

O CONSTITUCIONALISMO DE EXCEÇÃO E A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

CRISIS CONSTITUTIONALISM AND THE EROSION OF SOCIAL RIGHTS

Paulo Henrique Amaral Motta 

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, DF, Brasil.

Pós-doutor pela Università di Bologna, na Scuola Superiore di Studi Giuridici. Pós-doutor pela

Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino,

Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra.

Membro do Ministério Público de Mato Grosso.

Email: paulo.motta@mpmt.mp.br

RESUMO: O presente artigo busca analisar o constitucionalismo de exceção, sistematizado nos momentos de crises, e a consequente precarização dos direitos sociais. Primeiramente, este texto pretende descrever esse modelo de constitucionalismo num contexto de escassez de recursos econômicos orçamentários. Em seguida, o discurso da austeridade é confrontado com a garantia do mínimo para uma existência condigna, havendo a descrição de experiências internacionais. No aspecto metodológico, utilizou-se predominantemente o método de pesquisa dedutivo. Adotou-se, de igual maneira, a técnica de pesquisa bibliográfica. Nas considerações finais, ocorre a apresentação de uma das várias propostas possíveis a assegurar a eficácia das normas definidoras dos direitos sociais num cenário de escassez de recursos, qual seja a substituição da teoria da reserva do possível pela noção da reserva do necessário.

Palavras-chave: direitos sociais; contexto de crise; constitucionalismo de exceção; estado social.

ABSTRACT: This article analyzes crisis constitutionalism — a constitutional framework that emerges during periods of crisis — and its detrimental impact on social rights implementation. The study first examines this constitutional model within the context of budgetary constraints and economic resource scarcity. It then contrasts austerity discourse with constitutional guarantees of minimum standards for dignified existence, drawing on international comparative experiences. In the methodological aspect, the deductive research method was predominantly used. Likewise, the bibliographic research technique was adopted. The findings propose replacing the traditional "theory of the possible reserve" with a "theory of the necessary reserve" as one viable approach to ensuring effective implementation of social rights norms despite resource limitations.

Keywords: social rights; crisis context; crisis constitutionalism; social state.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O CONSTITUCIONALISMO DE EXCEÇÃO NO CONTEXTO DE UMA CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA. 3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, O MÍNIMO EXISTENCIAL E O DISCURSO DA AUSTERIDADE. 4 O CONTEXTO DE CRISE E A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Ainda que o conceito de constitucionalismo multinível tenha sido desenvolvido originariamente no contexto europeu, persiste uma compreensão de que, a partir da vigência dos sistemas global e regionais de proteção dos direitos humanos, há uma implementação progressiva da internacionalização do direito constitucional, que se dá principalmente pela via do diálogo das cortes.

A partir disso, a proteção normativa dos direitos sociais, na vigência de um sistema jurídico multinível, deriva tanto do ordenamento nacional quanto do ordenamento internacional, havendo, assim, uma miríade normativa dialógica, que busca assegurar a aplicação da norma mais favorável à pessoa humana.

No entanto, ainda que haja uma internormatividade voltada para a proteção dos direitos sociais, inexistem dúvidas de que tais direitos trazem consigo custos financeiros para a sua implementação, ao menos na sua expressiva maioria.

Nesse aspecto, no âmbito de uma economia globalizada, há uma realidade jurídico-constitucional sufocada por dificuldades econômicas e financeiras que fragilizam o Estado social, havendo uma relação direta entre a disponibilidade de recursos financeiros e a possibilidade de implementar os direitos sociais.

Para tanto, o presente texto pretende abordar o constitucionalismo de exceção no contexto de uma crise econômico-financeira, confrontando o discurso de austeridade que o compõe com a

garantia do mínimo para uma existência condigna com a descrição de experiências internacionais.

Para uma melhor compreensão do tema, serão descritos e analisados teóricos¹ que versam sobre a implementação dos direitos sociais no contexto de escassez de recursos econômico-financeiros, além de autores² voltados à abordagem do estado de exceção, ocupando-se, ainda, com a apreciação de autores estrangeiros que desenvolvem, ainda que embrionariamente, o referencial teórico para a tese da reserva do necessário, assim sustentada neste texto.

