

SÉRGIO OSBORNE MOREIRA ALVES

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, “RESERVA DO POSSÍVEL” E
PROPORCIONALIDADE**

Desafios à Concretização da Constituição do Estado Democrático e Social Brasileiro

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito
para obtenção de grau de Mestre pelo Programa de
Pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Orientador: Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Porto Alegre

2008

SÉRGIO OSBORNE MOREIRA ALVES

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, “RESERVA DO POSSÍVEL” E
PROPORCIONALIDADE**

Desafios à Concretização da Constituição do Estado Democrático e Social Brasileiro

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito
para obtenção de grau de Mestre pelo Programa de
Pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Aprovado em _____, de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro

Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes

AGRADECIMENTOS

Agradeço, de forma especial, ao professor orientador Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, por todo incentivo, compreensão e confiança dispensados ao longo desta caminhada, especialmente pela orientação e organização de idéias sem as quais este caminho restaria incompleto.

Agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES sem o apoio da qual este caminho não teria continuado.

Agradeço a todos os professores do Programa de Pós-graduação em Direito e da Faculdade de Direito da PUCRS, pela amizade e pelo exemplo de profissionalismo, qualificação, comprometimento pessoal e humano, bem como por terem proporcionado intensos, respeitosos e profundos debates ao longo desta caminhada. Agradeço aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito, pela atenção e convívio agradável nestes anos de trabalho.

Agradeço aos amigos e colegas pelo incentivo inestimável para cruzarmos a linha de chegada e pelo convívio e presença constantes em minha vida.

Agradeço, especialmente, à minha família, fonte de inspiração e motivação para seguir adiante, combater e vencer, pela presença e pelo amor com que brindam minha existência, porto seguro e esteio de uma ambiência saudável e harmoniosa.

Por fim, sou grato a Deus.

Porto Alegre, dezembro de 2008.

Written Laws are like spiders' webs; they will catch, it is true, the weak and poor, but would be torn in pieces by the rich and powerful.

Anacharsis, Scythian prince of the Sixth Century B.C. *In* KNOWLES, Elizabeth. **The Oxford Dictionary of Quotations**. Oxford: Oxford University Press. p. 14.

RESUMO

Esta pesquisa investiga os direitos fundamentais sociais a partir de uma breve análise da sua perspectiva histórica e passa a desenvolver suas características frente aos limites e restrições que buscam harmonizar a concretização daqueles direitos. Iniciaremos pelo estudo da evolução histórica dos direitos fundamentais sociais, verificando que o fenômeno da transição do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito serviu de base estruturante para uma proteção dos direitos fundamentais sociais que fosse mais efetiva. Neste contexto, a estrutura normativa destes direitos, em sua dupla dimensão de princípios e regras, permite abordar com maior amplitude e desenvoltura algumas formas de harmonização no exercício dos direitos fundamentais, bem como não restringe, de plano, o âmbito de proteção normativo, mas remete ao aplicador do direito a tarefa de identificar, caso a caso, estes limites, sempre com respaldo constitucional. Os limites dos direitos fundamentais serão estudados conforme as teorias externa e interna, buscando suas vinculações com o tema da reserva do possível, com o princípio da proporcionalidade e com a proteção do mínimo existencial como um limite material a qualquer forma de restrição, pugnando pela adoção da teoria externa das restrições como a constitucionalmente adequada para o sistema jurídico brasileiro. A reserva do possível será estudada como um elemento externo ao conteúdo dos direitos fundamentais sociais, sendo que a proporcionalidade exercerá um importante papel no desenvolvimento do conteúdo de ambos, especialmente através da correta aplicação de seus três elementos operativos. Com isto, defenderemos que o Judiciário tem competência e legitimidade democrática para decidir casos acerca da proteção e promoção dos direitos fundamentais sociais, mesmo que tais decisões venham a revelar algum conteúdo político, pois a proteção daqueles direitos significa, acima de tudo, a proteção do ser humano na máxima extensão de sua dignidade.

Palavras-chave: Administração – Cidadania – Constituição – Custo – Democracia – Dignidade da Pessoa Humana – Direitos Fundamentais – Eficácia – Estado de Direito – Limites e Restrições – Proporcionalidade

ABSTRACT

This research investigates fundamental social rights from a concise study of their historical perspective, and advancing their characteristics toward limits and restrictions which seek to bring harmony for the fundamental rights fulfillment. It is investigated some important facts about the historical development of fundamental social rights, which unravel a structural foundation of an effective protection to social rights in the transition from the Liberal State of Law to the Democratic State of Law. In this context, the normative structure of those rights, in its double dimension as principles and rules, allows to approach some ways to harmonize the fulfillment of those rights in a broader and more unrestrained fashion, as well as it does not restrain the ambit of protection of those rights without further thought, a task which is commonly laid down on public officials who shall identify, case-by-case, the boundaries of rights at stake, always pursuant to the Constitution. The limits to fundamental social rights are investigated under the external and internal theories of restrictions, developing the connection these theories have with the “*reserva do possível*”, the proportionality and the protection of the “*existential minimum*” as a substantive limit to any restriction. It is defended that the external theory is best fitted to Brazilian constitutional system. Therefore, the “*reserva do possível*” will be understood as an external limit to fundamental social rights, which brings the proportionality as an important tool in advancing the contents of fundamental rights and their restrictions, especially when the three elements of proportionality are correctly applied. Thus, it is defended that the Judiciary does not lack the competence, nor the constitutional democratic lawfulness to protect and advance fundamental social rights, even if those decisions bring some political trait within, because the safeguarding of those rights means, above all, protecting the human being in his dignity’s full extension.

