

Os Direitos Fundamentais Sociais na Teoria de Robert Alexy

The Fundamental Social Rights in Robert Alexy's Theory

Leonardo Simchen Trevisan*

Resumo: O objeto de estudo desta investigação é a questão dos direitos fundamentais sociais, especificamente a forma como tais direitos são concebidos na doutrina do célebre jusfilósofo alemão Robert Alexy. Os direitos fundamentais sociais são, no atual contexto brasileiro, carentes de efetividade, e a teoria de Robert Alexy certamente pode contribuir para a adequada compreensão das normas constitucionais que garantem esses direitos, bem como para que elas sejam aplicadas corretamente, o que justifica a investigação. Na primeira parte, é analisado o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais sociais, bem como a sua previsão na atual Constituição da República Federativa do Brasil. Na segunda parte, são trabalhadas as ideias fundamentais de Robert Alexy relativamente a tais direitos, com a análise de conceitos como o de regra, o de princípio, o de ponderação, o de proporcionalidade e o de mínimo existencial. A terceira parte é dedicada à análise crítica de importante julgado do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade. Robert Alexy.

Abstract: The object of study of this investigation is the matter of the fundamental social rights, specifically the way such rights are thought in the doctrine of the German legal philosopher Robert Alexy. There is a lack of effectiveness of the fundamental social

* Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2012). Atualmente é mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

rights in the present Brazilian context, and the constitutional rules regarding those rights certainly can be better understood and applied through the Robert Alexy's theory. The first part involves the historical development of the fundamental social rights and its ruling through the current Constitution of the Federative Republic of Brazil. The second part analyzes the Robert Alexy's most important ideas about the fundamental social rights, for instance, the concepts of rule, principle, balancing, proportionality and existential minimum. The third part involves a critical analysis of an important precedent of the Brazilian Federal Supreme Court in this field.

Keywords: Fundamental Social Rights. Effectiveness. Robert Alexy.

Introdução

200

Grande relevância possui a temática dos direitos fundamentais sociais, relevância que transcende o âmbito da dogmática jurídica e alcança a própria realidade social, com todos os seus desafios e contradições. Em um país com tantas carências quanto o Brasil, no qual problemas como analfabetismo, ausência de saneamento básico, deficiência na prestação de serviços médicos, marginalização e violência ainda são a dura realidade de milhões de pessoas, quem poderia negar a importância da garantia, constitucionalmente prevista, de direitos sociais elementares, como educação, saúde, trabalho, moradia, segurança?

Certo é, no entanto, que a simples inscrição de um extenso rol de direitos fundamentais sociais no texto constitucional não é o bastante para transformar a realidade de um contingente imenso de pessoas. A questão central está em garantir efetividade a esses direitos. Isso, está claro, depende de diversos fatores. A efetividade do direito fundamental social ao trabalho, por exemplo, é condicionada à situação econômica do país, que pode significar um aumento ou uma diminuição nas taxas de desemprego. Fatores políticos são, da mesma forma que

os econômicos, de suma importância: sem uma política econômica voltada para sua promoção, a efetividade dos direitos fundamentais sociais fica seriamente comprometida. Contudo, ao lado dos fatores políticos e econômicos, estão os fatores jurídicos – e são esses que, aqui, diretamente interessam. Uma teoria dos direitos sociais que privilegie a sua efetividade, concretizando, com isso, o desiderato constitucional, pode ter um impacto extremamente positivo sobre a realidade social e contribuir para sua transformação.

A teoria dos direitos fundamentais do jurista alemão Robert Alexy, teoria essa amplamente reconhecida por sua solidez científica, aponta para essa direção. É ela, por conseguinte, o objeto de estudo deste trabalho.

Não há, aqui, a pretensão de realizar uma pesquisa ampla, de modo a abranger todos os aspectos dos direitos sociais e oferecer uma resposta aos muitos problemas existentes nesse âmbito, o que certamente demandaria um trabalho de envergadura muito maior. A intenção é a de trabalhar tais direitos na perspectiva de Robert Alexy, ou seja, o foco da investigação está no modo pelo qual os direitos sociais são concebidos na teoria do mencionado autor. Se isso for feito exitosamente, o objetivo da exposição terá sido plenamente atingido.

Dentro dessa proposta, o trabalho encontra-se dividido em três partes. A primeira delas trata dos aspectos gerais da matéria concernente aos direitos fundamentais sociais, e é, por sua vez, dividida em duas partes. A primeira aborda a questão dos direitos fundamentais sociais na história, ou seja, o enquadramento de tais direitos como uma “segunda geração” de direitos fundamentais e os momentos centrais de seu desenvolvimento histórico. A segunda trata brevemente da maneira como os direitos fundamentais sociais são concebidos na atual Constituição da República Federativa do Brasil. Aqui, a exposição tem um caráter meramente descritivo; limitar-se-á

a revelar quais são esses direitos, sem pretender adentrar a dogmática de cada um deles. A análise aprofundada de cada um dos direitos fundamentais sociais inscritos na Constituição de 1988 foge aos objetivos deste trabalho.

A segunda parte tem por objeto especificamente a questão dos direitos fundamentais sociais no pensamento de Robert Alexy. Há, aqui, uma divisão em duas partes. Na primeira delas, que se acha dividida em outras cinco, são trabalhadas algumas premissas da teoria de Robert Alexy que se mostram necessárias para a compreensão daquela questão em específico. Entram aqui a concepção de direitos humanos adotada pelo autor, o fenômeno da colisão de direitos fundamentais, o caráter vinculativo das normas que consagram esses direitos, a distinção entre regras e princípios e o princípio da proporcionalidade, com enfoque no objeto de seu terceiro princípio parcial, a ponderação. A segunda parte traz a concepção de direitos fundamentais sociais exposta pelo autor alemão em sua *Theorie der Grundrechte*.

202

A terceira parte oferece uma análise crítica de uma importante e recente decisão do Supremo Tribunal Federal, decisão essa na qual a efetividade de um direito fundamental social está em jogo. A decisão é criticada com base no instrumental teórico fornecido pelo pensamento de Robert Alexy. Com isso, busca-se demonstrar não só a atualidade do tema, mas também a sua utilidade para o aperfeiçoamento da prática jurisdicional – especialmente aquela de nível constitucional – no Brasil. O presente trabalho possui, portanto, ao lado da dimensão descritiva, uma dimensão crítica.

O direito alemão, especialmente o direito público, é amplamente reconhecido como um dos mais avançados do mundo, e os conceitos nele adotados são objeto de estudo dos juristas brasileiros há séculos. Basta dizer que Tobias Barreto e Pontes de Miranda, dois dos principais nomes da ciência do

direito no Brasil, foram definitivamente influenciados pelo pensamento jurídico germânico. Além disso, Robert Alexy é, hoje em dia, o filósofo do direito mais respeitado quanto aos temas da argumentação jurídica e da teoria dos direitos fundamentais. Por mais que se deva ter *cuidado* com a *importação* de doutrinas jurídicas de países cuja realidade social e econômica não é semelhante à nossa,¹ é inegável que a tradição de influência do direito alemão sobre o brasileiro contribuiu decisivamente para a evolução desse último. Renunciar a ela levaria, inegavelmente, ao empobrecimento da nossa cultura jurídica.

Não se pretende aqui, portanto, explicar o fenômeno dos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988 pela teoria de Robert Alexy – o que, evidentemente, seria impossível; a intenção é tão somente trabalhar as ideias do referido autor a respeito de tais direitos e verificar de que forma elas poderiam contribuir para a compreensão e a aplicação desses direitos no Brasil. O pensamento de Alexy é amplamente reconhecido, por sua profundidade filosófica e pelo seu rigor científico, e fazê-lo produtivo no âmbito do direito brasileiro seria algo extremamente benéfico para a nossa ciência jurídica, mormente em um ponto tão importante e delicado quanto o dos direitos fundamentais sociais.

203

1 Os Direitos Fundamentais Sociais

1.1 Os Direitos Fundamentais Sociais na História

De acordo com o constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides, é possível reconhecer, na história dos direitos fundamentais, um desenvolvimento em cinco gerações. Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos de

¹ Ver *infra*, p. 25, nota 79.

liberdade, ou seja, os direitos civis e políticos, surgidos no século XVIII em meio à fase inaugural do constitucionalismo. Os direitos fundamentais de segunda geração surgem com o constitucionalismo da social-democracia do século XX, representados pelos direitos sociais, econômicos e culturais. Os direitos fundamentais de terceira geração são aqueles cuja principal característica reside em seu alto teor de universalidade; têm como destinatário não o indivíduo ou um grupo de indivíduos, mas o gênero humano como um todo. Entre eles estão o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio-ambiente e a proteção ao patrimônio comum da humanidade. Direitos fundamentais da quarta geração são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Por fim, como direito fundamental de quinta geração desponta o direito à paz.^{2 3}

204

Os direitos fundamentais sociais pertencem à segunda geração. Como direitos de liberdade, os direitos fundamentais da primeira geração exigiam tão somente uma abstenção do Estado, limitando o seu poder de modo a garantir ao indivíduo uma determinada esfera de liberdade, uma liberdade diante do Estado. Os direitos sociais vão além; como corolário de novas exigências, tais como as do bem-estar e da igualdade não apenas formal, eles exigem uma atuação positiva do Estado, ou seja, uma liberdade por meio do Estado.⁴

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 562-593.

