

OS DIREITOS SOCIAIS EM PROPORÇÃO

Social Rights in proportion

Carlos Bernal (*) (**)

Resumo: Este artigo propõe uma estrutura argumentativa para que o princípio da proporcionalidade possa ser utilizado como uma metodologia apropriada para a aplicação dos direitos sociais positivos, que integre a análise de todos os seus aspectos empíricos e normativos relevantes.

Palavras chave: proporcionalidade, ponderação, direitos sociais, direitos fundamentais, direitos positivos.

Abstract: This article proposes an argumentative structure for the principle of proportionality, so it can be used as an appropriate methodology for the adjudication of positive socio-economic, which encompasses an analysis of all relevant empirical and normative aspects.

Keywords: proportionality, balancing, socio-economic rights, constitutional rights, positive rights.

Resumen: Este artículo propone una estructura argumentativa para que el principio de proporcionalidad pueda utilizarse como una metodología apropiada para la aplicación de los derechos sociales positivos, que integre el análisis de todos sus aspectos empíricos y normativos relevantes.

Palabras clave: proporcionalidad, ponderación, derechos sociales, derechos fundamentales, derechos positivos.

1 EM BUSCA DO CRITÉRIO APROPRIADO PARA A APLICAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

Em dois artigos recentes, David Bilchitz,¹ por uma parte, e Xenophon Contiades e Alkmene Fotiadou,² por outra, reacenderam a discussão sobre qual é o critério apropriado para a aplicação judicial dos direitos sociais. Bilchitz sustenta que o critério do mínimo essencial “está melhor posicionado para oferecer a base doutrinária necessária a fim de fazer efetivas as obrigações positivas do estado”, e que o princípio da proporcionalidade representa somente um marco analítico que não pode ser utilizado sem um critério substancial como o do mínimo essencial.³ Frente a isso, Contiades e Fotiadou reiteram sua confiança no “potencial do princípio da proporcionalidade” para a aplicação judicial dos direitos sociais.⁴

Esse debate adiciona o princípio da proporcionalidade ao conjunto de critérios que, segundo a literatura e a jurisprudência, podem ser utilizados para a aplicação judicial dos direitos sociais. Nesse contexto, um critério é entendido como um conjunto de diretivas que orientam os juízes a avaliar se uma ação ou uma omissão vulneram um direito social e, em sendo o caso, adotar as medidas condizentes para suprimir as vulnerações

(*) Professor associado da Macquarie Law School. Bacharel em Direito (Universidad Externado de Colombia, 1996), Doutor em Direito (Universidad de Salamanca, 2001), Master em Filosofia (Universidad de la Florida, 2008) e Doutor em Filosofia (Universidad de la Florida, 2011).

(**) Agradeço a Richard Albert, Joel Colon-Rios, Rosalind Dixon, David Landau, Natalia Rodriguez, María José Viana e Ashleigh Witthaker por seus valiosos comentários a versões anteriores deste texto. Tradução de Graça Maria Borges de Freitas, Juíza do Trabalho em Minas Gerais-Brasil, Mestre em Direito Constitucional pela UFMG, Master em Argumentação Jurídica pela Universidad de Alicante, Doutoranda em Direito pela Universidad Externado de Colombia, em cotutela com a UFMG.

¹ D. Bilchitz, ‘Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine’, 12 (3) *International Journal of Constitutional Law* (2014) 710–739; e D. Bilchitz, ‘Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine: A rejoinder to Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou’, 12 (3) *International Journal of Constitutional Law* (2014) 747–750.

² X. Contiades y A. Fotiadou, ‘Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine: A reply to David Bilchitz’, 12 (3) *International Journal of Constitutional Law* (2014) 740–756.

³ D. Bilchitz, ‘Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine’, op. cit., 739.

⁴ Estes dois autores já haviam proposto o princípio da proporcionalidade como critério para a aplicação dos direitos sociais em: X. Contiades e A. Fotiadou, ‘Social Rights in the Age of Proportionality: Global Economic Crisis and Constitutional Litigation’, 10 (3) *International Journal of Constitutional Law* (2012) 660-686.

existentes. Até o momento, nos âmbitos do direito internacional e constitucional comparado a discussão centrou-se em torno dos critérios de razoabilidade e do mínimo essencial. A pergunta central do debate é que critério representa o fundamento para a melhor prática judicial⁵ de aplicação dos direitos sociais.⁶

A possibilidade de utilizar o princípio da proporcionalidade nesse contexto origina pelo menos três problemas teóricos: um estrutural, outro conceitual e o do melhor critério. O problema conceitual consiste em que não é claro que estrutura argumentativa deve revestir a análise da proporcionalidade para a aplicação dos direitos sociais positivos, quer dizer, os direitos sociais que impõem a seus destinatários deveres de ação. Deve ser esta estrutura idêntica àquela que esta análise reveste quando é utilizada para a aplicação judicial das liberdades? O problema conceitual é se nesse contexto a estrutura argumentativa da análise da proporcionalidade é diferente daquela dos critérios de razoabilidade e do mínimo essencial e, em sendo assim, se a utilização do princípio da proporcionalidade é incompatível com o uso desses outros critérios. Enquanto alguns comentaristas entendem a análise da proporcionalidade como uma versão da razoabilidade,⁷ outros postulam como melhor prática judicial uma aplicação combinada da análise da proporcionalidade e do mínimo essencial.⁸ Se a estrutura argumentativa da análise da proporcionalidade é conceitualmente diferente daquela que revestem os critérios de razoabilidade e do mínimo essencial, o terceiro problema é: qual desses critérios é o mais apropriado para a aplicação judicial dos direitos sociais?

2 O PROBLEMA DA ESTRUTURA DA ANÁLISE DA PROPORCIONALIDADE DAS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS SOCIAIS POSITIVOS

Este trabalho somente se refere ao problema estrutural. Apesar de Robert Alexy,⁹ Aharon Barak,¹⁰ e Matthias Klatt, junto a Moritz Meister¹¹, terem feito algumas sugestões acerca de que estrutura argumentativa deve revestir a análise da proporcionalidade para servir como critério para a aplicação dos direitos sociais positivos, a pergunta continua sem resposta.

Desde suas origens germânicas, o princípio da proporcionalidade migrou através de jurisdições e áreas do direito.¹² Em razão das migrações, se desenvolveram várias concepções desse critério em diferentes latitudes. Contudo, a maioria dos juízes e doutrinadores o entendem como uma estrutura argumentativa composta por três

⁵ Cfr. Uma defesa do mínimo essencial como base para a melhor prática judicial em: D. Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 187 s. Cfr. Uma avaliação do uso do mínimo essencial em: D. Landau, 'The Promise of a Minimum Core Approach: The Colombian Model for Judicial Review of Austerity Measures', em: A. Nolan (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014) 267-298. Cfr. Uma análise cuidadosa e uma defesa proeminente do critério de razoabilidade em: S. Liebenberg, *Socio-Economic Rights. Adjudication under a Transformative Constitution*, (Juta: Cape Town, 2010), p. 132; e uma avaliação do uso da razoabilidade em: S. Woolman y M. Bishop, *Constitutional Law of South Africa*, (Cape Town: Juta, 2nd ed., vol. 5, 2013), pp. 56A-12; assim como em: A. Pillay, 'Economic and Social Rights Adjudication: Developing Principles of Judicial Restraint in South African and the United Kingdom', *Public Law* (2013) 599; Id., 'Reviewing Reasonableness: An Appropriate Standard for Evaluating State Action and Inaction?', 122 *South African Law Journal* (2005) 420; y C. Steinberg, 'Can Reasonableness Protect the Poor? A Review of South Africa's Socio-Economic Rights Jurisprudence', 123 *South African Law Journal* (2006) 264 s.

