
A RESERVA DO POSSÍVEL COMO PARÂMETRO DE SINDICÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

The Reserve Of Possible As A Parameter For Basic Social Rights Syndication

Ari Ferreira Querioz^{*}
Vitor França Dias Oliveira^{**}

RESUMO: É cediço que o Direito Constitucional tem avançado com certa cautela no que tange ao tratamento de questões como a eficácia das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais, especialmente no que se refere aos direitos de índole social-prestacionais. São direitos ou garantias que frequentemente demandam por parte dos entes públicos ações positivas, prestações materiais aptas a suprir necessidades elementares do indivíduo, tais como a própria vida e a manutenção de um padrão de vida condigno. Diante das impossibilidades fáticas orçamentárias, *rectius*, da escassez de recursos públicos para tais fins, a jurisprudência alemã inovou com a reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), espécie de restrição à plena aplicabilidade dos direitos fundamentais com base em critérios econômico-financeiros. Neste estudo, discutir-se-á sobre suas origens e de que forma vem sendo tratada pela doutrina e jurisprudência pátria e internacional.

Palavras Chaves: Reserva do Possível. Restrições aos Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: It is known that Constitutional Law has advanced with some caution regarding the treatment of such issues as the effectiveness of constitutional rules concerning about fundamental rights, especially those related to the rights which demands positive benefits. These are rights or guarantees that often require positive actions by the governmental organisms, able to supply fundamental materials needs, such as life itself and the maintenance of a basic dignity standard. In the face of budget impossibilities, *rectius*, the scarcity of public resources for such purposes, the German case law innovated with the reserve of possible (*Vorbehalt des Möglichen*), which is a sort of restriction on the full applicability of fundamental rights based on economic and financial criteria. This study will focus on its origins and the ways of implementing the reserve.

Key Words: Reserve of Possible. Restrictions to the Fundamental Rights.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A elaboração do texto normativo da Constituição Brasileira de 1988 foi marcada por um período de intensa euforia popular. O país começava a dar os seus primeiros passos significativos contra os resquícios de duas décadas de um regime de exceção, caracterizado pelo autoritarismo e pela restrição das garantias individuais e coletivas. É neste contexto que o legislador brasileiro, comovido em parte pela exaltação do povo na busca da redemocratização, elencou como prioridade da nova Carta Maior a proteção ao rol dos direitos e garantias fundamentais. O fim da ditadura representava a possibilidade de uma série de mudanças sociais e jurídicas sufocadas por longos anos pelo regime militar, e a Assembleia Nacional Constituinte fez questão de consagrá-las na nova Carta. Os direitos sociais nunca receberam tamanha atenção do legislador em se tratando de uma Constituição brasileira. O caráter meramente caritativo dos

^{*} Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), mestrado em Direito do Estado pela Universidade Estadual Paulista Júlio Mesquita Filho (UNESP), doutorado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Museu Social Argentino. Juiz de Direito em Goiás, professor-adjunto da Universidade Católica de Goiás (UCG) e do Instituto de Ensino e Pesquisa Científica (IEPC-Goiânia). Endereço eletrônico: ariqueiroz@terra.com.br.

^{**} Graduando em Direito pela Universidade Católica de Goiás (UCG), participou nos anos letivos de 2008/2009 de projeto de mobilidade estudantil, desenvolvendo parte da graduação pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Portugal. Membro do Programa de Direitos Humanos (PDH-UCG) e pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Departamento de Ciências Jurídicas (NEPJUR-UCG). Endereço eletrônico: vitordiasoliveira@hotmail.com.

programas sociais do Estado foi substituído pelo poder-dever de oferecer a assistência concreta. Nasce para nós o Estado Social de Direito, onde o Estado passa a desempenhar uma função ortopédica, procurando corrigir os excessos do individualismo econômico.

Desde então a doutrina e jurisprudência continuam a debater a respeito da eficácia de tais direitos. Algumas posições consideram os direitos sociais como autênticos direitos fundamentais, o que os vinculariam, portanto, ao regime específico de aplicabilidade disposto no artigo 5º, §1º. Ao contrário desta, outra vertente os consideram como meras normas programáticas, dotadas de baixa efetividade. Se considerados autênticos em sua fundamentalidade, os direitos sociais se sujeitam ao regime da aplicabilidade imediata dos demais direitos fundamentais. Esta parece ser a posição inicial do legislador constituinte quando dispôs no artigo supracitado a seguinte redação: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Aparentemente, ignora-se a questão da viabilidade administrativa e econômica do aparelho estatal em dar plena efetividade a tais direitos, bem como, não fazendo distinção, englobou todos os direitos previstos no título II.

Com o passar dos anos, notou-se certa ineficiência dos organismos estatais em corresponder às expectativas do legislador constituinte. As obrigações prestacionais ligadas aos direitos sociais, principalmente previstas nos artigos 6º e 7º, quando fornecidas, careciam de qualidade, rompendo de maneira explícita com outros fundamentos básicos da Constituição, tais como a cada vez mais recorrente dignidade da pessoa humana. É neste contexto que parte da doutrina pátria, contrariando Gilmar Mendes, Paulo Bonavides, Luiz Roberto Barroso e Ingo Wolfgang Sarlet, que os consideram como autênticos direitos fundamentais, passou a repensá-los, vendo-os tão somente como normas definidoras de programas, nada mais que metas a serem alcançadas, não possuindo o mesmo grau vinculativo dos demais direitos previstos no título II da Constituição. É cediço que as normas programáticas são, na visão majoritária da doutrina, disposições vagas que se limitam em estabelecer metas e princípios a serem alcançados pelo aparelho estatal, possuindo, pois, baixa efetividade. Mister se faz frisar neste momento que, neste estudo, adotar-se-á a tese do constitucionalista português Joaquim J. Gomes Canotilho, professor catedrático da Universidade de Coimbra, no sentido de que, apesar de seu pequeno potencial de efetividade, as normas-programas ou normas-tarefa ainda sim possuem poder vinculativo determinante.