³ Ressalve-se que Robert Alexy, o autor que representa o foco desta investigação, não trabalha com gerações de direitos fundamentais, mas com um sistema de posições jurídico-fundamentais tripartido, sistema esse que engloba direitos a algo (*Rechte auf etwas*), liberdades (*Freiheiten*) e competências (*Kompetenzen*). Ver, para isso, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 171-228.

⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32.

Esse novo momento da concepção de direitos fundamentais encontrou sua primeira expressão jurídica na Constituição Mexicana, de 1917, e na Constituição da República de Weimar, de 1919. Comum a essas duas Constituições era a situação política extraordinária antecedente ao seu surgimento; a primeira foi produto da Revolução Mexicana, enquanto a segunda seguiu-se à derrota militar da Alemanha na Primeira Guerra Mundial, à abdicação do imperador e à tentativa de tomada do poder pelos socialistas. O reconhecimento dos direitos sociais no texto constitucional foi, em ambos os casos, o meio jurídico adotado como contraponto ao clima de violência revolucionária que dominava a sociedade.⁵

Inaugurava-se, assim, o constitucionalismo social; o Estado correspondente à concepção liberal-burguesa cede lugar ao Estado Social, um Estado preocupado não apenas com a garantia das liberdades individuais, mas com a promoção da igualdade material e da justiça social. Por mais que a Constituição de Weimar tenha fracassado em seu propósito, em razão das circunstâncias políticas, sociais e econômicas adversas enfrentadas pela Alemanha no período posterior à sua promulgação, ela converteu-se no documento paradigmático do constitucionalismo social, suplantando o constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX e, de certa forma, eclipsando a própria Constituição Mexicana, que lhe é anterior.⁶

A Constituição de Weimar teve um impacto decisivo na Constituição de 1934, a primeira manifestação do constitucionalismo social no Brasil. Paralelamente aos direitos clássicos de liberdade, já conhecidos do constitucionalismo brasileiro, apareceram direitos sociais como os direitos do trabalhador e

⁵ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 188.

⁶ *Ibidem*, p. 190.

o direito à educação, embora em títulos distintos; os direitos de liberdade apareciam na seção dedicada aos direitos fundamentais, enquanto os direitos sociais constavam da parte relativa à ordem econômica e social.⁷

O modelo de Estado Social de inspiração alemã adotado na Constituição de 1934 foi mantido nas Constituições brasileiras posteriores; com efeito, todas elas trouxeram a previsão de determinados direitos fundamentais sociais. Paralelamente a isso, houve um considerável desenvolvimento desses direitos no Brasil, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, especialmente no que tange à garantia de sua facticidade. Parte dessa evolução, que, vendo mais além, estende-se a todos os direitos fundamentais, não apenas aos sociais, pode ser creditada à contínua influência do direito alemão, sobretudo da Lei Fundamental de Bonn de 1949, a atual Constituição da República Federal da Alemanha, bem como da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.⁸

206

A Lei Fundamental de Bonn não prevê expressamente direitos fundamentais sociais, contrariamente ao que ocorre em diversos estados alemães, que os trazem inscritos em suas respectivas Constituições. Limita-se ela à previsão de um objetivo estatal geral, a fórmula do Estado de Direito Social. É discutível o que se pode entender como conteúdo dessa fórmula; o Tribunal Constitucional Federal entende que o princípio do Estado Social implica uma obrigação do poder estatal de, a cada vez, promover uma ordem social justa, embora reconheça ao legislador, ao mesmo tempo, um amplo espaço de conformação nesse âmbito. O essencial é que, aqui, o Estado assume uma tarefa de configuração da ordem social, de modo a intervir

⁷ Ibidem, p. 191.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 366-369.

em âmbitos até então postos fora de seu alcance. É um Estado que planifica, presta e distribui, de modo a garantir o real exercício das liberdades, que, sob pena de transformá-las em meras liberdades sem conteúdo, só pode ser efetivo por meio da intervenção estatal.^{9 10}

É notável a influência do constitucionalismo alemão e da Lei Fundamental de Bonn sobre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mormente no que tange à disciplina dos direitos fundamentais. Basta dizer que a atual Constituição brasileira, da mesma forma que a alemã, coloca nos seus primeiros capítulos a matéria dos direitos e das garantias fundamentais, particularidade na qual ela se afasta das Constituições que a precederam. Além disso, a Constituição de 1988 incorporou a tradição de Weimar, prevendo expressamente numerosos direitos sociais, um ponto no qual ela inequivocamente ultrapassa a Lei Fundamental alemã.¹¹

207

⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 170-177.

¹⁰ Luís Afonso Heck observa que, embora o princípio do Estado Social não tenha, em razão de sua indeterminação e amplitude, um conteúdo que possa ser imediatamente fixado e, portanto, sua concretização não seja tão simples, é possível entendê-lo, com lastro na jurisprudência constitucional alemã, tanto como uma diretiva configuradora (entram aqui as limitações de ordem social ao direito de propriedade, o preceito de tratamento isonômico, a promoção de uma ordem social justa e os direitos inerentes à carreira do funcionalismo público) quanto como um direito a ter parte (entram aqui a organização da previdência e da assistência aos cidadãos que, em decorrência de enfermidades físicas ou psíquicas, têm seu desenvolvimento pessoal e social prejudicado e não podem prover o próprio sustento, com o objetivo de garantir-lhes os pressupostos mínimos a uma existência digna, bem como a garantia de ressocialização para o delinquente após cumprida a pena, o acesso ao ensino superior para os cidadãos que preencham os requisitos necessários para tanto e a garantia financeira da velhice). (Cf. HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 237-244.)

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 369-370.

O tratamento dessa questão na atual Constituição brasileira será, a seguir, brevemente analisado.

1.2 Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988

Para uma definição dos direitos fundamentais sociais no âmbito do constitucionalismo brasileiro, veja-se, por todos, a lição de José Afonso da Silva:

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.¹²

208

A Constituição de 1988 trata da matéria no Capítulo II (*Dos Direitos Sociais*) do seu Título II (*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*). Esse capítulo compreende os artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 11.

O art. 6º da Constituição reconhece como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância e a assistência aos desamparados. José Afonso da Silva classifica esses direitos como “direitos sociais do homem como consumidor”.¹³

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 286-287.

¹³ *Ibidem*, p. 287.

Por sua vez, o art. 7º contém um extenso rol de direitos relativos aos trabalhadores urbanos e rurais. São, como assinala José Afonso da Silva, “direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho”.¹⁴ Entram aqui a proteção contra despedida arbitrária, o salário mínimo, as férias anuais pagas, o repouso semanal remunerado, a irredutibilidade salarial e assim por diante.¹⁵

O art. 8º estabelece a liberdade de associação profissional ou sindical, trazendo em seus incisos uma série de princípios, tais como a autonomia dos sindicatos e a liberdade de atuação sindical. O art. 9º versa sobre o direito de greve. O art. 10 trata do direito dos trabalhadores à representação nos colegiados dos órgãos públicos em que seus direitos estejam em discussão. Por fim, o art. 11 menciona o direito de representação dos empregados no âmbito da própria empresa. Tais direitos são incluídos por José Afonso da Silva na categoria de “direitos coletivos dos trabalhadores”.¹⁶

Em que pese a expressa previsão constitucional de um extenso rol de direitos sociais, o debate acerca da questão da efetividade desses direitos sempre foi intenso no Brasil. Há quem pretenda enxergar nas disposições constitucionais que tratam do tema meras normas programáticas, ou seja, normas

¹⁴ Ibidem, p. 288.

¹⁵ Coloca-se, aqui, a questão do efeito perante terceiros dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*). Sobre isso, ver: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 475-493; SCHWABE, Jürgen. O Chamado Efeito Perante Terceiros dos Direitos Fundamentais para a Influência dos Direitos Fundamentais no Tráfego do Direito Privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Textos Clássicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 91-133; HECK, Luís Afonso. Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 29, jan./mar. 1999, p. 40-54.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 288.

privadas de eficácia jurídica;¹⁷ por outro lado, há quem procure conceder a essas normas plena vinculatividade. Na solução desse impasse, ganha relevo a teoria de Robert Alexy. A próxima seção será dedicada a analisá-la.

2 A Teoria de Alexy e os Direitos Fundamentais Sociais

Em recente entrevista concedida à Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina,¹⁸ o renomado jusfilósofo alemão Robert Alexy assinalou, dentre outras questões, que tanto o Brasil quanto a Europa estão vivendo uma nova era dos direitos humanos e constitucionais. O esquema, anterior à queda do Muro de Berlim, entre capitalismo liberal e socialismo está totalmente ultrapassado. O conflito, hoje em dia, não é mais entre socialismo e capitalismo, mas entre a dimensão social e a dimensão liberal, ambas integrantes do mesmo sistema jurídico. O desafio, agora, é possibilitar uma convivência harmônica entre essas duas dimensões, ou seja, combinar liberdade e proteção social. O Estado ideal é aquele capaz de proporcionar essa harmonia. A teoria da ponderação oferece um caminho para que essa combinação seja bem-sucedida.

