

Proibição da insuficiência deve ser aplicada aos direitos sociais



Néviton Guedes
desembargador do TRF-1

No presente artigo, pretendo analisar a possibilidade de utilização do

princípio da proibição da insuficiência como fórmula que pode contribuir para a concretização racional dos direitos fundamentais sociais. Para tanto, em primeiro lugar, investigo as principais dificuldades jurídicas — formais e materiais — que envolvem o Poder Judiciário no momento em que se defronta com demandas de natureza social. Num segundo passo, analiso os aspectos que compõem o princípio da proibição da insuficiência, articulando-os com os direitos sociais. Vamos a isso.

Desde a sua inserção nos textos constitucionais, os direitos fundamentais sociais (saúde, educação, trabalho e moradia, para ficar nos exemplos mais conhecidos) têm sido alvo de sérias e numerosas objeções, que têm origem nos mais variados territórios da teoria e da prática jurídica.

Essas objeções, segundo a pedagógica sistematização levada a cabo por Robert Alexy, podem ser classificadas em duas ordens de *argumentos complexos*: um de natureza formal, outro de natureza material^[1].



I. Colisão de ordem formal

Do *ponto de vista formal*, as objeções aos direitos fundamentais sociais, segundo correta advertência de R. Alexy, acabam por nos conduzir a um *verdadeiro dilema*, hoje bastante óbvio, para ser negado (explico) : ou se afirma, por um lado, que os direitos sociais são, à semelhança de qualquer outro direito fundamental, *juridicamente vinculantes*, e admite-se deslocar a competência (política) do legislador de implementá-los para a esfera da jurisdição (especialmente a jurisdição constitucional); ou, de forma diversa, se nega o caráter vinculante dos direitos fundamentais sociais, no sentido de que aplicáveis diretamente pelo Poder Judiciário, com a incômoda consequência de que os direitos fundamentais sociais representariam assim – negada a sua concretização direta pelos tribunais – uma clara violação ao princípio geral de que os direitos fundamentais são vinculantes e aplicáveis imediatamente (art. 5º, §1º, da Constituição Federal), o que implica, obviamente, o direito de os indivíduos, quando necessário, demandarem a intervenção do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Por maior que seja a importância dos direitos sociais e por mais relevante que seja o papel que se reserva ao Poder Judiciário na sua implementação, não se deveria – sem mais – desconsiderar a relevância dessa objeção de natureza formal. De fato, não obstante a expressa dicção constitucional^[2], também no Brasil, a *objeção formal* ao caráter juridicamente vinculante dos direitos fundamentais, ao acentuar o papel preponderante do Poder Legislativo e da Administração, funda-se num argumento nada desprezível, ao sustentar que os *direitos fundamentais sociais* – por sua própria estrutura – não são “justiciáveis”, ou o são apenas em medida muito pequena, tudo por conta do seu conteúdo, que, não se pode negar, se mostra, na maior parte das vezes, acentuadamente indeterminado^[3].

De fato, perguntam com alguma razão os críticos, concretamente, qual o conteúdo, por exemplo, de um direito fundamental à *moradia*, à *educação*, ou à *saúde*? Entre o nada e o tudo da concretização do direito à saúde, por exemplo, que pode ir da ausência completa da mais simples assistência à saúde do indivíduo ao mais caro tratamento que se possa fornecer – no Brasil e, como entendem alguns juízes, mesmo no exterior –, não se pode negar, prepondera uma indiscutível sombra de indeterminação.

Referindo-se especificamente ao direito social ao trabalho, Robert Alexy nos dá a exata medida da dificuldade de se determinar a extensão e a essência de seu âmbito de proteção. Pergunta-se o célebre pensador alemão:

O que é, p. ex., o conteúdo de um direito fundamental ao trabalho? A escala de interpretações imagináveis estende-se de um direito utópico de qualquer indivíduo a qualquer trabalho que ele queira, em qualquer lugar e a qualquer tempo, até a um direito compensatório a um auxílio-desemprego. Mas qual valor isso deve ter? Os problemas para os outros direitos fundamentais sociais não se apresentam de forma muito diferente. Mesmo para o mais simples direito fundamental social, o direito a um mínimo existencial (ein Existenzminimum), a determinação do exato conteúdo prepara algumas dificuldades^[4].