A abordagem do tema será realizada predominantemente a partir do método dedutivo mediante consulta de bibliografia nacional e estrangeira.

A técnica de pesquisa a ser adotada, por conseguinte, será, em síntese, a revisão bibliográfica.

2 O CONSTITUCIONALISMO DE EXCEÇÃO NO CONTEXTO DE UMA CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA

Num contexto de crise econômico-financeira, a eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos sociais é, ainda que parcialmente, impugnada pelo discurso de austeridade e de exceção.

Enquanto nos momentos de estabilidade, a teoria constitucional e a sociologia da constituição fundamentam um constitucionalismo estável, democrático e social; nos contextos de crises, inclusive econômicas, através da submissão dos princípios constitucionais e da democracia às respostas reputadas necessárias à escassez de recursos, há a configuração de um constitucionalismo de exceção.

O economista António Casimiro Ferreira (2019, p. 17-18) salienta que a tipologia do constitucionalismo, acima apontada, coloca em destaque os conflitos existentes entre a mediação constitucional, o aspecto econômico-financeiro e os direitos fundamentais, numa dinâmica de enfraquecimento da democracia, sempre legitimado por decisões de conteúdo econômico.

Nesse ambiente, aqueles que detêm uma parcela significativa do poder econômico, sendo assim autorrepresentados, possuem uma chance superior de serem humanizados, quando, assim, aqueles que não têm tal chance de representação, acabam por deter um elevado risco de serem tratados ou vistos como menos do que humanos, ou, até mesmo, não serem vistos ante os argumentos orçamentários e financeiros (Butler, 2019, p. 123-124).

Com isso, no cenário de escassez de recursos, a austeridade nos gastos públicos passa a ser sustentada enfaticamente pela mídia tradicional, por agentes econômicos e políticos, por bancos centrais, entre outros, como a única solução existente para superar a crise financeira, quando, então, o constitucionalismo de exceção se fortalece à custa do enfraquecimento e da não implementação dos direitos sociais, ainda que constitucionalizados e fundamentais, bem como das políticas públicas qualificadas pela socialidade.

Nesse aspecto, no plano sociológico, surge uma leitura anorética (Loureiro, 2014b, p. 648) da Constituição e do constitucionalismo, que aponta para uma nova socialidade marcada num verdadeiro estado de exceção (Agamben, 2004) quanto à implementação dos direitos sociais. Nesse modelo estatal, o projeto central não é a fruição da autonomia individual, mas, ao contrário, a instrumentalização da existência humana e a destruição física de indivíduos e de parcelas da população, dividindo-a entre aqueles que devem viver e os demais que devem morrer, como enunciado por Achille Mbembe (2018, p. 9-10 e 17).

Há, assim, conforme sustentado pelo constitucionalista João Carlos Loureiro (2014b, p. 650), uma corrente, então seduzida pelo mercoconstitucionalismo, defensora de uma profunda revisão do texto constitucional resultante de um discurso simplório de que não há dinheiro, quando retira dessa dimensão fática consequências normativas, com uma afinidade íntima com os mercados.

¹ Tais autores serão destacados no desenvolvimento do texto na forma de citações indiretas.

² A acompanhar o estilo redacional do autor do artigo, tais teóricos serão apontados, na forma de citações indiretas, nos próximos itens do texto.

Dessa maneira, no constitucionalismo de exceção, há uma afronta à Constituição, principalmente quanto à implementação dos direitos sociais, com efeitos duros que alcançam sociedades marcadamente desiguais, como a brasileira.

Se não bastassem tais sequelas sociais, a democracia também passa a ser confrontada na vigência desse discurso de austeridade, pois há uma desvalorização das instituições nacionais democráticas, principalmente dos parlamentos e tribunais locais, frente a um constitucionalismo transnacional, em que as instituições financeiras (Teubner, 2016), públicas e privadas, posicionam-se cada vez mais fortes e intensas.

Na vigência desse apontado constitucionalismo de exceção, que fragiliza a socialidade e a democracia, os Estados, segundo José Carlos Vieira de Andrade (2015, p. 29), acabam por integrar-se em mercados, mostrando-se enfraquecidos, jurídica e financeiramente, no âmbito de um mundo globalizado, num contexto marcado pela internacionalização e afirmação de fortes e poderosos atores transnacionais.