⁶ Sobre a finalidade do direito constitucional comparado de estabelecer quais são as melhores práticas, cfr.: Vicki Jackson, 'Comparative Constitutional Law: Methodologies', em: M. Rosenfeld y A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012) 70.

⁷ S. Liebenberg, *Socio-Economic Rights. Adjudication under a Transformative Constitution*, op. cit., 130 s.

⁸ D. Bilchitz, 'Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine', op. cit., 739.

⁹ Cfr. R. Alexy, 'On Constitutional Rights to Protection', 3 *Legisprudence* (2009) 1 s.

¹⁰ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) 422 s.

¹¹ M. Klatt y M. Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (Oxford: Oxford University Press, 2012) 85 s.

¹² C. Bernal, "La migración de la proporcionalidad a través de Europa", em: Miguel Carbonell, Héctor Fix Hierro, Luis Raúl González Pérez, y Diego Valadés (eds.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje Jorge Carpizo* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, Volume IV, I) 235-276.

subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação.¹³ Cada um desses subprincípios expressa uma exigência que as limitações aos direitos fundamentais devem cumprir. Segundo o subprincípio da idoneidade, toda limitação dos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir à obtenção de um fim constitucionalmente legítimo. De acordo com o subprincípio da necessidade, toda limitação dos direitos fundamentais deve ser a mais benéfica com o direito limitado, entre todas aquelas que revestem pelo menos a mesma idoneidade para contribuir a alcançar o fim perseguido. Enfim, conforme o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação, toda limitação de um direito fundamental deve contribuir a alcançar o fim perseguido em uma medida que justifique o grau de limitação do direito. Desde a perspectiva desses subprincípios, o titular de um direito fundamental pode aduzir que seu direito foi vulnerado se a este foi imposta uma limitação que descumpra pelo menos uma das exigências da proporcionalidade.

Esta definição dos subprincípios da proporcionalidade corresponde à estrutura dos direitos fundamentais de liberdade. Nela, o titular dispõe de um âmbito de *agere licere* protegido por cada direito, âmbito que somente pode ser limitado na medida indispensável para alcançar os meios mais benéficos legítimos que justifiquem a limitação.

Deve ser modificada esta estrutura para a aplicação dos direitos sociais positivos? Aqui se defende uma resposta positiva a esta pergunta. Apesar de todas as disposições que estabelecem direitos fundamentais serem indeterminadas, as que preveem direitos sociais positivos padecem de uma indeterminação específica acerca do nível e do modo de sua satisfação. A estrutura da proporcionalidade deve ser ajustada para responder a essa singularidade. Aqui se propõe uma modificação de tal estrutura, de uma forma que, ademais, incorpora um diálogo e uma colaboração entre os juízes e as autoridades políticas.

Este texto está composto de quatro passos. O ponto de partida é uma análise da estrutura da proporcionalidade para a aplicação judicial das liberdades. O segundo passo é uma explicação da estrutura dos direitos sociais positivos e das circunstâncias nas quais estes se aplicam. Ali se mostra por que a estrutura da proporcionalidade exposta na seção precedente deve ser modificada para a aplicação dos direitos sociais positivos. O terceiro passo consiste em uma avaliação da concepção mais relevante sobre a estrutura da proporcionalidade para a aplicação dos direitos positivos: a de Robert Alexy. O passo final é a introdução de uma nova análise dialógica da proporcionalidade para a aplicação desses direitos.

3 A ESTRUTURA DA ANÁLISE DE PROPORCIONALIDADE PARA A APLICAÇÃO DAS LIBERDADES

À análise da proporcionalidade subjazem três pressupostos filosófico-políticos do estado de direito. Primeiro, que a liberdade é inerente ao indivíduo e, portanto, o estado deve protegê-la frente às limitações que lhe possam ser impostas. Segundo, que, apesar disso, o estado tem a competência de limitar a liberdade para satisfazer exigências que derivam dos direitos dos demais e do bem comum. Estes dois pressupostos originam um paradoxo: o estado tem a competência de limitar a liberdade e, ao mesmo tempo, deve proteger a liberdade frente a tais limitações. O paradoxo se resolve se aceitamos que o estado só tem competência para limitar a liberdade na medida necessária para satisfazer as exigências que derivam dos direitos dos demais,¹⁴ ou do bem comum.¹⁵

Esses pressupostos fundamentam a exigência, aceita com amplitude em diversas jurisdições, de que as limitações à liberdade devem ser proporcionais. Sem embargo, as constituições institucionalizam a liberdade por meio dos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, atribuem às autoridades políticas competência para limitar tais direitos e, aos juízes, para controlar as limitações que se adotem. Dessa forma se entroniza o paradoxo da liberdade no direito constitucional.

¹³ C. Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 4ª edición, 2014) capítulo VI.

¹⁴ Cfr. Sobre os direitos dos demais como fundamento para limitar a liberdade: I. Kant, 'On the Common Saying: 'This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice'', em: H. Reiss (ed.), *Kant: Political Writings*, trans. H. B. Nisbet (Cambridge: Cambridge University Press, 1991) 75–76.

¹⁵ Cfr. Sobre o bem comum como fundamento para limitar a liberdade: J. Locke, *Two Treatises of Government*, Peter Laslett (ed.) (Cambridge: Cambridge University Press, 1988) Livro II, Capítulo XI, Seção 135, 357.

Os juízes – sobretudo as cortes constitucionais – se valem da análise da proporcionalidade para resolver esse paradoxo nas circunstâncias de aplicação dos direitos fundamentais.¹⁶ Elas incluem os seguintes fatos: os direitos fundamentais são o resultado da positivação dos ideais políticos de liberdade e igualdade na forma de disposições constitucionais; estas disposições são vagas, ambíguas, e têm textura aberta, porque são o resultado de fórmulas dilatórias, que, como assinala Carl Schmitt, abarcam “todas as concepções contrapostas sobre o conteúdo desses direitos”;¹⁷ tais concepções colidem entre si;¹⁸ pode haver incerteza e desacordos quanto ao conteúdo e alcance dos direitos fundamentais e quanto à maneira em que se resolvem suas colisões;¹⁹ em uma democracia, o legislador tem, em princípio, a competência para determinar o conteúdo e o alcance dos direitos e resolver as colisões, mediante a introdução de limitações aos direitos fundamentais; se existe controle de constitucionalidade, os juízes estão facultados a analisar as limitações aos direitos fundamentais no contexto dos desacordos descritos; os juízes necessitam utilizar critérios jurídicos, como o princípio da proporcionalidade, para fundamentar suas decisões a respeito do alcance e conteúdo dos direitos fundamentais, as colisões entre eles e a validade das limitações que o legislador lhes impôs; e, em um estado constitucional, a decisão dos juízes constitucionais será definitiva.