Key-words: Administration – Citizenship – Constitution – Cost – Democracy – Human Dignity – Fundamental Rights – Efficacy – State of Law – Limits and Restrictions – Proportionality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: EVOLUÇÃO, CONCEITO E SIGNIFICADO	18
1.1 BREVE PANORAMA HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA BUSCA DE SUA JUSTIFICAÇÃO HISTÓRICA, POLÍTICA E SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – DAS REVOLUÇÕES À PÓS-MODERNIDADE	21
1.2 A TRANSIÇÃO DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL E A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.	30
1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E ALGUMAS PREMISSAS METODOLÓGICAS PARA O ESTUDO DOS LIMITES E RESTRIÇÕES.....	39
1.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SUA PERSPECTIVA OBJETIVA.....	49
1.5 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS (SOCIAIS) E A DUPLA DIMENSÃO DEFENSIVA E PRESTACIONAL SUBJETIVA: UMA CLASSIFICAÇÃO MULTIFUNCIONAL	54
2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: APLICABILIDADE IMEDIATA, LIMITES E RESTRIÇÕES.....	69
2.1 A APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS	72
2.2 A NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO CENÁRIO POLÍTICO COMO UMA ANÁLISE PRÉVIA DOS LIMITES E RESTRIÇÕES	77
2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E AS TEORIAS SOBRE OS LIMITES E RESTRIÇÕES	84
2.4 O CONCEITO DE RESTRIÇÕES, SUAS MODALIDADES E A DOCTRINA DA IMANÊNCIA	94
2.5 O TEMA DOS LIMITES E RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A “RESERVA DO POSSÍVEL”	107
3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, A “RESERVA DO POSSÍVEL” E O MÍNIMO EXISTENCIAL	111
3.1 A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE OU RESTRIÇÃO MATERIAL E JURÍDICA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS	117
3.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	140
3.3 A RESERVA DO POSSÍVEL, OS LIMITES DOS LIMITES E A PROTEÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL	163
3.4 A VIA JUDICIAL COMO UM DOS CAMINHOS DEMOCRÁTICOS DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	175
CONCLUSÃO	192
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	200

INTRODUÇÃO

A preocupação com a proteção da pessoa está (ou deveria estar) na lista das maiores prioridades do Estado e da Sociedade. Tal proteção não significa simplesmente resguardar o bem estar físico do indivíduo, mas proporcionar, mediante ações e abstenções, o desenvolvimento pleno da pessoa enquanto ente inserto num ambiente pluralista e dinâmico. O primeiro passo a ser dado é o reconhecimento de direitos fundamentais dos homens no sistema Constitucional de uma Nação, passo largamente dado no caso brasileiro.

A Constituição cidadã de 1988 contém uma gama de direitos fundamentais capaz de causar inveja em muitos países industrializados, porém sua *inefetividade*¹ expõe ao mundo o pecado de nossa nação: desrespeito aos direitos materialmente fundamentais e à efetividade de seu sistema. Buscamos, então, através deste ensaio, delimitar uma linha de argumentação capaz de enfatizar prisms de proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos como um dos caminhos à construção de uma sociedade mais justa. Buscamos, assim, uma forma de reduzir, gradativamente, as desigualdades que elevam o nível de descrédito da sociedade para com o Estado e o Direito. Para tanto, iniciaremos com uma importante, contudo, breve passagem sobre o histórico dos direitos fundamentais, sua positivação e as teorias que os investiga a fim de encontrar o melhor diálogo entre Estado, Sociedade e aplicabilidade dos direitos.

A primeira parte desta investigação se concentrará em alguns dos movimentos históricos mais expressivos para os direitos fundamentais, propondo questionamentos acerca da origem destes direitos e de sua importância para a comunidade. O marco temporal proposto se encontra nas revoluções oitocentistas que marcaram a luta pela liberdade que, pelos limites deste trabalho, não serão exaustivamente estudados, mas buscaremos pinçar os elementos nodais do desenvolvimento dos direitos fundamentais neste contexto sociopolítico e sua transição para a maior complexidade do século XXI no contexto sociocultural, mas não sem antes passar pelo contexto socioeconômico. Neste diapasão, buscaremos desenvolver o conceito dos direitos fundamentais e fundamentais sociais com base neste substrato sociológico que lhes confere essência e conteúdo, partindo dos problemas sociais que fundamentam os intensos debates sobre sua efetividade, tema destinado para o final desta investigação. Questionaremos os problemas enfrentados pelo Estado Liberal clássico, seu individualismo e formalismo excludentes como fatores que influenciaram seu desenvolvimento para modelos de Estado que se aproximassem da sociedade, especialmente sobre as formas essenciais de proteção do ser humano, análise que se revela intensamente vinculada ao tema dos limites e restrições dos

¹ Pedimos vênia para utilizar este neologismo e retratar um problema que não é exclusivo do Brasil.

direitos fundamentais e formas para seu reconhecimento e operacionalização que são o objeto da segunda e da terceira parte deste trabalho.

Enfrentaremos, ainda que sem o intuito de esgotar o tema, a questão tanto do formalismo quanto do positivismo na formação do Estado Liberal, bem como sua transição para o Estado Democrático de Direito. O Estado Socioambiental de Direito não será diretamente investigado em face das limitações do presente estudo, mas, em razão de sua importância, faremos breves remissões, quando entendermos pertinentes, para elucidar a linha argumentativa adotada. Neste contexto, objetivamos buscar a origem dos Direitos Fundamentais Sociais partindo do estudo de nossa Sociedade a partir das revoluções dos séculos XVIII e seguintes, passando ao largo dos Estados clássicos em vista do limite proposto. Tal limite nos é imposto em razão do porte de nosso ensaio, mas de forma alguma reduz a importância das correntes que o precederam. O primeiro capítulo estará voltado, nesse passo, à conceituação dos direitos fundamentais, na busca de seu conteúdo e significado, partindo sempre de uma análise mais genérica para, ao final, focalizarmos nos direitos fundamentais sociais e, com base na argumentação tecida, defender sua fundamentalidade.