A partir dessa compreensão minimalista da constituição e do constitucionalismo, ressaí uma defesa enfática de que, por força de uma crise financeira que nunca se apresenta solucionada, deve preponderar uma espécie de direito constitucional especial prevalecente à implementação dos direitos sociais e à eficácia das normas que os definem.

Demarcado pelo discurso da austeridade, o constitucionalismo de exceção, conforme aponta o já mencionado economista Antônio Casimiro Ferreira (2019, p. 97), invoca um modelo político-jurídico dotado de um conteúdo essencialmente punitivista em relação aos indivíduos, impondo sacrifícios no presente em razão de supostos excessos do passado, sem prejuízo de uma erosão dos direitos sociais e de uma mercantilização da sociedade.

Em decorrência disso, há a intensificação de uma discrepância entre as normas constitucionais definidoras dos direitos sociais e a realidade social, com um esvaziamento dos princípios fundamentais, tais como a fraternidade, a justiça social e a igualdade.

Enquanto as normas consagradoras dos direitos sociais permanecem vigentes, formal e materialmente, no texto constitucional; por outro lado, a pobreza e as desigualdades sociais e culturais intensificam-se cada vez mais, violando, inclusive, uma das finalidades constitucionais explícitas impostas ao Estado³.

Com esse descompasso entre as promessas constitucionais e uma frágil e incerta implementação dos direitos sociais, a Constituição acaba por deixar de desempenhar suas funções com o atendimento falho das expectativas normativas contidas no seu texto, o que inviabiliza a capacidade de acoplamento estrutural entre o direito e a política⁴.

Ante as graves consequências advindas do constitucionalismo de exceção e do discurso da austeridade, incumbe à literatura jurídica buscar alternativas que, apesar de reconhecerem os limites orçamentários, não se afastem da noção de que o Estado social permanece fundado pela dignidade da pessoa humana, assim compreendida como valor e princípio (Barak, 2015, p. 43 e 195) inarredável no atual estágio do constitucionalismo.

Sem se afastar da convicção de que os direitos sociais possuem custos, tanto a sociologia da Constituição quanto a teoria geral da Constituição podem oferecer contributos a uma implementação mais efetiva das promessas constitucionais.

O Estado social, que foi construído ideologicamente como um Estado providência (Vieira de Andrade, 2006, p. 139), impondo ao ente estatal a prestação monopolística dos direitos sociais em caráter universal e gratuito, talvez mereça ser revisitado ante novos conceitos de igualdade e de universalidade dos direitos fundamentais prestacionais.

No entanto, essa nova compreensão da igualdade e da universalidade deve procurar se afastar do constitucionalismo de exceção e do autoritário discurso da austeridade, até mesmo

³ Em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, no art. 3º da Constituição brasileira, por exemplo, são referenciados os objetivos principais do Estado, quais sejam as finalidades constitucionais voltadas à dignificação do indivíduo, com a definição, dentre outros, da necessária prestação de políticas públicas destinadas a erradicar a pobreza no território brasileiro.

⁴ Para uma compreensão didática da ideia desenvolvida por Luhmann acerca do acoplamento estrutural entre o direito e a política, vide THORNILL, Christopher. Niklas Luhmann and the sociology of the constitution. **Journal of classical sociology**, v.10, n. 4, p. 326, 2010.

para que a solidariedade constitucional seja capaz de assegurar, de forma efetiva, uma existência condigna a todos os cidadãos, apresentando-se, ainda, aberta à manutenção da democracia.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, O MÍNIMO EXISTENCIAL E O DISCURSO DA AUSTERIDADE

A dignidade da pessoa humana, na condição de princípio fundante (Canotilho, 2012, p. 285) do Estado social, impõe que sejam garantidas as condições mínimas a assegurar uma existência condigna por intermédio da adoção de políticas adequadas.

A partir de uma construção germânica, a literatura jurídica e a jurisprudência consolidaram o entendimento de que há um direito fundamental à garantia de um mínimo existencial, o qual se funda numa associação entre o Estado social, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, o direito à integridade física, bem como o direito à liberdade geral (Botelho, 2015, p. 334).