A fim de avaliar se as limitações que o legislador, as demais autoridades políticas ou os poderes privados impuseram às liberdades constitucionais são proporcionais, os juízes costumam levar a cabo uma análise em dois passos.²⁰ O primeiro, consiste em reconhecer que uma autoridade política ou um poder privado limitou uma liberdade constitucional. O segundo passo é avaliar se a limitação pode ser justificada em termos dos subprincípios de idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. É possível conceber esses dois passos da seguinte maneira:²¹

3.1 A existência de uma limitação de uma liberdade constitucional

Para começar, deve ser indagado se uma autoridade pública ou um poder privado limitou uma liberdade constitucional. As liberdades constitucionais são posições jurídicas que se adscrevem, mediante interpretação, ao âmbito das disposições constitucionais.²² A posição jurídica básica garantida por uma liberdade constitucional é o direito de *a* frente a *b* a que *b* não obstrua a *a* em levar a cabo a ação φ .²³ Nessa posição jurídica, *a* é o titular da liberdade, *b* o destinatário e φ a ação protegida.

Por sua parte, uma limitação de uma liberdade constitucional é uma obstrução jurídica ou fática ao exercício de qualquer aspecto dessa liberdade. Qualquer ação de *b* que obstrua o desenvolvimento de φ por parte *a* é uma limitação da liberdade constitucional de *a* a φ .

Dentro desse contexto, o primeiro passo da análise da proporcionalidade implica duas indagações: se a ação analisada é uma obstrução da posição jurídica do titular da liberdade (a existência de uma limitação), e se

¹⁶ Estas circunstâncias são análogas às circunstâncias da justiça enunciadas por J. Rawls em: *A Theory of Justice*, (Cambridge, MA: Harvard University Press, revised edition, 1999) 109. Em uma sociedade regida por uma constituição, as circunstâncias da justiça se manifestam nas circunstâncias da aplicação de todos os direitos fundamentais.

¹⁷ C. Schmitt, *Constitutional Theory* (Durham: Duke University Press, 2008), 85.

¹⁸ Em relação aos direitos sociais, as colisões mais importantes são as que se travam entre eles, por uma parte, e as liberdades econômicas e os direitos de propriedade, por outra.

¹⁹ Sobre os desacordos neste âmbito, *cfr.* J. Waldron, ‘The Core of the Case against Judicial Review’, *Yale L. J.*, 115, 2006, 1346-1406. Sobre os desacordos na aplicação dos direitos sociais, *cfr.*: O. Gerstenberg, ‘Negative/positive constitutionalism, ‘fair balance,’ and the problem of justiciability’, 10 (4) *International Journal of Constitutional Law* (2012) 906 s.

²⁰ Sobre esta análise em dois passos e sua ampla aceitação *cfr.*: M. Cohen-Eliya e I. Porat, ‘American balancing and German proportionality: The historical origins’, 8 (2) *International Journal of Constitutional Law* (2010) 267.

²¹ *Cfr.* Uma versão detalhada desta concepção em: C. Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, capítulo 6.

²² As posições jurídicas são relações entre indivíduos ou entre o estado e os indivíduos garantidas juridicamente. Sobre o conceito de posição jurídica, *cfr.* R. Alexy, ‘Rights and Liberties as Concepts’, em: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, *op. cit.*, 285 s.

²³ *Ibid.*

tal posição se encontra no âmbito de proteção de uma disposição de direitos fundamentais (a interpretação da disposição constitucional).

3.1.1 A interpretação da disposição constitucional

As cortes constitucionais costumam começar a análise da proporcionalidade mediante um exame do âmbito semântico da disposição que estabelece a liberdade constitucional relevante no caso concreto. Para isso se valem de todos os critérios de interpretação jurídica.²⁴ As disposições dos direitos fundamentais são enunciados normativos. Cada enunciado ostenta um âmbito semântico ao qual pode ser adscrito um conjunto de posições jurídicas e normas mediante interpretação.²⁵ A pergunta relevante em um caso concreto é se a posição jurídica que, segundo o demandante, sofreu uma limitação está compreendida pelo âmbito semântico de uma disposição de direito fundamental. Nesta frase, a expressão ‘está compreendida no âmbito semântico’ é ambígua. Pode ser entendida em um sentido estrito ou amplo. Um entendimento estrito somente permitiria incluir uma posição jurídica no âmbito semântico de uma disposição de direito fundamental quando existe certeza acerca de que o significado da disposição inclui àquela posição.

A indeterminação dos direitos fundamentais faz pouco frequente essa certeza. Por isso, quanto às liberdades constitucionais, o princípio *in dubio pro libertate* justifica incluir posições jurídicas dentro do âmbito das disposições constitucionais, inclusive quando existem sobre isso desacordos razoáveis.²⁶ Segundo esse princípio, a liberdade deve ser protegida inclusive em caso de dúvida. Esse princípio fundamenta uma interpretação ampla do âmbito das disposições de direito fundamental. Desde a perspectiva do método literal, esta concepção possibilita incluir em tal âmbito qualquer posição jurídica que se revista de pelo menos uma propriedade que, considerada de forma isolada, a vincule com qualquer liberdade constitucional. Desde a perspectiva do método finalístico, o entendimento amplo faz legítima a adscrição de posições jurídicas a disposições de direito fundamental mediante argumentos teleológicos revestidos da seguinte estrutura:²⁷ (1) Uma disposição constitucional *d* prescreve obter o estado de coisas *e*; (2) Se *a* não pode *φ*, então não pode ser obtido *e*; Conclusão: *d* fundamenta a liberdade constitucional de *a* para levar a cabo *φ*.

3.1.2 A existência de uma limitação

A segunda parte do primeiro passo da análise da proporcionalidade consiste em estabelecer se a ação *sub examine* obstrui uma posição jurídica do titular da liberdade. O princípio *in dubio pro libertate* também fundamenta uma interpretação ampla do conceito de obstrução ou limitação. Toda ação que implique um efeito adverso real ou potencial para o exercício de uma liberdade deve ser considerada como uma limitação de tal liberdade.²⁸ Esta é uma concepção objetiva do conceito de limitação que não leva em conta as intenções do agente que limita o direito.²⁹ Compreende todas as desvantagens impostas às liberdades, provenientes de ações que suprimam, eliminem, impossibilitem ou obstaculizem seu exercício.

3.2 A estrutura dos subprincípios da proporcionalidade

O segundo passo da análise da proporcionalidade consiste em avaliar se a limitação tem fundamento. As cortes levam a cabo esta avaliação mediante uma aplicação escalonada dos subprincípios da proporcionalidade.

²⁴ Cfr. Sobre esta análise: A. Barak, ‘Proportionality (2)’, in: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, op. cit., 739.

²⁵ Cfr. R. Alexy, *Theory of Constitutional Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2012) 31 s.

²⁶ A jurisprudência da Corte Constitucional Federal da Alemanha elaborou este princípio em várias sentenças, por exemplo, na BVerfGE 63, 340 (342). Na doutrina, cfr.: F. Müller, *Juristische Methodik* (Berlin: Duncker & Humblot, 1989) 223 f.

²⁷ Sobre a estrutura geral de um argumento teleológico deste tipo, cfr. H.-J. Koch y H. Rüßmann, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft* (Munich: Beck, 1982) 259.