Gomes Canotilho, Jorge Miranda e Vital Moreira fazem parte da corrente que não dissocia os direitos sociais dos demais direitos fundamentais. No entanto, a Constituição da República Portuguesa possui regimes de aplicabilidade diferenciados para os direitos de liberdade, ditos “direitos, liberdades e garantias” dos direitos “econômicos, sociais e culturais”. Os primeiros, previstos no título II da CRP, regem-se sobre uma aplicabilidade direta, em tese superior inclusive às demais normas de direitos fundamentais. Para os direitos sociais, estruturalmente diferenciados dos de liberdades no título III, apenas um efeito vinculante entre o legislador e a criação de normas infraconstitucionais, o que lhas confere certa efetividade, ainda que reduzida perante as primeiras. Neste sentido, dispõe o artigo nº. 18 do texto que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas”. Todavia, ao dispor o artigo nº. 17 do mesmo texto que “o regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados do título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”, o legislador português concedeu maior flexibilidade na distinção dos dois regimes diante da práxis judiciária. Para Vieira de Andrade,

a distinção se dá, entre outros fatores, por possuírem os direitos de liberdade um conteúdo essencialmente determinado ou determinável, enquanto os ditos direitos sociais carecem da intervenção do legislador infraconstitucional para que seu conteúdo seja determinado.

Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn não previu expressamente a existência dos direitos sociais, sendo considerados pelos doutrinadores alemães como direitos adscritos ao texto constitucional, mas ainda autênticos direitos fundamentais. Sua fundamentalidade decorre, para Robert Alexy, do fato de que os direitos sociais “são tão importantes do ponto de vista do direito constitucional que sua outorga ou denegação não podem ficar nas mãos da simples maioria parlamentar”. Hesse não atribui a mesma subjetividade a tais direitos, mas garante que sua fundamentalidade decorre do modelo de Estado Social presente na ordem jurídica alemã. Diante de um campo de discussão doutrinário tão vasto, o presente estudo focará a seguir na fundamentalidade de tais direitos. Determiná-los se são autênticos direitos fundamentais é de suma importância para se saber o regime de efetividade ao qual se subordinam.

1 OS DIREITOS SOCIAIS E SUA FUNDAMENTALIDADE

Sabe-se que para se determinar a fundamentalidade de certos direitos constitucionais, torna-se imperioso analisá-los sobre dois aspectos, o formal e o material. O aspecto formal nasce da iniciativa do legislador em enquadrar um direito no texto constitucional. A fundamentalidade formal gera, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, três efeitos imediatos para os direitos: a) sua superioridade hierárquica em relação aos demais direitos; b) submissão aos limites impostos ao poder constituinte revisor dispostos no art. 60º, 4º, IV e; c) *possuir aplicabilidade direta pelo art. 5º, §1º, vinculando de imediato os órgãos públicos*. Nesta ótica, certo é que os direitos sociais previstos no capítulo II, título II da Constituição Federal são direitos fundamentais. A dúvida pairaria sobre os direitos previstos no título VIII, referentes à Ordem Social. Neste sentido explica Ana Carolina Lopes Olsen:

Uma interpretação sistemática do texto constitucional poderia lançar luzes sobre a questão. De fato, ao enumerar como direitos sociais o direito à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados, o artigo 6º determinou que a proteção destes direitos se daria “na forma desta constituição”. Significa que – em que pese a falta de sistematização – o constituinte remeteu o intérprete precisamente ao título VIII, que trata da ordem social, onde seus diversos dispositivos explicitam a forma como se dará a efetivação dos direitos sociais previstos no art. 6º. Precisamente neste título encontra-se sediada a maior parte dos direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, como o direito à educação fundamental (art. 208, I, §1º, CF) e à saúde (art. 196, CF), autênticos direitos fundamentais sociais. (OLSEN, 2008. p 34.)

Como se sabe, a Constituição de 1988 prevê em seu art. 5º, §2º, assim como na doutrina alemã, a presença de direitos fundamentais ao longo do texto constitucional, desde que “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, bem como no que diz respeito aos tratados internacionais aos quais o Brasil é signatário. É o caso da Ordem Social, título em que o legislador preferiu, por questões estruturais, separá-lo do capítulo II, onde, todavia, se encontra a maior parte dos direitos sociais. Nota-se aqui certa ineficiência de critérios meramente formais na determinação dos direitos fundamentais adscritos ao capítulo II. Na doutrina

na portuguesa, Vieira de Andrade, bem como Manuel Gonçalves Ferreira Filho na doutrina pátria, refutam a ideia de se determinar outros direitos não inicialmente catalogados dentre os fundamentais pelo legislador. Para eles, tais dispositivos corresponderiam a meras normas de cunho organizatório, não a direitos fundamentais.

No Brasil, a jurisprudência do Supremo se aproximou da linha de Canotilho, criticando a fundamentalidade meramente formal, acusando seus adeptos de criarem uma *teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada*. Para o constitucionalista português, a necessidade de um critério material na determinação dos direitos fundamentais é de suma importância na garantia de uma proteção maior aos valores da Constituição, ao passo que as posições meramente formalistas portam-se em excesso de valores com cunhos ideológicos. Uma vez que a Constituição Brasileira consagrou a existência de direitos fundamentais adscritos ao catálogo, torna-se inegável a importância do critério material na determinação dos mesmos. Por ser dotado de maior subjetividade, é também relativo, devendo se respeitar as posições éticas e filosóficas do legislador constituinte de cada país. Na determinação material da fundamentalidade de um direito, há de se ressaltar, como bem salienta Ingo Wolfgang, dois critérios acessórios: a relevância e a substância. Para que um direito seja fundamental, deve ser equiparado em grau de importância aos direitos previstos no catálogo, ligando-se diretamente à dignidade da pessoa humana. Ana Carolina Lopes Olsen ainda ressalta que são os direitos sociais os responsáveis, ainda, “pela viabilidade do exercício dos direitos individuais e políticos, na medida em que a liberdade propugnada pela CF é a liberdade real, efetiva, não meramente formal”. É, pois, sobre a ótica da dignidade da pessoa humana que os direitos sociais revelam sua importância e a necessidade de equiparação em nível dos demais direitos de liberdades. Seriam, portanto, direitos materialmente fundamentais se observados também como instrumentos indispensáveis à garantia desta dignidade. Mister se faz ressaltar, entretanto, que tal critério – o da dignidade – não pode ser encarado como único à fundamentação material. Apesar de sua evidente relevância, outros valores também levam o legislador constituinte a positivar direitos como fundamentais, os quais não podem ser desprezados.