Apesar do reconhecimento de que os direitos sociais possuem custos, bem como de que os recursos financeiros são limitados, enquanto as necessidades humanas ilimitadas e crescentes, o Estado não pode se eximir da responsabilidade de implementar o mínimo a uma existência condigna.

Repensar o Estado social, afastando-o da ideia original de um Estado providência, é uma necessidade que se impõe. No entanto, esse novo Estado social repensado não pode se desvincular da disponibilização de meios materiais necessários à existência digna, tudo a evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade que se apresenta sempre que o indivíduo, por ausência de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, tem a sua autonomia destruída e a sua vontade fragilizada (Cléve, 2003, p. 160).

Portanto, o discurso da austeridade, entre outros limites⁵, a despeito de seu caráter autoritário, não pode mitigar a garantia do mínimo existencial, sob pena de uma atuação, pública ou privada, atentatória à dignidade da pessoa humana, portanto incompatível com o atual estágio do constitucionalismo.

Além disso, tal garantia não se restringe ao mínimo dos mínimos, a englobar, ainda, os pressupostos indispensáveis ao livre desenvolvimento da personalidade humana, assegurando, em consequência, conforme apontado por José Carlos Vieira de Andrade (2015, p. 32), a possibilidade de participação do indivíduo na vida social, cultural e política.

O mínimo para uma existência condigna não pode ser reduzido ao que se compreende como o mínimo vital⁶, devendo, na verdade, alcançar um padrão mínimo de qualidade de vida imposto pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o qual possibilite que o indivíduo detenha capacidade de exercer plenamente as suas aptidões e as liberdades fundamentais.

Em outros termos, o mínimo para uma existência condigna, que é composto pelo mínimo existencial fisiológico – qual seja o mínimo vital – e o mínimo existencial sociocultural, acaba por alcançar, além dos direitos à saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, também outros aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção do trabalhador, do direito à alimentação e do direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos, como água, saneamento básico e transporte, sem prejuízo, ainda, do direito a uma renda mínima garantida (Sarlet, 2015, p. 331).

Por força do direito fundamental ao mínimo para uma existência condigna, é fácil concluir, então, que os direitos sociais são instrumentos de emancipação àqueles que se encontram numa situação de vulnerabilidade, não se limitando apenas a solucionar a sobrevivência física, mas a permitir também que o indivíduo detenha capacidade para desenvolver-se plenamente.

Ainda que a compreensão do mínimo existencial seja uma construção teórica e jurisprudencial com aspectos sociológicos claros, deve preponderar ao discurso da austeridade,

⁵ Tais como a proibição do retrocesso social, a reserva do necessário, a justiciabilidade dos núcleos essenciais dos direitos sociais, dentre outros.

⁶ A partir dos desenvolvimentos teóricos existentes, há distinções entre o significado do mínimo para uma existência condigna, do núcleo essencial dos direitos sociais e do mínimo vital. Este último refere-se exclusivamente ao mínimo destinado para uma sobrevivência física do indivíduo, sendo mais restrito do que o alcance que se propõe ao mínimo para uma existência condigna.

ainda que nos contextos de crises. Enquanto o constitucionalismo de exceção faz com que a força normativa dos fatos se sobreponha à força normativa da Constituição (Ferreira, 2019, p. 124), sob a égide da dignidade da pessoa humana deve ocorrer justamente o contrário, qual seja a permanente eficácia das normas definidoras dos direitos sociais nos limites daquilo que se apresenta essencial a uma vida condigna de todos os indivíduos.

Por outro lado, conforme já apontado, a escassez de recursos para custear a implementação dos direitos sociais é um fato, não se tratando de uma mera compreensão supostamente neoliberal que pretende enfraquecer o Estado social.

Nesse contexto, a despeito da quantia limitada de recursos para assegurar a implementação de todas as promessas constitucionais, a Constituição brasileira exige, e não apenas recomenda, a proteção do núcleo essencial do Estado social, devendo ser assegurado o mínimo para uma existência condigna a todos os indivíduos, não podendo, nem mesmo, ser invocada a reserva do possível como condição de realização dos direitos sociais.

Apesar do denominado constitucionalismo de exceção possuir adeptos cada vez mais numerosos e influentes - inclusive dentre os sociólogos e constitucionalistas -, o mínimo existencial não se apresenta como um mero objetivo programático, mas, na verdade, como um limite mínimo, abaixo do qual haverá um deficit inconstitucional de proteção (Vieira de Andrade, 2015, p. 32).