²⁸ O conceito de efeito adverso foi desenvolvido na jurisprudência da Corte Constitucional Federal da Alemanha, em sentenças como a BVerfGE 40, 141 (156).

²⁹ Cfr. R. Eckhoff, *Der Grundrechtseingriff* (Colonia et alt.: Carl Heymanns) 1992, 236 s.

Primeiro examinam a idoneidade da limitação, logo, a necessidade e, por último, a proporcionalidade em sentido estrito.

3.2.1 Idoneidade

O subprincípio de idoneidade exige que toda limitação dos direitos fundamentais seja adequada para contribuir à obtenção de um fim constitucionalmente legítimo. Se trata de duas exigências: legitimidade do fim e adequação do meio.

De acordo com a concepção mais débil, um fim é legítimo se não está proibido de forma explícita ou implícita pela constituição. Existem pelo menos duas concepções alternativas mais fortes. Segundo a mais forte, só a satisfação de outro direito fundamental pode representar o fim legítimo da limitação de uma liberdade.³⁰ Esta concepção é inaceitável porque entranha uma interpretação individualista ao extremo do sistema de direitos fundamentais que faria quase impossível às autoridades políticas perseguir objetivos úteis para a comunidade em geral. Uma concepção menos forte também aceitaria a realização de outro princípio constitucional como fim legítimo. Esta concepção se baseia na ideia de que os direitos fundamentais não podem ser limitados senão com fundamento em princípios que tenham a mesma hierarquia no sistema jurídico. Não obstante, também é implausível por conduzir a uma concepção demasiado restrita da democracia, que nega às autoridades políticas – e, sobretudo, ao legislador – a competência para determinar seus próprios objetivos. Por isso, deve ser adotada a concepção mais débil.

A adequação também deve ser entendida segundo uma concepção débil e negativa, no sentido de que a limitação a uma liberdade constitucional não é adequada se não contribui em absoluto a alcançar o fim legítimo. Se exige apenas um mínimo de adequação que respeita uma margem de discricionariedade às autoridades políticas para determinar em que medida e com que meios deve ser alcançado o fim legítimo.³¹

3.2.2 Necessidade

O subprincípio da necessidade exige que toda limitação dos direitos fundamentais seja a mais benéfica com o direito limitado, entre todas aquelas que revistam pelo menos a mesma idoneidade para contribuir a alcançar o fim perseguido. A análise da necessidade implica três aspectos: determinar se existem medidas alternativas à limitação *sub examine* da liberdade, se alguma de tais medidas alternativas é igualmente idônea para alcançar o fim perseguido, e se alguma medida que cumpra esta condição, por sua vez, limita menos a liberdade constitucional afetada.

Se não há medidas alternativas, a limitação *sub examine* será necessária. À mesma conclusão deverá chegar-se se nenhuma das medidas alternativas pode alcançar o fim perseguido no mesmo grau que a limitação que se analisa. Sem embargo, a análise da igual idoneidade é complexa. O grau em que um meio pode alcançar um fim pode ser examinado desde vários pontos de vista: quantidade, qualidade, probabilidade, velocidade e eficácia. Segundo uma concepção débil da necessidade, as medidas alternativas devem ser tão idôneas como a limitação *sub examine* em todos esses aspectos. Por último, se existe uma medida igualmente idônea, ela também deve limitar a liberdade constitucional em um grau menor em todos esses aspectos. Do contrário, não poderá ser tida a limitação *sub examine* como desnecessária. Isso protege a margem de discricionariedade das autoridades políticas para eleger meios que, por exemplo, sejam mais efetivos porém menos rápidos para alcançar o fim, ou mais arriscados porém menos invasivos da liberdade.

³⁰ John Rawls sugeriu um argumento desse estilo sobre seu sistema de liberdades básicas em: *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 2005) 289 s.

³¹ Sobre esta margem de discricionariedade, *cfr.*: M. Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers* (Nomos, Baden–Baden, 1998) 47 s., 84 s., e 147 s.

3.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige que toda limitação de um direito fundamental contribua para alcançar o fim perseguido em uma medida que justifique o grau de limitação do direito. Essa análise implica uma comparação entre o grau em que se limita a liberdade constitucional e o grau em que se alcança o fim perseguido. Tal comparação é levada a cabo em dois passos: primeiro, são determinados os graus mencionados e, logo, se comparam estes.

Os graus de limitação da liberdade e de alcance do fim dependem de dois tipos de variáveis: normativas e empíricas. Enquanto aquelas têm a ver com a importância da liberdade limitada e do fim legítimo, estas se relacionam com a eficácia da limitação *sub examine* para limitar a liberdade e alcançar seu fim.

Apesar de ter uma mesma hierarquia constitucional, desde o ponto de vista normativo, diversos direitos fundamentais e suas respectivas posições jurídicas podem ter mais ou menos importância, se os avaliamos com referência a valores sociais positivos. Por exemplo, a vida é mais importante que a liberdade, pois para poder exercer a liberdade é necessário estar vivo. Igualmente, por sua conexão com a democracia, as posições jurídicas adscritas à liberdade de expressão e que estão vinculadas com o exercício do poder político são mais importantes que outras que não o estão. Ademais, fins de dissímil importância podem justificar a limitação de uma liberdade. Dentro desse elenco de fins, a satisfação de outros direitos fundamentais e princípios constitucionais tem a maior importância. A eles seguem os fins legislativos, os governamentais e os privados.

Desde uma perspectiva empírica, uma medida pode ser mais ou menos eficaz para limitar uma liberdade constitucional e para alcançar o fim legítimo que persegue. A eficácia depende de sua velocidade, duração, probabilidade e da magnitude dos aspectos da liberdade que limite e do fim que alcance.

Os juízes utilizam premissas normativas e empíricas na análise da proporcionalidade para dar conta das variáveis desses dois tipos. Tais premissas podem ostentar diversos graus de fiabilidade que são relevantes para comparar o grau de limitação da liberdade constitucional e o grau de alcance do fim. Quanto mais fiável seja uma premissa, tanto maior será o grau da variável, limitação ou alcance, para a que ela seja relevante.

Alexy sustenta que os graus de limitação da liberdade constitucional e de alcance do fim podem ser comparados com base em uma escala de três valores: ‘leve’, ‘moderado’ e ‘intenso’.³² Uma avaliação global das premissas normativas e empíricas, assim como de sua fiabilidade, fundamenta a atribuição de um desses três valores aos graus de limitação e alcance em jogo. A comparação de tais graus, que define o resultado da análise da proporcionalidade em sentido estrito, deve ser guiada pela lei da ponderação. Segundo ela:

‘Quanto maior seja o grau de não-satisfação ou de limitação de [uma liberdade constitucional], tanto maior deverá ser a importância de satisfazer o [fim perseguido]’.³³

Desse modo, se o grau em que se alcança o fim perseguido é menor que o grau de limitação da liberdade, a limitação não estará justificada. Se ocorre o contrário, a limitação estará justificada. Se os graus de limitação e alcance são iguais, e a limitação não foi estabelecida pelo legislador, ela não estará justificada, porquanto nenhum princípio contrário a uma liberdade constitucional pode prevalecer a não ser que a seu favor joguem razões mais fortes.³⁴ Contudo, se os graus são iguais e a limitação é legislativa, em face do princípio democrático, esta não poderá ser tida por desproporcional.³⁵

³² Esta é uma paráfrase da lei da ponderação, na qual Alexy, em realidade, se refere a princípios. *Cfr.* A formulação mais completa de dita lei em: ‘Die Gewichtsformel’, em: J. Jickeli *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein* (Berlin: De Gruyter), 2003, 771 s.