2 DIREITOS SOCIAIS: CLASSIFICAÇÃO QUANTO SUA FUNCIONALIDADE

Os direitos sociais são comumente caracterizados como direitos a prestações positivas, vinculando o aparelho estatal ao papel de mantê-los através de políticas públicas. Certo é que, *a priori*, grande parte dos direitos fundamentais sociais se apresente como direitos a ações positivas, mas o enquadramento de todos como tais se demonstra como uma definição equivocada. Por vezes se apresentam como direitos a abstenção. É o caso evidente, v.g., do art. 8º, I, CF, o qual veda ao poder público a interferência e a intervenção na organização sindical.

Robert Alexy em sua consagrada obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* subdivide os direitos a abstenções em três subcategorias: os direitos ao não-impedimento de ações, direitos a não afetação de propriedades e situações, e direitos a não eliminações de posições jurídicas. Os primeiros dizem respeito aos direitos em que seu titular pode exigir a abstenção da proibição estatal a uma ação, ou seja, esta não pode ser impedida ou obstaculizada¹. Neste sentido, não

¹ O autor estabelece uma distinção entre impedimento e obstaculização no sentido de que o primeiro ocorre quando se criam circunstâncias que tornam faticamente impossíveis a satisfação do direito. Já o obstáculo ocorre quando se criam circunstâncias que podem vir a impedir a satisfação do direito.

poderia também o poder público impedir a satisfação de um direito através da revogação de normas que viabilizassem o seu exercício. Pode se enquadrar nesta categoria o direito de greve (art. 9º, CF), na medida em que o grevista não pode ser proibido de exercê-lo. Os direitos a não afetação de propriedades e situações são aqueles em que seu titular se protege de ações estatais que lhe possam lhe afetar: a) as propriedades jurídicas, as quais não se limitam à propriedade imobiliária ou mobiliária, mas também englobam bens imateriais como a vida e a sanidade mental, ou; b) as situações jurídicas, que compreendem os direitos que se referem à manutenção de um estado de coisas. Dentro dos direitos sociais previstos na CF/88, pode-se destacar o direito ao descanso semanal remunerado (art. 7º, XV). Por fim, os direitos a não eliminação de posições jurídicas impedem os entes públicos de alterar a configuração jurídica de determinados direitos civis, de modo a não eliminá-los. É, pois, a proibição da derrogação de direitos conquistados. Como exemplo de direito social em nosso ordenamento, cita-se a proteção contra despedida arbitrária mediante indenização nos termos da legislação complementar (art. 7º, I, CF).

Uma vez que os direitos sociais, a *contrario sensu*, apresentam-se também como direitos a abstenções, parte-se agora para o estudo dos direitos sociais prestacionais, os quais serão objeto de debates mais aprofundados neste trabalho. Para o professor Ingo Sarlet, os direitos de natureza positiva subdividem-se em duas categorias: os que demandam prestações de ordem fática e aqueles que demandam prestações de ordem normativa. Os primeiros, por demandarem prestações fáticas, investem a esfera pública da obrigação em prover o bem jurídico tutelado ao seu titular. O Estado gozaria da liberdade de adotar a forma que lhe fosse mais conveniente para atingir tal objetivo, pressupondo, pois, na escolha, menor onerosidade aos cofres públicos e respeitando igualmente o princípio da equidade. São os direitos sociais em sentido estrito. Não dotando da mesma liberdade de escolha encontram-se os direitos a prestações de ordem normativa. Neste caso a forma com que o Estado toma suas decisões é previamente determinada e as normas jurídicas criadas submetem-se a análise posterior do controle de constitucionalidade. Em suma, são direitos à criação de dispositivos que protejam a esfera jurídica do cidadão, assim como a criação de normas de organização e procedimento. Os direitos prestacionais sociais por vezes apresentam tanto um caráter de demanda fática quanto de demanda normativa. O direito à segurança (art. 6º, CF), v.g., exige dos entes públicos tanto a disposição de viaturas policiais (ordem fática), quanto a criação de regras de competência das polícias judiciárias e administrativas (ordem normativa). Nota-se também que os direitos sociais apresentam um caráter *deôntico*, ora realizando uma função defensiva, ora prestacional, dependendo do caso concreto em que a norma se encontrar. Alexy justifica esta dupla faceta ao chegar à conclusão de que a estrutura dos direitos fundamentais encerra um feixe de posições jusfundamentais, onde um único dispositivo normativo pode gerar diversas normas, as quais assumirão caráter negativo ou positivo.

Atualmente na doutrina norte-americana, após a publicação da obra *The Cost of Rights* de Stephen Holmes e Cass Sunstein, muito se discute se todos os direitos são positivos, na medida em que todos eles possuem custos, exigindo uma prestação econômica. Manter-se-á, todavia, a classificação tradicional em direitos de defesa e de prestações, visto que os tribunais superiores frequentemente têm feito tal distinção com a finalidade de se garantir

de forma mais 'simples' a aplicação dos primeiros. Isto porque são direitos que, em tese, demandam a simples abstenção estatal, não exigindo maiores custos, o que os tornariam mais viáveis que os prestacionais.

3 DA PROBLEMÁTICA DOS DIREITOS PRESTACIONAIS SOCIAIS

Delimitado o objeto de estudo, os direitos prestacionais, incube-nos partir para uma abordagem mais direcionada à problemática destes. Sabe-se que os direitos sociais são autênticos direitos subjetivos, inerentes ao espaço existencial do cidadão, o que se traduz na faculdade de se exigir dos entes públicos um determinado comportamento positivo (*facere*) ou negativo (*non facere*). Além desta dimensão subjetiva, intimamente ligada à ideia de prerrogativas, os direitos sociais, através das normas constitucionais que os consagram, apresentam sua dimensão subjetiva através de duas formas: 1) *imposições legiferantes*, as quais obrigam o legislador de atuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício de tais direitos e; 2) *fornecimento de prestações*, que se demonstram como a concretização da dimensão subjetiva.

