

Efetivação dos direitos fundamentais sociais

pela jurisdição constitucional e as contribuições do constitucionalismo transformador

ANA CAROLINA LOPES OLSEN

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos – 3. Efetivação dos direitos fundamentais sociais pela Jurisdição Constitucional na perspectiva do constitucionalismo transformador – 4. O custo dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível – 5. Aplicação da teoria das restrições às restrições em contexto dialógico: 5.1 Proporcionalidade como proibição da proteção insuficiente; 5.2 Vedação do retrocesso; 5.3 Mínimo existencial – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

*Sólo le pido a Dios
Que el dolor no me sea indiferente,
Que la reseca muerte no me encuentre
Vacío y solo sin haber hecho lo suficiente.*
(Leon Giéco)

1. INTRODUÇÃO

É preciso reconhecer que as conquistas civilizatórias dos últimos séculos, dentre as quais a positivação dos direitos sociais, não lograram solucionar dois dos maiores problemas da humanidade: a exclusão¹ e a miséria. Em verdade, a plena realização dos direitos fundamentais sociais passa, necessariamente, por uma concepção ética de alteridade:² o lento aprendizado de se valorar o outro, de conceder-lhe condições dignas de sobrevivência para que todos possam conviver em paz.³

No caso brasileiro, é certo que, apesar do reconhecimento constitucional desses direitos, as ações desempenhadas pelos Poderes Públicos ainda não alcançam a realidade social em toda sua complexidade, e desigualdade. Nesta medida, entra em cena a Jurisdição Constitucional e sua tarefa de promoção e efetivação das normas

¹ . José Ricardo Cunha observa a existência de uma exclusão para cima, daqueles que se encontram alheios ao Direito por que a eles não se aplicam as restrições e contenções jurídicas necessárias à convivência social; e a exclusão para baixo, ou seja, aqueles que se encontram em grau de pobreza extrema, privados das liberdades básicas necessários a uma vida digna e impedidos de participar na sociedade como cidadãos. CUNHA, José Ricardo. Os direitos sociais vistos de uma perspectiva humanística ou sobre por que estamos diante de uma questão ética de primeira grandeza. In: TOLEDO, Cláudia (org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 103-105.

² . Nesse sentido, observa Benito de Castro Cid, em: *Derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad de Leon: Secretariado de Publicaciones, 1993. p. 169: “A efetividade dos direitos econômicos e sociais em cada país depende em grande parte da adoção de múltiplas e variadas medidas complementares, na maioria dos casos de caráter promocional, em todos os campos de ação: político, jurídico, social, econômico, cultural, sanitário, tecnológico etc” (apud KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 28.

³ . Conforme Cunha: “Ética é aquilo que nos remete para o outro, para a emergência de uma alteridade”, aquilo que “nos situa no campo do cuidado. O outro é aquele a quem dirigimos nosso cuidado, nosso zelo, nossa atenção; ele nos interpela em nossa capacidade mais profunda de produzir humanidade, de perceber e fazer brotar a existência humana para que ela cresça e perdura na sua própria vida”. Op. cit., p. 112.

constitucionais, a qual vem assumindo nos últimos anos um caráter transformador.⁴ A fim de enfrentar barreiras institucionais que ainda se opõem às diretrizes da Constituição Federal de 1988 – dirigida ao combate à exclusão social e promoção da igualdade – a realização dos direitos sociais conta com o Judiciário como poderosa alavanca.

Dentre as barreiras que costumam se erigir contra a efetivação dos direitos sociais revela-se a dimensão do custo atrelado à execução das prestações sociais, ambiente em que se molda a teoria da reserva do possível. Ela costuma ser invocada como mecanismo de defesa frente a determinações dirigidas ao Estado para a prestação de educação, saúde, previdência, assistência, entre outros, em arguição da impossibilidade de se exigir do Estado o irrazoável. Ocorre que a irrazoabilidade vem sendo relacionada à ausência de previsão orçamentária, a suposta ausência de recursos disponíveis nos caixas públicos em função de sua destinação a outros fins, nem sempre constitucionais. Nesta seara, a doutrina do constitucionalismo transformador ao lado de uma teoria constitucional comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais sociais assumem especial relevância.

Notadamente no último ano, em que a pandemia de Covid-19 atingiu as populações do mundo todo, e foi especialmente nociva para os grupos mais desfavorecidos que formam a maioria da população brasileira, medidas concretas de proteção de direitos sociais como saúde, educação, assistência social, passaram a ser prementes. A judicialização foi intensa a fim de se buscar perante o Judiciário as medidas concretas não promovidas pelos agentes públicos governamentais. A questão do custo dos direitos tem voltado à tona na medida em que os investimentos públicos parecem manifestamente insuficientes para preservar a dignidade humana dos brasileiros.

Diante desse quadro, pretende-se demonstrar que os avanços já amealhados na judicialização dos direitos sociais necessitam seguir para um novo patamar com o impulso do constitucionalismo transformador e o diálogo com o sistema interamericano de direitos humanos.

Para tanto, este estudo primeiramente enfatiza a exigibilidade e justiciabilidade destes direitos na perspectiva do constitucionalismo transformador, para, em seguida, analisar a problemática do custo e da reserva do possível. Em uma terceira etapa, o estudo buscará apontar os limites que definem como inconstitucional e inconveniente⁵ a omissão ou prestação insuficiente do Estado brasileiro na realização dos direitos fundamentais sociais, em uma perspectiva que colhe da doutrina e dos diálogos com o sistema interamericano um arcabouço capaz de instrumentalizar a cobrança pela efetivação destes direitos.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS

Toda norma jurídica que compõe a Constituição comanda, de modo que sua “inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento

⁴ ROA ROA, Jorge Ernesto. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. **MPIL Research Paper Series n. 2020-11**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3571507>>. Acesso em: 11 fev. 2021.

⁵ A inconveniência corresponde à não correspondência de medidas legislativas nacionais aos parâmetros traçados pelas convenções internacionais. Este controle, desenhado originalmente pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Almonacid Arellano vs. Chile* pode ser desencadeado tanto pela jurisdição doméstica quanto pela interamericana. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional de convencionalidade das leis. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

forçado, apto a garantir--lhe imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão”.⁶ No caso dos direitos sociais, trata--se da possibilidade de determinar que os destinatários de obrigações sociais realizem, compulsoriamente, estas ações.⁷ Para tanto, tão importante quanto qualificar direitos sociais como direitos fundamentais⁸ é neles reconhecer o caráter de subjetividade.

Um direito subjetivo é aquele que atribui ao seu titular o poder de exigir o cumprimento do mandamento prescrito mesmo contra a vontade do seu destinatário. Revela--se um direito a ser cobrado – ou imposto – judicialmente, o que determina uma relação trilateral entre titular (credor da obrigação), destinatário (devedor da obrigação) e o Estado--juiz,⁹ a qual, na definição de Arango,¹⁰ investe o titular do direito subjetivo em uma posição jurídica que pode ser justificada por razões válidas e suficientes, e, se não for reconhecida, implica um prejuízo a este titular.

Vale lembrar que os direitos sociais, assim como todos os direitos fundamentais inseridos na Constituição, determinam uma pluralidade de posições jurídicas ao seu titular. Significa dizer que o titular do direito à educação básica pode investir--se na posição de cobrador da prestação estatal de fornecimento de vagas em escolas (prestação tipicamente positiva), como também tem direito a exigir do Estado que não turbe o exercício do seu direito, que não lhe proíba o acesso à educação (prestação negativa).¹¹

A previsão taxativa de direitos fundamentais sociais na Constituição Federal serve de elemento para garantir sua realização, como observa Bidart Campos que “o direito objetivo, na verdade, se apresenta como ferramenta de subsistência dos Direitos Humanos – na condição de direitos subjetivos – nas hipóteses de violações, obstáculos ao gozo do exercício e acesso a eles”.¹² Mais além, não se pode mais conceber a

⁶ . BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. III, p. 69.

⁷ . Esses destinatários podem ser tanto agentes estatais como atores privados (horizontalidade dos direitos fundamentais). SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo Existencial” e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares*. In SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 579; 589.

⁸ . Já tivemos oportunidade de afirmar: “Afinal, decorre precisamente do caráter de fundamentalidade a irradiação material normativa das normas de direito fundamental, bem como sua supremacia enquanto critério de validade formal, em relação às demais normas do ordenamento jurídico, sua proteção contra a reforma constitucional, e, caráter de especial importância, sua submissão ao princípio da aplicabilidade imediata prevista no § 1.º do art. 5.º da CF” (OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 53).

⁹ . Nesse sentido, ALEXY, Robert. *Teoría de Los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 178. Ainda SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 167.

¹⁰ . “Um derecho subjetivo es la posición normativa de um sujeto para la que es posible dar razones válidas y suficientes, y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona um daño inminente al sujeto”. ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, apud LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 32.

¹¹ . “Em sentido simétrico, los derechos sociales tampoco se agotan en obligaciones positivas: ao igual que em el caso de los derechos civiles, cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos – salud, vivienda, educación, seguridad social – el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten” (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales*, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional, e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 138). Neste mesmo sentido, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 241 e SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*, p. 168: “... a referida complexidade dos direitos fundamentais na sua perspectiva jurídico-subjetiva remete à conclusão de que se cuida de um feixe de posições estruturalmente diferenciadas, não só no que diz com a forma de positivação, seu conteúdo e alcance, mas também no que concerne às diferentes funções que desempenham no âmbito do conjunto dos direitos fundamentais...”.

¹² . CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoría general de los derechos humanos*, apud LEAL, R. G. Op. cit., p. 33. Entretanto, já salientou Sarlet: “cumprе ressaltar que a problemática do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se limita às normas definidoras de direitos fundamentais que, pela sua forma de positivação, assumam a nítida feição de um

realização dos direitos dentro de uma perspectiva constitucionalmente cerrada, pois o Estado brasileiro se inseriu em uma comunidade jurídica regional e internacional mediante a adesão a tratados internacionais como a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador, bem como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais. Logo, como observa Fachin, não há “fronteiras rígidas entre o direito interno e o internacional” de modo que não se pode “cindir os direitos sociais em relação à sua origem interna ou internacional (...)”.¹³

Nessa perspectiva, como se verá adiante, a implementação dos direitos sociais pode e deve se aproveitar dos diálogos travados com as instâncias jurisdicionais internacionais, bem como do diálogo horizontal com outras cortes constitucionais. Na medida em que se compreende os diálogos judiciais como trocas argumentativas entre jurisdições distintas a respeito da interpretação e aplicação dos direitos humanos, esta dinâmica assume uma conotação cooperativa especialmente em casos como o brasileiro, em que o sistema constitucional está aberto ao sistema interamericano de direitos humanos.