Portanto, a objeção de ordem formal à “*judiciabilidade*” dos direitos fundamentais sociais baseia-se, em primeiro lugar, em um argumento de *ordem semântica* (dificuldade de determinação do conteúdo do direito), ao afirmar a impossibilidade estrutural de se alcançar juridicamente o conteúdo e a extensão dessa espécie de direito. Por outro lado, como o próprio Direito não forneceria critérios suficientes para determinação da extensão e conteúdo dos direitos fundamentais sociais, a decisão sobre o âmbito de



proteção dos direitos fundamentais sociais, segundo essa forma de ver, seria nitidamente uma matéria reservada à Política[5].

Em outros termos, a estar correta essa tese, a decisão sobre a extensão e a velocidade da implementação dos direitos fundamentais sociais seria função reservada ao *legislador democraticamente eleito, não ao Judiciário*. Os tribunais, segundo essa visão, resume Alexy, só poderiam decidir no âmbito dos direitos fundamentais sociais quando o legislador já tivesse decidido[6].

Além disso, por demandarem consideráveis *custos financeiros*, a ideia de direitos fundamentais sociais diretamente exigíveis judicialmente, sobretudo quando tão generosamente previstos em uma Constituição como a nossa, conduziria a outra consequência indesejável, que é a assunção pelo Poder Judiciário — especialmente, a jurisdição constitucional — de parte essencial da política orçamentária do Estado, tarefa como se sabe eminentemente política.

Por isso que Alexy chega à conclusão de que, se a objeção formal for consistente, os direitos fundamentais sociais acabariam reféns de um dilema: ou deslocam inconstitucionalmente a política orçamentária para a esfera do Judiciário, ou perdem sua força vinculante[7].

Esse dilema, como facilmente se constata, nada mais é do que uma óbvia colisão de princípios constitucionais de ordem formal com os direitos fundamentais sociais. De fato, colocam-se em colisão, de um lado, os direitos fundamentais sociais, a exigirem aplicação direta pelo Poder Judiciário; de outro, a afirmação do princípio (formal) da *separação de poderes* somado ao *princípio democrático* (no caso, aliás, concretizado entre outros, na exigência de reserva legal orçamentária). Como se sabe, a ponderação de bens, ou seja, a proporcionalidade em estrito sentido[8], último nível do princípio da proporcionalidade (aqui, princípio da proibição da insuficiência), apresenta-se como elemento essencial de racionalização do discurso jurídico quando envolvido em colisão de direitos e princípios constitucionais.

II. Colisão de ordem substancial

Do ponto de vista substancial, sob a lição de Alexy, a objeção que se lança contra os direitos fundamentais sociais é a de que a sua implementação é incompatível com outras normas constitucionais [9]. Com efeito, a afirmação de direitos fundamentais sociais confronta-se necessariamente com normas constitucionais que afirmam em essência os direitos e liberdades constitucionais clássicas (propriedade, liberdade de iniciativa, liberdade de mercado). Só com acentuada restrição à propriedade, à livre iniciativa e à liberdade contratual, por exemplo, é que se poderia dar concretização a direitos sociais como saúde, educação e trabalho.

Por exemplo, se o Estado entendesse que o âmbito de proteção do direito fundamental ao trabalho consiste no oferecimento de vaga de trabalho a todos os desempregados, lembra Alexy, ou bem impõe às empresas privadas um número mínimo de contratações, ou bem eleva os impostos de ordem a poder oferecer ele mesmo, Estado, em seus quadros, vagas e salários suficientes a todos os necessitados. De um jeito ou de outro, far-se-iam necessárias restrições a outros direitos fundamentais. Se, de outro lado, entende que o direito fundamental ao trabalho confere tão somente, no limite, um auxílio desemprego, ainda assim, a determinação de seu valor mínimo, como também do tempo máximo de proteção ao trabalhador desempregado, irá sempre depender de intervenções que o Estado imponha no âmbito de proteção de direitos fundamentais de outros cidadãos (por exemplo, intervenção na propriedade, por



meio de limitações decorrentes de tributos, ou de restrições por meio de legislação trabalhista, de meio-ambiente, saúde etc)[10].

Além disso, não é difícil imaginar outra espécie de colisão com princípio de ordem material, muito frequente, desta feita entre direitos fundamentais sociais e outros direitos fundamentais sociais, ou outros interesses coletivos também protegidos constitucionalmente[11], como seria o caso da colisão de direito fundamental à saúde de alguém, concretizado na exigência judicial de entrega de leito hospitalar, que só possa ser realizado, entretanto, à custa da suspensão da entrega do mesmo leito a outrem (na circunstância nada incomum de os leitos hospitalares não existirem em suficiência para todos, ou demandar recursos que impeçam a entrega de outros benefícios à saúde). Além disso, o exemplo sugerido, de implementação de um direito social à custa de outro direito social titularizado por outro indivíduo, também demonstra uma clara colisão, também nada incomum, do direito fundamental social com o princípio da igualdade.