Traçaremos, também, algumas linhas sobre a evolução do Estado de Direito, com o objetivo de debater sobre a inconsistência que sempre seguiu as evoluções da Sociedade em países menos desenvolvidos como o Brasil (imaturidade institucional). Enquanto que nos países desenvolvidos as modificações das ideologias e do próprio Estado se davam em séculos, em países menos desenvolvidos as mesmas evoluções ocorriam em décadas. Neste sentido, o Brasil passou por traumatizantes crises (políticas, institucionais, sociais) ao longo de sua história, crises que ajudaram a construir o sistema de direitos fundamentais e os princípios fundamentais que hoje norteiam nosso Estado e nossa Sociedade (ou pelo menos deveriam nortear). Neste sentido, os direitos fundamentais exerceram um papel importante em nossa sociedade, sempre buscando maior firmeza e segurança em suas relações privadas e entre os indivíduos e o Estado, assertiva que buscaremos comprovar com nossa investigação e, dessa forma, sedimentar o conceito de direito fundamental social. Investigar-se-á, neste contexto, a influência da *questão social* na razão de ser do Estado Brasileiro, isto é, como identificar as novas funções do Estado Democrático de Direito e de que forma este novo modelo deverá se posicionar na defesa do indivíduo e na promoção do desenvolvimento individual e intersubjetivo deste, ou seja, questionaremos os problemas acerca da igualdade material e como o Estado e a Sociedade poderão se preparar para enfrentá-los a fim de atingir o nível ótimo de justiça social.

Uma vez enfrentado o tema da evolução histórica do Estado e da justificação dos direitos fundamentais sociais neste contexto, ainda que de forma singela e sem a pretensão de exaurir o debate, analisaremos a estrutura da norma de direito fundamental e suas espécies, bem como os reflexos gerados por esta classificação no tema dos limites e restrições dos direitos fundamentais. Buscamos analisar o tema com o objetivo de identificar uma das formas de classificação das normas de direito fundamental adequada ao sistema jurídico brasileiro, com base na doutrina tanto nacional quanto estrangeira, identificando as contribuições essenciais para o desenvolvimento do tema da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, procurando estabelecer algumas diretrizes para a solução das tensões entre dispositivos e interesses, reforçando a importância da fixação de normas de competências claras, bem como a essencialidade do debate dialético na concretização dos comandos constitucionais para a solução de conflitos normativos, especialmente na identificação de direitos subjetivos individuais a partir dos comandos da Constituição.

Buscaremos elucidar um debate correlato à estrutura das normas de direitos fundamentais que os identifica tanto numa perspectiva objetiva quanto subjetiva, ao lado da sua multifuncionalidade. Neste sentido, enfrentaremos as questões sobre o reconhecimento da primeira perspectiva, sua importância, objetivos e aplicabilidade à manutenção do Estado Democrático de Direito, temas correlatos com a (e decorrentes da) evolução do Estado Liberal Clássico para o Estado Democrático, ao lado de postulados das teorias de justiça, sem, contudo, aprofundar o conteúdo destas teorias. Objetivamos investigar a perspectiva objetiva e demonstrar tanto sua dimensão autônoma quanto suas conexões com a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Já o estudo desta perspectiva nos conduzirá ao debate da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, os objetivos do sistema de direitos fundamentais, bem como a evolução da teoria dos *status* para reforçar princípios fundamentais da ordem jurídica brasileira ao mesmo tempo em que se busca a proteção do indivíduo contra vicissitudes existenciais que possam vir a lhe tolher extensões de sua dignidade. Investigaremos os direitos fundamentais sociais em sua dupla dimensão, defensiva e prestacional, objetivando estabelecer os primeiros passos dos debates acerca de limites e restrições, especialmente no prisma da reserva do possível, tema dos capítulos subseqüentes. Enfrentaremos o debate acerca do estreitamento do diálogo entre valor e norma e sua importância para a proteção da constituição material e do Estado Democrático de Direito.

A segunda parte desta investigação destina-se ao tema da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e seus limites e restrições. Analisaremos a aplicabilidade imediata, mas não sem antes debatermos sobre algumas definições terminológicas e a respeito da classifica-

ção das normas constitucionais. Este debate, contudo, visa apenas a fixar alguns pontos importantes da linha traçada neste trabalho sem o condão de aprofundar a matéria em toda sua complexidade, em que pese deixarmos algumas referências para aprofundamento ao longo da exposição. Buscaremos delimitar alguns aportes do alcance do art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, concentrando o estudo na investigação dos direitos fundamentais sociais, mas sem descuidar das conexões com as outras dimensões, analisando-as, ainda que brevemente, quando se mostrar oportuno. Pretendemos estabelecer alguns parâmetros nos quais se sedimentará a atuação do aplicador do direito, seja ele integrante do Legislativo, do Executivo, do Judiciário ou membro da comunidade. Neste diapasão, enfrentaremos o tema da dupla faceta dos direitos fundamentais, jurídica e política, e como este fenômeno tem sido utilizado, inclusive, para denegar a fundamentalidade dos direitos sociais, mas buscaremos apresentar argumentos que vencem este posicionamento e que servem para estabelecer a força jurídica da constituição bem como o método de coexistência dos direitos.

Abordaremos com mais densidade o tema dos limites e restrições tendo como pressuposto a inexistência de direitos absolutos. Enfatizaremos a importância do debate para concretizar direitos na máxima medida possível, sempre de forma progressiva e sem destituí-los de eficácia, seja na perspectiva defensiva, seja na prestacional dos direitos fundamentais sociais. Enfrentaremos as questões e tensões acerca do conteúdo dos direitos, sobre a identificação deste conteúdo e de sua extensão na norma constitucional, a temática de sua universalização para a construção de um âmbito de proteção efetivo. Assim, buscaremos identificar as posições fundamentais conferidas para os indivíduos em face dos direitos constitucionalmente garantidos, ao lado do reconhecimento de posições jurídicas constitucionais amplas e indefinidas que possam ser identificadas de forma mais densa conforme as peculiaridades do caso concreto, através da ponderação de interesses, esta que será o tema a ser enfrentado na terceira parte desta investigação. Na temática dos limites e restrições, abordaremos as teorias que os estudam e apontaremos aquela que entendemos constitucionalmente adequada, bem como buscaremos situar o tema da reserva do possível, ainda que de forma, por enquanto, periférica, em uma das teorias estudadas. Também abordaremos a questão sobre os limites imanentes, buscando sempre vinculá-los a uma leitura sistemática da constituição federal ao lado das atividades de restrição e configuração legislativa de seus comandos.