Uma vez que o texto constitucional proclame, em tese, a responsabilidade do Estado em criar os pressupostos materiais essenciais para viabilizar a plena eficácia destes direitos e garante ao cidadão o poder de exigí-las de forma imediata frente ao judiciário (dimensão subjetiva), temos autênticos direitos originários a prestações. Quando se prevê, v.g., a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até os cinco anos de idade em creches e pré-escolas (art. 7º, XXV, CF), seria legítimo derivar o dever estatal em criar tais estabelecimentos? Ao elencar a moradia como um direito social (art. 6º, CF), seria uma obrigação do poder público construir habitações para os que não têm? É neste contexto que se nota o problema fundamental da eficácia destes direitos. A garantia da proteção jurídica pressupõe uma atuação positiva dos órgãos públicos. Certo é que alguns direitos sociais são *self-executing* por se traduzirem em direitos de defesa, cuja exigência é a mera abstenção estatal, tais como a proibição de qualquer discriminação no tocante ao salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI, CF), mas no que concerne aos primeiros (prestacionais), como garantir sua plena efetividade se estão dependentes de atividade mediadora? Muito dependerá aqui do modelo de positivação adotado por uma determinada Constituição em relação aos direitos sociais. Atualmente são apontados quatro modelos principais de conformação jurídica das normas sociais: 1) como normas programáticas; 2) normas de organização; 3) "garantias institucionais" e; 4) direitos subjetivos públicos.

Aderindo ao último caso a CF, no ordenamento nacional os direitos sociais alcançam finalmente o patamar de direitos subjetivos públicos. É neste modelo que as normas sociais deixam de ser meras imposições constitucionais que derivam direitos reflexos e passam a ser direitos inerentes ao indivíduo, alcançando a dimensão subjetiva já tratada. Aqui a exequibilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais encontra o empecilho do que é ou não viável de se concretizar em função dos recursos disponíveis. É neste contexto que se fala em dois conceitos oponíveis e complementares: o da reserva do possível e o do mínimo existencial. O primeiro deles, a reserva, leva em conta as dificuldades da escassez orçamentária, principalmente no que tange aos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, que acaba traduzindo-se na impossibilidade fática de concreção dos direitos sociais. Trata-se de

uma espécie de restrição. Certo é que não se pode exigir prestações incompatíveis com a realidade financeira do Estado, o que não significa adotar posição extremista, reduzindo os direitos sociais à letra morta do texto Constitucional. Surge à questão o mínimo existencial, um conteúdo mínimo que pode ser exigido judicialmente ainda que existam limitações aos direitos fundamentais.

4 DA RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Antes de iniciarmos a abordagem sobre a reserva do possível, convém antecipar sobre o que são as restrições aos direitos fundamentais. Os poderes constituídos podem intervir no âmbito normativo dos direitos fundamentais? A doutrina diverge em duas posições, representadas de um lado pela teoria interna e, do outro, pela teoria externa. Pela primeira - intimamente conectada com a teoria ampla do suposto de fato -, cujos maiores expoentes são os juristas alemães Friedrich Muller e Friedrich Klein, não há que se falar em restrição dos direitos fundamentais. Para os seus defensores, o que há é apenas a identificação de seu conteúdo de validade a partir de seu âmbito normativo, a exata definição de seus conceitos, “*limites imanes*” ou concretos, mas não em restrição. Admite-se a existência do direito fundamental como um todo, não coexistindo duas categorias distintas, a do direito fundamental de um lado e, do outro, a restrição a este. No constitucionalismo português, demonstrou-se adepto da teoria interna Vieira de Andrade. Para o professor, a Constituição pode excluir da esfera normativa dos direitos fundamentais certas situações, o que não se traduz em uma restrição, mas sim na definição de seu conteúdo. Em suma, a norma de direito fundamental tem, desde sua concepção, “*um conteúdo jurídico determinado, de modo que toda posição jurídica que exceda seus limites não pode ser considerada abrangida por estes direitos*” (Lopes Olsen). Os “*limites imanes*” não diminuem a esfera de proteção do direito jusfundamental, ao contrário do que ocorre nas restrições, apenas define o âmbito normativo do direito.

É a teoria externa, no entanto, que parece ser recebida pela Constituição de 1988. Isto, pois, ao conceber os direitos sociais como integrantes de um sistema normativo de regras e princípios, estes estão passíveis de criar posições jurídicas *prima facie*, sujeitas à ponderação de bens, valores, etc., de forma a identificar os direitos definitivos, o que demonstra o quão maleáveis são às restrições. Atualmente esta se encontra recepcionada por Robert Alexy, Vital Moreira, João Reis Novais e Gomes Canotilho, dentre outros. Para seus adeptos, a partir da concepção de um direito fundamental, este poderá criar uma posição jurídica *prima facie*, aparentemente ilimitada, sobre a qual poderá recair, em segundo momento, uma restrição. Ao contrário do que ocorre na teoria interna, nota-se a formulação de duas categorias distintas, de um lado o direito fundamental pré-restrição, amplo, de outro o direito definitivo, resultante da conformação do primeiro às realidades fáticas. A restrição, no entanto, deve ser fiel a dois aspectos no caso concreto: primeiro, deve ser legítima, feita pelos poderes competentes e, segundo, é fundamental que a conduta restringida se insira no conteúdo do direito original, *prima facie*. Independente de seu caráter prestacional ou defensivo, os direitos fundamentais não são incondicionais por si só e carecem da realidade fática, devendo, pois, se sujeitarem às restrições para conviverem dentro de um sistema constitucional harmônico. Neste sentido conclui Raquel Denize Stumm:

R. Fac. Dir. UFG, V. 33, n. 1, p. 47-66, jan. / jun. 2009

O Direito não é necessariamente restringível. A necessidade de restringi-lo advém das relações que o homem mantém com outros homens e com bens coletivos. Dessa forma, a restrição acontece por uma necessidade externa ao direito, que tem de compatibilizar diferentes direitos individuais e bens coletivos. A necessidade de restrição do direito é sempre *a posteriori*, pois o direito não nasce desde já limitado. Somente surge da necessidade de harmonização e conciliação com outro direito fundamental ou interesse constitucional suficientemente caracterizado e determinado. (STUMM, p. 142-143.)