210

¹⁷ Essa é, com algumas relativizações, a posição adotada por Ingo Wolfgang Sarlet, que chama a atenção para o enquadramento de determinados direitos sociais nas “normas constitucionais de cunho programático”, normas essas que, por si, não possuem normatividade suficiente para que seja possível considerá-las como normas plenamente eficazes, reclamando uma interposição do legislador para sua concretização. (Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 291-298.) A teoria de Alexy, como será demonstrado mais adiante, tem como norte a ampla vinculatividade dos direitos fundamentais e, nesse sentido, não é compatível com a ideia de norma programática. Ver, para isso, *infra*, número 2.1.3.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Estado Ideal Exige Combinação de Liberdade e Proteção Social*. Florianópolis, 25 abr. 2014. Vídeo em meio eletrônico (15min37s), son., color. Entrevista concedida a Luis Fernando Silva de Carvalho. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=J8WKDKC9JEk>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

2.1 Premissas

A análise da concepção de direitos fundamentais sociais de Alexy não pode ser feita com sucesso sem que, antes, algumas noções gerais da teoria do referido autor, pertinentes para o estudo daquela questão em particular, sejam expostas. É o que se passa a fazer a partir de agora.

2.1.1 Os Direitos Fundamentais como Direitos do Homem Convertidos em Direito Positivo

Os direitos fundamentais inscritos nas Constituições modernas possuem uma característica muito particular. Embora tais direitos sejam parte integrante do ordenamento jurídico nacional, eles dizem respeito a algo mais amplo, algo que transcende as fronteiras nacionais e que é, hoje em dia, aceito como universal: os direitos do homem. Direitos fundamentais são, em essência, direitos do homem convertidos em direito positivo por meio da Constituição. Direitos do homem possuem, a princípio, uma validade exclusivamente moral; essa transformação não elimina a sua validade moral, mas acrescenta a ela uma jurídico-positiva.¹⁹

Os direitos fundamentais rompem, por razões substanciais, o quadro nacional, porque eles, se querem poder satisfazer as exigências a serem postas a eles, devem abarcar os direitos do homem. Os direitos do homem têm, porém, independentemente de sua positivação, validade universal. Eles põem, por conseguinte, exigências a cada ordenamento jurídico. Uma contribuição importante para a sua imposição mundial prestou e presta a declaração dos direitos do homem universal, de 10 de dezembro de 1948. Os direitos do homem tornaram-se vinculativos jurídico-positivamente no plano internacional

¹⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de HECK, Luís Afonso (Org.). 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 95-96.

pelo pacto internacional sobre direitos civis e políticos, de 19 de dezembro de 1966. Uma peça paralela a ele é o pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, do mesmo dia, que, certamente, está dotado com força de imposição muito menor. Ao lado deles e de outros pactos postos mundialmente colocam-se convenções regionais. Tudo isso cria comunidades substanciais.²⁰

212

No pensamento de Alexy, a categoria dos direitos do homem possui cinco características que tornam tais direitos tão peculiares. Eles são direitos universais, morais, preferenciais, fundamentais e abstratos. Universais porque dizem respeito a todos os seres humanos, sem qualquer tipo de distinção; morais porque sua validade não pressupõe uma positivação, são direitos válidos moralmente, uma vez que podem ser justificados perante cada um que aceita uma fundamentação racional; preferenciais porque, apesar de seu caráter moral, estão em íntima conexão com o direito positivo, no sentido de que a observância dos direitos do homem é uma condição indispensável para a legitimidade do direito positivo, o que lhes confere uma prioridade necessária; fundamentais porque devem ter por objeto interesses e carências que podem ser protegidos pelo direito e que sejam verdadeiramente essenciais, de modo a fundamentar sua prioridade em todos os graus do sistema jurídico, inclusive perante o dador de leis; abstratos porque carecem de limitação ou restrição, o que somente pode ser determinado mediante ponderação.²¹

Como direitos pertencentes à humanidade em seu conjunto e, ao mesmo tempo, direitos que reclamam sua positivação, que absolutamente não afeta sua validade moral, mas sem a qual o direito positivo não pode adquirir legitimidade, os

²⁰ Ibidem, p. 55-56.

²¹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de HECK, Luís Afonso (Org.). 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 45-49.

direitos do homem são supranacionais. Os direitos fundamentais deles decorrentes, apesar de válidos no âmbito do Estado que os reconhece, têm por fundamento algo que é, em essência, universal. Os catálogos de direitos fundamentais inscritos nas mais diversas Constituições representam diferentes tentativas de positivação dos direitos do homem, tentativas que podem ter um maior ou menor grau de êxito.²²

Ao mesmo tempo em que remetem a algo universal, os direitos fundamentais dão margem a discussões idênticas ou muito próximas, tais como a questão dos pressupostos da sua limitação e a do alcance do controle da jurisdição constitucional sobre o dador de leis democraticamente eleito. Tudo isso abre a possibilidade de uma ciência dos direitos fundamentais que ultrapassa o âmbito dos ordenamentos jurídicos particulares. Uma tal ciência dos direitos fundamentais ampla não tem por objetivo a uniformização da matéria relativamente aos ordenamentos jurídicos particulares, mas sim a revelação de estruturas dogmáticas, princípios e valores, a fim de possibilitar uma maior racionalidade das decisões nesse âmbito.²³

213

2.1.2 Colisões de Direitos Fundamentais

As regras usuais da interpretação jurídica mostram-se insuficientes quando estão em jogo direitos fundamentais. Isso porque tais direitos são propensos a colidir. Como direitos fundamentais são, em geral, normas de caráter principiológico, as colisões entre eles podem ser resolvidas sem que um deles

²² ALEXY, Robert. Teoria do Discurso e Direitos Fundamentais. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 125.

²³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução HECK, de Luís Afonso (Org.). 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 56.

deixe de pertencer ao ordenamento jurídico. Isso será retomado mais adiante. Por ora, é suficiente constatar que Alexy reconhece a possibilidade de que o conceito de colisão de direitos fundamentais seja formulado de maneira restrita ou ampla.²⁴

Colisões de direitos fundamentais em sentido restrito surgem quando o exercício do direito fundamental de um titular prejudica o direito fundamental de outro titular. Os direitos fundamentais em questão podem ser idênticos ou distintos. No primeiro caso, pode ser tomado como exemplo o caso da célebre decisão do Tribunal Constitucional Federal acerca da possibilidade de colocação de crucifixos nas salas de aula de escolas públicas, na qual colidem a liberdade de crença (em sentido negativo) dos não cristãos, de não serem coagidos a estudar sob o símbolo de uma religião que não praticam, e a liberdade de crença (em sentido positivo) dos cristãos, de demonstrar a sua fé no âmbito das instituições públicas. No segundo caso, pode ser citada a sentença Lüth, uma das decisões mais importantes da história da jurisdição constitucional alemã, na qual o direito de manifestação de opinião de um titular entra em rota de colisão com direitos fundamentais daquele que é afetado negativamente por essa manifestação.²⁵

Colisões de direitos fundamentais em sentido amplo, por outro lado, são aquelas nas quais direitos fundamentais colidem com bens coletivos. Alexy trabalha o conceito de bem coletivo sob um tríptico enfoque: sua estrutura distributiva, seu *status* normativo e sua fundamentação. Quanto ao primeiro, refere o autor: “Um bem é um bem coletivo de uma classe de indivíduos, se conceitual, fática ou juridicamente é impossível decompor esse bem em partes e associá-las aos indivíduos como

²⁴ Ibidem, p. 56-62.

²⁵ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução HECK, Luís Afonso. (Org.). 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 57-59.

partes”.²⁶ Quanto ao segundo, “X é um bem coletivo quando X é não distributivo e a produção ou manutenção de X é ordenada *prima facie* ou definitivamente”.²⁷ Quanto ao último, um bem coletivo existe “quando todos o iriam aprovar se determinadas condições de racionalidade estivessem cumpridas.”²⁸

Em suma, bens coletivos são aqueles que possuem um caráter não distributivo e que pertencem ao plano deontológico, na medida em que sua proteção é ordenada *prima facie* ou definitivamente (o que significa que podem ter a natureza de regra ou de princípio). Como exemplos de bens coletivos, Alexy cita “a segurança interna e externa, a prosperidade da economia nacional, a integridade do meio ambiente e um nível cultural alto”.²⁹

Segundo Alexy, aqui está inserida a problemática do Estado Social:

A segurança interna é um bem coletivo central do estado de direito liberal. A proteção do meio ambiente define sua última variante: o estado de direito ecológico. Visto historicamente, no meio disso está situado o estado de direito social. O cumprimento dos postulados do estado de direito social causa poucos problemas quando um equilíbrio econômico cuida disto, que todos os cidadãos mesmos ou por sua família estejam dotados suficientemente. Quanto menos isso é o caso, tanto mais os direitos fundamentais sociais pedem redistribuição. Disso existem duas formas fundamentais. A primeira existe quando o estado, por impostos ou outros tributos, proporciona-se o dinheiro que é necessário para cuidar do mínimo existencial dos carecidos. O dever de pagar impostos, porém, intervém em direitos fundamentais. Duvidoso é somente quais são eles: o direito de propriedade

215

²⁶ ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 182.