É certo que o âmbito interno assume relevância primordial nesse processo, de modo que nele não pode haver relutância no reconhecimento da subjetividade dos direitos sociais.

Em contribuição a essa pauta, Sarlet afirma a subjetividade dos direitos sociais pela íntima relação que apresentam com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁴ Direitos como a garantia do salário mínimo, a assistência social, direito à previdência social, à saúde, à alimentação e à moradia têm na sua base “a necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo (aspecto que assume especial relevância no caso do direito à saúde), mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade”.¹⁵

Canotilho¹⁶ também identifica a subjetividade dos direitos fundamentais sociais no espaço existencial do cidadão: naquilo em que os direitos sociais se relacionarem com a supressão das necessidades existenciais de cada ser humano, será possível identificar sua justiciabilidade. Seguindo a mesma direção, Ana Paula de Barcellos identificou na noção de mínimo existencial um parâmetro de definição da exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, embora sem reduzi-los a este critério.¹⁷

Todavia, nem só de sobrevivência se fazem direitos sociais na medida em que existe

direito subjetivo, em outras palavras, que como direito subjetivo tenha sido proclamado no texto constitucional” (A eficácia dos direitos fundamentais, p. 301).

¹³ FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio César Bueno. O Potencial Catalizador da Tutela Coletiva dos Direitos Econômicos e Sociais: um enfoque a partir dos diálogos horizontais em direitos humanos. In BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flavia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 558-559.

¹⁴ SARLET, A *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 325.

¹⁵ SARLET, I. W. A *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 313. No tocante ao direito à saúde, salienta o autor: “... a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos”. P. 329.

¹⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 476.

¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 23-45.

um comando claro na Convenção Americana de Direitos Humanos que orienta na realização progressiva desses direitos.¹⁸ Já em 1988 assim caminhava o constituinte: ao consagrar estes direitos, não pretendeu tão somente garantir o mínimo necessário à existência. Na medida em que a erradicação da miséria e o combate às desigualdades sociais são objetivos da República, nos termos do art. 3.º da CF, pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais apontam para um máximo:¹⁹ para uma sociedade materialmente justa, em que cada pessoa tenha liberdade para buscar a felicidade. É nesta perspectiva que o constitucionalismo transformador pode apontar para a efetivação desses direitos – seja pelo desenho institucional de políticas públicas seja, na sua falta, pela cobrança via judicial.

Os direitos fundamentais sociais são, em sua grande maioria, normas jurídicas de feição principiológica, dotadas de certa imprecisão terminológica e boa dose de abertura semântica, mas que determinam um estado de coisas a ser atingido *progressivamente* pelos seus destinatários, embora sem apontar especificamente os caminhos a serem seguidos. Diante desta realidade, embora não se possa adotar uma “radical e absoluta subjetivação exauriente dos conteúdos objetivos dos direitos fundamentais sociais”, é possível defender que suas normas instituem posições jurídicas subjetivas em caráter de otimização: “Tal otimização indica *que a subjetivação se apresenta unicamente como um mandato prima facie que, em caso de colisão, reclama uma ponderação delimitada*”²⁰ (grifo do autor).

Nesta linha, seguindo o modelo normativo dos princípios, toda norma de direito fundamental social institui, *ab initio*, um direito subjetivo, judicializável. Logo, vale considerar todo direito fundamental social como um direito subjetivo *prima facie*, ainda que pendente da necessária ponderação diante dos elementos do caso concreto.

3. EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

Como bem observa Luís Roberto Barroso, a “efetividade (...) representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o *ser* da realidade social”.²¹ Enquanto a eficácia diz respeito à possibilidade de produção de efeitos jurídicos – e neste sentido toda norma constitucional é eficaz – a efetividade se volta para a produção de efeitos na realidade, a possibilidade concreta de orientar e modificar comportamentos.²²

Normas jurídicas concernentes a direitos como alimentação, saúde, educação, trabalho, por exemplo, se não alcançarem o mundo real, acabam por perpetuar um

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada em ... Esta progressividade caminha tanto para determinar o cumprimento do mínimo existencial até o emprego máximo dos recursos possíveis, quanto para impedir o retrocesso.

¹⁹ Segundo Paulo Bonavides: “Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais “a Sociedade livre, justa e solidária”, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3.º.). O mesmo tem pertinência com respeito à redução das desigualdades sociais, que é, ao mesmo passo, um princípio da ordem econômica e um dos objetivos fundamentais de nosso ordenamento republicano, qual consta respectivamente do art. 170, VII e do sobredito art. 3.º” (Apud BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 177).

²⁰ LEAL, complementar nota de rodapé, p. 40-41.

²¹ BARROSO, *Temas de direito constitucional*, p. 71.

²² KRELL, A. J. Controle Judicial dos serviços públicos ... p. 35.

processo de abandono de seres humanos, privando-os de sua condição de membro ativo e consciente da sociedade. Partindo da concepção de Giorgio Agamben, José Ricardo Cunha explica que “o abandono diante da lei é, por assim dizer, o abandono diante do poder de uma lei que não prescreve nada além de si mesma, além de sua própria vigência vazia e sem sentido”. A norma deixa de garantir um direito, para gerar uma ilusão – daí a importância de se falar em sua efetividade.

No tocante aos direitos fundamentais sociais, esta efetividade tem na Jurisdição Constitucional²³ um de seus principais alicerces: na medida em que os destinatários das normas de direito fundamental não cumprem espontaneamente suas obrigações, é através dos tribunais que os titulares buscam a implementação de seus direitos.²⁴

Esta perspectiva de realização das promessas constitucionais por parte da jurisdição constitucional é um ingrediente chave do constitucionalismo transformador, um movimento constitucional voltado para a potencialização da força normativa da Constituição, nascido a partir das ideias desenvolvidas por Karl Klare em estudo da atuação da Corte Constitucional da África do Sul.²⁵

O constitucionalismo transformador foi pensado especialmente para sociedades cujas constituições marcam uma transição de um regime excludente e autoritário como o do *apartheid* na África do Sul e o dos regimes ditatoriais na América Latina para um sistema normativo fundado em uma democracia igualitária. Este movimento bem atende às expectativas constitucionais de Estados como o brasileiro, apresentando como características o foco na potencialidade transformadora do Direito, no compromisso com uma atuação jurisdicional atenta aos ideais constitucionais e, conseqüentemente, com a efetiva transformação das estruturas geradoras de desigualdade e violência. Os comandos constitucionais passam a ser interpretados para a realização dos fins estabelecidos na Constituição.²⁶

O constitucionalismo transformador propõe uma atuação dos poderes públicos – notadamente da jurisdição constitucional – dirigida à mudança das estruturas sociais e políticas (inclusive econômicas) para a promoção de igualdade, promovendo especial atenção aos direitos econômicos, sociais e culturais. Ele não abre mão das ferramentas institucionais do Estado de Direito e está materialmente comprometido com a promoção de inclusão – precisamente para alavancar a transformação/superação das barreiras que outrora construíram uma sociedade excludente. Todavia, a fórmula mais tradicional da separação dos poderes própria das constituições liberais precisaria de uma nova leitura – mais ativista (e para Klare mais politizada) da jurisdição constitucional.²⁷ Esse constitucionalismo traz em si uma leitura prospectiva dos comandos constitucionais, determinando que o desenho constitucional (os direitos e

²³ . Sobre o tema, vale consultar a obra GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. *Jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa*. Curitiba: Juruá, 2011, em que a autora defende a compatibilidade entre a Jurisdição Constitucional e a democracia na medida em que a primeira se torna um instrumento de realização da segunda. p. 365 e ss.

²⁴ . Embora o palco político de disputas pela realização dos direitos seja de primordial importância em uma democracia, é certo que o Poder Judiciário conta com um aparato institucional privilegiado a fim de coagir os administradores públicos a cumprir normas constitucionais. Pouca força política tem um indivíduo sozinho na luta pela realização de seu direito à educação, à saúde, à previdência, ainda que, sabidamente, o cumprimento destes direitos interesse a toda a sociedade.

²⁵ KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 146-188, 1998. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/10.1080/02587203.1998.11834974>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

²⁶ KLARE, Karl. Ob. Cit.

²⁷ KLARE, Karl. Ob. Cit.

garantias processuais, a estruturação e definição das competências dos poderes estatais) esteja pautado pela realização de um ideal transformador.

Essa compreensão permite verificar que a Constituição Brasileira de 1988 desenhou um projeto de sociedade muito apartado daquela que vivenciou a ditadura civil-militar. Mais além, percebendo as principais mazelas que afligem a realidade nacional há séculos, dentre as quais se sobressai a desigualdade social, o processo constituinte plantou uma promessa política audaciosa com um extenso rol de garantia de direitos e compromissos político-estatais. As normas constitucionais assumiram o papel de chave a ressignificar a atuação dos agentes públicos, e mesmo da sociedade civil em geral que se torna um agente ativo na cobrança desses compromissos.

Nessa ótica, a normatividade constitucional confere poder a todo magistrado de agir na qualidade de defensor, protetor e realizador das normas constitucionais.²⁸ Afinal, já determina a Constituição em seu art. 5.º, XXXV, a inafastabilidade do Poder Judiciário de qualquer violação ou ameaça de violação a direito.²⁹ Assim, não há violação a direito imune ao controle jurisdicional – seja ela decorrente do processo legislativo, seja ela oriunda de uma ação ou omissão da Administração Pública. Como salienta Eduardo Cambi, “não pode o juiz constitucional se autolimitar no exercício dos seus poderes (teoria do chamado *self-restraint*), a pretexto de se tratar de *questões políticas*, inerentes ao exercício parlamentar ou executivo, ou por se tratar de juízos de conveniência e oportunidade” (grifos do autor).³⁰

Lida sob as lentes do constitucionalismo transformador³¹, a Constituição permite verificar que assim como os agentes públicos diretamente responsáveis, a Jurisdição Constitucional tem um papel ativo na promoção dos direitos sociais. Projeta-se um ativismo judicial que demanda da Corte elevada carga de fundamentação juracional fundada em princípios e amparada por uma proposta hermenêutica que se dirija para a identificação da solução que melhor atenda ao projeto inclusivo da Constituição.³²

Nessa perspectiva, a legitimidade da Corte Constitucional para determinar a

²⁸ Em tom crítico, salienta Oscar Vilhena Vieira: “... a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo de relações sociais, econômicas, e públicas, numa espécie de *compromisso maximizador*. Este processo (...) criou, no entanto, uma enorme esfera de tensão constitucional e consequentemente gerou uma explosão de litigiosidade constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno” (grifo do autor) VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 489.