Seja por se envolverem em colisões com princípios de ordem formal (separação de poderes e princípio democrático), seja pelas colisões com princípios de ordem material (colisão com outros direitos fundamentais), os direitos fundamentais sociais, por serem princípios, isto é, mandado de otimização, devem, através da utilização da regra[12] ou máxima da proporcionalidade (no caso, princípio da proibição da insuficiência) para, no âmbito da ponderação de bens, quando for o caso, justificar a sua primazia sobre outros bens constitucionais[13].

Obviamente, como todo resultado de ponderação de bens, nem sempre a balança penderá para o lado dos direitos fundamentais sociais. Com efeito, o resultado de toda ponderação de bens é uma primazia condicionada às possibilidades do caso concreto, que podem falar, em determinadas circunstâncias, a favor de um dos lados, isto é, de um dos princípios, ou direito fundamental, como pode, em outras circunstâncias, falar a favor do outro princípio. Em termos concretos, nem sempre no confronto com aqueles princípios formais (separação de poderes e princípio democrático), ou com outros direitos fundamentais, uma concreta ponderação de bens falará a favor dos direitos fundamentais sociais.

O importante aqui, entretanto, é saber que, precisamente, por tomar a sério todos os demais princípios constitucionais envolvidos na sua concretização, isto é, no momento em que se deseja exigir diretamente do Judiciário a implementação de direitos sociais, como se dizia, o importante é que, nesse momento, ao se valer da máxima, ou *regra da proibição da insuficiência*, o operador do direito, sobretudo o magistrado, poderá afirmar racionalmente a primazia de um ou de outro princípio constitucional, à luz do caso concreto, demonstrando-se porque, por exemplo, no confronto com outras normas constitucionais, no caso específico, o direito fundamental social deve, ou não, merecer primazia.

Mas, em que consistiria mesmo o princípio da proibição da proteção deficiente? Passamos a isso.



O princípio da proporcionalidade, na sua forma mais tradicional, revelada como proibição do excesso por parte do Estado, obviamente, está vocacionado mais à proteção do cidadão quando se cuida de direitos que revelam em seu âmbito de proteção – como liberdade designadas como negativas – dever de abstenção por parte do Estado. Diversamente, quando se cuida de direitos fundamentais, como os direitos sociais, em que o seu âmbito de proteção revela mais especificamente liberdades por assim dizer positivas, a exigem do Estado um dever de atuação positiva, o princípio da proporcionalidade só pode ser invocado na forma de princípio da proibição da insuficiência.

Não obstante a similitude, é fácil perceber a distinção entre proibição do excesso e proibição da insuficiência. Com efeito, amplamente conhecido o princípio da proibição do excesso divide-se em adequação, necessidade e proporcionalidade em estrito sentido; já a proibição da insuficiência divide-se em efetividade (aptidão), suficiência (necessidade) e proporcionalidade em estrito sentido, ou mandamento de ponderação.

Assim, à semelhança do que ocorre com o a proibição do excesso, pode-se dizer que a máxima da proibição da insuficiência (*Untermassverbot*) é infringida quando [\[14\]](#):