²⁷ *Ibidem*, p. 183.

²⁸ *Ibidem*, p. 184.

²⁹ *Ibidem*, p. 181.

ou a liberdade de atuação geral. Como o estado nunca cobra impostos somente para a finalidade do cumprimento de postulados estatal-sociais, não é oportuno citar imediatamente os direitos fundamentais sociais para a justificação dessa intervenção. Ao contrário, a cobrança de impostos serve imediatamente só à produção da capacidade de atuar financeira do estado. A capacidade de atuar financeira do estado é, bem genericamente, um pressuposto de sua capacidade de atuar. O estado social pede que ela seja consideravelmente ampliada.³⁰

Com isso, a tributação assume um papel especialmente relevante no Estado Social; dela depende a primeira forma de redistribuição. Sem isso, não podem ser criadas as condições para a proteção do mínimo existencial, conceito que será analisado na segunda parte desta seção. Prossegue o autor:

A segunda forma da redistribuição estatal-social não sucede por tesouros públicos, que antes por impostos ou outros tributos foram envidados, mas diretamente de um para outro cidadão. Assim, trata-se de uma redistribuição direta de um cidadão para outro cidadão quando o dador de leis, para a proteção do inquilino, promulga prescrições que dificultam a rescisão ou limitam as possibilidades da elevação do aluguel. O artigo 7 da constituição brasileira, de 5 de outubro de 1988, faz uso fortemente de uma tal redistribuição direta ao, por exemplo, o inciso I prescrever uma proteção de rescisão, o inciso IV um salário mínimo, o inciso XIII um horário de trabalho máximo e o inciso XVII férias anuais pagas. O problema de tais direitos fundamentais sociais à custa de terceiros, ou seja, do empregador, é que, em último lugar, o mercado decide sobre isto, se eles são efetivos. Para aquele que não encontra emprego, esses direitos andam no vazio. Aqui, deve interessar somente que nesses direitos trata-se de uma situação de colisão complexa. Do lado do empregador, o assunto ainda é simples. Sua liberdade empresarial é limitada. Defronte disso não está imediatamente um direito do lado do empregado, mas somente um direito a isto, que ele

³⁰ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de HECK, Luís Afonso (Org.). 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 60-61.

então, quando ele encontra um empregador que o emprega, receba um salário mínimo. Isso é um direito social condicionado. Imediatamente pelo artigo 7 somente é criado um bem coletivo, ou seja, um estado da economia, no qual – se essa prescrição for observada – existem somente postos de trabalho com salário mínimo, em que a questão sobre sua distribuição ainda fica completamente aberta.³¹

2.1.3 O Caráter Vinculativo das Normas de Direitos Fundamentais

Uma solução simples, que evitaria por completo o problema da colisão, consistiria em declarar todas as normas de direitos fundamentais como não vinculativas juridicamente, ou seja, como meras proposições programáticas de cunho moral ou político, desprovidas de eficácia jurídica. Essa solução, contudo, é rechaçada por disposição expressa tanto da Lei Fundamental alemã (artigo 1, alínea 3: “Os direitos fundamentais que seguem vinculam dação de leis, poder executivo e jurisdição como direito imediatamente vigente.”)³² quanto da Constituição brasileira (artigo 5º, parágrafo 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”).

E, mesmo que assim não fosse, Alexy assinala que a força vinculativa dos direitos fundamentais não poderia ser-lhes retirada. Como direitos do homem convertidos em direito positivo, os direitos fundamentais reclamam a sua institucionalização de forma ampla, o que necessariamente abarca a possibilidade de sua judicialização.³³

³¹ Ibidem, p. 61-62.

³² No original: “Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.”

³³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de HECK, Luís Afonso (Org.). 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 62-63.

Especificamente no que tange ao caráter vinculativo dos direitos fundamentais sociais inscritos na Constituição da República Federativa do Brasil, observa Alexy:

Poderia achar-se agora que a justiciabilidade não precisa ser completa ou ampla. Assim, por exemplo, a cláusula de vinculação do artigo 5, parágrafo 1, da constituição brasileira, está nos direitos de defesa clássicos e não nos direitos fundamentais sociais. Tal poderia ser entendido como convite a isto, declarar os direitos fundamentais sociais como não justiciáveis. A não justiciabilidade, nisso, poderia estender-se a todos os direitos fundamentais sociais ou a alguns da respectiva constituição. O problema da colisão, com isso, sem dúvida, não estaria completamente solucionado, porque existem, como mostrado, numerosas colisões entre direitos fundamentais de tradição liberal, mas ele seria suavizado consideravelmente. Colisões estatal-sociais permaneceriam, conforme o objeto, sem dúvida, mais além, possíveis se maioria parlamentar por si, portanto, sem estar obrigado a isso pela constituição, torna-se ativa no campo da redistribuição estatal-social. O social, porém, teria perante o liberal pouca força, porque ele não se poderia apoiar em princípios de direito. Além disso, colisões estatal-sociais não teriam lugar completamente se o dador de leis renunciasse totalmente a atividades sociais. Onde não existe dever jurídico nada pode colidir juridicamente. Análogo vale para o lado ecológico da constituição.³⁴

À possibilidade de uma tal suavização do problema da colisão, Alexy opõe-se enfaticamente. Não se pode resolver problemas de natureza constitucional pela exclusão de direitos consagrados na Constituição, e, se algumas normas constitucionais não são levadas a sério, não há um fundamento plausível para que outras normas da Constituição o sejam. Com isso, inexistente outra possibilidade que não o reconhecimento da força vinculativa ampla dos direitos fundamentais. Um outro ponto, complementar a este, é se eles possuem o caráter

³⁴ Ibidem, p. 63.

de regra ou de princípio. Na primeira questão, pergunta-se se os direitos fundamentais são direitos; na segunda, o que eles são como direito.³⁵

2.1.4 A Distinção entre Regras e Princípios

Em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy adota como conceito de princípio:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados pelo fato de que eles podem ser realizados em graus diferentes e que a medida ordenada de sua realização não depende só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras em sentido contrário.³⁶

219

E, em sequência, o seguinte conceito de regra:

Pelo contrário, regras são normas que sempre somente podem ou ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, então é ordenado fazer exatamente o que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, fixações no espaço do fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa

³⁵ Ibidem, p. 63-64.

³⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 75-76. No original: "Der für die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien entscheidende Punkt ist, dass Prinzipien Normen sind, die gebieten, dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Masse realisiert wird. Prinzipien sind demnach Optimierungsgebote, die dadurch charakterisiert sind, dass sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und dass das gebotene Mass ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt. Der Bereich der rechtlichen Möglichkeiten wird durch gegenläufige Prinzipien und Regeln bestimmt."

e não uma distinção segundo o grau. Cada norma é ou uma regra ou um princípio.³⁷

A distinção entre princípios e regras mostra-se mais claramente quando se dirige o olhar para o problema das colisões entre princípios e dos conflitos entre regras. Conflitos entre regras somente podem ser resolvidos quando há a introdução de uma exceção em uma das regras, ou se ao menos uma delas é declarada inválida e, portanto, excluída do ordenamento jurídico. Colisões entre princípios, de outra forma, são resolvidas não com a extirpação de um deles do ordenamento jurídico ou a introdução de uma cláusula de exceção, mas por meio da determinação de qual dos dois princípios, em face do caso concreto, tem a precedência. Sob outras condições, a precedência pode ser determinada inversamente. Colisões entre princípios são resolvidas na dimensão do peso (*Dimension des Gewichts*), enquanto conflitos entre regras são solucionados na dimensão da validade (*Dimension der Geltung*).³⁸

220

Regras e princípios guardam, ainda, uma importante distinção no que tange à forma de aplicação. Regras são aplicáveis mediante subsunção; princípios o são mediante ponderação. Princípios e ponderações são duas faces da mesma moeda; um de tipo teórico-normativo e outro de tipo metodológico. Quem trabalha com um deles pressupõe a existência do outro.³⁹

Um outro ponto importante consiste no distinto caráter *prima facie* de regras e de princípios. Como os princípios são

³⁷ Ibidem, S. 76-77. No original: “Demgegenüber sind Regeln Normen, die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können. Wenn eine Regel gilt, dann ist es geboten, genau das zu tun, was sie verlangt, nicht mehr und nicht weniger. Regeln enthalten damit Festsetzungen im Raum des tatsächlich und rechtlich Möglichen. Dies bedeutet, dass die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien eine qualitative Unterscheidung und keine Unterscheidung dem Grade nach ist. Jede Norm ist entweder eine Regel oder ein Prinzip.”

³⁸ Ibidem, S. 77-79.

³⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de HECK, Luís Afonso (Org.). 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 64.

mandamentos de otimização, eles não contêm mandamentos definitivos, mas apenas *prima facie*; vale dizer, a solução exigida pelo princípio não necessariamente será a solução adequada para o caso. Isso somente poderá ser verificado levando-se em consideração as possibilidades jurídicas e fáticas existentes (ponderação). As regras, por outro lado, são mandamentos definitivos; no caso delas, as possibilidades jurídicas e fáticas estão dadas (subsunção). Isso, contudo, não significa que elas tenham sempre o mesmo caráter definitivo. Uma regra pode ser superada quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio que colide com o princípio que sustenta essa regra e quando ele é capaz de, ao mesmo tempo, superar os princípios formais que determinam a obediência às regras emanadas das autoridades legitimadas para sua fixação. O caráter *prima facie* das regras é, portanto, substancialmente mais forte que o dos princípios.⁴⁰

2.1.5 O Princípio da Proporcionalidade e a Ponderação

A teoria dos princípios de Alexy deve ser entendida a partir de sua estreita conexão com o princípio da proporcionalidade. A própria natureza dos princípios leva ao princípio da proporcionalidade, e vice-versa. Vale dizer, a proporcionalidade e seus três subprincípios (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito) decorrem logicamente da noção de princípio.^{41 42}

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 87-90.

⁴¹ *Ibidem*, S. 100.

⁴² Nesse sentido, a lição de Luís Afonso Heck: “O Tribunal Constitucional Federal também entende o preceito da proporcionalidade, juntamente com o preceito da proibição de excesso, como resultante da essência dos direitos fundamentais. Esses, como direitos defensivos, têm um conteúdo de proporcionalidade distintamente

Os três subprincípios da proporcionalidade expressam a ideia da otimização. Os dois primeiros (idoneidade e necessidade) representam a ideia da otimização relativamente às possibilidades fácticas. “O princípio da idoneidade exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir.”⁴³ É, assim, excluída a utilização de meios que não são adequados para a finalidade almejada e que, ao mesmo tempo, prejudicam a realização de outros princípios. Quanto ao princípio da necessidade, ele

[...] pede, de dois meios, que, em geral, fomentam igualmente bem P1, escolher aquele que menos intensamente intervém em P2. Se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente bem idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra.⁴⁴

222

Ou seja, para fomentar um princípio, deve-se escolher o meio menos gravoso ao outro princípio.

O terceiro subprincípio da proporcionalidade, o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, representa a ideia da otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Seu objeto é a ponderação. Ele pode ser formulado como uma lei

reconhecível; em sua interpretação e aplicação, a jurisprudência desenvolveu critérios, praticáveis e, no geral, reconhecidos, para o controle de intervenções estatais – como, v. g., o preceito da proporcionalidade. Nesse contexto, ele exige que o particular fique preservado de intervenções desnecessárias e excessivas; uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Assim, a intervenção precisa ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, nem deve gravar em excesso o afetado, i. e., deve poder ser dele exigível.” (Cf. HECK, Luís Afonso. O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 175.)

⁴³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de HECK, Luís Afonso (Org.). 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 110.

⁴⁴ *Ibidem*, loc. cit.

da ponderação, que diz: “Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.”⁴⁵

A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa decompor-se em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.⁴⁶

A ponderação é, em essência, um procedimento de argumentação e, portanto, de fundamentação – isto é, de correção.⁴⁷ Alexy deixa isso claro com o exemplo da “decisão *Titanic*”, proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, onde estava em jogo a liberdade de opinião dos editores da revista ilustrada de sátiras *Titanic*, de um lado, e o direito de personalidade geral de um oficial da reserva hemiplégico, que havia sido designado pela publicação como “nascido assassino” e “aleijado”, de outro. Ambos os direitos encontram-se garantidos na Lei Fundamental. A revista *Titanic* foi condenada, nos tribunais inferiores, ao pagamento de uma pesada indenização por ter publicado tais qualificações, e o caso chegou ao Tribunal Constitucional. Lá, a indenização foi classificada

223

⁴⁵ Ibidem, p. 111.

⁴⁶ Ibidem, loc. cit.

⁴⁷ Em Alexy, a correção está unida à fundamentação. Para o discurso jurídico (entendido como um caso especial do discurso prático geral), isso significa a necessidade de justificação interna e externa das premissas que conduzem a uma decisão jurídica. A justificação interna envolve a verificação da compatibilidade lógica entre a decisão e as premissas utilizadas para se chegar a ela; a justificação externa envolve a correção dessas premissas. Ver, nesse sentido, ALEXY, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, S. 273-348.

como intervenção grave na liberdade de opinião, já que poderia afetar a disposição futura dos editores em produzir a sua revista na forma como haviam feito até então. A qualificação de “nascido assassino” foi, na sequência, posta no contexto de outras sátiras publicadas pela revista, em que outras pessoas eram designadas, jocosamente, de algo semelhante; aqui, o prejuízo do direito de personalidade foi entendido apenas como “leve”. Isso, portanto, não poderia, por si só, ensejar a condenação à indenização por dano pessoal, entendida essa como uma intervenção grave na liberdade de opinião. Contudo, tratamento distinto foi dispensado à designação de “aleijado”. Segundo o Tribunal Constitucional Federal, essa qualificação atingiu o oficial da reserva gravemente em seu direito de personalidade, uma vez que tal tratamento, em geral, é tido como uma forma de humilhação e expressa um desprezo do incapacitado, afetando-o diretamente em sua dignidade. Face à gravidade do prejuízo do direito de personalidade, o tribunal declarou, no tocante à qualificação de “aleijado”, a intervenção na liberdade de opinião como justificada.⁴⁸

O decisivo nessa sentença, segundo Alexy, são as comprovações dos graus de prejuízo dos direitos que se acham em jogo. Ponderações compõem-se essencialmente de tais graduações. A lei da ponderação expressa isso pela exigência que os fundamentos que justificam a intervenção devem pesar tanto mais gravemente quanto mais intensa é a intervenção. Se se parte das graduações do tribunal constitucional federal, então *fundamenta*, no caso descrito, a liberdade de opinião, por causa de seu prejuízo grave, em afetação só relativamente leve do direito de personalidade em sentido contrário, a inadmissibilidade de uma sanção por causa da qualificação “nascido assassino”. Sob essas

⁴⁸ HECK, Luís Afonso. Regras, Princípios Jurídicos e sua Estrutura no Pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 123-124.

condições, ela tem, por conseguinte, bem no sentido da lei de colisão, acima esboçada, primazia diante do direito de personalidade. Inversamente *fundamenta* o prejuízo muito grave do direito de personalidade a admissibilidade da sanção por causa do tratamento “aleijado”. Sob essas condições, ele tem primazia diante da liberdade de opinião. Isso são fundamentações, e a decisão pode, independentemente disto, se ela é correta em todos os pontos, promover a pretensão de correção. Mas, simultaneamente, essas fundamentações são ponderações, uma vez que elas consistem essencialmente nisto, que princípios em sentido contrário por graduações são postos em relação, o que forma o núcleo da ponderação.⁴⁹

A racionalidade da ponderação é garantida pela observância de determinadas regras de argumentação.⁵⁰ Sendo a argumentação jurídica um caso especial da argumentação prática geral, uma teoria da argumentação jurídica somente é possível no quadro de uma teoria da argumentação prática geral; em Alexy, essa teoria é formulada como uma teoria do discurso prático racional, cuja ideia central é a de que a verdade ou correção de uma proposição normativa depende da

⁴⁹ Ibidem, p. 124-125.

⁵⁰ Coloca-se, aqui, a questão: é a ponderação efetivamente um procedimento racional? Diante dessa indagação, dois modelos devem ser distinguidos. O primeiro é um modelo de decisão, segundo o qual a fixação da relação de precedência entre os princípios colidentes é determinada apenas pelas inclinações subjetivas daquele que pondera (e, portanto, a solução se dá de uma forma intuitiva). Esse modelo não é, certamente, algo que diga respeito a um procedimento racional, uma vez que trata a ponderação, em última análise, como um processo psíquico insuscetível a um controle intersubjetivo. Não é essa, todavia, a proposta de Alexy. Ele propõe um segundo modelo, um modelo de fundamentação segundo o qual a ponderação representa um procedimento racional na medida em que o seu resultado pode ser racionalmente fundamentado, o que pressupõe, por sua vez, a teoria da argumentação jurídica racional. Embora a lei da ponderação não forneça um procedimento de decisão que conduza, em todos os casos, a rigorosamente um resultado possível, ela determina aquilo que deve ser fundamentado; em outras palavras, ela estrutura racionalmente a argumentação. Fundamentação, argumentação e racionalidade estão, com isso, indissociavelmente ligadas entre si. (Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 144-152.)

possibilidade de ser ela o resultado de um certo procedimento, o do discurso racional.⁵¹ Sendo a argumentação uma atividade guiada pelas regras próprias da teoria do discurso, a união entre ponderação e argumentação permite qualificar os resultados obtidos por meio da ponderação como racionais.⁵²

2.2 O Modelo de Direitos Fundamentais Sociais Adotado por Alexy

Estabelecidas essas premissas, passa-se doravante ao tratamento específico da questão dos direitos fundamentais sociais na teoria de Robert Alexy, exposta pelo autor em sua clássica obra *Teoria dos Direitos Fundamentais (Theorie der Grundrechte)*.

Alexy entende os direitos fundamentais sociais (*soziale Grundrechte*) como direitos a prestação em sentido estrito (*Leistungsrechte im engeren Sinne*).