²⁹ Em paralelo, observando prescrição análoga na Constituição Portuguesa, observa Canotilho: “O art. 20 da Constituição *abre imediatamente a via para um tribunal*. (...) Isso significa que algumas das jurisdições existentes têm o dever de não declinar a competência para apreciar o ‘caso’ carecido de proteção jurídica” (grifo do autor) Vale observar que esta proteção judicial dos direitos deve estar enquadrada pelos próprios desígnios constitucionais, já que o princípio da constitucionalidade, como salienta Canotilho, não determina apenas proteção através da jurisdição constitucional, mas também em face desta jurisdição, que deve atuar em consonância com as normas constitucionais. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 276 e 277.

³⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Ed. RT, p. 2009. p. 212.

³¹ Essa leitura prospectiva das promessas constitucionais deve ser consciente de que a Constituição de 1988 não é transformadora em todos os seus aspectos, nem tão transformadora quanto poderia ser. Contudo, permanece válida e aplicável ao caso brasileiro a proposta de Roberto Gargarella defendida em “La sala de máquinas de la Constitución”. As Constituições Latino-Americanas que incorporaram extenso rol de direitos a fim de acomodar as pretensões dos movimentos sociais por maior igualdade, inclusão social, econômica e política, não lograram superar plenamente a estrutura institucional de concentração de poder na figura do Executivo presidencialista. GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina 1810-2010*. Buenos Aires: Katz, 2014.

³² ROUX, Theunis. Transformative constitutionalism and the best interpretation of the South African Constitution: distinction without a difference? *Stellenbosch Law Review*, v. 2, p. 258-285, 2009. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/5eae/e8eb64bd96f248d8eb39fa61660129576be.pdf?_ga=2.36844192.1693293173.1579901614-5179901614>. Acesso em: 15 fev. 2021, p. 267-269.

realização dos direitos sociais pode ser deduzida, inicialmente, do próprio texto constitucional que taxativamente lhe confere o papel de “guardião da Constituição” e enuncia direitos sociais como “dever do Estado”. Mais além, ela decorre do papel assumido pelos juízes de representação argumentativa dos grupos sociais negligenciados pelos processos políticos tradicionais,³³ como pode se perceber, a título de exemplo, no julgamento do RE 1219482, relatado pelo Min. Celso de Mello, para priorização de obras em escolas indígenas no Rio Grande do Sul.³⁴

Em caso de descumprimento das obrigações estatais de efetivação dos direitos sociais, o constitucionalismo transformador defende um modelo jurisdicional forte capaz de afastar os “pontos cegos” deixados pelo processo legislativo.³⁵ Segundo Dixon, estes “pontos cegos” se verificam tanto na “inércia” em atender certas pautas (como escolas indígenas) em virtude da pressão política estratégica que dirige o Legislativo em direções divergentes, como na falta de perspectiva do atendimento desses direitos em acomodação com outros valores constitucionais (dilemas orçamentários). Os “pontos cegos” e a “inércia” são tão comprometedores para a ordem constitucional que justificam a entrada em ação das cortes constitucionais para realizar um desbloqueio tanto pelo aspecto discursivo e racional de seus processos quanto pela coercitividade de suas decisões.³⁶

Extremamente grave se revela a inércia do Executivo em adotar medidas concretas de implementação de políticas públicas já definidas legalmente. Diante dessa realidade, justifica-se a intervenção judicial, como sedimentou o STF no voto do Min. Celso de Mello em julgamento da ADPF 45/2004--DF:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – *a atribuição de formular e de implementar políticas públicas* (José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987. p. 207, item n. 5), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo 84, terça-feira, 04.05.2004 1 ISSP 1677--7018 13. Tal incumbência, no entanto, *embora em bases excepcionais, poderá atribuir--se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político--jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional*, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter--se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao

³³ ROA ROA, Jorge Ernesto. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. **MPIL Research Paper Series n. 2020-11**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3571507>>. Acesso em: 11 fev. 2021, p. 1-3.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1219482 AgR/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Órgão julgador: Segunda Turma. Julgamento 03 out. 2020. DJE nº 248, divulgado em 13/10/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344634859&ext=.pdf>. Acesso em 3 mai. 2021.

³⁵ ROA ROA, Jorge Ernesto, ob. Cit.

³⁶ DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law**, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007, p. 502-503.

que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212--1213, rel. Min. Celso de Mello)³⁷ (grifo nosso).

Esse protagonismo judicial somente se verifica na ausência de uma atuação responsável por parte dos demais poderes. Ainda assim, na ótica do constitucionalismo transformador, ele requer um pressuposto essencial: um diálogo concebido em duplo sentido. De um lado, um diálogo judicial travado com cortes internacionais e regionais de direitos humanos, o qual tem sido impulsionado pelo movimento do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, de modo que o diálogo judicial pautado na realização dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito impulsionam a construção de um direito comum, focado em standards abertos.³⁸ De outro, o diálogo com a sociedade civil que se vê representada perante a corte constitucional e o diálogo com os demais poderes constituídos.³⁹

Nesse sentido vale relatar a experiência dialógica que tem se realizado em ações propostas perante o STF para o combate à pandemia de COVID-19. Como se pode depreender do andamento da ADPF 709 sobre a proteção da saúde das populações indígenas, foi criada uma sala de situação que visa integrar em um diálogo produtor de soluções efetivas os representantes das comunidades indígenas e os representantes dos poderes públicos.⁴⁰ Na mesma linha pode-se relatar medida incidental proposta junto à ADPF 347, para proteção da população carcerária diante dos riscos à saúde trazidos com a pandemia em uma população já vulnerabilizada.⁴¹

Não cabe mais, portanto, questionar se pode o Judiciário intervir na atuação dos demais poderes para garantir o cumprimento das normas constitucionais – o que se tem por decorrência da própria missão da jurisdição constitucional. O STF já sedimentou essa posição.⁴² A questão estaria mais centrada na compreensão do alcance desse controle, como salienta José Adércio Leite Sampaio⁴³. Como bem alertam Fachin e Schinemann, “não é possível ignorar os limites que se colocam à tutela jurisdicional dos direitos humanos”, como a “judicialização excessiva” capaz de afetar o desenho de políticas públicas e a higidez das contas públicas.⁴⁴

Para enfrentar essa discussão, vale observar as lições aprendidas pela jurisprudência a respeito da reserva do possível e da teoria dos limites às restrições aos direitos

³⁷ . STF, ADPF-MC 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004, DJU 04.05.2004, Seção 1, n. 84, p. 13.

³⁸ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**: Marco Conceptual. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 11-51.

³⁹ ROA ROA, Jorge Ernesto, ob. Cit., p. 7.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 05/08/2020. Órgão Julgador: Plenário. Publicação: DJe-244 07/10/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>>. Acesso em: 20 fev. 2021

⁴¹ Embora medidas de proteção dessa população definidas em decisão monocrática não tenham sido confirmadas pelo plenário do tribunal por um defeito processual na representação (falta de legitimidade de *amicus curiae* para formular pedidos), ela acabou por desencadear a Resolução n. 62 do CNJ, e foi praticamente concomitante à Portaria Interministerial n. 7, que tratou da proteção de direitos da população carcerária. SARLET, Ingo Wolfgang. O STF e os direitos fundamentais na crise da Covid-19 — uma retrospectiva (2). CONJUR, 5 fevereiro 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-05/direitos-fundamentais-stf-direitos-fundamentais-covid-19>. Acesso em: 3 mai. 2021.

⁴² Revisitando o tema, Celso de Mello reassegurou que as duas turmas do STF haviam firmado entendimento nesse sentido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo 1171192 Sergipe. Relator Min. Celso de Mello. Órgão julgador: Segunda Turma. Julgamento em 20/12/2019. Publicação DJE 03 fev. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342200705&ext=.pdf>. Acesso em 03 maio. 2021.

⁴³ . SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 100-101.

⁴⁴ FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio César Bueno. Ob. Cit., p. 563-564.

fundamentais sociais, bem como verificar as contribuições advindas do constitucionalismo transformador em sua perspectiva dialógica.

4. O CUSTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

Em um primeiro momento, é preciso reconhecer que a realização de direitos voltados para a solução das desigualdades sociais enfrenta o problema da concepção política a eles relacionada, ou seja, é preciso afastar ideologias que mistificam certas teorias a fim de mascará-las como inexoráveis. Talvez a principal delas, que atinge de perto os direitos sociais, é a concepção de que estes direitos custam em demorado ao Estado, o que implicaria uma efetivação progressiva e condicionada às reservas financeiras, enquanto os direitos civis e políticos, por demandarem abstenção do Estado, seriam plenamente executáveis.

Cass Sunstein e Stephen Holmes publicaram famosa obra – *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*⁴⁵ – que acabou por modificar completamente esta noção: a distinção entre direitos negativos – que demandam abstenção do Estado; e positivos – a demandarem uma prestação, não se sustenta. Todos os direitos implicam o gasto de recursos públicos. A destinação destes recursos se dá em função de uma escolha política – e por vezes ideológica. Em casos envolvendo a aplicação das normas de direitos fundamentais sociais, o intérprete não pode se desviar dos objetivos lançados no artigo 3º da Constituição, como a redução das desigualdades em uma sociedade justa e solidária, nem descuidar dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro pela via de instrumentos internacionais e regionais, e que podem ser legitimamente cobrados por seus cidadãos.

Nesta esteira, não se nega a dimensão econômica que toca os direitos fundamentais sociais,⁴⁶ e que por certo influencia sua aplicação. Limites fáticos inerentes ao custo – como a reserva do possível – precisam ser considerados dentro da teoria dos limites aos limites dos direitos fundamentais. E mais além, como será demonstrado adiante, precisam ser considerados em uma perspectiva transformadora e conectada dialogicamente com os compromissos interamericanos.