5 O NÚCLEO ESSENCIAL COMO LIMITE ÀS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS SOCIAIS

O debate acerca da extração de um determinado núcleo essencial e irreduzível em um dispositivo normativo surge como limitação às intervenções dos poderes públicos. Na Alemanha, a Lei Fundamental de 1949 consagrou em seu artigo 19, §2º, que os direitos fundamentais poderiam ser restringidos desde que não se afetasse o seu “conteúdo essencial”. Notória foi a influência do texto alemão na Constituição Portuguesa de 1976, quando esta dispõe no artigo 18º, 3, que “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”. Mister destacar que, ao menos no aspecto formal, a CRP exclui a garantia dos direitos sociais propriamente ditos. Diferentemente, a Constituição brasileira não previu de forma expressa a reserva da “posição mínima definitiva”, o que não significa sua exclusão do ordenamento. A presença deriva do princípio da Supremacia da Constituição e do significado amplo em que os direitos fundamentais atingem nas constituições rígidas.

A ideia do conteúdo mínimo essencial está intimamente ligada com o princípio da dignidade da pessoa humana. Sabe-se que o conceito de dignidade sofreu ao longo do tempo uma evolução, não se limitando nos dias de hoje a um conceito abstrato e negativo. No caso específico dos direitos sociais, grande parte da doutrina considera que o núcleo essencial se traduz como condição do mínimo de existência (*minimum core of economic and social rights*). Assim, o direito à previdência social, à moradia ou à segurança são verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da constituição sempre que eles constituam o *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito. Neste sentido, Cristina Queiroz se refere à relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a reserva do conteúdo essencial:

[...] não vemos como, em relação aos direitos fundamentais sociais mais básicos, como o trabalho, a saúde e a educação, estes não possam ser concebidos e valorados como direitos prestacionais de natureza subjetiva naquilo que neles possa ser tido por eminentemente ‘pessoal’, isto é, directamente decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana na sua dimensão ‘individual’ e ‘social’, numa palavra, como ‘ser socialmente integrado’. (QUEIROZ, 2006, p. 155.)

Ainda no que concerne a esta relação, Gomes Canotilho qualifica a dignidade da pessoa humana como “princípio de defesa das condições mínimas de existência” e de “direito à obtenção de prestações públicas de condições de subsistência mínimas” com a mesma densidade jurídico-subjetiva dos direitos de defesa. Já diante da Lei Fundamental, Robert Alexy observou o surgimento de duas teorias distintas a respeito do conteúdo essencial. A primeira delas, a teoria subjetiva, entende que quando a LF prevê a proteção deste núcleo, estende esta

proteção às posições jurídicas outorgadas aos indivíduos. É o titular do direito que se torna referencial para a aferição da gravidade da restrição e do conteúdo essencial. Menos defendida na doutrina, a teoria objetiva entende que a essência deve ser aferida do ordenamento jurídico como um todo, não do indivíduo considerado perante o caso concreto. Ana Carolina L. Olsen ressalta que, dado o seu caráter incompleto, a teoria objetiva pode assumir, no máximo, um caráter complementar à teoria subjetiva, mas não substituí-la.

Considerando a teoria subjetiva como a mais adequada, a doutrina ainda se diverge em duas correntes, a das teorias relativa e absoluta do núcleo essencial. Segundo a teoria relativa, o conteúdo do núcleo essencial é fruto da ponderação pela proporcionalidade. Esta, por sua vez, diante de um direito de defesa traduzir-se-ia na proibição do excesso, enquanto perante um direito prestacional consubstanciaria na proibição da *proteção insuficiente*. Posição diversa adota a teoria absoluta, a qual entende que o conteúdo essencial “consistiria em um núcleo fundamental, determinável em abstrato, próprio de cada direito e que seria, portanto, intocável”. O ponto fundamental está na possibilidade não muito rara de conflito entre princípios ou bens jurídicos. Diante de determinado caso concreto, o núcleo essencial pode estar integralmente protegido, em outros, pode estar ameaçado por norma de conteúdo oposto. É aqui que a teoria relativa nos parece mais pertinente, e, portanto será adotada no decorrer deste estudo, visto que através da técnica da ponderação, seu âmbito poderá ser mais ou menos elástico, dependendo do caso e dos valores em conflito. O núcleo essencial dos direitos sociais deverá ser sempre assegurado mediante a ponderação no caso concreto, suas delimitações anteriores ao fato podem se mostrar injustas, penderes da discricionariedade do legislador. Só o que ultrapassar a esfera de seu conteúdo poderá ser posto como matéria passível de reexame. Importante se faz insistir no fato de que esta análise será feita pelo órgão julgante *in casu*, não pelo poder legislativo. É preciso que a determinação do conteúdo vá tão longe quanto se possa alcançar, por mais que não se atinja a determinabilidade dominante das normas de direitos individuais.

Quando a Constituição Federal de 1988 afirma que os direitos fundamentais não serão objetos de emendas constitucionais (Art. 60, § 4º, IV), impede a revisão legislativa na garantia dos limites intrínsecos, imanes, o que acaba por confirmar a adoção da teoria relativista ao caso brasileiro como a mais adequada. Esta *presunção de intangibilidade* só poderia ser posta em causa através da ponderação fundamentada. Certo é que a CF previu o controle de constitucionalidade como instrumento de revisão normativa, e é aqui que a ponderação se torna indispensável, já que a determinação do conteúdo essencial serve como parâmetro extra, um *plus* ao intérprete da norma jusfundamental.