³³ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit., 102.

³⁴ *Ibid.*, 385.

³⁵ *Ibid.*, 410 f.

4 A ESTRUTURA E AS CIRCUNSTÂNCIAS DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS POSITIVOS

Este modelo de proporcionalidade é inapropriado para a aplicação dos direitos sociais positivos, em razão da estrutura e das circunstâncias de aplicação destes direitos.

4.1 A estrutura dos direitos sociais positivos

As constituições protegem os direitos sociais como direitos não-justiciáveis ou apenas declarativos,³⁶ ou como direitos justiciáveis.³⁷ As disposições constitucionais que estabelecem direitos sociais justiciáveis fundamentam vários tipos de posições jurídicas que institucionalizam o ideal que seus titulares nunca careçam dos meios necessários para um nível adequado de vida.³⁸ Trata-se de direitos negativos a que nem o estado nem outros particulares interfiram no acesso e desfrute de benefícios de que já dispõem os titulares dos direitos; direitos de igualdade em dito acesso e desfrute; e direitos positivos dos titulares a obter habilitação, promoção, proteção ou garantia de acesso e desfrute dos mencionados benefícios.

Aqui somente serão considerados os direitos sociais positivos. Trata-se de posições jurídicas nas quais o titular tem direito a que o destinatário leve a cabo uma ação de um modo m que satisfará o direito em certo nível n .

4.2 As circunstâncias particulares de aplicação dos direitos sociais positivos

Por seu caráter de direitos fundamentais, a aplicação dos direitos sociais positivos também tem lugar nas circunstâncias de aplicação dos direitos fundamentais antes mencionadas. Contudo, nesse terreno são relevantes outras duas circunstâncias particulares: indeterminação do nível n e do modo m de satisfação do direito social positivo. A constituição não determina o nível em que os direitos sociais positivos devem ser satisfeitos, quer dizer, quais são os fins específicos que as autoridades políticas devem alcançar, nem que concretas ações, políticas ou programas devem ser implementados para tal efeito.

A indeterminação do nível e do modo de satisfação representa um problema fundamental para a aplicação dos direitos sociais positivos. Em razão disso, nos casos concretos é difícil identificar que conduta deve levar a cabo o destinatário para não vulnerar estes direitos. No caso das liberdades, esta conduta se identifica com facilidade: omitir qualquer limitação injustificada de uma liberdade. No que concerne aos direitos sociais positivos, não se sabe em que nível nem de que modo se obtém uma satisfação adequada em cada caso.³⁹

³⁶ Sobre este tipo de direitos sociais, *cf.*: M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton: Princeton University Press, 2008) 238.

³⁷ Por exemplo, os artigos 26 e 27 da Constituição da África do Sul de 1996, os artigos 42 a 77 da Constituição da Colômbia de 1991, e os artigos 12 a 55 da Constituição do Ecuador de 2008 estabelecem direitos sociais justiciáveis.

³⁸ F. I. Michelman, 'Socio-economic Rights in Constitutional Law: Explaining America Away', 6 *International Journal of Constitutional Law* (2008) 667.

³⁹ M. Klatt y M. Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, op., cit., 85 s.

5 O MODELO DE ANÁLISE DA PROPORCIONALIDADE PARA A APLICAÇÃO DOS DIREITOS DE PROTEÇÃO PROPOSTO POR ALEXY

Aharon Barak⁴⁰, e Matthias Klatt junto a Moritz Meister⁴¹ sugeriram modificações à estrutura da proporcionalidade para ajustá-la à aplicação dos direitos positivos. Contudo, estes autores seguem, no essencial, a proposta de Robert Alexy sobre o mesmo aspecto.⁴² Aqui se avaliará somente esta última.

O ponto de partida do modelo da proporcionalidade proposto por Alexy é um conjunto de pressuposições plausíveis: Que existem diversos modos de satisfazer os direitos positivos; Que não se exige ao destinatário destes direitos implementar todas as ações possíveis para satisfazer o direito, sobretudo se elas são redundantes; Que às vezes o dever de satisfazer um direito positivo colide com o dever de não limitar uma liberdade⁴³ (nestes casos, quanto mais uma medida satisfaça o direito, mais limitará a liberdade, e vice-versa); Que, no que concerne à satisfação dos direitos positivos, a análise da proporcionalidade deve começar com uma delimitação dos possíveis modos de satisfação e uma avaliação de que tanto cada um deles satisfaz o direito. Alexy ilustra este aspecto com o exemplo do dever positivo de proteger o *nasciturus* do aborto. Neste cenário existem várias medidas que podem ser adotadas: ‘A primeira medida, *M1*, é uma proibição estrita, que só permite o aborto se existe risco para a vida da mãe. *M2* consiste em uma proibição débil que admite o aborto por razões sociais. *M3* não proíbe o aborto senão exige, a quem queira praticá-lo, consultar a um conselheiro e, ao estado, oferecer apoio financeiro. Por último, *M4* consiste na simples admissão do aborto no primeiro trimestre da gravidez’.⁴⁴

Com base nesses pressupostos, Alexy sustenta que o que importa para a análise da proporcionalidade, é estabelecer ‘se o impacto que causa a omissão de uma medida protetora’ está justificado.⁴⁵ Isso depende de se está justificado que as autoridades políticas não adotem uma medida mais satisfatória do direito que aquela que adotaram.

Apesar destas pressuposições corretas, o modelo de Alexy se reveste de vários problemas. Primeiro, não dá conta da estrutura dos subprincípios de idoneidade e necessidade. Segundo, na análise de seu exemplo, Alexy assume que quando um direito de proteção colide com uma liberdade a medida mais protetora do direito é desproporcional com a liberdade e a mais benigna com a liberdade é desproporcional com o direito. Estas suposições carecem de justificação. Contra a intuição de Alexy, várias cortes constitucionais e supremas estimaram que *M4*, a medida mais benéfica para a liberdade e menos protetora do direito do *nasciturus*, é constitucional. Enfim, Alexy também dá por sentado que *M2* y *M3* são proporcionadas, porém isso constitui uma petição de princípio, porque essa é exatamente a pergunta que deve ser respondida.

6 UMA ANÁLISE DIALÓGICA DA PROPORCIONALIDADE PARA APLICAR OS DIREITOS SOCIAIS POSITIVOS

Aqui se propõe uma análise dialógica da proporcionalidade para aplicar os direitos sociais positivos. À diferença do que ocorre com as liberdades constitucionais, aplicar os direitos sociais positivos não pode ser exclusivamente uma tarefa dos juízes. Os titulares e os destinatários são quem estão em melhor posição para argumentar, por meio de premissas normativas e empíricas, qual deve ser o nível e o modo apropriado para satisfazer estes direitos. O trabalho dos juízes é controlar a plausibilidade de tais premissas e tais argumentos. Ademais, a participação dos destinatários neste diálogo reforça seu compromisso com a satisfação dos direitos

⁴⁰ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, op. cit., 422 s.