Quase sempre que direitos sociais são invocados em face do Estado, surge o argumento da chamada “reserva do possível”, como uma escusa para a não implementação do direito fundamental social acionado em função da ausência de recursos financeiros, da falta de previsão orçamentária para o gasto.⁴⁷

Como se depreende das Considerações feitas pela Corte Constitucional Alemã no famoso caso que deu origem ao tema, não seria razoável exigir do Estado – especialmente no período pós-guerra, em que seus recursos eram manifestamente escassos – uma vaga para cada estudante no curso superior de medicina. A questão

⁴⁵ . HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

⁴⁶ . Em função da importância do caráter econômico dos direitos fundamentais como um todo, Flávio Galdino chega a afirmar que, “na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita.” GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Paulo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. p. 188. Tanto Flávio Galdino quanto Gustavo Amaral defendem que o elemento custo integra o próprio conceito do direito – do que se discorda, na medida em que se compreende a escassez de recursos como elemento extrínseco e restritivo das normas de direitos fundamentais sociais. Sobre o tema, SGARBOSSA, op. cit., p. 154-170; OLSEN, op. cit., p. 188 e ss.

⁴⁷ Para conhecer as origens da reserva do possível, verificar SGARBOSSA, op. cit., p. 75-76.

central foi a razoabilidade da pretensão à prestação social por parte do Estado: na medida em que este havia demonstrado ter realizado tudo que estava ao seu alcance, promovendo políticas públicas para a satisfação do direito, não se poderia dele exigir mais, a fim de atender pretensões individuais de cada cidadão, em detrimento de toda a coletividade.⁴⁸

A reserva do possível foi recepcionada pela doutrina e jurisprudência pátrias com uma conotação mais restrita: ela representa uma restrição aos direitos fundamentais na medida em que eles deixam de ser exigíveis diante da ausência de recursos financeiros e orçamentários do Estado para sua efetivação. Ana Paula de Barcellos chega a observar que “pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo”.⁴⁹

Ao significar uma limitação vinculada à existência de recursos financeiros e orçamentários para a realização dos direitos fundamentais sociais, a reserva do possível está associada à escassez ficta ou jurídica de bens, segundo a concepção de John Elster.⁵⁰ Trata-se da escassez relacionada à existência e fungibilidade dos bens necessários à satisfação do direito, mas que não estão dispostos a tanto em função de decisões políticas do Estado. No tocante aos direitos fundamentais sociais, significaria dizer que o Estado não pode fornecer determinado medicamento essencial à preservação da saúde de um cidadão, pois os recursos necessários foram alocados para outra finalidade. Não se trata de insuficiência de recursos pura e simples, mas de uma escolha política de alocação de recursos.

Em casos como este, a reserva do possível pode ser compreendida como “condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes”.⁵¹ Trata-se de uma restrição aos direitos fundamentais, e como toda restrição, deve se adequar aos ditames da proporcionalidade, na medida em que “os direitos a prestações estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade. Esta noção traz, em verdade, para dentro do conceito de reserva do possível, a dimensão de razoabilidade e proporcionalidade (...)”.⁵²

Esta dimensão foi apreciada pelo STF em 2004, quando do julgamento da ADPF 45/DF. Diante da dualidade presente entre a “razoabilidade da pretensão

⁴⁸ . OLSEN, op. cit., p. 250-252. No mesmo sentido, SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 301.

⁴⁹ . BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 236-237. Ainda, CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 247; BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público*. Porto Alegre, n. 53, maio.-set. 2004, p. 67.

⁵⁰ . Sobre o tema, leciona Sgarbossa: “John Elster, após definir escassez como a situação em que não há determinado bem em quantidade suficiente para satisfazer a todos, a classifica em natural, quase-natural e artificial, com variações de grau. Para Elster, a escassez natural severa consistiria na situação em que se revela impossível aumentar a oferta para suprir a demanda, como no caso de obras de arte raras. O autor preconiza constituir uma situação de escassez natural suave aquela em que nada possa ser feito para aumentar a oferta a ponto de atender à integralidade da demanda, como no caso do petróleo ou dos órgãos humanos para transplante. A escassez quase-natural é, para Elster, aquela situação em que a oferta pode virtualmente ser aumentada até o ponto da satisfação da demanda, através de condutas não coativas dos cidadãos, como, por exemplo, na doação de sangue. Por fim, cuida-se de escassez artificial, na classificação de John Elster, a situação em que o Poder Público pode, em assim decidindo, aumentar a oferta a ponto de suprir a demanda, tornando o bem acessível a todos, exemplificando o autor com a oferta de vagas no jardim de infância”. Op. cit., p. 138.

⁵¹ . OLSEN, op. cit., p. 244.

⁵² . OLSEN, op. cit., p. 246.

individual/social deduzida em face do Poder Público” e “a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas”, o relator Min. Celso de Mello aquilatou que o binômio deveria estar presente para que as prestações materiais fossem determinadas ao Estado.⁵³ Todavia, mais adiante, o STF foi mais assertivo:

“Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”⁵⁴ Essa posição tem sido mantida em julgados recentes do Tribunal, notadamente aqueles de relatoria do então ministro Celso de Mello.

Entretanto, em outubro de 2019, o STF parecia disposto a voltar a discutir o tema da reserva do possível, em acórdão que reconheceu repercussão geral no RE 1171152/SC para tratar “*possibilidade de o Poder Judiciário (i) estabelecer prazo para o Instituto Nacional do Seguro Social realizar perícia médica nos segurados da Previdência Social e (ii) determinar a implantação do benefício previdenciário postulado, caso o exame não ocorra no prazo.*”⁵⁵

Não houve oportunidade para o enfrentamento do mérito no julgamento do processo pois foi celebrado e homologado um acordo entre Ministério Público, entidades coletivas de representação dos segurados e o Estado de Santa Catarina para o fim de se regularizar a realização de perícias para a concessão de benefícios previdenciários.⁵⁶ É preciso reconhecer que o fato de a repercussão geral ter sido reconhecida foi um impulso para que o acordo fosse celebrado, buscando atender aos interesses jurídicos dos cidadãos dentro das possibilidades econômicas do estado federado.

Assim, além de estar aliada à escassez de recursos, a reserva do possível se relaciona com a dimensão daquilo que se pode razoavelmente exigir dos poderes públicos. Neste sentido, salienta Clèmerson Clève:

“É certo que há limites também no universo dos direitos originários. Ninguém pode pretender ir além daquilo que se encaixa como possível. Por isso não pode, por exemplo, o cidadão pretender, num país como o nosso, exigir, no caso de padecer de determinada patologia, tratamento no exterior, ou um tipo específico de tratamento apenas encontrável em distante rincão. Os originários são também direitos de satisfação

⁵³ . BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF, Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 29 abr. 2004, DJE 04 maio 2004. p. 13.

⁵⁴ ADPF 45/DF, cit.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1171152 Santa Catarina. Relator Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 03 out. 2019, DJE nº 220, divulgado em 09/10/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341424507&ext=.pdf>. Acesso em: 03 maio 2021, p. 18-19.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acordo no Recurso Extraordinário 1.171.152 Santa Catarina. Relator Min. Alexandre de Moraes. Julgamento 08 fev. 2021. DJE nº 27, divulgado em 11/02/2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345665337&ext=.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2021.

progressiva, dependendo do nível de riqueza da sociedade”.⁵⁷

É preciso ressaltar, todavia, que esta não é a única acepção da reserva do possível.⁵⁸ Existem situações, por exemplo, em que os bens jurídicos necessários à satisfação do direito simplesmente não existem – trata-se da escassez econômica ou real (ou natural, segundo Elster). Nestas condições, não se pode exigir do Estado prestações materiais inviáveis, impossíveis. A correspondência das normas jurídicas à realidade é condição para sua efetividade, como já se teve oportunidade de afirmar: “não se pode exigir o absurdo”.⁵⁹ Essa reserva material de possibilidade, entretanto, não é aquela que impulsiona ações perante a Jurisdição Constitucional, e sim a dimensão ligada ao custo dos direitos sociais.

A questão central é que o constitucionalismo transformador rechaça propostas de um constitucionalismo enfraquecido diante de manifestações legislativas ou administrativas, bem como considerações de caráter técnico-econômico.⁶⁰ Nessa linha tem caminhado o STF. De janeiro de 2018 em diante, pesquisa jurisprudencial realizada no sítio do Supremo Tribunal Federal a partir do uso do verbete “reserva do possível” permitiu identificar 21 acórdãos, 1 repercussão geral e 398 decisões monocráticas. Considerando-se apenas os acórdãos, que muitas vezes foram resultantes de agravos regimentais interpostos contra decisões monocráticas, percebeu-se que em todos os vinte e um, apenas um implicou uma análise contida da questão relativa ao custo, suspendendo uma tutela provisória deferida em ação coletiva contra o Espírito Santo para o fim de determinar a inclusão de medicamento na lista do SUS, diante da elevada controvérsia acerca de sua efetividade e seu elevado custo.⁶¹

Em sintonia com a proposta transformadora, a solução empregada pelo STF para afastar a reserva do possível passa pela doutrina dos limites aos limites aos direitos fundamentais, a qual se funda notadamente na aplicação do princípio da proporcionalidade, a aplicação do mínimo existencial e da vedação do retrocesso. Na dimensão do constitucionalismo transformador, estes elementos recebem uma roupagem reforçada pelos incrementos decorrentes de um diálogo judicial cooperativo.⁶²

⁵⁷ . CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 54, p. 35, jan.-mar. 2006.

⁵⁸ . Sgarbossa percebe com clareza diversas dimensões diversas da reserva do possível: “passou-se a compreender a reserva do possível ora como limitação fática aos direitos fundamentais, ou seja, como a limitação imposta ao exercício dos direitos sociais com base na escassez real ou econômica; ora como a limitação jurídica, vale dizer, como a limitação imposta ao exercício dos direitos sociais com base na escassez ficta, ou legal, ora como a limitação imposta ao exercício dos direitos sociais com base na ausência de razoabilidade ou proporcionalidade da pretensão, e, ainda, por vezes como todos estes aspectos, conjuntamente, ou alguns deles, combinadamente” (op. cit., p. 137). Estefânia Maria de Queiroz Barbosa verifica na reserva do possível um óbice de cunho democrático: “O princípio da “reserva do possível” funciona também como um óbice à legitimação do Judiciário na realização dos direitos fundamentais sociais, negando, alguns autores, “de maneira categórica a competência dos juízes (‘não legitimados pelo voto’) a dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários” (op. cit., p. 185).