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do particular perante o Estado a algo que o particular, dispusesse ele somente de meios financeiros suficientes e encontrasse-se no mercado uma oferta suficiente, também de privados poderia ganhar. Quando se trata de direitos fundamentais sociais, portanto, por exemplo, de direitos à assistência, ao trabalho, à habitação e à formação, são considerados, em primeiro lugar, direitos a prestação em sentido estrito.⁵³

226

⁵¹ ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 78.

⁵² GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 315.

⁵³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 454. No original: "Leistungsrechte im engeren Sinne sind Rechte des einzelnen gegenüber dem Staat auf etwas, was der einzelne, verfügte er nur über hinreichende finanzielle Mittel und fände sich auf dem Markt ein hinreichendes Angebot, auch von Privaten erhalten könnte. Wenn von sozialen Grundrechten

Mesmo diante da inexistência, na Lei Fundamental alemã, de direitos fundamentais sociais formulados expressamente, a procura por direitos fundamentais sociais garantidos por ela é muito discutida na literatura jurídica e na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. O principal argumento a favor dessa classe de direitos é um argumento voltado para a liberdade (*Freiheitsargument*). Segundo esse argumento, uma liberdade jurídica (*rechtliche Freiheit*), vale dizer, a autorização para fazer ou deixar de fazer alguma coisa, é desprovida de valor se não acompanhada de uma liberdade fática (*faktische Freiheit*), ou seja, de uma possibilidade real de atuação do particular. Ainda segundo esse argumento, na sociedade industrial moderna, a liberdade fática da maioria dos titulares de direitos fundamentais não está no âmbito de um “espaço vital dominado” por eles (*beherrschten Lebensraum*), ela depende fundamentalmente de uma atuação do Estado para tornar-se possível.⁵⁴

Com isso, contudo, nada está dito ainda acerca do modo de promoção da liberdade fática. Poder-se-ia pensar que tal tarefa fosse destinada exclusivamente ao processo político, estando excluídos dela os direitos fundamentais. A esses caberia a proteção da liberdade jurídica; àquele, a da liberdade fática.⁵⁵

Para fundamentar a proteção da liberdade fática diretamente pelos direitos fundamentais, Alexy expõe dois argumentos. O primeiro deles trata da importância da liberdade fática para o indivíduo. Para o necessitado, a possibilidade de sair de sua situação vale mais do que as liberdades jurídicas que, em razão de sua carência, não lhe servem de nada, são meras

die Rede ist, also etwa von Rechten auf Fürsorge, Arbeit, Wohnung und Bildung, sind in erster Linie Leistungsrechte im engeren Sinne gemeint.”

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 455-459.

⁵⁵ *Ibidem*, S. 459.

fórmulas vazias. O segundo argumento baseia-se na ideia de que os direitos fundamentais, notadamente o da dignidade humana, têm por objetivo garantir ao indivíduo um espaço no qual ele possa desenvolver livremente sua personalidade, o que engloba não só a liberdade jurídica, mas também a liberdade fática.⁵⁶

São várias as objeções que podem ser levantadas contra os direitos fundamentais sociais. O objeto desses direitos é extremamente indeterminado e de difícil definição. Pode-se pensar, a partir disso, que a determinação do conteúdo de tais direitos estaria a cargo não do tribunal constitucional, mas do processo político. Para isso contribui também o fato de que a realização dos direitos fundamentais sociais exige consideráveis custos financeiros; é inaceitável que o tribunal constitucional disponha de uma grande parte da política orçamentária. Normas de direitos fundamentais sociais seriam normas não vinculativas, ou seja, normas cuja violação não poderia ser verificada pelo tribunal constitucional.⁵⁷

Além disso, os direitos fundamentais sociais colidem com outros direitos, notadamente com os direitos de liberdade (*Freiheitsrechte*). No caso do direito ao trabalho (*Recht auf Arbeit*) isso é particularmente claro. É impossível ao Estado garantir esse direito a todos os desempregados, a não ser que ele intervenha com demasiada força na iniciativa privada, de modo a descaracterizar a economia de mercado.⁵⁸

Alexy não busca rebater diretamente tais argumentos; ao contrário, leva-os em consideração no modelo que propõe para os direitos fundamentais sociais.

⁵⁶ Ibidem, S. 460-461.

⁵⁷ Ibidem, S. 461-463.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 463.

A solução consiste em um modelo que tem em conta tanto os argumentos pró como os contra. Esse modelo é expressão da ideia diretriz formal, acima exposta, que os direitos fundamentais da Lei Fundamental são posições que do ponto de vista do direito constitucional são tão importantes que sua concessão ou não concessão não pode ficar a cargo da maioria parlamentar simples. Relacionado com o problema presente, isso significa que cabem a cada as posições jurídico-prestacionais como direitos fundamentais sociais, que do ponto de vista do direito constitucional são tão importantes que sua concessão ou não concessão não pode ficar a cargo da maioria parlamentar simples.⁵⁹

A questão sobre quais direitos sociais o indivíduo definitivamente tem torna-se, com isso, uma questão de ponderação de princípios. Deve-se ponderar o princípio da liberdade fática (*Prinzip der faktischen Freiheit*) com os princípios formais da competência de decisão do dador de leis eleito democraticamente e da separação dos poderes e com princípios materiais, sobretudo com o da liberdade jurídica de outros titulares. Esse modelo não determina de antemão quais são os direitos fundamentais sociais que efetivamente cabem ao indivíduo, mas ele diz que o indivíduo possui alguns desses direitos e, mais além, o que é importante para a questão de sua existência e de seu conteúdo.⁶⁰

Embora reconhecendo que uma resposta detalhada a essa questão é tarefa da dogmática dos direitos fundamentais sociais,

⁵⁹ Ibidem, S. 465. No original: *“Die Lösung besteht in einem Modell, das sowohl den pro als auch den contra-Argumenten Rechnung trägt. Dies Modell ist Ausdruck der oben dargelegten formalen Leitidee, dass Grundrechte des Grundgesetzes Positionen sind, die vom Standpunkt des Verfassungsrechts aus so wichtig sind, dass ihre Gewährung oder Nichtgewährung nicht der einfachen parlamentarischen Mehrheit überlassen werden kann. Auf das vorliegende Problem bezogen bedeutet dies, dass jedem die leitungsrechtlichen Positionen als soziale Grundrechte zukommen, die vom Standpunkt des Verfassungsrechts aus so wichtig sind, dass ihre Gewährung oder Nichtgewährung nicht der einfachen parlamentarischen Mehrheit überlassen werden kann.”*

⁶⁰ Ibidem, loc. cit.

Alexy busca dar a ela uma resposta geral. Uma posição deve ser vista como jurídico-fundamentalmente garantida quando o princípio da liberdade fática o exige com urgência e os princípios formais e materiais em sentido contrário são afetados em uma medida relativamente baixa. É o que ocorre no direito a um mínimo existencial (*Recht auf ein Existenzminimum*), a uma habitação simples (*einfache Wohnung*), a uma formação escolar (*Schulbildung*), a uma instrução profissional (*Berufsausbildung*) e a um padrão mínimo de assistência médica (*Mindeststandard ärztlicher Versorgung*).⁶¹

O direito ao mínimo existencial é um direito fundamental social não escrito, reconhecido pelo Tribunal Constitucional Federal e pela maior parte dos autores alemães. Segundo ele, é dever do Estado garantir ao cidadão as condições básicas para uma existência digna.⁶² Alexy fundamenta o direito ao mínimo existencial por meio do princípio da autonomia; sob esse prisma, o direito ao mínimo existencial representaria a garantia dos meios necessários para que o indivíduo possa atuar de forma autônoma.⁶³ Trata-se de um direito subjetivo definitivo vinculante.⁶⁴

Também os direitos sociais mínimos possuem consideráveis efeitos financeiros, mas isso não significa que tais direitos não existam. O princípio da competência orçamentária do dador de leis (*Prinzip der Haushaltskompetenz des Gesetzgebers*) não tem, como qualquer outro princípio, caráter absoluto. Direitos

⁶¹ Ibidem, S. 465-466.

⁶² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 397-398.

⁶³ ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 120.

⁶⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 457.

fundamentais podem preponderar sobre razões político-financeiras, e a competência orçamentária do dador de leis não está imune a isso.^{65 66}

O modelo de direitos fundamentais sociais proposto por Alexy é baseado na ponderação. Como tal, o âmbito daquilo que é devido *prima facie* é maior do que o daquilo que é devido definitivamente. Os direitos fundamentais sociais são, na maioria dos casos, direitos *prima facie*. Isso não significa que eles não sejam vinculantes; significa apenas que, para chegar-se a um direito definitivo, deve-se passar pela ponderação.⁶⁷ Alexy usa, aqui, o exemplo da sentença *numerus clausus (numerus clausus-Urteil)*, na qual o Tribunal Constitucional Federal decidiu que o direito do cidadão a uma vaga no curso universitário que pretendia realizar estava sob a reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), no sentido daquilo que o indivíduo poderia razoavelmente pretender da sociedade. Esse caso torna clara a ideia dos direitos fundamentais sociais como direitos *prima facie*; eles só se tornam direitos definitivos quando não há razões de maior peso em sentido contrário.⁶⁸

231

3 Análise Crítica de Precedente do Supremo Tribunal Federal

Com o objetivo de demonstrar tanto a relevância do tema exposto quanto a sua atualidade para a prática jurídico-constitucional no Brasil, passa-se doravante a uma breve análise

⁶⁵ Ibidem, S. 466.