⁴¹ M. Klatt y M. Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, op. cit., 88.

⁴² R. Alexy, ‘On Constitutional Rights to Protection’, op. cit., 1 s.

⁴³ Esta colisão se apresenta, por exemplo, nos casos constitucionais de aborto, nos quais o dever estatal de proteger a vida do *nasciturus* colide com a liberdade da mulher gestante.

⁴⁴ R. Alexy, ‘On Constitutional Rights to Protection’, op. cit., 10 f.

⁴⁵ *Ibíd.*, 11.

sociais. Assim, o diálogo provê uma base argumentativa para a tomada de decisões judiciais e para o desenho e a execução das políticas necessárias para cumpri-las.

Aqui se sugere estruturar a análise da proporcionalidade para aplicar os direitos sociais positivos em dois passos: uma análise interpretativa do nível de satisfação do direito e uma análise empírica do modo de satisfação.

6.1 A análise interpretativa

A análise interpretativa implica uma deliberação acerca de se o nível de satisfação n que o titular do direito aspira a desfrutar pode ser adscrito dentro do âmbito normativo de uma disposição constitucional que estabelece um direito social positivo. Esta análise compreende duas indagações: a inclusão *prima facie* e o exame das razões que justificam que o destinatário não adote o máximo nível razoável de satisfação do direito. Após estas, deve ser levada a cabo uma ponderação.

6.1.1 A inclusão *prima facie*

Na primeira indagação, os juízes devem analisar interpretativamente o âmbito normativo da disposição constitucional que estabelece o direito social positivo relevante para estabelecer se a ele pode ser adscrito o nível de satisfação n que o titular do direito aspira desfrutar.

Contrário ao que defendem as teorias do mínimo essencial, o âmbito normativo dos direitos sociais positivos não compreende níveis mínimos capazes de satisfazer apenas as necessidades básicas.⁴⁶ A afirmação oposta tampouco é plausível. Este âmbito não pode abarcar posições jurídicas que correspondam a um máximo nível possível de satisfação dos direitos sociais para todos os indivíduos –máximo que inclua, por exemplo, o direito a obter do estado uma casa de luxo, educação de pós-graduação em universidades privadas ou cobertura de saúde que inclua qualquer tipo de tratamentos cosméticos–. Por isso, a interpretação do âmbito normativo dos direitos sociais positivos deve ser levado a cabo com base na ideia de que estes direitos devem ser satisfeitos *prima facie* em um máximo nível razoável. O conceito de máximo nível razoável é indeterminado. Contudo, alude a um nível de desfrute de bens e serviços que, nas condições econômicas de cada sociedade, é apropriado para que os indivíduos tenham uma existência digna como cidadãos livres e iguais.

De forma análoga ao que ocorre com as liberdades, deverá ser aceito que o titular tem direito ao acesso e desfrute de um nível de satisfação n de um direito social positivo se, segundo o critério de interpretação literal, a posição jurídica que expressa dito nível se reveste de pelo menos uma propriedade que, considerada de maneira isolada, a vincula com o âmbito semântico da disposição constitucional que estabelece o direito. De acordo com o critério finalístico, a interpretação ampla, porém razoável, de tal disposição fundamenta argumentos teleológicos como o seguinte: (1) Uma disposição constitucional d que estabelece um direito social prescreve obter um estado de coisas e no qual os indivíduos acessem e desfrutem de um nível máximo razoável (2) Se o titular do direito a não dispõe de φ , então não pode ser obtido e . A conclusão é que d fundamenta o direito de a a desfrutar de φ .

Contudo, se nada vincula o nível de satisfação (n) ao âmbito semântico da disposição que estabelece um direito social positivo, a obtenção de dito nível não pode ser considerada ordenada pela constituição. Em *Soobramoney*,⁴⁷ por exemplo, a Corte Constitucional da África do Sul interpretou o enunciado ‘a ninguém pode deixar de ser fornecido tratamento de emergência’, contido no artigo 27 da Constituição de 1996, no sentido de que outorgar tratamento de diálise a um paciente com deficiência renal crônica, inclusive após uma interpretação ampla, não podia ser considerado como um ‘tratamento de emergência’. Este exemplo contrasta com o da Sentença T-740/2011, na qual a Corte Constitucional colombiana interpretou de uma maneira ampla o direito à vida digna, protegido pelo artigo 11 da Constituição Política de 1991, para concluir que uma mãe chefe de

⁴⁶ Sobre as desvantagens das teorias das necessidades básicas para justificar os direitos sociais e determinar seu conteúdo, *cfr.*: K. Young, *Constituting Economic and Social Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2012) 35 f.

⁴⁷ *Soobramoney v. Minister of Health, KwaZulu-Nat* 1998 1 SA 765 (CC)

família em situação de pobreza extrema e seus filhos menores tinham direito a receber água grátis em um nível correspondente a 50 litros diários.⁴⁸

6.1.2 A existência de uma razão justificatória da não satisfação do direito no máximo nível razoável

Depois do anterior deve ser indagado se existe uma razão normativa legítima para que o destinatário não satisfaça o direito social positivo no nível máximo razoável. Para esta análise, os destinatários devem aduzir ao diálogo as razões normativas legítimas para explicar porque o máximo nível razoável não pode ser garantido.

Em razão do princípio de separação de poderes, o conceito de razão normativa legítima deve ser construído de uma maneira negativa e débil. Assim, uma razão é legítima se a constituição não a proíbe de maneira explícita ou implícita. Em consequência, qualquer outro direito fundamental ou de qualquer fim legislativo não proibido pode representar uma razão normativa legítima. Um exemplo de uma razão normativa legítima seria o princípio do equilíbrio das finanças públicas. Em *Soobramoney*, por exemplo, este princípio foi uma razão normativa decisiva contra a inclusão de todos os pacientes em programa de diálise.

De não existir uma razão normativa legítima, deve ser considerado que o direito social positivo deve ser satisfeito no máximo nível razoável pretendido por seu titular.

6.1.3 A ponderação normativa

A etapa interpretativa da proporcionalidade deve ser concluída com uma ponderação, que é um caso especial da proporcionalidade em sentido estrito. Dentro desse contexto, a análise da proporcionalidade exige que a importância da razão normativa legítima identificada justifique a relevância da falta de satisfação do direito social positivo no máximo nível razoável.

Essas duas magnitudes devem ser comparadas. A segunda magnitude depende de se o destinatário do direito foi por inteiro inativo ou pôs em marcha alguma ação, uma política ou um programa para satisfazer o direito em um nível inferior ao máximo razoável. Se este último é o caso, então o valor da segunda magnitude deve corresponder à diferença existente entre a medida adotada e o nível máximo razoável de satisfação do direito.

Aqui também é possível comparar as duas magnitudes em jogo, por exemplo, mediante uma escala triádica composta pelos valores ‘leve’, ‘moderado’ e ‘intenso’. O valor que se deve atribuir a essas magnitudes depende de premissas normativas que as autoridades políticas deverão aportar ao diálogo constitucional. No exemplo da sentença colombiana T-740/2011, por exemplo, estas variáveis se referem a em que grau se afetaria o princípio de sustentabilidade financeira na prestação do serviço de água, se fosse reconhecido que todos os indivíduos em situação de pobreza deveriam poder desfrutar de uma quantidade ilimitada de água grátis. As autoridades políticas devem aportar ao diálogo constitucional a informação relevante sobre esse aspecto.