⁵⁹ . OLSEN, op. cit., p. 235.

⁶⁰ ROA ROA, Jorge Ernesto. Ob. Cit., p. 4.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão da Tutela Coletiva 101 Espírito Santo. Relator Min. Dias Toffoli. Julgamento: 03/10/2019. DJE 13/12/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341967001&ext=.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2021.

⁶² Este diálogo judicial assume características especiais no sistema interamericano de direitos humanos em função dos compromissos assumidos pelos Estados que aderem ao sistema – como o Brasil – de honrar as normas convencionais em seu território, e considerar os precedentes lavrados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nessa seara, o diálogo judicial cooperativo “corresponde à troca vertical de argumentos e razões de decidir entre os tribunais superiores nacionais e a Corte IDH orientada pelo compromisso por eles assumido com um projeto comum focado tanto na construção harmonizada e plural dos sentidos dos direitos humanos, como na sua efetivação nos planos internos, em

6. APLICAÇÃO DA TEORIA DAS RESTRIÇÕES ÀS RESTRIÇÕES EM CONTEXTO DIALÓGICO

Na medida em que a Jurisdição Constitucional tem o dever de promover a efetividade dos direitos fundamentais sociais em diálogo com o corpo jurídico interamericano, é preciso reconhecer que esta atuação deve se munir das garantias essenciais a um Estado de Direito. Em primeiro lugar, a racionalidade das decisões judiciais é um dos marcos que garante segurança jurídica, transparência e legitimidade a este processo, pois através de uma fundamentação racional os julgadores justificam suas razões de decidir, as quais devem se distanciar de suas preferências pessoais.⁶³ Nesta ordem, verifica-se a justificação das decisões a partir de uma legitimidade *argumentativa* quando “a atividade jurisdicional estiver sintonizada com aquilo que uma comunidade considere relevante ser decidido pelo Judiciário em um dado momento histórico”, como observa Ana Lucia Pretto Pereira.⁶⁴

A fim de balizar esta justificação argumentativa, surge a teoria das restrições às restrições de direitos fundamentais, oriunda da doutrina constitucionalista alemã, a qual procurou elaborar um arcabouço teórico capaz de estabelecer limites ou restrições às restrições de direitos fundamentais (*Schranken der Schranken*). Esta teoria conta com elementos de grande valia para o controle das restrições aos direitos fundamentais, como a própria reserva do possível nos casos de escassez artificial de recursos: a proporcionalidade no viés da proibição da proteção insuficiente, a vedação do retrocesso e o mínimo existencial.⁶⁵

Em um ambiente de constitucionalismo transformador, eles serão analisados em conjunto com as contribuições correlatas desenvolvidas pelo sistema interamericano, na medida em que o diálogo entre a corte constitucional e o sistema contribui para a legitimidade da centralidade jurisdicional.

6.1 Proporcionalidade como proibição da proteção insuficiente

O princípio da proporcionalidade corresponde ao parâmetro de idoneidade constitucional de toda e qualquer restrição a direito fundamental, entre as quais figura a reserva do possível. Nascido com a pretensão de conter o abuso de poder – princípio da proibição do excesso (*Übermaß Verbot*), assume, no caso dos direitos fundamentais sociais a prestações outra faceta: a proibição da proteção insuficiente ou deficiente (*Untermaß Verbot*).

Não obstante, depreende-se das produções doutrinárias mais recentes, que mesmo no sentido da proibição do excesso a proporcionalidade se aplica aos direitos fundamentais sociais – já que eles também assumem a qualidade de direitos de defesa, a exigirem do Estado, por exemplo, que não turvem ou não anulem a proteção já existente.⁶⁶ Nesta ordem:

prol da valorização da pessoa humana”. OLSEN, Ana Carolina Lopes. Pluralismo no *Ius Constitutionale Commune Latino-Americano*: Diálogos Judiciais sobre Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 166-167.

⁶³ . PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (org.) *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 32.

⁶⁴ . PEREIRA, Ana Lucia Pretto. Ob. Cit., p. 33.

⁶⁵ . CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 451-452.

⁶⁶ . Sgarbossa observa que também é aplicável aos direitos fundamentais sociais a proporcionalidade como proibição do excesso, na medida em que toda restrição a estes direitos deverá ser adequada, necessária e proporcional. Op. cit., p. 182.

“A configuração das restrições aportadas pelas leis orçamentárias e de austeridade fiscal, bem como por quaisquer atos da Administração Pública alocativos de recursos devem ser submetidos à análise em face do princípio da proibição de excesso, com vistas a se aferir se a afetação negativa por eles produzida em direitos fundamentais sociais prestacionais atende aos requisitos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito”.⁶⁷

É certo, contudo, que a avaliação a respeito da adequação, da necessidade e mesmo da proporcionalidade estrita de uma restrição ao direito fundamental social – como a alocação de recursos financeiros para fins outros que não a realização do direito social – somente é possível se houver máxima transparência na atuação dos Poderes Públicos, o que é exigência do princípio da publicidade. Diante de um caso concreto, cabe ao administrador público demonstrar de forma inequívoca que os recursos necessários para suprir seus compromissos com dados direitos fundamentais sociais necessitaram, de forma premente e inafastável, ser alocados para a proteção de outro bem jurídico constitucional.

Cabe ao magistrado demandar dos poderes públicos informações concretas e pormenorizadas sobre a alocação de recursos quando estes aleguem a reserva do possível como motivo para a ausência de condições financeiras necessárias à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Não há discricionariedade administrativa em face de obrigações constitucionais, senão apenas no tocante à forma de seu cumprimento.

Na qualidade de proibição da proteção insuficiente ou deficiente (*Üntermaß Verbot*), a proporcionalidade significa que as ações desempenhadas pelo Estado a fim de satisfazer pretensões de direitos fundamentais sociais devem ser suficientes e eficazes. Neste sentido, ensina o mestre Canotilho:

“Existe um *defeito de protecção* quando as entidades sobre quem recai um *dever de protecção (Schutzpflicht)* adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. (...) O Estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma protecção adequada e eficaz dos direitos fundamentais” (grifos do autor).⁶⁸

Esta dimensão extrai-se da própria natureza principiológica de diversos direitos sociais:⁶⁹ se o direito determina que uma prestação seja realizada na maior medida possível, está imediatamente vedada a prestação deficiente ou insuficiente, que não realiza ao menos o núcleo essencial do direito.⁷⁰

O próprio STF já teve oportunidade de qualificar como inconstitucional por omissão a ausência de prestação suficiente por parte do Estado:

⁶⁷ . SGARBOSSA. Op. cit., p. 184-185. Explica o autor: “Assim, na análise de um caso concreto em que se objete, em face de uma demanda por direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, a reserva do possível em sua vertente jurídica, com base na lei orçamentária ou na lei de responsabilidade fiscal, por exemplo, tais diplomas normativos, em se revelando potencialmente restritivos de direitos fundamentais, devem passar pelo crivo da proporcionalidade, com vistas à constatação de eventual excesso. (...)Assim, há de se inquirir, no caso concreto – tarefa esta, ressalte-se, que não é de consecução simples, o que aqui se reconhece – quais as finalidades perseguidas pelo Poder Público com a alocação dos recursos, na forma como feita, para se aferir com vistas à promoção de quais bens ou interesses foram restringidos direitos fundamentais sociais que poderiam ter sido concretizados com os mesmos recursos (adequação)”. Idem, p. 184-185.

⁶⁸ . CANOTILHO, op. cit., p. 273.

⁶⁹ . Ensinam Martin Borowski e Hartmut Maurer: “A melhor realização possível do objeto da otimização dos princípios jusfundamentais-prestacionais é um objetivo prescrito pela constituição”, apud OLSEN, op. cit., p. 302.

⁷⁰ . Em verdade, este núcleo só poderá ser aferido em um caso concreto, na medida em que não há direitos absolutos.

“Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem de torná--los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo--se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘non facere’ ou *non prestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, *quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.*”⁷¹ (grifo nosso).

Nesta dimensão, segundo Paulo Gilberto Cogo Leivas, uma prestação estatal deverá ser adequada, no sentido de mostrar--se apta a realizar a finalidade pretendida pela norma jusfundamental. Deverá ainda ser necessária, ou seja, a que menos restringe excessivamente outros direitos colidentes; e estritamente proporcional, o que se depreende da regra de ponderação entre o princípio prestacional que se pretende efetivar, e outros bens jurídicos que sejam afetados por esta efetivação:⁷² “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”.⁷³

Um olhar para o sistema interamericano permite identificar que a proporcionalidade corresponde a um elemento central na admissão de restrições aos direitos humanos, como se depreende dos artigos 30 e 32.2 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: só se admitirá a restrição necessária ao respeito ao direito das demais pessoas, às exigências justas do bem comum em uma sociedade democrática, à moral ou à saúde públicas.⁷⁴ Ainda que a Convenção só preveja a realização dos direitos sociais no artigo 26, é inegável que a restrição aos direitos sociais também se encaixa nas determinações gerais mencionadas, desde que lidas na qualidade da vedação à proteção insuficiente.

Nesta seara, a expressão “na medida dos recursos disponíveis” presente no artigo 26 da Convenção está longe de ser um salvo conduto orçamentário, mas deve ser lida à luz da obrigação inescusável da primeira parte do texto convencional, que demanda do estado o compromisso com providências inclusive de caráter econômico para garantir progressivamente a plena eficácia dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais.

Em análise pormenorizada da aplicação da proporcionalidade como proibição da insuficiência no sistema interamericano, Laura Clérico observa que a violação do direito social pelo Estado se verifica quando a proteção concreta resultante da sua omissão ou atuação ineficiente não é suficiente: “*el Estado podría hacer más para garantizar el derecho a una prestación positiva, dado que el derecho colisionante no es interferido injustificadamente, pero no se hizo algo suficiente*”.⁷⁵ Em um exame de proporcionalidade tripartite como o já proposto (idoneidade da medida, medida alternativa como a mais protetiva ou melhor meio, e proporcionalidade em sentido estrito), a omissão ou insuficiência da conduta estatal revela as falhas estruturais a

⁷¹ . RE 482.611 Santa Catarina, rel. Min. Celso de Melo, RTJ 185/794-796.

⁷² . Em princípio, esta foi a linha adotada na obra *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*, p. 302-303.

⁷³ . ALEXY, op. cit., p. 161.