Após enfrentar este debate propedêutico, buscaremos elucidar a melhor forma conceitual de restrições, bem como seus vínculos com a atividade legislativa infraconstitucional na tarefa de complementação do sistema constitucional como um todo, em especial o sistema de direitos fundamentais. Este debate restará retomado em outra oportunidade quando trata-

remos da atividade legislativa sob o prisma do excesso ou da insuficiência, por isso, neste momento apenas traçaremos algumas linhas basilares para o tema dos limites e restrições. Assim, buscaremos abordar temários tais como competências entre as funções do Judiciário, Legislativo e Executivo, o conteúdo das reservas legislativas, bem como demarcar a transformação de direitos *prima facie* para direitos definitivos, tema que introduz o tópico das espécies de colisões que também serão abordadas neste contexto e que demanda um maior e mais intenso aprofundamento das formas de interpretação constitucional que sejam adequadas para preservar ao máximo os valores sociais do Estado brasileiro. Esta caminhada busca revelar algumas formas de se reconhecer a legitimidade dos limites e restrições dos direitos fundamentais sociais com o objetivo de preservar sua coexistência harmônica através da interpretação constitucional que busca a máxima preservação de cada conteúdo com o mínimo de sacrifício dos indivíduos e da coletividade.

A segunda parte desta investigação se revelou a seção mais objetiva e concisa do estudo desenvolvido. Explica-se. As teorias sobre limites e restrições estão em constante desenvolvimento na doutrina e na jurisprudência de forma que o objetivo desta investigação concentra-se na análise das tensões existentes e indicar, quiçá, alguns dos caminhos possíveis para uma interpretação constitucional adequada à luz do princípio da aplicabilidade imediata e da constatação de que não existem direitos absolutos. Em que pese o tema da reserva do possível integrar o debate dos limites e restrições, havemos que seria melhor desenvolvida na terceira parte deste estudo, pois consideramos que existe um vínculo indissolúvel entre reserva do possível e a temática dos limites aos limites conforme o princípio da proporcionalidade e o mínimo existencial. Desta forma, apesar de buscarmos um debate mais denso na segunda parte, consolidamos os argumentos ali expostos no desenvolvimento mais detalhado na terceira parte, com o objetivo de agregar mais esta singela contribuição.

Com efeito, na terceira parte desta investigação concentramos os esforços no estudo dos conceitos correlatos de *reserva do possível*, *proporcionalidade e mínimo existencial*, buscando, na medida do possível, precisar, em parte, algumas formas para identificar seus conteúdos. Abrimos esta seção levantando algumas questões e tensões a respeito da eficácia e efetividade dos direitos sociais, inclusive pelo judiciário, procurando introduzir o tema da máxima eficácia num universo de recursos que são destinados conforme a compreensão de necessidade e escassez adotadas pelo Estado. Buscamos elucidar que muitas destas decisões acabam no Judiciário, sendo que se revela de extrema importância o cuidado do julgador em sopesar bens e interesses com os princípios (materiais e procedimentais) do Estado Democrático de Direito. Neste diapasão, buscamos demonstrar algumas diferenças no resultado de ações

coletivas quando comparadas às ações individuais, bem como, ainda que brevemente, apontar as peculiaridades a que cada uma se sujeita. Da mesma forma, buscamos demonstrar que há um grande empenho do Estado em prol dos direitos fundamentais (empenho organizativo), mas que só o empenho não tem sido suficiente já que, muitas vezes, os órgãos criados pelo próprio Estado acabam enfrentando obstáculos criados por este, daí surgindo a necessidade de aprimoramento das formas de participação social na gestão pública, um reforço democrático que ainda tem muito caminho pela frente e que, nesta investigação, foi apenas referido para não passar em branco.

Este debate nos conduz, diretamente, ao tema da reserva do possível, seu conceito e limites, razão pela qual decidimos enfrentar o debate nesta seção, destinando a segunda parte do trabalho exclusivamente para o enfrentamento dos pressupostos teóricos dos limites e restrições. Buscaremos reforçar a posição do legislador infraconstitucional no Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que não reduzimos o papel do Judiciário em controlar as escolhas do Estado sobre a intensidade de proteção e promoção dos direitos fundamentais sociais, ao lado do controle social que reforça o próprio significado da Democracia. Objetivamos, também, identificar algumas das ferramentas à disposição da sociedade para identificar as necessidades e carências sociais que precisam pronto atendimento e como estas ferramentas poderão auxiliar a gestão financeira pública na alocação de recursos mediante alguns exemplos.

Buscaremos questionar as tensões entre a efetivação dos direitos fundamentais sociais e as reservas financeiras do Estado, construindo algumas formas de classificação da reserva do possível conforme os ensinamentos doutrinários. Avaliaremos como esta classificação poderá auxiliar na avaliação dos argumentos sobre reserva de recursos em face da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, debate que é travado, como esperamos demonstrar, tanto no Judiciário, como no Executivo e no Legislativo e, por isso, volta-se ao tema da participação social como uma ferramenta eficiente de legitimação das decisões governamentais e, inclusive, judiciais, especialmente no âmbito das ações coletivas. Procura-se demonstrar o papel desempenhado pelas demandas judiciais, sejam individuais, sejam coletivas na efetivação dos direitos fundamentais e como esta influência poderá ser salutar para as finanças públicas. Assim, buscamos arrolar argumentos a favor e contra a atuação judicial, bem como argumentos acerca das formas de relativização do fator “custo” dos direitos prestacionais. Neste contexto, buscaremos alguns exemplos de efetivação judicial e extrajudicial, comparando-os para tentar demonstrar que, em um Estado Democrático de Direito, ambos deverão coexistir harmoniosamente.