Ainda que o discurso de austeridade deva ser limitado pela garantia do mínimo existencial, a escassez de recursos ainda persiste, havendo, assim, a necessidade de buscar soluções tanto dogmáticas quanto pragmáticas para as dificuldades inerentes à implementação dos direitos sociais num contexto de crise, o que se pretende iniciar parcialmente, ainda que nos limites do presente texto, no próximo item.

4 O CONTEXTO DE CRISE E A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Na reflexão sobre os custos dos direitos, ressaí a noção da reserva do possível, que vigeria como uma cláusula que expressa simplesmente a necessidade de sopesamento (Alexy, 2008), havendo, ainda, como uma referência obrigatória, neste ponto, as obras de Cass Sunstein (2014) e de Cass Sunstein e Stephen Holmes (1999).

A teoria da reserva do possível⁷, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e difundida amplamente no constitucionalismo ocidental, possui uma dimensão tríplice.

Primeiramente, há uma dimensão fática, que está relacionada com a efetiva disponibilidade dos recursos para a implementação dos direitos fundamentais. Além disso, há uma dimensão jurídica, que guarda correlação com a distribuição das receitas e das competências tributárias. Por fim, a reserva do possível também possui conexão com aquilo que o cidadão pode exigir, numa esfera razoável, da sociedade.

No entanto, na vigência de um Estado social fundado pela dignidade da pessoa humana, o conceito de reserva do possível, como elemento impeditivo da efetividade normativa dos direitos sociais, merece ser substituído pela noção da reserva do necessário.

Nesse ponto, para o já referido José Carlos Vieira de Andrade (2012), os direitos sociais devem estar sujeitos à reserva do necessário, no pressuposto da autonomia pessoal e da autorresponsabilidade de cada um para se sustentar, não podendo o Estado, com o argumento de que os recursos são escassos numa circunstância de crise, deixar de implementar direitos fundamentais, segundo um critério de necessidade, a assegurar a autonomia individual, a autodeterminação da pessoa e o livre desenvolvimento de sua personalidade.

A concepção da reserva do necessário, portanto, além de servir para balizar a efetividade dos direitos sociais num contexto de crise, guarda muito mais proximidade com o conteúdo da dignidade da pessoa humana do que a noção da reserva do possível, sendo uma importante alternativa a esta última teoria, projetando-se no indivíduo enquanto ser dotado de autonomia e

⁷ Para uma análise didática da teoria da reserva do possível, vide a tese de doutorado de Marco Antônio da Costa Sabino, defendida em 2014, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com o tema “Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios”.

membro de uma sociedade.

Enquanto a reserva do possível, desenvolvida a partir do constitucionalismo de exceção, condiciona a força normativa dos direitos sociais em função dos recursos jurídica e materialmente disponíveis, sem qualquer preocupação a implementar uma existência condigna aos indivíduos; a reserva do necessário, além de delimitar a atuação prestacional do Estado num maior grau de razoabilidade, condiciona a implementação dos direitos sociais quando necessários a assegurar o livre desenvolvimento da personalidade, a fruição da autonomia individual e uma autodeterminação ampla da pessoa.

No contexto da reserva do necessário, a ideia de solidariedade perpassa por uma nova dimensão de igualdade e de universalidade dos direitos sociais, os quais são compreendidos como direitos daqueles que careçam das prestações estatais para a sua emancipação como pessoas dotadas de autonomia e liberdade.

Em consequência, incumbe ao Estado social a prestação dos bens fundamentais a todos aqueles que estiverem numa situação de vulnerabilidade e de necessidade, no nível imprescindível a permitir que o indivíduo detenha condições de exercer plenamente a liberdade, bem como para desenvolver suas aptidões.

A proteção social, na teoria da reserva do necessário, está delimitada, quanto aos sujeitos, à qualidade dos beneficiários, numa vocação de “*universalidade na necessidade*”, devendo-se garantir que qualquer cidadão tenha acesso ao sistema de proteção social, ao menos na “*medida da necessidade*”, conforme aponta João Carlos Loureiro (2014a, p. 87-89).