1. Atuação ou efetividade (aptidão) — a máxima da efetividade, ou da atuação, é violada em relação aos direitos fundamentais sociais, quando, existindo meios à disposição do Estado, nenhuma medida apta à proteção do bem jurídico protegido pela norma de direito fundamental for adotada, de tal ordem que se possa afastar a ameaça ou o perigo através de terceiro, ou de tal forma que entregue ao titular do direito uma prestação estatal – ou seja, o Estado permanece totalmente inerte, ou inativo. Em outros termos, o Estado pode agir para entregar uma prestação fática idônea à proteção do indivíduo, mas permanece inativo. Nesse caso, só por isso, há violação à máxima da proibição da insuficiência. Segundo Laura Clérico, aliás, aqui nada mais se daria do que o exame de aptidão no âmbito do princípio da proibição da insuficiência [\[15\]](#).
2. Suficiência (necessidade) — existindo, contudo, mais de uma medida apta a ser adotada, sendo que uma dessas medidas assegura maior proteção ao bem jurídico-fundamental (no caso, de caráter social), sem que a adoção da medida mais eficiente agride direito de terceiro de forma mais intensa (um meio melhor e de mesma afetação, ou de menor intensidade, a outros direitos), há violação a essa máxima (da suficiência) quando, nestas condições, o Estado opta pela medida menos eficiente ao direito fundamental social. Como se vê, aqui existem meios alternativos, aptos à concretização do direito fundamental social. O que se cuida é de questionar quais das medidas existentes se mostra melhor indicada para a proteção do direito, isto é, qual medida revela maior índice de suficiência. Segundo Laura Clérico, cuidar-se-ia neste momento de verificar se, entre medidas alternativas, todas aptas e nenhuma revelando maior agressão a outros direitos fundamentais, qual a medida que melhor concretizaria o direito fundamental, isto é, nesse momento o que se estaria a realizar é apenas o exame da necessidade no âmbito do princípio da proibição da insuficiência [\[16\]](#).
3. Proporcionalidade em estrito sentido, ou ponderação — a admissão por parte do Estado de que a concretização do direito fundamental social pode colocar em perigo ou ameaça outros bens constitucionalmente protegidos, de tal ordem que se justificaria, mesmo com as cautelas das outras duas máximas (*efetividade e suficiência*), o teste de verificação da primazia, ou não, de um ou outro direito ou bem constitucional envolvido na colisão (no caso, com o direito fundamental social). Essa verificação é realizada por intermédio de uma ponderação de bens, onde o jogo dos



argumentos e contra-argumentos, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, é que iria dar a chave para a solução do problema, oferecendo uma primazia condicionada a um dos princípios, ou direitos fundamentais, envolvidos na colisão.

Em outras palavras, quando a implementação de um direito fundamental social apenas se faz em colisão e à custa de outros bens ou princípios constitucionais, pode ser que mesmo o meio sendo eficaz, mesmo sendo ele suficiente a concretização do direito social (portanto, menos gravoso a outro direito fundamental), no confronto com o outro direito fundamental ou princípio constitucional atingido, torna-se duvidosa a razoabilidade, isto é, a conveniência e a justa adequação da utilização do meio que favorece o direito fundamental social. Nesse quadro far-se-ia necessário um juízo de ponderação, onde se colocam em confronto os argumentos prós e contras ambos os princípios, tendo em consideração as circunstâncias concretas e jurídicas do caso.

Em resumo, só quando o direito fundamental social puder, em cada caso concreto de colisão com outros direitos e princípios constitucionais, afirmar em seu favor a eficácia, suficiência e proporcionalidade em estrito sentido (ponderação de bens) da medida a ser imposta pelo Estado-Juiz em seu favor, é que se poderia consagrar constitucional a sua aplicação e concretização direta pelo Poder Judiciário.

[1] Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p. 461.

[2] Entre os dispositivos expressos em nossa Constituição, a demonstrar que o caráter diretamente vinculante dos direitos fundamentais em nosso País, no se pode desconsiderar que a nossa Constituição Federal, art. 5º, XXXV, impõe a submissão ao Poder Judiciário de qualquer demanda jurídica, ao estabelecer expressamente que nem mesmo *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*, acrescentando-se a isso o fato de que, no § 1º, do mesmo art. 5º, prescreve também expressamente que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*.

[3] Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 1996, p. 461.

[4] Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 1996, p. 461/2.

[5] Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 1996, p. 462.

[6] Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 1996, p. 462.

[7] Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 1996, p. 463.

[8] Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 1996, p. 100, onde o autor expressamente afirma a



identidade do princípio da proporcionalidade em estrito sentido (*Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*) com o mandamento da ponderação (*das Abwägungsgebot*), ao concluir que a máxima da proporcionalidade em estrito sentido, ou seja, o mandamento da ponderação, decorre da relativização surgida das diversas possibilidades jurídicas do caso.

[9] Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 1996, p. 463.

[10] Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 1996, p. 462/4.

[11] Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 1996, p. 465.

[12] Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 1996, p. 100, onde na nota de rodapé de número 84, o autor explica que, à luz de sua teoria, o princípio da proporcionalidade é na verdade uma regra.

[13] Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 1996, p. 79 ss, 84 ss, 143 ss, 423 ss.

[14] Matthias Mayer. *Unterma?, Überma? und Wesensgehaltsgarantie*, 68/9.

[15] Clérico, Laura. Verhältnismässigkeitgrundsatz und Untermassverbot in Sieckmann, Jan-R (org.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos. 2007, p. 159 ss.

[16] Clérico, Laura. Verhältnismässigkeitgrundsatz und Untermassverbot in Sieckmann, Jan-R (org.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, p. 163 ss.

Date Created

15/06/2015