6 DO LIMITE ÀS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS SOCIAIS NO CASO BRASILEIRO

Tomando por base o conceito de restrições, bem como a adoção da teoria externa, tratar-se-á aqui dos casos em que a Constituição de 1988, expressamente ou não, autorizou o legislador ou ao aplicador da norma diminuir o âmbito de abrangência do direito social, adequando-o à realidade dos fatos. Com a Emenda Constitucional nº 26 de 2000, a nova redação do artigo 6º - responsável pelo elenco dos direitos sociais passíveis de proteção no ordenamento jurídico nacional - ficou: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia [...] *na forma desta Constituição*”. Consagrou-se mais uma vez o princípio da unidade

R. Fac. Dir. UFG, V. 33, n. 1, p. 47-66, jan. / jun. 2009

da constituição, obrigando o aplicador da norma a considerar a carta constitucional como um todo, em sua globalidade. Ao restringir um direito social, é preciso fazê-lo em conformidade com a íntegra do texto constitucional.

É possível aferir também da Constituição referências expressas à admissibilidade das reservas. Certo é que não se prevê um tratamento específico e minucioso do tema, mas quando os dispositivos remetem à atuação do legislador ordinário na regulamentação do direito social, é evidente que estamos diante de uma restrição, um limite à posição jusfundamental *prima facie*. Cita-se como exemplo o artigo 9º que, ao assegurar o direito de greve (à primeira vista ilimitado), o sujeita *aos termos da lei* (limite). Quando o legislador infraconstitucional atua para regulamentar um direito social de índole prestacional, restringindo sua esfera de alcance, deve fazê-lo em respeito ao já citado princípio da unidade da constituição. Uma vez em desconformidade com a Carta, a atividade restritiva será inconstitucional, perdendo, pois, sua validade. Mister destacar que as normas constitucionais podem ser integradas por diversas modalidades de normas infraconstitucionais, desde leis complementares até decretos do Executivo Federal, mas quando a restrição se dirige a direitos fundamentais, só terão legitimidade as decorrentes do Poder Legislativo.

Sabe-se, todavia, que nem todas as normas de direitos fundamentais sociais prevêem reservas, o que não significa sua não-admissibilidade. É aqui que podemos falar em *restrições implicitamente autorizadas* que, enquanto autênticas restrições, devem preencher os mesmos requisitos constitucionais formais e materiais previstos para as demais. A norma, mesmo que não contenha reservas expressas, oferece elementos ao intérprete que indicam se o legislador ou o administrador público em sua atividade restritiva atingiu excessivamente o conteúdo protegido, ou seja, de forma desproporcional. Neste sentido, Jorge Reis Novais:

[...] *elementos temáticos* fornecem uma indicação preliminar, mais ou menos completa, precisa ou determinada do âmbito ou recorte da realidade, objectiva ou subjectiva, relativamente à qual o direito fundamental desenvolve sua protecção. Os *elementos de delimitação* excluem, à partida, certas zonas, actividades, possibilidades ou comportamentos, que os particulares poderiam eventualmente invocar como constituindo exercício desse direito, da protecção por ele juridicamente garantida; nesta medida, dão uma formulação mais consistente ou determinada à norma constitucional de direito fundamental. Por último os *elementos de restrição* abrem aos poderes constituídos ou, directamente, a possibilidade de procederem à alteração da norma de direito fundamental que resultara daquela sua primeira formulação em ordem a permitir uma inserção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais na ordem jurídica e a correspondente compatibilização entre os valores próprios dos direitos fundamentais e como valores e interesses constitucionalmente dignos de protecção. (NOVAIS, 2003, p. 274.)

Tais restrições implícitas devem se sujeitar a diversos princípios, tais como o da necessidade, da generalidade, do respeito ao núcleo essencial e, entre outros, o da proibição do excesso, ao qual se pode incluir o da proporcionalidade. Os direitos sociais se encontrariam em “reserva imanente de ponderação”, onde se deduz que, ainda que não haja a expressa autorização do legislador constituinte quanto às restrições, ela poderá decorrer da aplicação das normas sociais em sua busca de compatibilização com o ordenamento jurídico como um todo, feita através da proporcionalidade como parâmetro de constitucionalidade das restrições implícitas.

7 DA RESERVA DO POSSÍVEL (VORBEHALT DES MÖGLICHEN)

7.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: O DISTANCIAMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL EM RELAÇÃO À DOCTRINA NEOLIBERAL

Com a eleição de Fernando Collor de Mello à presidência, o Brasil começou a sentir os maiores efeitos da política neoliberal. Certo é que a Constituição de 1988 consolidou o Estado Social de Direito através principalmente dos direitos sociais, consagrando a redução das desigualdades como objetivo motor, por outro lado, o modelo econômico em ascensão caminha rumo ao retorno do Estado mínimo, tendente a atribuir todos ou quase todos os encargos aos indivíduos ou a grupos privados. O resultado imediato desta contradição foi a implementação de uma série de Emendas Constitucionais na tentativa de modificar a feição do Estado, a abertura da economia e um processo intenso de privatização. Na intenção de se dirimir estas disparidades entre o discurso constitucional e as políticas adotadas, que não raro restringem a eficácia real das normas, tem se falado inclusive em mudanças no sistema constitucional e na legislação ordinária através da desregulamentação dos direitos sociais infraconstitucionais.. No âmbito da teoria da Constituição, nota-se a crise do paradigma do Estado Social com desenvolvimento de doutrinas que priorizam o econômico em detrimento ao jurídico, tal como a incomunicabilidade dos sistemas no lugar do dirigismo constitucional. Tal mudança representaria a quebra de um dos obstáculos ao livre desenvolvimento econômico, tendo em vista a excessiva onerosidade dos direitos sociais de índole prestacional aos cofres públicos.

É neste contexto que a reserva do possível ganha peso como argumento cada vez mais frequente nos processos em que os cidadãos reclamam, amparados pela aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (Art. 5º, §1º), as prestações sociais face ao Estado. Está constantemente relacionada à ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir verbas públicas para a concretização das ações positivas. Um direito social “sob a reserva dos cofres cheios” equivaleria na prática, segundo entendimento de alguns, a nenhuma vinculação jurídica. Entretanto, mister se faz destacar que a conclusão não é tão desoladora quanto parece, já que a reserva, como limite que é, também sofre limitações. Cita-se como exemplo o já tratado respeito ao mínimo existencial.