No contexto de uma crise, marcada pela escassez de recursos, desde que assegurado o mínimo a uma existência condigna a todos os indivíduos, nada impede que haja o emprego de diferentes lógicas de acesso aos bens fundamentais, devendo a necessidade ser o critério utilizado.

Assim, numa leitura coadunada com o princípio da dignidade da pessoa humana, há um conjunto de bens fundamentais para uma existência condigna, cujo acesso deve estar pautado num critério de necessidade, que orientará a atuação do Estado social.

Pensar de maneira contrária, numa defesa da reserva do possível, seria mercantilizar excessivamente o Estado, vinculando o acesso aos bens fundamentais tão somente à capacidade de pagamento do preço ou do mérito, o que não se mostra em harmonia com a dignidade da pessoa humana e com a garantia do mínimo existencial.

Já, a partir da teoria da reserva do necessário, o acesso aos direitos sociais emancipadores estará vinculado ao critério da necessidade do seu destinatário, independentemente deste possuir capacidade de custear o direito ou deter mérito a tanto.

Em razão do acima exposto, há alguns exemplos internacionais marcados por diferenciações na efetivação dos direitos sociais, assim pautadas no modelo da reserva do necessário, em contextos de escassez de recursos.

Em Portugal, por força do art. 26, inciso I, da Constituição vigente, tem-se que o sistema de proteção social de cidadania possui como objetivo garantir direitos básicos, dentre os quais direitos econômicos, sociais e culturais, não havendo qualquer vedação normativa constitucional que proíba a introdução de soluções moduladoras de recursos mediante a instituição de limites e copagamentos proporcionais ao critério de necessidade de cada indivíduo ou família.

Com isso, no contexto português, abre-se a possibilidade para a aplicação das taxas moderadoras dos serviços de saúde, bem como das denominadas propinas.

Apesar de uma recente alteração no regime de cobrança de taxas moderadoras no âmbito do Serviço Nacional de Saúde lusitano, ainda há a previsão das mesmas na hipótese de serviços de atendimento de urgência hospitalar, os quais permanecem integralmente gratuitos a partir de critérios pautados pela necessidade.

Além disso, no ensino superior público português, há a cobrança das propinas, que consistem em taxas de frequência devidas pelos discentes, assim correspondentes à participação nos custos do serviço prestado pela instituição de ensino superior, sem prejuízo da responsabilidade orçamentária estatal por intermédio da receita proveniente dos impostos, com a manutenção da gratuidade em favor dos que necessitam.

Já na Itália, a literatura jurídica aponta o princípio da universalidade seletiva, a qual dirige-se a todo e qualquer cidadão, existindo uma prioridade lastreada na necessidade de participação

diferenciada a partir de um critério concreto de capacidade econômica. Com isso, a universalidade permanece vigente, havendo, entretanto, uma diferenciação na concretização dos direitos sociais conforme a capacidade econômica de cada um.

No contexto italiano, por exemplo, houve uma reforma do denominado *Servizio Sanitario Nazionale*, que passou a ter a coparticipação do usuário no custo do serviço de saúde mediante o pagamento do ticket sanitário, através da participação direta dos cidadãos como contrapartida para os cuidados de saúde disponibilizados pelo Estado, havendo isenções aplicadas para a gravidez, doenças crônicas, pessoas com deficiência ou que procuram diagnósticos em relação ao HIV e ao câncer, numa verdadeira seletividade pautada pela necessidade.

Dessa maneira, com o desenvolvimento da compreensão da reserva do necessário, refuta-se, por completo, o constitucionalismo de exceção, deixando de lado o árduo discurso da austeridade, marcado pelo “economiquês” e pela insensibilidade social.

No entanto, ao mesmo tempo, a utilização do critério da necessidade para a prestação dos direitos sociais pelo Estado mostra-se útil num contexto de escassez de recursos, máxime durante uma crise econômico-financeira, pois delimita a socialidade, destinando os bens fundamentais a uma parcela dos indivíduos que compõe uma dada comunidade⁸.

5 CONCLUSÃO

Dentre várias outras tipologias conferidas, o constitucionalismo de exceção vem se destacando, cada vez mais, nos tribunais e nos meios acadêmico, político e jurídico.