⁷⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San Jose, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 4 maio 2021.

⁷⁵ CLÉRICO, Laura. Derechos y proporcionalidade: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38165.pdf>. Acesso em: 03 maio 2021, p. 66.

serem combatidas pela via da jurisdição constitucional, e na sua falha, mediante responsabilização do estado no plano regional interamericano.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Chile por prestação insuficiente de medidas destinadas a proteção da saúde no caso Poblete Vilches, julgado em 2018:

*“En el caso concreto, la Corte considera que el Estado de Chile no garantizó que los servicios de salud brindados al señor Poblete Vilches cumplieran con los estándares referidos, por lo que incumplió en el otorgamiento de medidas básicas, es decir de sus obligaciones de carácter inmediato relacionadas con el derecho a la salud en situaciones de urgencia. [...]. Las negligencias asumidas en el segundo ingreso, particularmente, al negarle un respirador, así como la posibilidad de ingresar a la unidad de cuidados requerida y no ser trasladado a otro centro que pudiera brindarle tales medidas, en parte por su condición de adulto mayor, redujo de manera considerable las posibilidades de recuperación y sobrevivencia del paciente, por lo que su fallecimiento resulta imputable al Estado.[...]”.*⁷⁶

Houve no caso omissão do Estado chileno no lugar de agir – receber a vítima em uma unidade de saúde e dedicar-lhe o tratamento adequado, ao qual não foi oposta nenhuma justificativa como a existência de outro bem jurídico cuja proteção premente autorizaria, pela relevância, o sacrifício do direito da vítima. Vale lembrar que o vetor material desta relevância, no caso do constitucionalismo transformador é fornecido pela própria constituição bem como pelo *Ius Constitutionale Commune*: o combate à desigualdade e à exclusão social.

Vale observar que a proporcionalidade como proibição de insuficiência também foi a pauta das Resoluções adotadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos destinadas a orientar a atuação dos Estados durante a Pandemia de Covid-19. Extrai-se, por exemplo, do parágrafo 8 a obrigação de fornecer serviços de saúde, em estabelecimentos públicos ou privados sem qualquer discriminação, e dando prioridade aos grupos mais vulneráveis. Ainda, “A escassez de recursos não justifica atos de discriminação diretos, indiretos, múltiplos ou interseccionais”. Mais além, no parágrafo 9, a resolução aponta para o fornecimento de “medicamentos e tecnologias sanitárias *necessários* para enfrentar o contexto de pandemia” e o parágrafo 10 determina “a disponibilidade e provisão oportuna de *quantidades suficientes* de material de biossegurança, insumos e suplementos médicos essenciais de uso do pessoal de saúde”. Finalmente, o parágrafo 14 expressa autêntica preocupação com a proporcionalidade no caso de eventual necessidade de restrições aos direitos econômicos, sociais e culturais, salientando que “tais medidas estejam plena e estritamente justificadas, sejam necessárias e proporcionais, levando em conta todos os direitos em jogo e a correta utilização dos máximos recursos disponíveis.”⁷⁷

Nessa seara, o sistema interamericano fornece parâmetros valiosos à jurisdição constitucional para enfrentar a análise de constitucionalidade e convencionalidade de restrições a direitos como o acesso à educação, a flexibilização dos compromissos trabalhistas, a redução do acesso aos serviços de saúde não essenciais.

⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C-349. Parágrafo 175.

⁷⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução n. 1/2020. Pandemia e Direitos Humanos nas Américas. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 03 maio 2021.

Portanto, a proporcionalidade é instrumento essencial na avaliação do cumprimento das obrigações relativas aos direitos sociais pelo Estado Brasileiro. As lições deixadas pela jurisprudência do STF bem como pelas decisões e orientações do sistema interamericano conformam um corpo jurídico que pauta a proteção desses direitos.

6.2 Vedação do retrocesso

O princípio da vedação ou proibição do retrocesso (*Rückscrittsverbot*) representa uma decorrência do Estado Democrático de Direito, no qual a tarefa de concretizar direitos humanos prestacionais ganhou especial relevância, como uma reserva de legitimidade dos ordenamentos jurídicos em face da exigência da dignidade da pessoa humana. Segundo este princípio, ações desempenhadas pelos Poderes Públicos na efetivação dos direitos sociais a prestações, sejam de cunho legislativo, sejam políticas públicas, não poderão ser reduzidas ou suprimidas sem que outras, de igual ou maior alcance tomem seu lugar.⁷⁸ Trata-se da posição defendida por Canotilho:

“O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei de segurança social”, “lei de subsídio ao desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial”⁷⁹ (grifos do autor).

Em Portugal, a vedação do retrocesso tornou-se célebre no julgamento da AC 39/84, relatada por Vital Moreira, em que se ressaltou a possibilidade de responsabilizar o Estado quando ele “desfaz o que já havia sido realizado [...], e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental”. A realização de medidas destinadas ao cumprimento das obrigações constitucionais passam a gozar de proteção direta da Constituição, impedindo que o Estado descumpra o que já cumpriu. Assim, “as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados”. Surge, nessa seara, uma obrigação negativa no sentido de se exigir que o Estado não atente contra as medidas de realização dos direitos já implementadas.⁸⁰ (grifo nosso). Na mesma linha segue a doutrina de Cristina Queiroz, para quem a vedação do retrocesso implica a “irreversibilidade” dos direitos fundamentais sociais, correspondendo a um “guarda de flanco” destes direitos como um todo, a fim de blindar o grau de concretização já obtido.⁸¹

No plano regional, a vedação do retrocesso surge como correlatada da obrigação de realização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, presente no artigo 26 interpretado em consonância com o artigo 1.1 da Convenção Americana. Esta interpretação foi realizada pela Corte Interamericana originalmente no caso Acevedo

⁷⁸ . Nesse sentido, SGARBOSSA, op. cit., p. 198.

⁷⁹ . CANOTILHO, op. cit., p. 339-340.

⁸⁰ . Apud STF, ARE 639.337AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJe 177, divulgação em 14.09.2011, publ. 15.09.2011, p. 40-41.

⁸¹ . QUEIROZ, Cristina. Apud CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. COSTA, Eliane Romeiro. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Atual Marco Jurídico-Constitucional Brasileiro*. DPU N. 34 – jul.-ago. 2010. p. 32. Na doutrina pátria, Felibe Derbli defende o caráter prospectivo do princípio: “E, além disso, consigna que o princípio em tela não se traduz em mera manutenção do status quo, antes significando também a obrigação de avanço social”. Apud CARVALHO; COSTA, op. cit., p. 36.

Buendía y otros vs. Peru, como relata o Ferrer Mac-Gregor, no sentido de que a progressividade da realização dos direitos implica uma vedação para o Estado de adotar medidas que os restrinjam.⁸² Com atenção à efetivação do direito à saúde, nos termos da sentença proferida no caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala (tutela de pessoas que vivem com HIV), a Corte reconheceu uma série de medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado que passam a integrar o patrimônio jurídico daqueles cidadãos. Como assinala Ferrer Mac-Gregor, fica aberta a porta para a Comissão Interamericana, em seu papel de monitoramento do cumprimento das obrigações convencionais, e mesmo entidades representantes das vítimas, denunciar medidas regressivas adotadas pelo Estado.⁸³

Decisões interamericanas como essa implicam para a jurisdição constitucional brasileira o dever de consideração acerca de seus argumentos quando diante de casos análogos. Trata-se da eficácia *res judicata* da jurisprudência interamericana que decorre dos compromissos assumidos pelo Brasil quando do reconhecimento da jurisdição interamericana em 1998.⁸⁴

Mais além, o próprio sistema interamericano conta com mecanismos de monitoramento das obrigações assumidas pelos Estados, como os “*Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados em el Protocolo de San Salvador*”, aprovados pela Assembleia da Organização dos Estados Americanos em 2012. Medidores como esses fundamentam a apreciação da Corte em casos de violação que lhe são denunciados, como ocorreu no caso Poblete Vilches vs. Chile, especificamente para determinar a proibição de regresso dos patamares de realização dos direitos.⁸⁵

Em 2017, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos através de sua Relatoria Temática para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais lançou um Informe sobre Direitos Humanos e Pobreza. Dentre suas recomendações, sobressai a obrigação de progressividade e proibição do retrocesso:

*“Está vedado al Estado adoptar políticas, medidas y sancionar normas jurídicas que, sin una justificación adecuada y convincente, empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de la población. El Estado tiene el deber de rendir cuentas sobre cómo se han movilizado, hasta el máximo, los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de esos derechos.”*⁸⁶

Verifica-se claramente do Informe que a vedação ao retrocesso dirige-se a todos os agentes públicos, sejam do Legislativo, Executivo ou Judiciário. No exercício de suas funções, devem zelar pelas conquistas já atingidas sendo-lhes vedado – sob pena de gerar eventual responsabilização internacional do Brasil – adotar medidas que impliquem retrocesso na realização desses direitos.

No Brasil, a vedação do retrocesso decorre do próprio sistema constitucional, como observa Ingo Wolfgang Sarlet. O autor aponta como seus fundamentos: (i) o princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança

⁸² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. La Exigibilidad Directa del Derecho a la Salud y la Obligación de Progresividad y no Regresividad (a propósito del caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala). In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flavia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 345.

⁸³ FERRER MAC-GREGOR, Ob. Cit., p. 346.

⁸⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Ob. Cit., 2021, p. 287 e ss.

⁸⁵ FERRER MAC-GREGOR, Ob. Cit., p. 347.

⁸⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos em las Américas. 7 de septiembre de 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>. Acesso em 3 maio de 2021, p. 189.

jurídica abarcando em seu conteúdo a proteção da confiança; (ii) o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual determina a realização de uma existência digna para todos; (iii) o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, inscrito no art. 5.º, § 1.º, CF; (iv) as vedações a retroatividade previstas na Constituição, como o ato jurídico perfeito e o direito adquirido; (v) o princípio da proteção da confiança, segundo o qual deve se preservar a boa-fé dos cidadãos que confiam na estrutura social e jurídica disponibilizada pelo Estado para a realização de seus direitos; (vi) a autovinculação dos órgãos estatais aos atos praticados na realização dos direitos fundamentais; (vii) a força normativa vinculante da Constituição, que proíbe legisladores e administradores de agirem em desconformidade com suas prescrições.⁸⁷

Nesta seara, a vedação do retrocesso se reveste de todos os arcaouços jurídicos necessários a se apresentar como um elemento de contenção dos limites aos direitos sociais – especialmente os prestacionais, ou mesmo de sua violação mediante intenções reformistas do Estado. Na medida em que toda norma constitucional corresponde a um comando, o legislador nada mais faz que observá-lo quando cria normas que densificam e concretizam direitos fundamentais sociais. Revogar estas normas, ou retirá-lhes o sentido é, portanto, desrespeitar a própria constituição, negligenciando suas ordens.