É impossível negar a coincidência da falácia neoliberal, em relação à redução do papel interventor do Estado na esfera social como forma de poupar recursos, do discurso pertinente à reserva do possível. No entanto, é preciso dissociar o apoio a tal política econômica da tentativa de se fazer com que o texto constitucional não se transforme, nos termos de Lassalle, em mera *folha de papel*, ou seja, perca sua efetividade. A reserva em questão não tem como objetivo primordial a limitação do direito em si, mas sim sua plena conformação ao que é possível faticamente, considerando, no caso, as possibilidades econômicas do Estado.

A concepção moderna que se tem a respeito do Estado Social ganhou substância na Europa Ocidental a partir da Primeira Guerra Mundial, manifestando-se com maior força apenas após o segundo conflito mundial. Sua ideia, todavia, remontam variados contributos, desde a famosa encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII (1891), onde o Estado é chamado aos seus deveres no campo da política social, os movimentos sociais e a obra *Estado de Direito ou ditadura* de Herman Heller (1929), entre outros. Aqui o poder público passa a desempenhar uma função “ortopédica”, de responsabilidade, procurando corrigir os individualismos criados

pelo Estado Liberal através da realização de políticas sociais. O que ocorre atualmente com a ascensão do neoliberalismo econômico e a expansão do mercado global é uma tentativa de se andar na contramão, proclamando-se o retorno ao estado mínimo, não interventor, momento este em que a doutrina aponta como a *crise* do Estado Social. A manutenção dos direitos sociais é, por certo, tarefa extremamente onerosa aos cofres públicos. Para que o Estado Social possa desempenhar tal função, faz-se mister a observância de quatro “condições”: 1) recursos financeiros necessários e suficientes; 2) estrutura da despesa orientada para o financiamento dos serviços sociais e investimentos produtivos; 3) orçamento público equilibrado de forma a controlar o déficit das despesas, evitar a inflação e controlar o valor da moeda e, por fim; 4) o crescimento do produto interno bruto em valor médio ou elevado.

O tema da sustentabilidade dos direitos sociais passa a ser cada vez mais recorrente, chegando alguns a o indicarem como modelo típico de países desenvolvidos, que jamais poderiam ser aplicados em países subdesenvolvidos ou mesmo naqueles cujas economias se encontram em processo de crescimento. Vive-se o momento em que as empresas privadas ganham espaço frente aos serviços públicos, o que as colocariam no futuro como únicos sujeitos capazes de responder a um modelo de ação social universal. É neste sentido que ter-se-á como base a análise estrutural do professor Gomes Canotilho em seu estudo “*Metodologia Fuzzy*” e “*Camaleões Normativos*” na *problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais* relativamente à reserva do financeiramente possível, no intuito de afastar a restrição em questão de uma suposta índole neoliberal. Este distanciamento, entretanto, é feito exclusivamente por nossa conta. Para o constitucionalista português, a reserva pode ser vista dos seguintes modos, significando:

1. total *desvinculação jurídica do legislador* quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.

2. a “*tendência para zero*” da *eficácia jurídica* das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.

3. *gradualidade* com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros.

4. *insidicabilidade* jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.

Canotilho conclui que há uma dose de verdade, em seus termos, em todas estas afirmações, não podendo, todavia, relativizá-las. A efetivação dos direitos sociais se caracterizaria pela: 1) gradualidade de realização; 2) dependência financeira relativamente ao orçamento do estado; 3) pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas realizadoras destes direitos e, por último; 4) pela insuscetibilidade do controle jurisdicional dos programas jurídico-legislativos, salvo nos casos específicos de inconstitucionalidades. É, pois, sob a ótica da *gradualidade* e não do retrocesso social que a reserva do possível deve ser encarada. A ideia do processo gradualístico-concretizador se conecta com a questão das disponibilidades orçamentárias do Estado, mas não deixa à mercê

do legislador uma completa discricionariedade em relação à alocação dos recursos destinados à manutenção dos direitos sociais. Frisa-se, portanto, a ideia de um processo gradual de garantia destes direitos, não significando por um lado a sua irreversibilidade e, por outro, determinando limitações à atividade legislativa.

7.2 Reserva do possível, delimitação conceitual

Diversas são as expressões que doutrina e jurisprudência, pátria ou internacional, têm utilizado para se referir à reserva do possível, tais quais reserva de financiamento, de caixas financeiros ou dos cofres públicos. A terminologia em questões práticas é indiferente, conquanto sua significação se mantenha a mesma, e é o que se tem notado, certa unidade de seu conteúdo nas mais variadas referências à reserva. A problemática inicial surge em relação à natureza desta. De um lado temos posições que acabam por consagrá-la como princípio, noutra, discute-se sua admissão quanto condição de realidade, cláusula ou postulado. Considerando a distinção entre regras e princípios por Hart, parece-nos mais adequada a segunda assertiva, na medida em que a reserva não se apresenta como norma geral ou específica passível de otimização, bem como não se porta de natureza normogenética. Considerar-se-á, pois, para fins deste estudo, a reserva como elemento extrajurídico de condição de realidade.

Em sua famosa obra *A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, Hesse nos chama a atenção para a maneira com que a tradição constitucional está marcada pelo isolamento entre norma e realidade. Do positivismo jurídico de Laband e Jellinek ao positivismo sociológico de Schmitt, certo é que este pensamento se revela ainda atual. Para o jurista alemão, a essência da norma constitucional está em sua própria vigência, ou seja, na conquista de sua plena eficácia. Entretanto, não teria ela existência ao menos que em consonância com as realidades naturais, técnicas, econômicas, sociais e, inclusive, axiológicas. Para que as normas não se esgotassem diante dos fatores reais de poder de Lassalle, deve-se partir do condicionamento recíproco existente entre Constituição Jurídica e realidade social.