Apesar da Corte Constitucional da Colômbia não ter levado a cabo uma ponderação desse tipo, é possível mostrar a desproporção que implicaria aceitar, como sugerido pela demandante, que o nível de satisfação ordenado pela constituição seria correspondente ao de uma quantidade de água grátis ilimitada. A concessão de água grátis ilimitada à demandante e (em virtude do princípio de igualdade e da doutrina do precedente, necessariamente) a todas as pessoas que se encontrem em uma situação idêntica ou análoga teria um efeito negativo grave no princípio da sustentabilidade financeira do serviço de água. Ao mesmo tempo, não garantir esse nível máximo de satisfação, em comparação com um menor que possibilitasse à demandante e à sua família levar uma vida digna, somente teria um efeito negativo ‘leve’ sobre o direito à água. É predizível que se as pessoas recebem água grátis de forma ilimitada, desperdiçariam este recurso escasso.

Se esse máximo nível razoável (*mnr*) de satisfação é desproporcional, então deve ser analisada a proporcionalidade do próximo menor nível (*mnr-1*). Por exemplo, de acordo com o Comentário Geral No. 15 (2002) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,⁴⁹ e o informe sobre ‘Quantidade de água

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentença T-740/2011. Magistrado Relator Humberto Sierra Porto.

⁴⁹ Cfr. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94> (13.03.2015).

doméstica, nível de serviço e saúde' da Organização Mundial de Saúde de 2003,⁵⁰ na sentença T-740/2011 a Corte Constitucional colombiana considerou a possibilidade de que os indivíduos de especial proteção recebessem 50 litros de água grátis. Da sentença se deduz que a Corte considerou que esta quantidade era proporcional. A proporcionalidade de (*mnr-1*), quer dizer, de 50 litros de água diária por pessoa, pode ser estabelecida se, por exemplo, existe evidência de que a diferença entre (*mnr*) e (*mnr-1*) é somente leve, enquanto que o impacto desta diferença na sustentabilidade financeira do serviço de água é também somente leve. Se a primeira magnitude fosse maior que a segunda (por exemplo, porque a quantidade de água que implica *mnr-1* dificulta ao extremo ao titular ter uma vida digna), então deve reputar-se que apenas um maior nível de satisfação do direito social positivo seria acorde com a constituição. Se, pelo contrário, a segunda magnitude é maior que a primeira (porque, por exemplo, devido às circunstâncias atuais de sustentabilidade financeira do serviço público de água, o destinatário não tem capacidade para oferecer aos cidadãos em situação de vulnerabilidade 50 litros por pessoa de água grátis), é necessário considerar um nível menor de satisfação (*mnr-2*). Isso poderia explicar porquê, por exemplo, em *Mazibuko* a Corte Constitucional da África do Sul aceitou que o programa do governo para proporcionar 25 litros diários por pessoa de água grátis era razoável.⁵¹

Na concepção dialógica de proporcionalidade que aqui se propõe, as autoridades políticas devem ter a competência para elaborar a lista de possíveis níveis de satisfação, para clasificá-los desde o mais alto até o mais baixo (*mnr*, *mnr-1*, *mnr-2*, ..., *mns*),⁵² e para especificar as razões normativas que existem para eleger um deles como o apropriado. Essas competências se relacionam com um conhecimento técnico especializado que de nenhuma maneira se encontra no texto da constituição nem pode ser deduzido pelos métodos de interpretação constitucional. Os juízes necessitam desse tipo de conhecimento para determinar quais são os níveis mais altos e mais baixos nos quais um direito social pode ser satisfeito. As autoridades políticas e o titular do direito devem prover esta informação. Os juízes, por sua parte, devem utilizá-la para a análise da proporcionalidade. Dessa maneira, os juízes mantêm sua supremacia para avaliar a plausibilidade das premissas normativas aduzidas pelas autoridades políticas e pelos titulares dos direitos. Ademais, podem avaliar essas afirmações por meio de alguns critérios de ponderação.⁵³ Exemplos de critérios de equilíbrio, extraídos da jurisprudência real comparada sobre os direitos sociais, são os seguintes.

Necessidade urgente: quanto mais um nível de satisfação mais alto do acesso ou desfrute de ϕ esteja vinculado com uma necessidade urgente do titular de um direito social, mais razões haverá para considerar que o destinatário do direito deve satisfazê-lo em tal nível.

Vulnerabilidade: quanto mais um nível de satisfação mais alto do acesso ou desfrute de ϕ possa eliminar a situação de vulnerabilidade do titular de um direito social, mais razões haverá para considerar que o destinatário do direito deve satisfazê-lo em dito nível.

Benefício: Quanto mais o destinatário de um direito social (público ou privado) se beneficie desde o ponto de vista financeiro da prestação de um serviço público correlativo à satisfação de um direito social, tantas maiores razões haverá para considerar que o direito deve ser satisfeito no nível máximo razoável.

Núcleo mínimo internacional: quantas mais razões existam para considerar que uma posição jurídica está compreendida dentro do núcleo mínimo internacional de um direito social, tantas maiores razões haverá para considerar que a falta de satisfação do direito social em um nível que corresponda a essa posição deva ser catalogada como uma infração grave do direito social.

Satisfação das necessidades básicas para a sobrevivência: quanto mais um nível de satisfação mais alto do acesso ou desfrute de ϕ satisfaça uma necessidade básica do titular de um direito social, mais razões haverá para considerar que o destinatário do direito deve satisfazê-lo em dito nível.

⁵⁰ Cfr. http://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/wsh0302/en/index.html (13.3.2015).

⁵¹ *Mazibuko v City of Johannesburg* 2009 (39) BCLR 239 (CC) (S. Afr). Si (*mnr-2*) é desproporcionado, então deve ser considerado o próximo nível menor de satisfação (*mnr-3*), e assim por diante.

⁵² (*Mns*) expressa: nível mínimo de satisfação.

⁵³ Estes critérios de ponderação podem incluir algumas das intuições plausíveis que subjacem aos critérios de razoabilidade e do mínimo essencial.

6.2 A análise empírica

A etapa empírica da análise da proporcionalidade para os direitos sociais consiste em um exame da relação entre o modo (m) e o nível (n) de satisfação do direito. Essa análise se ocupa de assuntos empíricos que são análogos àqueles dos quais se ocupa o juiz nos exames da idoneidade e necessidade da análise da proporcionalidade das limitações das liberdades.

Uma vez tenha sido determinado o nível de satisfação (n) como o ordenado pela constituição na primeira etapa da proporcionalidade, surgem duas perguntas. Primeiro, se o modo de satisfação (m) que o demandante alega é idôneo para alcançar (n). Segundo, se o modo de satisfação (m) é necessário, ou, em outras palavras, se entre todos os modos de ação que são igualmente idôneos para alcançar (n), (m) é o menos restritivo da razão normativa que joga contra a plena satisfação do direito social (por exemplo, o princípio constitucional da sustentabilidade financeira dos serviços públicos).