⁶⁶ Sobre isso, com outras indicações bibliográficas, ver LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 99-101.

⁶⁷ ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 468-469.

⁶⁸ Ibidem, S. 400.

orientada pela contraposição, e isso significa, aqui, crítica, de importante precedente emanado do Supremo Tribunal Federal, corte responsável pela guarda da Constituição da República, precedente esse relacionado com a efetivação de um direito social.

O precedente escolhido é o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337, oriundo do Estado de São Paulo, julgado pela 2ª Turma do STF em 23/08/2011. Na ocasião, discutiu-se acerca do dever, imposto por decisão judicial ao Município de São Paulo, de matricular crianças de até cinco anos de idade em unidades de ensino infantil (creches e pré-escolas) próximas à sua residência ou ao endereço de trabalho de seus responsáveis. Por unanimidade, foi negado provimento ao recurso, mantendo-se a decisão que reconheceu o dever do município relativamente à matrícula das crianças.⁶⁹

232

O voto condutor ficou a cargo do Ministro Celso de Mello. Em apertada síntese, é possível descrever a sua fundamentação da seguinte forma: sendo o direito à educação um direito social dos mais expressivos (artigos 205, 208, IV e 227, *caput* da Constituição da República) e, por sua natureza, um direito a prestações positivas, incumbe ao Poder Público a criação de condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso dos titulares desse direito ao sistema educacional, o que inclui o atendimento, em unidades de educação infantil, às crianças de até cinco anos de idade. O menosprezo a esse dever por parte do Poder Público acarretaria injustamente a frustração de um compromisso constitucional inafastável. Nesse sentido, a inércia governamental quanto a prestações relativas aos

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639337. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 ago. 2011. p. 125-172. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?si1=%28639337%2EENUME%2E+OU+639337%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qg3j88q>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

direitos sociais constitui uma omissão inconstitucional, o que autoriza o Poder Judiciário, em caráter excepcional, a atuar no âmbito da determinação de políticas públicas, sem que haja uma intromissão na competência dos demais Poderes. Embora a questão da “reserva do possível” assuma uma grande importância no âmbito de tais políticas públicas, o que significa que a sua concretização deva estar necessariamente vinculada às possibilidades econômico-financeiras do Poder Público, tal circunstância não pode ser invocada para inviabilizar o estabelecimento, em favor dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência, tendo-se em vista a intangibilidade do mínimo existencial.⁷⁰

Alguns pontos dessa fundamentação são, para os fins deste estudo, particularmente interessantes.

Embora não se fale expressamente em uma ponderação, a fundamentação do voto condutor permite depreender claramente que esse foi o método utilizado para chegar-se à decisão: foram postos em relação o direito fundamental social à educação, no caso, o direito à educação infantil, como expressão do mínimo existencial, e os fatores tendentes à limitação desse direito, no caso, a reserva do possível e o princípio da separação dos Poderes.

Esse *pôr em relação* pode ser nitidamente observado no seguinte trecho do voto condutor:

Não se desconhece que a destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639337. [...] p. 133-171.

opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras ‘escolhas trágicas’ [...], em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental.⁷¹

E, mais adiante, é dito:

Cabe ter presente, bem por isso, consideradas as dificuldades que podem derivar da escassez de recursos – com a resultante necessidade de o Poder Público ter de realizar as denominadas “escolhas trágicas” (em virtude das quais alguns direitos, interesses e valores serão priorizados “com sacrifício” de outros) –, o fato de que, embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana [...].⁷²

234

Isso posto, deve-se indagar: terá sido a relação entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” estabelecida de forma adequada? Embora ambos os conceitos sejam provenientes do direito constitucional germânico, chama a atenção o fato de que nenhuma obra de Alexy é citada na fundamentação. Alguns autores alemães, quase todos eles de menor expressão, são citados (nenhum na língua original); a maioria esmagadora de citações corresponde a obras de autores brasileiros e portugueses. Pode-se pensar que a recusa em se falar em ponderação,

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639337. [...] p. 151-152.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639337. [...] p. 153-154.

somada ao referencial teórico adotado no voto, prejudicaria a tecnicidade e a qualidade da fundamentação. A um olhar mais atento, essa impressão deixa-se confirmar.

Como visto, fala-se no voto condutor em “intangibilidade do mínimo existencial”, da mesma forma que em uma “insuperável limitação” da cláusula da reserva do possível pela exigência de preservação desse mínimo existencial. A fundamentação parece dar a entender que o mínimo existencial conferiria ao destinatário uma pretensão absoluta, insuscetível de limites em face da reserva do possível. E, sendo assim, incorre em gravíssimo equívoco.

Já foi demonstrado anteriormente que mesmo direitos sociais mínimos, como aqueles abrangidos pelo mínimo existencial, trazem consigo um ônus financeiro que não pode ser desprezado.⁷³ Por mais que o direito ao mínimo existencial seja, na teoria de Alexy, um direito definitivo, isso não significa que ele possa ser entendido como algo incontrastável. Dizer que o direito ao mínimo existencial tem um caráter definitivo significa conferir a ele a estrutura de regra. Isso, todavia, significa que o seu caráter *prima facie* é substancialmente mais forte que o caráter *prima facie* dos princípios que com ele possam colidir. Regras são mandamentos definitivos na medida em que contêm determinações no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas; todavia, com isso, não resta excluída a hipótese de existência de impossibilidades jurídicas e fáticas.⁷⁴ Tecnicamente, não pode ser *a priori* excluída a possibilidade de que um princípio antagônico prevaleça sobre a regra do mínimo existencial, se as razões para tanto falarem mais alto que aquelas dos princípios que sustentam essa regra.

⁷³ Ver *supra*, número 2, 2.2.

⁷⁴ Ver *supra*, número 2, 2.1.4.

Que a reserva do possível, como cláusula de restrição aos direitos fundamentais sociais, pode, sob determinadas condições, limitar a efetivação inclusive de direitos sociais mínimos é algo que beira o evidente. O próprio Alexy admite expressamente essa possibilidade quando aduz que, de acordo com o modelo de direitos fundamentais sociais por ele proposto, as necessárias ponderações podem conduzir, em diferentes circunstâncias, a diferentes direitos definitivos.⁷⁵ Sendo a reserva do possível uma cláusula de restrição cujo conteúdo, na formulação do Tribunal Constitucional Federal, pode ser encontrado naquilo que o cidadão pode, de forma razoável, esperar da sociedade, resta claro que a efetivação de qualquer direito social não pode ser dissociada da situação econômico-financeira existente à época, que pode significar um aumento ou uma diminuição nos recursos disponíveis para tal finalidade. Tempos de crise econômica são (obviamente) menos propícios à efetivação de direitos fundamentais sociais do que tempos de economia saudável.⁷⁶

Por outro lado, é igualmente certo que, nos termos da lei da ponderação, intervenções graves em direitos fundamentais sociais, como aquelas que dizem respeito à restrição de direitos relativos ao mínimo existencial, somente podem ser feitas com base em fundamentos tão ou mais graves.⁷⁷ Não basta, para conferir à cláusula da reserva do possível a força necessária para tanto, a mera alegação genérica de limitação de recursos; é necessário que essa limitação esteja, no caso

⁷⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 467.

⁷⁶ Pense-se apenas nas medidas de austeridade – em muitos casos, altamente impopulares, posto que demasiado restritivas a direitos fundamentais sociais – adotadas por diversos países pertencentes à União Europeia como decorrência da crise econômica iniciada em 2008.

⁷⁷ Ver *supra*, número 2, 2.1.5.

concreto, efetivamente demonstrada, de modo a criar, tanto quando possível, uma certeza relativamente aos fundamentos da intervenção. Isso está em conexão com a lei de ponderação epistêmica: “[...] quanto mais grave pesa uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais alta deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção.”⁷⁸

Vale dizer: aquele que pretende defender, concretamente, a tese da reserva do possível como limitadora de um direito social mínimo não encontra diante de si uma barreira intransponível, mas suporta a carga da argumentação. Sendo o direito ao mínimo existencial um direito definitivo, essa carga tem um peso muito grande. Por isso, pode-se dizer, com relativa certeza, que o número de casos nos quais haverá uma preponderância do direito ao mínimo existencial constitui a maioria.