Uma vez delimitado o campo de atuação da reserva do possível, passaremos a analisar um dos instrumentos que permitem o convívio harmonioso entre efetivação e escassez de recursos que é o princípio da proporcionalidade. Não ingressaremos no debate acerca da classificação da proporcionalidade como princípio, em razão dos limites impostos nesta investigação, mas adotaremos, apenas, o vocabulário corrente na doutrina e na jurisprudência para estudarmos sua estrutura e operacionalização, tratando-a como princípio. Investigaremos a proporcionalidade em sua dupla dimensão de proibição do excesso e de proibição de proteção insuficiente segundo seus três elementos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Enfrentaremos a questão sobre as conexões deste princípio jurídico com o tema dos limites e restrições, especialmente nos casos de colisão de direitos e interesses onde a técnica da ponderação se revela importante.

Com efeito, buscaremos ingressar no instigante tema das competências das funções do Estado para desenvolver algumas formas de equilíbrio entre Legislativo, Executivo e Judiciário, onde a proporcionalidade exerce papel fundamental para traçar alguns limites do controle judicial sobre políticas públicas e sobre as ingerências do Estado (por excesso ou insuficiência) na vida dos indivíduos. Investigaremos, neste prisma, as funções que a proporcionalidade exerce no Estado Democrático de Direito, as formas com as quais este princípio constrói as pontes entre o formal e o material, analisando-o conforme seus três elementos e sua aplicação pelo intérprete da constituição.

Verificaremos os casos em que a proporcionalidade tem sido aplicada com mais frequência, bem como buscaremos desenvolver algumas linhas sobre os métodos para solucionar tais tensões de forma mais racional e menos subjetiva possível. Neste sentido, enfrentaremos as críticas à técnica da ponderação de bens, após conceituá-las e identificar seu momento de utilização, estudando as formas pelas quais esta técnica pode ser levada a efeito e como se relaciona com o tema da reserva do possível, máxima eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, separação de poderes, estado de direito e outros princípios com os quais busca dialogar.

Outro tema de extrema relevância para o debate travado nesta investigação diz respeito ao *mínimo existencial*, seu conceito e conteúdo no Estado de Direito para a efetiva proteção do indivíduo em toda a extensão de sua dignidade. Objetivamos traçar algumas linhas sobre este limite dos limites dos direitos fundamentais indicando seus vínculos com a proporcionalidade e com os demais princípios constitucionais. Outrossim, buscaremos identificar as funções do mínimo existencial segundo as teorias que buscam explicar sua operacionalidade para limitar restrições dos direitos fundamentais. Estudaremos, de forma especial, as teorias

relativa e absoluta, buscando em seus postulados algumas justificativas constitucionalmente adequadas para proteger o indivíduo contra atuações do Estado que se revelem restritivas de direitos fundamentais, identificando a natureza jurídica do mínimo existencial, refletindo acerca do conteúdo deste mínimo bem como aquilo que está além dele em termos de intensidade de sua força jurídica.

Enfrentaremos o tema da legitimidade do Judiciário em controlar os direitos sociais, especialmente sob o prisma da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Neste contexto, ingressaremos na discussão do equilíbrio entre as funções Legislativa, Executiva e Judicial questionando sobre algumas formas para implementar uma participação democrática mais ativa dos cidadãos nas decisões, inclusive judiciais, que têm por objeto a distribuição dos bens sociais. Traremos algumas reflexões sobre a legitimidade dos julgadores na concretização dos direitos fundamentais, mesmo que tais decisões tenham reflexos políticos, pois separação de poderes e segurança jurídica, como princípios, também não podem ser considerados absolutos e devem ser compreendidos como mais um argumento que poderá ceder em face, por exemplo, da dignidade da pessoa humana por causa de condições específicas do caso concreto. Neste sentido, esperamos ter encontrado alguns dos melhores caminhos para justificar esta atuação legítima e racional, plenamente controlável por causa da boa utilização do método ponderativo a fim de concretizar a constituição e os direitos fundamentais na sua máxima extensão possível.

Para desenvolver o tema acima delimitado optamos por dividir a investigação em três capítulos: um sobre o conceito, conteúdo e significado dos Direitos Fundamentais, especialmente voltado para os Sociais, tratando de sua evolução histórica e dos conceitos basilares para a compreensão de sua estrutura; o segundo capítulo destinamos ao tema dos limites e restrições dos direitos fundamentais; o terceiro buscamos tratar das formas de superação destes limites e restrições, especialmente da restrição edificada pela reserva do possível. Para tanto, nossa metodologia foi direcionada pela busca bibliográfica nacional e estrangeira, bem como a aplicação das premissas teóricas na prática jurisprudencial de nosso país, buscando uma abordagem dedutiva e crítica com respaldo na evolução da sociedade brasileira. Pautamos esta investigação por um modesto objetivo de contribuir para o debate acerca da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais na ordem jurídica brasileira, sem almejarmos esgotar tão relevante tema.

CONCLUSÃO

Busca-se trilhar alguns dos caminhos que possibilitem alcançar o consenso. Através das linhas traçadas nesta investigação pretendeu-se demonstrar que os seres humanos buscam o acordo sobre como viver em comunidade de modo que possamos usufruir de todos os bens que estejam à disposição dos indivíduos, respeitando-se mutuamente. Um dos caminhos possíveis é a efetivação dos direitos fundamentais com maior e mais ampla participação democrática. Os caminhos vêm sendo desbravados, lentamente, através da evolução dos direitos humanos e direitos fundamentais com seu reconhecimento, eficácia e efetividade nos diferentes modelos de Estados. Precisamos, como seres humanos, aprender a viver e conviver com nossas diferenças sem impor nossos modelos uns aos outros, ao revés, devemos complementá-los para atender melhor nossos anseios, nossas reivindicações, nossas necessidades mais vitais e básicas.

Para atingir tais objetivos, hoje utópicos e, quiçá, amanhã reais, a teoria dos direitos fundamentais contribui substancialmente para, com o evoluir da sociedade e do Estado, resgatar os conceitos morais e os valores para o Direito e, assim, humanizar as instituições e o próprio aplicar (efetivar) da norma. Tal desiderato pode ser constatado a partir da evolução dos modelos de Estado que estudamos, onde passamos de um estado “guarda noturno” para o Estado “paternalista” que foi o Social do modelo *welfare state* e, hoje, vivemos na busca de compatibilizar os postulados de um e de outro no Estado Democrático e Social de Direito.