Dirigindo-se nesta mesma via, Luís Roberto Barroso atribui à vedação do retrocesso a função de conter as modificações legislativas, de modo a impedir que o legislador subtraia mecanismos jurídicos existentes e essenciais à fruição dos direitos fundamentais⁸⁸ – o que assume especial relevância no caso dos direitos fundamentais sociais, sempre lembrados quando a política determina a contenção de gastos pelo Estado. A jurisdição constitucional, nesta medida, sempre que chamada a realizar o controle de constitucionalidade dessas leis, seja na via concreta ou abstrata, deve determinar a nulidade de todo diploma legislativo que implique um retrocesso na realização dos direitos sociais, ou ainda promover sua interpretação conforme a constituição.

Nessa seara, a jurisdição constitucional brasileira só tem a ganhar com um diálogo cooperativo com o sistema interamericano a fim de tornar efetivos os direitos sociais e mesmo fazer frente a mecanismos que reduzam patamares já conquistados na sua implementação. Como observam Fachin e Schinemann,

“O intento dessa convivência complementar entre os sistemas de direitos humanos é expandir e engrandecer a proteção desses direitos, a partir de uma lógica plural, complexa, impura e miscigenada. Não há, assim, uma noção pronta e abstrata de direitos e de seus instrumentos de proteção, mas sim um processo dialógico que se constrói em prol das vítimas, em circunstâncias de espaço tempo determinadas”.⁸⁹

Nesse aspecto, o diálogo judicial com a Corte Interamericana pode contribuir em um discurso transformador do STF não só voltado para o desbloqueio de mecanismos obstrutivos da realização dos direitos sociais, mas também destinado a conservar ganhos sociais, em uma função conservadora que impede o retrocesso.⁹⁰

⁸⁷ . SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 427-428.

⁸⁸ . BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 379.

⁸⁹ FACHIN, M. G.; SCHINEMANN, C. C. B., ob. cit., p. 568.

⁹⁰ ROA ROA, J. E., Ob. Cit, p. 10-11.

6.3 *Mínimo existencial*

O mínimo existencial tem um importante papel a cumprir na sua interação com os direitos fundamentais sociais na medida em que corresponde a um patamar de exigibilidade desses direitos, estando relacionado ao conteúdo relevante para a concretização da dignidade humana.

Segundo Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial corresponde a “um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo”.⁹¹ É preciso lembrar que em uma sociedade marcada pela desigualdade como a brasileira, grande parcela da população não tem acesso aos meios básicos para sua sobrevivência, como alimentação, moradia, vestimenta, educação. É neste cenário que o Estado assume sua especial relevância como responsável pela garantia da igualdade enquanto distribuição e reconhecimento, tal como preconizado por Nancy Fraser.⁹² Satisfazer as necessidades básicas permite, inclusive, que os cidadãos participem efetivamente da comunidade, tornando possível uma existência verdadeiramente democrática..⁹³

Neste sentido, salienta Clèmerson Merlin Clève:

“O conceito de mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do Poder Público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino”.⁹⁴

Neste sentido o mínimo existencial representa um pressuposto para o exercício da liberdade fática: sem a garantia de determinadas condições de vida, uma pessoa não pode ser verdadeiramente livre.⁹⁵ Ainda, significa dizer que não pode o legislador, nem o administrador público, deixar de adotar medidas legislativas ou políticas públicas necessárias à implementação deste mínimo existencial.

Não se pode defender, contudo, que na medida em que o mínimo existencial não esteja em questão, estejam dispensados os Poderes Legislativo e Executivo de cumprir os mandamentos constitucionais. Não se trata disso. É preciso reconhecer que a

⁹¹ . BARCELLOS, *O mínimo existencial*, p. 23-31. Antonio Carlos Wolkmer é um dos autores que associa o mínimo existencial à teoria das necessidades humanas, ao afirmar que “Os direitos objetivados pelos sujeitos coletivos expressam a intermediação entre necessidades, conflitos e demandas”, e mais adiante: “trata-se de direitos relacionados às ‘necessidades sem as quais não é possível ‘viver como gente’” (WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos políticos, cidadania e a teoria das necessidades. *Revista de Informação Legislativa*, a. 31, p. 276, maio-jul. 1994).

⁹² FRASER, Nancy. From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a ‘Post-Socialist’ Age. *New Left Review*, p. 68-149, 1995. Disponível em: <<http://bibliopreta.com.br/wp-content/uploads/2018/01/Fraser-Redistribution-Recognition-Dilema-1.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2021

⁹³ . Antonio Carlos Wolkmer é um dos autores que associa o mínimo existencial à teoria das necessidades humanas, ao afirmar que “Os direitos objetivados pelos sujeitos coletivos expressam a intermediação entre necessidades, conflitos e demandas”, e mais adiante: “trata-se de direitos relacionados às ‘necessidades sem as quais não é possível ‘viver como gente’” (WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos políticos, cidadania e a teoria das necessidades. *Revista de Informação Legislativa*. a 31, mai.-jul. 1994. p. 276. BARCELLOS. Op. cit., p. 38).

⁹⁴ . CLÈVE, *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*, p. 37.

⁹⁵ . Pensando no mesmo conteúdo, mas utilizando a expressão “mínimo social”, Krell: “O referido ‘padrão mínimo social’ para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia; o conteúdo concreto desse mínimo o, no entanto, variará de país para país”. KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 63.

dimensão de fundamentalidade dos direitos sociais prestacionais não se esgota no mínimo necessário à sobrevivência mas se encontra pautada pelo princípio da progressividade, enquanto vetor hermenêutico a ser observado em toda a aplicação destes direitos aos casos concretos, como já observado.

Recentemente, a noção de mínimo existencial como um núcleo irreduzível⁹⁶ dos direitos fundamentais sociais muito tem contribuído em sua implementação pela jurisdição constitucional: o confronto entre direitos sociais e reserva do possível costuma se resolver em prol da realização dos primeiros, sempre que identificável a necessidade de resguardar o mínimo existencial. Os tribunais têm entendido que, em um Estado Democrático de Direito, não há escassez artificial de recursos que possa ser alegada para negar o necessário à sobrevivência com dignidade de um cidadão.⁹⁷

As dificuldades econômicas vivenciadas por um Estado não o exoneram da realização dos direitos sociais prestacionais,⁹⁸ mas, ao contrário, impulsionam um maior esforço dos poderes públicos, como observou Facury Scaff: *“quanto mais desigual economicamente for a sociedade, maior a necessidade de assegurar os direitos fundamentais sociais àqueles que não conseguem exercer suas capacidades (ou liberdades reais) a fim de lhes assegurar o direito de exercer suas liberdades jurídicas.”*⁹⁹ (grifos do autor).

O STF já se posicionou no sentido de que a reserva do possível não é oponible quando se encontra em risco a satisfação do mínimo existencial, afetando o próprio núcleo da dignidade humana. Nessa seara encontram-se os direitos fundamentais básicos como educação, saúde, proteção da criança e do adolescente, moradia, alimentação e segurança.¹⁰⁰ O mínimo existencial vem como correspondente da ideia de dignidade humana servindo à implementação dos direitos sociais, argumentação mais desenvolvido ainda na jurisprudência pátria que no sistema interamericano, pois este só passou a judicializar efetivamente os direitos econômicos e sociais a partir do precedente lançado no caso Lagos del Campo vs. Peru.¹⁰¹

Deste modo, pode--se inferir que a aplicação da reserva do possível enquanto restrição fática precisa ser dosada pela obrigação constitucional do Estado Brasileiro garantir o mínimo existencial, e mais além, de promover a inclusão social e redução das desigualdades. Como salientou Facury Scaff:

⁹⁶ . Já tivemos oportunidade de afirmar que “nem sempre um direito fundamental social terá no seu núcleo um conteúdo equivalente ao mínimo existencial. (...) é preciso deixar claro que se trata de duas características distintas (...) mas que podem ter características e aplicação semelhantes”. OLSEN, op. cit., p. 366.

⁹⁷ . É o que argumenta Clève, “(...) a reserva do possível não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao mínimo existencial, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial”. CLÈVE, op. cit., p. 28.

⁹⁸ . Como bem observa Oziel Francisco de Souza, “Ademais, em um Estado em que o mínimo existencial antolha-se irrealizável, há de se questionar o que efetivamente pode ser realizado, já que o aludido direito social representa o parâmetro menor das prestações estatais. Um Estado completamente incapaz de prestar o mínimo existencial há de ser capaz de prestar o quê?” SOUZA, Oziel Francisco. *A efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário: uma breve análise*. São Paulo: All Print, 2008. p. 53.

⁹⁹ . SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Verba Juris*, a. 4, n. 4, jan. --dez. 2005. Disponível em: <
https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj45OzDjLDwAhW8HLkGHb8EARQQFnoECAAQAA&url=http%3A%2F%2F201.62.80.75%2Findex.php%2Frevistaargumentum%2Farticle%2Fdownload%2F731%2F383&usg=AOvVaw1nt-YfQGGGo_W6kZFWgche>, Acesso em: 3 maio 2021, p. 88-89.

¹⁰⁰ . Nesse sentido, considerando julgados a partir de janeiro de 2018, verificar ARE 745745 Agr; RE 581352 Agr; RE 638337 Agr; HC 172136; ARE 727864 Agr; STA 223 Agr; RE 763667 Agr; ADI 6129 MC; ARE 1227381 Agr-segundo; ADPF 347 MC; RE 410715 Agr; RE 581488; RE 580252; AI 598212 ED; ADI 3768; RE 587970; RE 567985.

¹⁰¹ . CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C-340.

“A teoria da Reserva do Possível somente poderá ser invocada se houver comprovação de que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados, e de modo progressivo a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível”¹⁰² (grifo do autor).