O ponto central do exame da idoneidade é a adequação. A adequação também deve ser concebida aqui de acordo com uma concepção débil e negativa. Um modo de satisfação deve ser descartado se não contribui em absoluto à consecução de (n). Por outra parte, a falta de adequação deve ser demonstrada mediante premissas empíricas fiáveis, que deveriam estar fundamentadas em conhecimentos científicos geralmente aceitos.

A análise da necessidade implica comparar (m) com outros cursos de ação alternativos, com o fim de estabelecer se qualquer dos meios alternativos cumpre com duas exigências: primeiro, se é ao menos tão adequado como (m) para satisfazer o direito social no nível (n); segundo, se é a opção menos restritiva desde o ponto de vista da razão normativa que joga contra a plena satisfação do direito social.

Se não existem meios alternativos que permitam alcançar (n), então (m) é necessário. Mais além disso, a análise da necessidade se reveste de alta complexidade. À medida em que (m) e os meios alternativos podem contribuir a alcançar (n) se pode avaliar por meio de vários critérios: quantidade, qualidade, probabilidade, velocidade e eficácia. Esses critérios também se aplicam para a análise da magnitude em que os modos de satisfação que se comparam interferem com a razão normativa que joga contra a plena satisfação do direito. Nesse ponto, os tribunais necessitam de conhecimentos financeiros e técnicos sobre todas essas variáveis. Somente as autoridades políticas podem proporcionar esses conhecimentos ao diálogo constitucional. Os tribunais devem ser deferentes às autoridades políticas a menos que suas afirmações sejam evidentemente irrazoáveis ou estejam fundamentadas em premissas que não sejam confiáveis. Isso preserva o poder das autoridades políticas para eleger e implementar cursos de ações que sejam, por exemplo, mais eficazes porém, mais lentos para alcançar o fim perseguido. Neste ponto a política não pode ser substituída pela interpretação constitucional.

CONCLUSÃO

Este artigo explicou como deve ser modificada a estrutura da análise da proporcionalidade para a aplicação dos direitos sociais positivos. Como resultado, propõe um modelo dialógico e débil de proporcionalidade. Este modelo se divide em duas etapas: uma normativa e uma analítica. Nelas se examinam as premissas apropriadas para determinar as duas variáveis que nos direitos sociais positivos são particularmente indeterminadas: o nível e o modo de satisfação do direito. Nessas duas etapas se distribuem as competências argumentativas que devem cumprir o titular do direito (ao indicar o máximo nível razoável de satisfação) e o destinatário (ao indicar quais são os níveis alternativos em que podem ser satisfeitos o direito e quais são os diversos modos de ação disponíveis para alcançar o nível apropriado). O juiz tem competência para liderar este diálogo e para decidir o caso ao integrar essas premissas na análise da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2002).
- ALEXY, R. 'Die Gewichtsformel', en: J. Jickeli et al. (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein* (Berlin: De Gruyter, 2003).
- ALEXY, R. 'On Constitutional Rights to Protection', 3 *Legisprudence* (2009).

- ALEXANDER, R. 'Rights and Liberties as Concepts', en: M. Rosenfeld y A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012).
- BARAK, A. *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).
- BERNAL, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 4ª edición, 2014).
- BERNAL, C. "La migración de la proporcionalidad a través de Europa", en: Miguel Carbonell, Héctor Fix Híero, Luis Raúl González Pérez, y Diego Valadés (eds.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje Jorge Carpizo* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, Volumen IV, I).
- BILCHITZ, D. *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2007).
- BILCHITZ, D. 'Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine', 12 (3) *International Journal of Constitutional Law* (2014).
- BILCHITZ, D. 'Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine: A rejoinder to Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou', 12 (3) *International Journal of Constitutional Law* (2014).
- COHEN-ELIYA, M. e PORAT, I. 'American balancing and German proportionality: The historical origins', 8 (2) *International Journal of Constitutional Law* (2010).
- CONTIADES, X. e FOTIADOU, A. 'Social Rights in the Age of Proportionality: Global Economic Crisis and Constitutional Litigation', 10 (3) *International Journal of Constitutional Law* (2012).
- CONTIADES, X. e FOTIADOU, A. 'Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine: A reply to David Bilchitz', 12 (3) *International Journal of Constitutional Law* (2014).
- ECKHOFF, R. *Der Grundrechtseingriff* (Colonia et alt.: Carl Heymanns).
- GERSTENBERG, O. 'Negative/positive constitutionalism, 'fair balance,' and the problem of justiciability', 10 (4) *International Journal of Constitutional Law* (2012).
- JACKSON, V. 'Comparative Constitutional Law: Methodologies', en: M. Rosenfeld y SAJÓ, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012).
- KANT, I. 'On the Common Saying: 'This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice'', en: H. Reiss (ed.), *Kant: Political Writings*, trans. H. B. Nisbet (Cambridge: Cambridge University Press, 1991).
- KLATT, M. e MEISTER, M. *The Constitutional Structure of Proportionality* (Oxford: Oxford University Press, 2012).
- KOCH, H.-J. e RÜSSMANN, H. *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft* (Munich: Beck, 1982).
- LANDAU, D. 'The Promise of a Minimum Core Approach: The Colombian Model for Judicial Review of Austerity Measures', en: A. Nolan (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014).
- LOCKE, J. *Two Treatises of Government*, Peter Laslett (ed.) (Cambridge: Cambridge University Press, 1988).
- LIEBENBERG, S. *Socio-Economic Rights. Adjudication under a Transformative Constitution* (Juta: Cape Town, 2010).
- MICHELMAN, F. I. 'Socio-economic Rights in Constitutional Law: Explaining America Away', 6 *International Journal of Constitutional Law* (2008).
- MÜLLER, F. *Juristische Methodik* (Berlin: Duncker & Humblot, 1989).
- PILLAY, A. 'Reviewing Reasonableness: An Appropriate Standard for Evaluating State Action and Inaction?', 122 *South African Law Journal* (2005).
- PILLAY, A. 'Economic and Social Rights Adjudication: Developing Principles of Judicial Restraint in South African and the United Kingdom', *Public Law* (2013).
- RAABE, M. *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers* (Nomos, Baden-Baden, 1998).
- RAWLS, J. *A Theory of Justice* (Cambridge, MA: Harvard University Press, revised edition, 1999).
- RAWLS, J. *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 2005).

SCHMITT, C. *Constitutional Theory* (Durham: Duke University Press, 2008).

STEINBERG, C. 'Can Reasonableness Protect the Poor? A Review of South Africa's Socio-Economic Rights Jurisprudence', 123 *South African Law Journal* (2006) 264.

TUSHNET, M. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton: Princeton University Press, 2008).

WOOLMAN, S. e BISHOP, M. *Constitutional Law of South Africa*, (Cape Town: Juta, 2nd ed., vol. 5, 2013).

WALDRON, J. 'The Core of the Case against Judicial Review', 115 *The Yale Law Journal* (2006).

YOUNG, K. *Constituting Economic and Social Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2012).

Recebido para publicação em 28/10/2015.
Aceito para publicação em 10/12/2015.



Este trabalho foi licenciado sob uma Licença
Creative Commons Atribuição 3.0 Não Adaptada

Publicação original disponível em:
<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc>