compreensão qualitativa da ordem constitucional que autoriza as seguintes conclusões: (a) que a Constituição deve ordenar e proibir algumas coisas, estabelecendo um *quadro*; (b) que a Constituição deve confiar outras coisas à discricionariedade dos poderes públicos, deixando abertas margens de ação.<sup>68</sup>

Estas margens de ação seriam de duas ordens para Alexy: cognitiva e epistêmica. A primeira surge a partir da ausência de certeza quanto ao conhecimento do que está ordenado ou proibido pelos direitos fundamentais e do que estes confiam à discricionariedade legislativa, reconhecendo-se, então, ao Legislador e ao Executivo, uma margem de ação cognitiva de caráter normativo (solvendo o caso concreto – seja ele de natureza individual ou transindividual (coletivos ou difusos)). Já a margem de ação epistêmica, encontra-se relacionada com o problema da divergência entre o que os direitos fundamentais ordenam, proíbem ou confiam à discricionariedade do legislador ou executor de políticas públicas, e o que razoavelmente pode-se reconhecer como o que estes ordenam, proíbem ou autorizam *per si*.<sup>69</sup>

Veja-se que quando o legislador ou o executivo, no âmbito de seus misteres constitucionais e infraconstitucionais, ultrapassam ou extravasam de forma clara e manifesta suas margens de ações (ordinárias ou cognitivas), restaria autorizado o

---

<sup>67</sup> ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. In Revista Española de Derecho Constitucional. Nº22. Novembro de 2002, p.13 e ss. Recorda Alexy que esta é a idéia de Forsthoft, quando defende ser a Constituição como um *ovo jurídico originário*, que não deixa nada por decidir aos atores políticos cotidianos.

<sup>68</sup> Ver o texto de QUEIROZ, Cristina M. M. *O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Op.cit., p.14. Da mesma forma ver o texto de MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol.IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, em especial a partir da p.311 e ss.

<sup>69</sup> ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Op.cit., pp.50 e 51.

Judiciário, pela via do que o Tribunal Constitucional Alemão chama de *controle de evidência*, a afastar o ato, ou limitá-lo ao âmbito do razoavelmente admitido no ponto, respeitada a margem de ação epistêmica para o caso. Na dicção de Queiroz: *O Tribunal só pode afastar o acto quando aqueles que têm o direito de fazer as leis não apenas incorreram em erro, como incorreram ainda num erro claro, tão claro que não pode ser objecto de uma questão racional.*<sup>70</sup>

A despeito disto, lembra a autora, com acerto, que, num sistema constitucional pluralista como é o da maioria dos países ocidentais, as normas consagradoras dos Direitos Fundamentais Sociais devem configurar-se como abertas de modo a possibilitar diversas concretizações, todavia, levando em conta que:

*A ordenação de uma tutela estrita e rigorosa dos direitos fundamentais estende-se não apenas ao direito subjectivo qual tal, mas ainda ao círculo de situações juridicamente protegidas (Rechtslage, Rechtszustand). Traduz não apenas uma forte limitação da liberdade política do legislador (substantive due process) como ostenta ainda uma outra dimensão: a de que os direitos fundamentais se concebem hoje mais como uma questão de justiça do que como uma questão de política.*<sup>71</sup>

Vai nesta direção a advertência de Böckenförde quando sublinha a ultrapassagem do conceito de Constituição como ordem quadro (*Rahmenordnung*) para uma *ordem fundamental da comunidade* (que compreende o Estado e a sociedade com os seus fundamentos básicos).<sup>72</sup> De acordo com essa concepção, os direitos fundamentais deixariam de ser percebidos, basicamente, numa relação meramente vertical Estado/cidadãos para se conceberem ainda a partir de mecanismos horizontais de garantia e proteção<sup>73</sup>, nos quais a tônica é, fundado em concepções de política republicanas, a participação no auto-governo dos interesses sociais, o que implica deliberar conjuntamente com os outros concidadãos e suas instituições sobre objetivos, finalidades e interesses comunitários. Na dicção de Queiroz, isto tudo

---

<sup>70</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Op.cit., p.58. Daí sua acertada afirmação de que *a interpretação e a aplicação de direitos, e sobretudo de Direitos Fundamentais Sociais, tem mais a ver com uma ciência do caso (case Law, fallnorm), do que uma ciência da regra, mas não deixa de apontar para uma solução de congruência entre o pressuposto de facto do direito e o âmbito de protecção ou âmbito de garantia efectiva do mesmo*. Por óbvio que sempre atentando para o pressuposto de que as diferentes posições jurídicas constituídas por aqueles direitos não desçam abaixo de um nível que periclite o que vou chamar de mínimo existencial fisiológico no próximo capítulo, não violando, pois, o dever de proteção a que o Estado se encontra obrigado (*princípio da proibição de insuficiência*). Op. Cit., p.75.

<sup>71</sup> Idem, p.31.

<sup>72</sup> Idem, alertando de forma muito procedente que o conceito de constituição como ordem quantitativa transformou-se numa bandeira comum dos mais diversos opositores da idéia de otimização dos Direitos Fundamentais, com forte acento ideológico-liberal, no qual os *direitos fundamentais quedariam reduzidos a um padrão ou standard mínimo*. (p.10).

<sup>73</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Grundrechte als Grundstatznormen. Zur gegenwärtige Lage der Grundrechtsdogmatik*, in: E.-W. Böckenförde, "Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht", Francoforte sobre o Meno, 1991, p. 174, citado por QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais* (Teoria Geral). Op.cit., p.237.



*Tem a ver com o conhecimento dos assuntos públicos e um sentido de pertença, uma preocupação pelo todo, um vínculo moral com a comunidade cujo destino está em causa. Quer dizer, partilhar o auto-governo requer certas qualidades e características, isto é, virtudes cívicas. Isto significa que a política republicana não pode ser neutra no que concerne aos valores e fins que expõem os seus concidadãos. A concepção republicana de liberdade, ao contrário da concepção liberal, requer uma política formativa, uma política que cultive nos cidadãos as qualidades de carácter necessárias ao auto-governo.*<sup>74</sup>

Por outro lado, a percepção de constituição como *ovo jurídico originário* na definição de Forsthoff não atende a natureza complexa das demandas e direitos envolvidos hodiernamente, eis que, *devido à pressão constitucional de optimização, se eliminaria a liberdade de configuração político do legislador. Uma circunstância incompatível com os princípios do Estado de Direito e da divisão de poderes. Quer do ponto de vista quantitativo, quer do ponto de vista qualitativo, quedaria eliminada a margem de accção legislativa.*<sup>75</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tais razões, os elementos da tomada de decisões envolvendo Direitos Fundamentais Sociais precisam ser radicalmente transparentes e públicos, propiciando o controle comunitário de temas tão relevantes e de impactos significativos no cotidiano dos sujeitos de direitos que são alcançados ativa e passivamente por eles.<sup>76</sup>

Neste sentido, uma das formas de se fazer isto é explorando no que consiste o denominado núcleo constitucional essencial garantidor do mínimo existencial a qualquer cidadão no âmbito do constitucionalismo contemporâneo e, mais especialmente, na Constituição brasileira de 1988, especialmente em suas dimensões

---

<sup>74</sup> Idem., p.288.

<sup>75</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Op.cit.,p.11. O debate americano também tem aprofundado o tema, no sentido de que não se pode tomar a constituição como exauriente do universo normativo das relações sociais, até pelo fato de se reconhecer que tais relações são marcadas por altos índices de conflituosidade e diferenças, impondo-se deixar espaço às ações políticas dos demais setores da Sociedade Civil organizada e suas instituições representativas, por certo que não violando os marcos constitucionais. Ver o texto de JONES, Harry W. *The Brooding Omnipresence of Constitutional Law*. In Vermont Law Review, n°.04. New Jersey: Vermont University Press, 1979.

<sup>76</sup> Na discussão americana sobre o tema, tem-se como parâmetro a antiga polêmica entre a percepção republicana e liberal, notadamente no âmbito do debate sobre o tema da democracia deliberativa, asseverando, por exemplo, Aeckerman que: *deliberative democracy has been given considerable attention during the past decade. Many see the 'deliberative turn' as a groundbreaking attempt to balance liberal and republican strands in political theory. It is thought that the deliberative model correctly integrates the priority of the right over the good, as defended by liberals, and the priority of citizenship over neoliberal consumerism, as advocated by republicans.* ACKERMAN, Bruce and FISHKIN, J.S. *Deliberation Day*, in J.S. Fishkin and P. Laslett (eds.) *Debating Deliberative Democracy*, Oxford: Blackwell, 2006, pp.16.

materiais, para que então se tenha ao menos parâmetros normativos e argumentativos à solução de casos concretos que envolvam tais questões.