O que foi dito até aqui é suficiente para demonstrar os defeitos técnicos na fundamentação do voto do ministro relator. A crítica pode ser sintetizada da seguinte forma: embora o método por trás da decisão seja claramente a ponderação, não se faz qualquer referência a ela, com evidente prejuízo à clareza que deve pautar a fundamentação das decisões judiciais, mormente aquelas emanadas da mais alta corte do país. Além disso, a ponderação realizada levou a uma “primazia absoluta” do direito ao mínimo existencial sobre a reserva do possível; trata-se de um sério equívoco, não só porque não é possível a existência de relações absolutas de primazia entre as normas, mas também porque o direito ao mínimo existencial é, como todo direito fundamental social, claramente suscetível a limitações em razão da cláusula da reserva do possível. A atribuição de uma carga argumentativa favorável ao direito ao mínimo existencial

⁷⁸ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de HECK, Luís Afonso (Org.). 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 91.

não implica a existência de uma preponderância desse direito em todos os casos e sob todas as circunstâncias possíveis.⁷⁹

É lícito pensar que, se houvesse sido feita uma ponderação adequada, o resultado seria idêntico àquele ao qual se chegou. De fato, não parece existir, no caso, um fundamento grave a possibilitar uma intervenção grave no direito fundamental social em questão (da leitura do acórdão, ao menos, não se deixa depreender nada nesse sentido). Uma ponderação realizada com rigor técnico e observância ao instrumental teórico posto à disposição muito provavelmente concluiria, no caso em discussão, pela existência de um direito das crianças e um correspondente dever do Poder Público quanto à matrícula em unidades de educação infantil.

Com isso, contudo, os ganhos relativamente à clareza conceitual e à precisão técnica seriam evidentes. O art. 93, inciso IX da Constituição da República exige que (sob pena de nulidade) sejam “fundamentadas todas as decisões” do Poder Judiciário. A expressa previsão de nulidade da decisão judicial não fundamentada deixa claro que esse dispositivo

238

⁷⁹ Nesse ponto, mostra-se relevante uma observação acerca das críticas à assim chamada “importação” de doutrinas estrangeiras. É útil, aqui, fazer uma distinção metafórica entre a “importação”, a “manutenção” e o “usuário”. O usuário que pretende adquirir um determinado produto do exterior pode importar esse produto, mas não pode importar a manutenção. O responsável pela manutenção, além de importar, tem de compreender o funcionamento do produto, para que possa manejá-lo adequadamente quando necessário. A crítica da doutrina à importação confunde o plano do usuário com o do responsável pela manutenção. No caso das teorias jurídicas estrangeiras, a doutrina e a jurisprudência nacionais (mormente no que tange ao Supremo Tribunal Federal) não são usuárias; são as responsáveis pela manutenção. A crítica seria procedente se elas fossem usuárias; afinal, o usuário não precisa conhecer o funcionamento do produto que importa (pode, portanto, importá-lo de forma “acrítica”). Do responsável pela manutenção, por outro lado, exige-se que conheça a fundo o funcionamento do produto. Isso significa que, no âmbito da doutrina jurídica nacional, a crítica à importação nada mais é do que uma autocrítica. Ainda em termos metafóricos, quando se tem em mente a teoria de Alexy, pode-se dizer que o responsável pela manutenção é o responsável pela fundamentação racional.

tem um caráter normativo, não meramente declaratório. Nesse sentido, fundamentação é equivalente à correção, o que inclui argumentação. Quanto às decisões da corte responsável pela própria guarda da Constituição, essa exigência deve ser colocada de forma especialmente vigorosa. Clareza conceitual é uma condição de possibilidade de qualquer ciência, e o direito não é uma exceção. Considerando-se que a justificação racional da aplicação de normas jurídicas é uma decorrência da própria ideia de Estado de Direito democrático, a utilização do método da ponderação racional é uma exigência que se impõe a todos os aplicadores do direito.⁸⁰

A corroborar o exposto anteriormente, um comentário final: o Brasil atravessa atualmente uma assustadora crise econômica. É perfeitamente possível que, diante das atuais circunstâncias, o Supremo Tribunal Federal seja, em breve, chamado a decidir um caso de restrição a direitos fundamentais sociais mínimos, no qual a cláusula da reserva do possível e outras condições limitadoras à efetividade de tais direitos pesem de forma extraordinariamente grave. Manter-se-á ele, nesse julgamento, fiel à incompreensível ideia de “intangibilidade do mínimo existencial”? A alternativa, nesse caso hipotético, seria entre manter-se fiel ao precedente aqui analisado (cujos fundamentos não são, de modo algum, adequados do ponto de vista técnico-científico) ou dele desviar-se, o que significaria que o tribunal não respeita o caráter vinculativo de seus próprios precedentes, com evidente prejuízo à segurança jurídica e à previsibilidade das decisões. Uma fundamentação rigorosamente técnica, na forma anteriormente descrita, poderia facilmente evitar o surgimento de tal problema.

⁸⁰ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 318.

Considerações Finais

Procurou-se, com o presente trabalho, apresentar o pensamento de Robert Alexy relativamente à questão dos direitos fundamentais sociais. Os pontos mais importantes serão aqui sintetizados.

Em primeiro lugar, os direitos fundamentais são direitos do homem convertidos em direito positivo. Direitos do homem possuem uma validade moral, ou seja, valem independentemente de sua positivação; contudo, como direitos preferenciais, eles reclamam a sua positivação da forma mais abrangente possível, o que necessariamente implica a possibilidade de sua judicialização. Com isso, direitos fundamentais devem ter uma força vinculativa ampla. Tanto a Constituição brasileira quanto a Lei Fundamental alemã preveem a possibilidade de aplicação imediata das normas de direitos fundamentais; todavia, o caráter vinculativo dos direitos fundamentais deveria ser reconhecido mesmo se tal previsão não existisse.

Além disso, as normas de direitos fundamentais têm, na maioria dos casos, caráter principiológico. Isso significa que elas não conferem direitos definitivos, mas apenas direitos *prima facie*. São normas carentes de ponderação. A Lei Fundamental alemã não prevê direitos fundamentais sociais expressamente, mas isso não impede o reconhecimento de tais direitos. O principal fundamento para isso é o princípio da liberdade fática; deve-se garantir ao particular a real possibilidade de desfrutar das liberdades jurídicas, sob pena de torná-las meras fórmulas sem conteúdo para ele.

A determinação dos direitos fundamentais sociais passa, portanto, por uma ponderação entre o princípio da liberdade fática e os princípios em sentido contrário, notadamente os princípios formais da competência orçamentária do dador de leis e da separação dos poderes e princípios materiais relativos

à liberdade jurídica de terceiros. Uma importante exceção à caracterização dos direitos fundamentais sociais como direitos *prima facie* é o direito ao mínimo existencial, que, na teoria de Alexy, é concebido como um direito definitivo.

No que tange à realidade brasileira, verifica-se que, diferentemente da Alemanha, o Brasil possui direitos fundamentais sociais generosamente elencados em sua Constituição. No caso brasileiro, o problema não está em determinar a existência de tais direitos, mas sim em torná-los efetivos, vale dizer, transformá-los em realidade no quadro de uma profunda desigualdade social que o país enfrenta historicamente. Nesse sentido, a teoria de Alexy pode ser muito produtiva. Por meio dela, pode-se reconhecer a efetividade das normas constitucionais sem que, com isso, seja exigido o impossível. A ponderação possibilita que tanto os direitos fundamentais sociais quanto as circunstâncias que limitam a sua efetivação entrem em jogo. Dito de outro modo: fatores políticos, econômicos e jurídicos podem impor barreiras à efetividade dos direitos fundamentais sociais. Com a ponderação, esses fatores podem ser postos em relação e, com isso, os direitos fundamentais sociais podem ser levados a sério.

Levar a sério os direitos fundamentais sociais é, em última análise, levar a sério a própria Constituição. A teoria da ponderação é um instrumento indispensável para que isso seja possível. Por mais que ela não ofereça um procedimento de decisão que conduza, em todos os casos, rigorosamente a um único resultado possível, ela permite que a argumentação seja estruturada de forma racional. Para os direitos fundamentais sociais, isso significa que a sua efetividade pode ser reconhecida mesmo tendo-se em consideração as circunstâncias que a limitam. Ao mesmo tempo, ao estruturar a argumentação, a ponderação permite um controle da racionalidade das decisões nesse âmbito, algo extremamente importante

para que sejam evitadas decisões motivadas por fatores emocionais (e, portanto, irracionais) em um campo tão suscetível a debates ideológicos e à subjetividade quanto o dos direitos fundamentais sociais.

Referências

ALEMANHA. Grundgesetz (1949). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Disponível em: <<https://www.bundestag.de/grundgesetz>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck (Org.). 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

242

_____. Teoria do Discurso e Direitos Fundamentais. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Estado Ideal Exige Combinação de Liberdade e Proteção Social*. Florianópolis, 25 abr. 2014. Vídeo em meio eletrônico (15min37s), son., color. Entrevista concedida a Luis Fernando Silva de Carvalho. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=j8WKDKC9JEk>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

_____. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. *Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo* 639337. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28639337%2EENUME%2E+OU+639337%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qg3j88q>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HECK, Luís Afonso. Regras, Princípios Jurídicos e sua Estrutura no Pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

_____. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

_____. *Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil. Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 29, jan./mar. 1999.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHWABE, Jürgen. O Chamado Efeito Perante Terceiros dos Direitos Fundamentais para a Influência dos Direitos Fundamentais no Tráfego do Direito Privado. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Textos Clássicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Submissão: 30/03/2015

Aceito para Publicação: 14/07/2015