Marcado por uma leitura minimalista da Constituição, sobressai o discurso da austeridade, que é defensor de uma profunda revisão do texto constitucional, bem como de um enfraquecimento da eficiência das normas definidoras dos direitos sociais, com uma afinidade íntima com os mercados.

Por consequência, acaba por haver um descompasso entre as promessas erigidas na constituição e as suas concretizações, o que inviabiliza a capacidade de acoplamento estrutural entre o direito e a política.

No entanto, no âmbito de um Estado social fundado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o discurso da austeridade, dentre outros limites, não pode mitigar a garantia do mínimo existencial, sob pena de uma atuação incompatível com o atual estágio do constitucionalismo e de um déficit constitucional de proteção.

Apesar disso, a escassez de recursos para custear a implementação dos direitos prestacionais é um fato, não se tratando de um mero argumento neoliberal, o que impõe a construção de soluções tanto dogmáticas, quanto pragmáticas, às dificuldades inerentes à eficácia das normas definidoras dos direitos sociais.

Dentre outras propostas construídas pela literatura jurídica, conforme indicado no item anterior, há o apontamento da substituição da teoria da reserva do possível pela noção da reserva do necessário, quando, então, ocorre uma delimitação razoável da atuação prestacional do Estado condicionando o fornecimento dos bens fundamentais àqueles que se encontrem numa situação de vulnerabilidade e de necessidade, na medida do que se apresentar essencial para o livre desenvolvimento da personalidade, o que afasta, por completo, o constitucionalismo de exceção, deixando de lado o árido discurso da austeridade.

Com isso, o acesso aos direitos sociais vincular-se-á ao critério da necessidade de cada ser humano, independentemente deste possuir capacidade de custear, por si só, aquele dado direito ou de possuir qualificadores meritórios para tanto.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁸ Sobre a aplicação de diferentes princípios distributivos, dentre os quais a necessidade, vide WALZER (1983).

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- BARAK, Aharon. **Human dignity: the constitutional value and the constitutional right**. Tradução de Daniel Kayros. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2015.
- BUTLER, Judith. **Vida precária: os poderes do luto e da violência**. Tradução de Andreas Lieber. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dignidade e constitucionalização da pessoa humana. In: SOUZA, Marcelo Rebelo de et al. (coords.). **Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**, v. 02. Coimbra: Coimbra Editora, p. 285, 2012.
- CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, v. 2, n. 8, jul./set, p. 151-161, 2003.
- FERREIRA, António Casimiro. **Sociologia das Constituições: desafio crítico ao constitucionalismo de exceção**. Porto: Vida Económica, 2019.
- LOUREIRO, João Carlos. Cidadania, proteção social e pobreza humana. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra v. 90, t. 1, p. 71-137, 2014a.
- LOUREIRO, João Carlos. Pauperização e prestações sociais na “idade da austeridade”: a questão dos três d’s (dívida, desemprego, demografia) e algumas medidas em tempo de crise(s). **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, v. 90, t. 2, p. 613-661, 2014b.
- MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. Tradução de Renata Santini. São Paulo: N-1 edições, 2018.
- SABINO, Marco Antônio da Costa. **Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SEN, Amartya. **Poverty and famines: an essay on entitlement and deprivation**. Oxford: Oxford University Press, 1983.
- SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999.
- SUNSTEIN, Cass R.. **Valuing life: humanizing the regulatory state**. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2014.
- TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- THORNILL, Christopher. Niklas Luhmann and the sociology of the constitution. **Journal of classical sociology**, v.10, n. 4, p. 315-337, 2010.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. O papel do Estado na sociedade e na socialidade. *In*: LOUREIRO, João Carlos; TAVARES DA SILVA, Suzana (orgs.). **A economia social e civil: estudos**. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. v. 1

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Conclusões. **Tribunal Constitucional: 35º Aniversário da Constituição de 1976**, v. 1. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais três décadas depois. *In*: COSTA, José Manuel M. Cardoso (org.). **Anuário Português de Direito Constitucional**, v. 5. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

WALZER, Michael. **Spheres of justice: a defense of pluralism and equality**. Nova Iorque: Basic Books, 1983.

Artigo recebido em: 27/8/2021.

Aprovado em: 11/6/2025.