O Estado Liberal se baseou nas “liberdades”, no Estado ausente, na crença de que o homem nasceu livre e igual para se desenvolver de acordo com suas próprias forças em igualdade de condições para atingir o sucesso. Por isso o “guarda noturno” servia para manter intacta esta liberdade assegurando, Constitucionalmente, esses direitos a ela relacionados (propriedade, contrato, limites territoriais, normas organizacionais) mediante a separação de poderes que nada mais era do que a limitação (ou as algemas) do Estado. Este passou a ser o Estado-Lei, onde a lei era o produto messiânico da racionalidade humana, infalível; nela tudo poderia ser encontrado para reger a sociedade, as relações privadas e o Estado. Não previa, contudo, que a sociedade era, como sempre foi e sempre será, um agrupamento humano de desiguais, de fracos e fortes, de bons e maus, de pessoas com oportunidades infinitas de se desenvolver e se auto-determinar e, outros, nem tanto. Logo, o positivismo migrou para uma teoria dos valores onde estes eram colocados acima de todo o ordenamento como mandamentos superiores, sem justificação ética, sem legitimação.

O desenvolvimento econômico e as desigualdades sociais sempre crescentes, aliados ao Estado fraco e ao Estado valorativo e tirânico, conduziram a sociedade ao Estado Social, ou seja, todos os problemas sociais de desigualdade, pobreza, exclusão social poderiam ser resolvidas através de um “*Levitã*” que encontrava alguns limites na Constituição e na lei, um Estado presente, um Estado que começa a regular a tudo e a todos, a executar serviços essenciais em inúmeras esferas da sociedade (saúde, educação, utilidades públicas, etc.). O resultado foi a falência do próprio Estado, bancarrota que nos levou a repensar o papel do Estado e da Sociedade, a buscar uma forma de reduzir as desigualdade sociais, econômicas e culturais mediante um desenvolvimento sustentável, preservando não só os valores da Sociedade atual, mas também a natureza e os recursos naturais.

A falência do *welfare state* não se deu em sua conotação tipicamente econômica, mas fala-se, também, em uma crise de legitimação ética deste modelo, pois até fins da década de 70 do século XX demonstrou-se que não foi possível o enfrentamento dos desafios da igualdade e liberdade materiais que lhe serviram de fundamento, agravando a crise de legitimação cujo epicentro foi sentido na década de 80. Democratização e burocratização são dois elementos que se revelaram em confronto, de modo que os direitos fundamentais, na sua acepção mais material, acabaram no meio deste embate. Buscou-se acalmar esta crise, basicamente, pela redução do Estado (principalmente pelas privatizações) e o aumento de tributos.

Estas crises do Estado demonstraram sua fragilidade para lidar com o ser humano, seus objetivos, fraquezas e realizações, problemas que são enfrentados no dia-a-dia e que deram azo à denominada *questão social*. Esta questão social é o refugo da globalização, ou seja, o produto descartável daqueles que não fazem parte do *pacto*, da *sociedade bem ordenada*, vivendo no caos do “*sem-tudo*”, com o perdão do trocadilho antinômico (sem-terra, sem-teto, sem-salário digno), mas com igual dignidade como atributo de cada indivíduo. Assim, o Estado Democrático de Direito é edificado como um Estado modificador da realidade, protetor daquelas camadas mais necessitadas, um Estado que busca proteger a dignidade da pessoa humana na sua esfera mais material. Percebe-se, com isto, que os custos para Estado crescem enormemente com a chegada de novas demandas por justiça social, igualdade e liberdade.

Estado constitucional é um Estado imerso em tensões. Estas são inevitáveis, revelando-se mais intensa no campo da constituição econômica em face da globalização, marginalização, exclusão social e acesso universal aos bens fundamentais mais íntimos da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, pensar a Constituição significa buscar sua efetividade nas relações intersubjetivas sociais, econômicas, culturais, enfatizando a proteção do multiculturalismo

e do pluralismo democrático, elementos que se reportam diretamente às formas de intercomunicação das funções de Estado: Legislativa, Executiva e Judicial.

Por tudo isto, podemos perceber que os direitos fundamentais também sofreram grandes mudanças no decorrer dos últimos 400 anos de história da humanidade. Da “folha de papel” passaram a ser (ou assim buscamos que sejam reconhecidos) realmente efetivados não só como liberdades, mas como condições essenciais de uma vida digna. Os valores, agora revisitados pela teoria dos direitos fundamentais, passam a reintegrar o Direito, o Estado, a Política, enfim, todo o contingente da vida social e política de uma nação e do mundo. Neste diapasão, seu conceito, conteúdo, função, eficácia e efetividade tomaram rumos muito mais amplos daqueles nos quais estavam previstos no berço do Liberalismo. Portanto, temos hoje uma teoria de direitos fundamentais que os reconhece como direitos multifuncionais, trazendo a baila não só sua função negativa de defesa dos direitos de “liberdade”, mas principalmente na sua função positiva, como direitos a prestações, ou melhor, como direitos a condições fáticas ou materiais para usufruir amplamente das “liberdades”. Ambas as esferas se completam, jamais se excluem, no máximo sobrepondo-se, mas nunca se anulando e, por isso, a ponderação toma lugar de destaque no que toca à discussão de sua eficácia e efetividade.

Os Direitos Sociais entram no foco do debate com o Estado Social e, hoje, ocupam lugar de destaque nas Constituições de muitos países, onde o diálogo sobre sua fundamentalidade ainda está em aberto, especialmente quanto aos limites do que é ou não fundamental. Acreditamos que os direitos sociais tais como estão previstos na Constituição Federal de 1988 são fundamentais não só pelo simples fato de sua localização dentro do sistema de direitos fundamentais da nossa Carta Magna, mas principalmente porque esse sistema não se fechou para o reconhecimento de outros direitos daquela magnitude conforme o disposto no artigo 5º, § 2º e, além disso, é assente a impregnação, no conteúdo dos direitos sociais, do princípio da dignidade da pessoa humana, do Estado Social, da igualdade. Outrossim, estes direitos (saúde, educação, moradia, assistência social, trabalho, previdência) possuem íntima conexão com a dignidade da pessoa humana em seu âmago material, conferindo ao indivíduo sua condição de *ser* e de *pertencer* na sua comunidade.

O implemento dos princípios fundamentais no Estado Brasileiro significa dar vida ao direito (público) mediante a proteção e a realização de direitos básicos de todo o homem a uma vida com dignidade, à sua autodeterminação, à sua possibilidade de escolhas dentro dos rumos a serem tomados em sua vida. Neste sentido, como direitos prestacionais fundamentais, vemos o Estado obrigado a prestá-los e, para tanto, necessária se fez a discussão sobre a possibilidade de deduzi-los diretamente do texto constitucional como direitos originários ou se

precisavam, para sua eficácia, de norma infraconstitucional. Sendo certo que a densificação normativa da constituição dificulta a identificação mais precisa do conteúdo destes direitos, é mais correto ainda defender um judiciário ativo para buscar tal conteúdo mediante a ponderação de valores constitucionais, infraconstitucionais e políticos, extraindo da norma constitucional garantidora de um direito fundamental social prestacional sua máxima eficácia possível e aplicável ao caso em concreto por força do artigo 5º, § 1º, aplicável a todos os direitos fundamentais. Isto não significa ignorar princípios caros à ordem jurídica tais como separação de poderes e segurança jurídica, pois reconhecemos o importante papel que vem sendo desempenhado pelo legislador infraconstitucional em seu *mister* de preencher e densificar o conteúdo constitucional, mas colocá-los sob o manto de uma presunção relativa de proteção que poderá vir a ceder quando as situações do caso concreto exigirem uma postura mais ativa do Judiciário a respeito das tensões em face de direitos fundamentais em conflito.

Esperamos ter demonstrado, também, que tal posição se mostra sustentável quando vislumbramos as normas de direitos fundamentais sob o prisma da teoria dos princípios, que as concebe em duas espécies: princípios e regras. Os princípios entendidos como comandos de otimização, ordenando que algo seja efetivado na maior medida do possível, para além de sua função mais clássica, ou seja, a de fundamento das regras; as regras trazendo um comando definitivo, sendo aplicada pela subsunção, em sua grande maioria, mas sem esquecer dos casos nos quais podemos ponderar regras, conforme a doutrina nacional mais autorizada identificou, inclusive arrolando exemplos extraídos do Supremo Tribunal Federal. Esta estrutura conduz ao intenso debate acerca das inter-relações das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais e sua multifuncionalidade. Desta complexa relação denota-se a essencialidade da participação democrática na gestão da *res publica*, onde um dos grandes, se não o maior desafio do Estado Democrático de Direito é, também, implementar formas para aprimorar a participação do povo nas tomadas de decisões não só políticas, especialmente aquelas que tratam da distribuição de riquezas e bens, mas também as jurídicas, especialmente nos casos onde há um intenso debate sobre formas de efetivação dos direitos transindividuais, cujo interesse coletivo é evidente.

Outro debate correlato é a problemática em torno da apropriação “individual dos bens coletivos”, isto é, o argumento segundo o qual as ações individuais sobre direitos sociais acabam por perpetuar privilégios que pretendem erradicar porque apenas alguns tiveram acesso ao Judiciário. Ademais, o sistema judicial também não está livre de falhas ou de influências dos grupos de pressão, especialmente no campo das provas e dos poderes ativos das partes e do juiz na condução do processo (influências, aliás, que permeiam qualquer relação de poder,

isto é, também a encontramos no Legislativo e no Executivo). Todos estes argumentos possuem um fundo de razão, mas não servem para invalidar a legitimidade do Judiciário em proteger a dignidade da pessoa humana especialmente naqueles casos onde se vislumbra sua vulnerabilidade acentuada, ou seja, naqueles casos em que os titulares de direitos fundamentais sociais demonstram que pertencem a grupos excluídos e com acesso limitado (ou sem acesso) aos bens sociais.

Reconhecer que é preciso aprimorar, constantemente, técnicas processuais (não que as técnicas existentes sejam deficientes, ou inaptas, mas sempre há campo para melhoramentos que visem à maior efetividade do próprio instrumento processual) não significa retirar a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Além disso, toda prestação conquistada em juízo deve ser uma prestação racionalmente universalizável, logo, afirmar que quem não teve acesso ao judiciário perdeu o bem jurídico conferido a outro, vencedor da demanda, é tratar deste tema com argumentos que beiram a falácia, pois ambas as pessoas são iguais em dignidade e demandam o mesmo respeito de forma que tais prestações conferidas pelo Judiciário são o último respiro de cidadania possível que precisamos preservar e ampliar a todo o custo, enquanto perdurar uma Era de Iniquidades.

Neste diapasão, eficácia e efetividade devem ser estudadas em conjunto com os limites e restrições dos direitos fundamentais. Esta investigação buscou demonstrar que estes limites podem estar expressos na constituição, seja de forma detalhada, seja de forma mais aberta, ou ser decorrente do sistema de direitos fundamentais, surgindo nos casos de colisões de direitos, mas em todo o caso, são restrições decorrentes da constituição. As restrições expressamente autorizadas podem ser genéricas ou simples, quando o texto constitucional coloca o conteúdo dos direitos sob *reserva de lei*, ou específicas, quando a própria constituição traz uma qualificação especial para a restrição expressa. Em ambos os casos, contudo, não podemos olvidar que sempre haverá a possibilidade do Judiciário extrair um direito fundamental subjetivo da norma constitucional, independente de haver concretização infraconstitucional ou para além desta, pois vislumbrando que os direitos fundamentais estabelecem, em nível de constituição, direitos subjetivos *prima facie*, defendemos a posição segundo a qual o Judiciário é legítimo em identificar um direito subjetivo justiciável conforme as peculiaridades do caso concreto.

Percebemos que o tema das restrições é estudado sob o manto de duas teorias: a teoria externa e a interna. A teoria externa entende que o conteúdo do direito e o da restrição são coisas distintas entre si, cada um com seu conceito e sua forma de identificação. Retirando a restrição do âmbito de proteção, trazendo-a como um elemento externo ao direito, caberá ao

intérprete sua identificação para, conforme o caso concreto, delimitar a intensidade com que a restrição será utilizada para determinar o conteúdo mais exato possível do direito. A teoria interna, de outra banda, entende que o âmbito de proteção do direito é extraído da própria constituição, sendo, também por ela, delimitado. Neste sentido, direito e restrição são elementos de um mesmo objeto. Com base nestes postulados, aqui sumariamente indicados, perceberemos que a teoria externa é compatível com a concepção dos direitos fundamentais segundo a teoria dos princípios, que pugna pela ponderação de bens como método de solução de conflitos normativos e reconhece na proporcionalidade, com seus três elementos, um dos cânones hermenêuticos para preencher o conteúdo dos direitos fundamentais. A redução da subjetividade neste método reside justamente na sua forma de operação, isto é, quando enfrentamos argumentos e contra-argumentos busca-se a persuasão racional dos titulares e destinatários da norma, prestando respeito a todos os princípios constitucionais.

Compreendemos que o correto manejo das restrições poderá revelar o melhor caminho para se alcançar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, objetivo que é alcançável progressivamente e depende da conjuntura socioeconômica e cultural da comunidade. Entretanto, um dos primeiros passos a serem dados é identificar o âmbito de proteção da norma de direito fundamental, partindo-se do texto, para verificar se este já prevê alguma restrição expressa. A partir de então, averiguamos qual a espécie de restrição será enfrentada e que, de modo geral, contribui para diminuir os modos de exercício de um direito para concretizar o objeto do âmbito de proteção da norma. A respeito dos limites e restrições, estudamos os postulados da doutrina dos limites imanentes que, de forma mais específica, entendia como limites dos direitos fundamentais a cláusula da comunidade, o direito dos outros e a preservação da ordem pública. Além disso, esta teoria também vislumbrava um limite próprio à essência do direito, limites dos pressupostos jurídicos e fáticos. Todas estas visões sobre limites imanentes acabam conduzindo a um juízo ponderativo para, ao final, determinar o direito definitivo a ser protegido, pois só podemos falar em “limite imanente” como resultado da ponderação que, ao fim e ao cabo, é o postulado da teoria externa das restrições.

As restrições também sofrem restrições. Com isto, também buscamos ter deixado consignado que o argumento da reserva do possível, como limite fático e jurídico à sua plena aplicabilidade, não pode ser acolhido com um teor absoluto, ou seja, em que pese ser necessário reconhecer que não há capacidade financeira para concretizar todos os direitos fundamentais, também precisamos reconhecer que este limite não faz parte do conteúdo do próprio direito, mas é um elemento externo a este e, como tal, se traduz em mais um elemento a ser analisado utilizando-se o método da ponderação. A reserva do possível é a impossibilidade fática

comprovada de realizar determinada prestação que, neste caso, impede sua satisfação, podendo ter um viés jurídico em razão da impossibilidade de alocação de recursos visto ser matéria de lei orçamentária. Neste caso, o judiciário atuará ponderando os valores em conflito para conceder ou não o direito subjetivo à prestação, pois imprescindível trazermos ao debate as necessidades básicas frente às obrigações do Estado em satisfazê-las dentro do razoável. Por todo o exposto, há ainda que se levar em conta a relevância econômica dos direitos prestacionais, mas não como óbices a sua efetividade e sim como parâmetros para implementá-los progressivamente na sociedade.

Neste contexto, tanto a concepção de proporcionalidade, quanto a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais (segundo as concepções acerca do mínimo existencial) buscam estabelecer uma baliza – procedimental e material – para o reconhecimento e a intensidade das restrições dos direitos fundamentais. O mínimo existencial não poder ser preenchido de forma taxativa, isto é, seu conteúdo e extensão variam conforme o objeto do direito, a conjuntura econômica e social vigente, o modelo e a estrutura do Estado que busca sua concretização. Mas seu substrato material reporta o intérprete à proteção da vida e da autonomia do indivíduo, autonomia esta para além da simples capacidade de se auto-determinar, mas conexa a um elemento intersubjetivo que confere ao indivíduo a certeza de que *pertence a uma determinada comunidade*, isto é, traduz-se na identidade individual de cada um pelo respeito ao conteúdo de sua dignidade. Este respeito se concretiza pelas funções do Estado, bem como pelo seu atuar em conjunto com a sociedade civil organizada.

A proteção de direitos é uma atividade ponderativa em sua essência, pois as escolhas sobre quais direitos serão atendidos implicam numa definição ou eleição de prioridades, inclusive pelo Judiciário. Quando este ordena o fornecimento de leitos ou de medicamentos, privilegia a vida em face de outros princípios; quando o governo propõe e torna efetiva uma política pública, também exercita um juízo ponderativo sobre quais áreas deverá “atacar” com maior intensidade para promover a dignidade da pessoa humana. Estas ponderações são operações racionais, não meramente subjetivas, pois buscam, a partir do texto, aplicar a constituição para preservar sua unidade e força normativa. Vislumbra-se, neste jogo ponderativo, a necessidade cada vez mais constante da participação social, bem como da ampliação das formas de informação e de publicização (tornar público) da gestão pública, evitando que influência de grupos de pressão particulares possam acabar direcionando qualquer esfera de deliberação e de decisão sobre direitos fundamentais, submetendo-as (as esferas de decisão) a um amplo e irrestrito controle social através do acesso à informação. Ademais, devemos ter sempre em mente que quanto mais próxima a prestação estiver do conteúdo do mínimo existencial,

mais denso será seu objeto, independentemente de existir ou não alguma previsão infraconstitucional que trace alguns de seus contornos basilares.