É certo que esta fórmula acaba deixando em aberto a delimitação material deste mínimo. Não poderia ser diferente: o mínimo existencial para cada cidadão é uma cláusula aberta que precisará ser preenchida a cada caso concreto, diante de cada violação de direito fundamental social. De qualquer forma, é possível identificar alguns elementos--chave para a aferição do mínimo: ninguém poderá ser privado de sua vida, nem da possibilidade de exercer sua liberdade e participar da vida em comunidade. Em virtude da indivisibilidade dos direitos fundamentais, direitos de cunho social (como saúde, previdência, assistência e educação) se aglutinam às liberdades civis a fim de preencher este conteúdo.

A ideia de mínimo existencial também já foi alvo de consideração pelo sistema interamericano quando da análise do alcance do direito à propriedade. Em voto apartado, o então magistrado brasileiro Roberto Caldas defendeu que cabe à Corte “defesa do direito à propriedade sempre que restrições a este direito ameacem necessidades básicas indispensáveis à manutenção da existência digna.” Observando que o conteúdo jurídico da noção de mínimo existencial deve ser definido por cada Estado integrante do sistema, desde que observados os direitos humanos em seu conteúdo essencial, o voto deixa aberta a porta para o diálogo com as jurisdições nacionais, mantendo-se a subsidiariedade cooperativa do sistema.¹⁰³

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fruto de intensas conquistas sociais, a normatização dos direitos fundamentais sociais é uma realidade constitucional brasileira, e sobretudo, interamericana. Nesta seara, o viés transformador com que pode ser lida a Constituição Federal, comanda mudanças estruturais para combater a desigualdade social, e para tanto a efetivação dos direitos sociais é um pilar essencial. Essa efetivação se dá não só por meio de políticas públicas e leis determinadas pelo Estado, mas, sobretudo em casos de omissão ou atuação insuficiente, pela judicialização.

Nesse processo, muitas vezes ainda resiste uma tensão latente com os reflexos econômicos das determinações judiciais, veiculada pela ideia de reserva do possível enquanto condição da realidade que diminui o alcance das normas de direitos sociais. Mesmo que a pandemia tenha exacerbado esta tensão, ela já estava presente no início

¹⁰². SCAFF, op. cit., p. 99.

¹⁰³ Vale reproduzir a conclusão do voto: “Concluo, portanto, que a intenção do presente voto não é propor a criação de um rol taxativo de bens inatingíveis; a definição deve sempre dialogar com a realidade socioeconômica e com a visão nacional do que representa o interesse geral, trazido no conjunto normativo democraticamente produzido. Visa, isto sim, estabelecer o princípio de que não são todas as propriedades que merecem proteção pelo sistema interamericano, pois certamente exclui propriedades supérfluas, suntuárias, luxuosas, vale dizer, que vão além das necessidades elementares das pessoas, aquelas garantidoras do mínimo existencial e da vida digna.” CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 22, de 26 de fevereiro de 2016. Titularidade de direitos de pessoas jurídicas no sistema interamericano de direitos humanos (interpretação e alcance do artigo 1.2, em relação aos artigos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 e 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim como do artigo 8.1.A e B do Protocolo de San Salvador). Serie A-22.

dos anos 2000, o que permitiu a evolução da jurisprudência brasileira no enfrentamento do tema. Todavia, os novos desafios impostos à realização dos direitos sociais, cumulados a uma persistente desigualdade que evidencia a presença de barreiras estruturais à implementação do projeto constitucional, sugerem novas abordagens e novos enfoques.

O constitucionalismo transformador é uma doutrina que aposta na centralidade das cortes constitucionais como agentes catalizadores de propostas dialógicas para vencer barreiras como a invocação da reserva do possível. Ainda que a economia – a questão da existência de recursos; e a política – a escolha sobre sua disponibilização; influenciem sobremaneira a produção de efeitos dos direitos sociais, não se pode perder de vista a dimensão jurídica segundo a qual o direito é “dever ser”, comanda a vida social – podendo inclusive comandar economia e política.

A judicialização se apresenta como um processo que visa desbloquear freios institucionais. Para tanto, salvaguardas são necessárias, como a exigência de uma fundamentação racional forte, e especialmente o diálogo. Nesse capítulo, foi explorada a vertente do diálogo com o sistema interamericano. Ele não prescinde, contudo, do necessário diálogo com a sociedade civil e outras instituições, o que pode ser viabilizado pelo uso de tutelas coletivas para a realização dos direitos sociais¹⁰⁴, bem como por uma gestão processual como a dos litígios estruturais, em que os envolvidos participam da construção das soluções necessárias à efetivação dos direitos. Esta prática tem sido adotada pelo STF em alguns casos, como a ADPF 709. Por vezes se realiza de forma menos intencional, como se verificou na Repercussão Geral reconhecida pelo STF em Recurso Extraordinário, o que acabou por desencadear um acordo entre as partes para a adoção de um cronograma de perícias previdenciárias. Uma análise dessa vertente dialógica exigiria novo estudo, mas é possível atestar a abertura da jurisdição constitucional para essa dimensão.

O que este capítulo logrou demonstrar é que ao lado de concepções que já vinham sendo desenvolvidas pela doutrina e absorvidas pela jurisprudência brasileira, como a proporcionalidade enquanto proibição de insuficiência, vedação do retrocesso e mínimo existencial, existem contribuições valiosas do sistema interamericano. O constitucionalismo brasileiro não pode mais estar fechado para as experiências domésticas pois está inserido em um ambiente regional, um *Ius Constitutionale Commune* latino-americano. A pandemia – novamente ela – tem tocado a todos e as orientações do sistema, no tocante à proporcionalidade como proibição de insuficiência e a vedação do retrocesso somam-se aos ganhos argumentativos que vem se desenvolvendo no país.

Ainda que o administrador e o legislador tenham resguardados certo espaço de discricionariedade na administração dos recursos públicos, a efetivação dos direitos humanos fundamentais é prioridade inafastável, o que autoriza a jurisdição constitucional a comandar o atendimento de direitos fundamentais sociais. Como observou o Min. Celso de Mello:

“Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem

¹⁰⁴ FACHIN, M. G.; SCHINEMANN, C. C. B. ob. cit., p. 564 e ss.

convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos”.¹⁰⁵ Na mesma toada, de nada adianta aderir a convenções internacionais e regionais, reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana, e fazer letra morta de suas orientações.

Direitos sociais sedimentam não só a um patamar de dignidade humana prescrito no corpo jurídico interamericano que vincula o Estado brasileiro em todas as suas funções, mas também a um núcleo ético-jurídico irreduzível, sem o qual não se pode falar em “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”, como se depreende do preâmbulo constitucional.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional, e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales, apud LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. III.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público*. Porto Alegre, n. 53, maio.--set. 2004.
- BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina: Marco Conceptual*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 11-51.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Ed.

¹⁰⁵. STF, MI 3.322/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 01.06.2011, DJE 07.12.2011, Ata 189/2011, DJe 232, divulgado em 06.12.2011.

- RT, p. 2009
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. COSTA, Eliane Romeiro. O Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Atual Marco Jurídico--Constitucional Brasileiro. *DPU* n. 34, jul.--ago. 2010.
- CLÉRICO, Laura. Derechos y proporcionalidade: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38165.pdf>. Acesso em: 03 maio 2021, p. 66.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 54, jan. --mar. 2006.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos em las Américas. 7 de septiembre de 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>. Acesso em 3 maio de 2021.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução n. 1/2020. Pandemia e Direitos Humanos nas Américas. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 03 maio 2021
- CUNHA, José Ricardo. Os direitos sociais vistos de uma perspectiva humanística ou sobre por que estamos diante de uma questão ética de primeira grandeza. In: TOLEDO, Cláudia (org.) *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007, p. 502-503.
- FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio César Bueno. O Potencial Catalizador da Tutela Coletiva dos Direitos Econômicos e Sociais: um enfoque a partir dos diálogos horizontais em direitos humanos. In BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flavia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. La Exigibilidad Directa del Derecho a la Salud y la Obligación de Progresividad y no Regresividad (a propósito del caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala). In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flavia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais*. Salvador: JusPodivm, 2019
- FRASER, Nancy. From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a 'Post-Socialist' Age. *New Left Review*, p. 68-149, 1995. Disponível em: <http://bibliopreta.com.br/wp-content/uploads/2018/01/Fraser->

- [Redistribution-Recognition-Dilema-1.pdf](#)>. Acesso em: 10 fev. 2021
- GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In TORRES, Paulo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 139--222.
- GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de la constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina 1810-2010. Buenos Aires: Katz, 2014.
- GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. *Jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa*. Curitiba: Juruá, 2011.
- KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 146-188, 1998. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/10.1080/02587203.1998.11834974>>. Acesso em: 20 jan. 2021
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- KRELL, Andreas Joachim. Controle Judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes Olsen. *Direitos fundamentais sociais: efetividade diante d reserva do possível*. 2 ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2018.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: Diálogos Judiciais sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San Jose, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 4 maio 2021.
- PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In: CLEVE, Clèmerson Merlin (org.) *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- ROA ROA, Jorge Ernesto. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. *MPIL Research Paper Series n. 2020-11*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3571507>>. Acesso em: 11 fev.

2021.

- ROUX, Theunis. Transformative constitutionalism and the best interpretation of the South African Constitution: distinction without a difference? *Stellenbosch Law Review*, v. 2, p. 258-285, 2009. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/5eae/e8eb64bd96f248d8eb39fa61660129576be.pdf?ga=2.36844192.1693293173.1579901614-5179901614>>. Acesso em: 15 fev. 2021, p. 267-269.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O STF e os direitos fundamentais na crise da Covid-19 — uma retrospectiva (2). *CONJUR*, 5 fevereiro 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-05/direitos-fundamentais-stf-direitos-fundamentais-covid-19>. Acesso em: 3 mai. 2021.
- SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Verba Juris*, a. 4, n. 4, jan. --dez. 2005. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj45OzDjLDwAhW8HLkGHb8EArQQFnoECAQQA&url=http%3A%2F%2F201.62.80.75%2Findex.php%2Frevistaargumentum%2Farticle%2Fdownload%2F731%2F383&usq=AOvVaw1nt-YfQGGGo_W6kZFWgche>, Acesso em: 3 maio 2021.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do estado--providência ao mercado--providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Paraná, 2009.
- SOUZA, Oziel Francisco. *A efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário: uma breve análise*. São Paulo: All Print, 2008.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (org.) *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos políticos, cidadania e a teoria das necessidades. *Revista de Informação Legislativa*, a. 31, maio--jul. 1994.