#### Referências Bibliográficas:

- ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ACKERMAN, Bruce and FISHKIN, J.S. *Deliberation Day*, in J.S. Fishkin and P. Laslett (eds.) *Debating Deliberative Democracy*, Oxford: Blackwell, 2006.
- AGESTO, John. *The Supreme Court and Constitutional Democracy*. Ithaca: Cornell University Press, 2004.
- ALEEN, Anita § REGAN, Milton C. *Debating Democracy's Discontent. Essays on American Politics, Law and Public Philosophie*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. In *Revista de Direito Administrativo*, vol.217, 1999.
- . *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. In *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº22. Novembro de 2002.
- ANDRADE, J. C. Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- ARANGO, Rodolfo. *Basic social rights, constitutional justice, and democracy*. In *Ratio Juris*. v. 16, nº 2, p. 141-154, jun., 2003.
- . *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*.
- ÁVILA, Humberto Bermann. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BARATTA, Antoniello. *Diritti Fondamentali*. Milano: Feltrinelli, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *O Mínimo Existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy*. In TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Legimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BASSHAM, Gregory. *Original Intent and the Constitution: a philosophical study*. Pennsylvania: Rowman and Littlefield, 2006.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Grundrechte als Grundstatznormen. Zur gegenwärtige Lage der Grundrechtsdogmatik*, in: E.-W. Böckenförde, "Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht", Francoforte sobre o Meno, 1991.
- CANOTILHO, Joaquim J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.
- CANOTILHO, José J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- . *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodologia "Fuzzy" y "Camaleones Normativos"*. In *Problemática Actual de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Derechos y Libertades*, vol.06. Madrid: Civitas, 1998.
- CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: la garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- CARDOZO, Benjamin N. *The Paradox of Legal Science*. New York: Columbia University Press, 2001.
- COHEN, G. A. *If You're an Egalitarian, How come You're so Rich?*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- COTTA, Sergio. *Il giudice e la política: um rapporto da decifrare*. In: Cotta/Benda/Malinervi (eds.). *Richter und Politik*, Heidelberg, 1978.
- DENNINGER, Ernst. *Sicherheit/Vielfalt/Solidarität: Ethisierung der Verfassung?*, in: Ulrich K. Preuss (ed.), "Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen". Frankfurt: Francoforte sobre o Meno, 1994.

- DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- . *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.
- . *Law's Empire*. London: The Fontana Press, 1986.
- . *Sovereign Virtue. The Theorie and Practice of Equality*. Cambridge: Mass.: Harvard University Press, 2000.
- . *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- ECHAVARRÍA, Juan Jose Solozabal. *Algunas cuestiones basicas de la teoría de los derechos fundamentales*. In Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca), nº71. Madrid: Nueva Epoca, 1991.
- FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FERRARA, G. *La Corte Costituzionale*. Bologna: Giuffrè, 2006.
- FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 2001.
- GUASTINI, Ricardo. *Il Diritto come linguaggio, il linguaggio del diritto*. In Problemi di Teoria Del Diritto. Bolonha: Daltricce, 2001.
- GUNTHER, Gerald. *Constitutional Law. Cases and Materials*. Nova Iorque: The Foundation Press, 1991.
- GURRERO, Manuel Medina. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- HÄRBELE, Peter. *La liberta fondamentali nello Stato costituzionale*. Roma: Feltrinelli, 1993.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HORWITZ, Morton. *The transformation of american law 1870-1960: the crises of legal orthodoxy*. Oxford University Press, 1992.
- JONES, Harry W. *The Brooding Omnipresence of Constitutional Law*. In Vermont Law Review, nº.04. New Jersey: Vermont University Press, 1979.
- KELSEN, Hans. *Contribuciones a la Teoría del Derecho*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1989; ---*Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984.
- LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- . *Hermenêutica e Direito*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2002.
- LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Bologna: Giuffrè, 2001.
- MARCIC, Rudolph. *Rechtsphilosophie*. Frankfurt: Meinnarth, 1998.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol.IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- NARDULLI, Peter F. *The Constitution and American Political Development: an institutional perspective*. Illinois: University of Illinois Press, 1992.
- NICKEL, Robert. *Are Social Rights Genuine Human Rights?* New York: Fellow Editors, 2007.
- NIÑO, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- PATEMAN, Carole. *The Patriarcal Welfare State*. In *The Disorder of Women*. Cambridge: United Kingdom, 2000.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. In *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- PISARELLO, Gerardo. *Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales*. In Revista Isonomia, nº15. Octubre. Madrid: Cedam, 2001.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- . *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard O Liberalismo Político. São Paulo: Ática, 2000.
- . *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.
- SANCHÍS, Luis Pietro. *El Juicio de Ponderación*. In Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, 2003.
- SARLET, Ingo W. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SILVA, Virgílio. *O proporcional e o razoável*. In Revista dos Tribunais, vol.798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III, 1 “Allgemeine Lehren der Grundrechte”, Munique, 1988.
- STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2002.
- SUNSTEIN, Cass R. *After the Rights Revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.
- . *The Partial Constitutional*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- . *Designing Democracy: What Constitutions Do*. New York: Oxford University Press, 2001.
- TENZER, Nicolas. *La société dépolitisée: essai sur les fondements de la politique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Justiça distributiva: social, política e fiscal*. Revista de Ciências Sociais (UFG). V.2. N.2. Dez. 1997.
- TRIBE, Laurence H.. *American Constitutional Law*. New York: Mineola, 2002.
- VESPAZIANI, Alberto. *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*. Padova: Antonio Milani, 2002.
- WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. New York: Oxford University Press, 1990.
- YOUNG, Martin Jordan. *Justice and the Politics of Difference*. London: Farrell, 2004.