Neste sentido, crê-se correto o posicionamento de parte majoritária da doutrina ao entender que defender a “máxima eficácia” dos direitos sociais acabaria por gerar frustrações. Inclusive as normas programáticas contêm certo conteúdo vinculativo, não devendo a Constituição elencar preceitos de aplicação impossível ou que contrariem a realidade social. Parte-se, pois, do pressuposto de que o particular só terá a liberdade em invocar a tutela jurisdicional face ao Estado demandando uma prestação positiva deste se o direito em questão for logicamente possível de ser concretizado. Na jurisprudência alemã foi sob esta ótica que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, no conhecido caso *numerus clausus*, ao decidir questão relativa ao acesso no ensino superior, entendeu que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade². Indo além, afirmou que, mesmo dispondo dos recursos, não se pode falar em obrigação de prestar algo que não se mantenha dentro dos limites do razoável. Sérgio Fernando Moro acrescenta que além de presente tais meios, deve também o juiz estar atento para a escassez, pois viabilizando uma prestação poderá comprometer outra, decisão esta que, segundo o autor, somente o legislativo está legitimado a fazer por força do princípio democrático.

² Cfr. BVerfGE 33, 303, 330 (: “numerus clausus” I); 43, 291, 314 (: “numerus clausus” II).

Já na doutrina portuguesa, Canotilho, Vieira de Andrade e Cristina Queiroz, entre outros, também aderiram à reserva do possível como restrição aos direitos sociais. Importante se faz destacar novamente, porém, que a reserva como restrição não tem por escopo esgotar a efetividade destes direitos. Seu conceito está intimamente conectado ao conceito da *gradualidade*. Os possíveis resultados no mundo real de um direito social prestacional devem ocorrer na medida em que os recursos estejam disponíveis. E mesmo na presença destes é preciso verificar a questão de sua alocação nos diversos segmentos que a demandam. A jurisprudência italiana também tem se aproximado da reserva como condição de realidade. Em 1985 e 1998 o Tribunal Constitucional se posicionou neste sentido³.

Há quem a considere ainda (a reserva) como *excludente de ilicitude*. Esta é a posição defendida por Wálber Araújo Carneiro, ao explicitar que o Estado, quando deixa de cumprir um programa ou de conferir determinada prestação, independente se por impossibilidade fática, está a praticar um ilícito. A reserva atuaria, pois, como uma excludente para a efetivação da medida. Como já se tratou, posição que nos parece mais adequada converte-se para a reserva como elemento externo que poderá reduzir ou até eliminar o acesso dos titulares a um direito social específico, ou seja, uma autêntica restrição aos moldes da teoria externa, objeto posterior de controle de constitucionalidade na medida em que foi consubstanciada a *proporcionalidade*.

7.3 A problemática da Alocação dos Recursos

Crê-se pertinente abordar uma questão delicada e bastante controversa, a interferência do poder judiciário nas decisões que se referem à disposição dos recursos disponíveis. Uma vez que o particular invoque a proteção jurisdicional para a defesa de um direito social, é cediço que o juiz poderá se deparar com uma determinada disponibilidade de recursos que, se confrontadas com as necessidades do Estado como um todo, são escassas. Simplificando, existe o recurso para a tutela do direito em litígio, mas os poderes públicos também possuem outras despesas e, diante delas, o orçamento não é suficiente. Surge a questão: Poderia o poder judiciário decidir quanto a alocação do recurso, ponderando quais bens devem ser priorizados em detrimento de outros, ou seria esta uma decisão meramente política, reservada ao legislativo e ao executivo? A problemática a qual se depara é a do controle de constitucionalidade de atos administrativos ou legislativos sob a ótica da proporcionalidade, ainda muito controversa na doutrina.

A Constituição Federal concedeu ao legislador ou ao administrador, em tese, certa discricionariedade nas condutas a adotar em relação aos direitos sociais, não determinando expressamente caminhos ou os meios mais adequados para se otimizar os resultados práticos. Entretanto, não podem estes optar pela realização ou não dos direitos fundamentais. A decisão quanto à distribuição dos recursos deve ser acompanhada de uma ponderação dos bens jurídicos

³ “[...] no nosso sistema institucional não se proíbe ao legislador dimanar disposições que modifiquem desfavoravelmente a disciplina de relações de duração, mesmo se o respectivo objeto se mostrar constituído por direitos subjetivos perfeitos, não podendo, todavia, transmutar-se numa regulamentação irracional, que incida arbitrariamente nas situações substantivas criadas por leis precedentes, frustrando a confiança dos cidadãos na segurança jurídica.” (Tribunal Constitucional, Sentença n° 349/85)

“[...] por princípio deve considerar-se admissível uma intervenção legislativa que modifique o ordenamento público das pensões [...] , mas o legislador terá de fazer no quadro de uma exigência de equilíbrio financeiro inderrogável.” (Tribunal Constitucional, Sentença n° 457/98)

em tratamento; quando esta não é feita, afasta-se da discricionariedade rumo à arbitrariedade. Não raro o legislativo e o executivo amparam suas omissões na reserva do possível, alegando uma possível escassez orçamentária. Seria legítimo aos juizes controlar tal atividade?

Parte da doutrina, nomeadamente a corrente procedimentalista, se mantém contra a aplicação de um controle jurisdicional sobre o mérito dos atos administrativos ou sobre o conteúdo das leis, uma vez que tal medida estaria ferindo o princípio democrático e a separação dos poderes. Se o executivo e o legislativo são compostos, novamente em tese, por representantes eleitos democraticamente pelo povo, não haveria motivos para a interferência do judiciário na independência institucional a que gozam tais poderes. De outro lado, defende-se a legitimidade democrática da jurisdição constitucional no exercício do controle material. Neste sentido, Capelletti já ressaltava que até mesmo a legitimidade do legislativo e do executivo não deveriam ser encaradas de forma absoluta, tendo em vista nem sempre corresponder as decisões políticas às expectativas do eleitorado. Não levando tal retórica ao extremo, citar-se-á apenas as quatro razões dadas pelo autor para se afirmar a legitimidade democrática das decisões jurisdicionais:

Em primeiro lugar, estaria presente a legitimidade democrática nas decisões judiciais fundamentadas. A sentença adquire legitimidade na medida em que consegue convencer os seus destinatários através de uma argumentação racional e plausível. O segundo argumento tem por base a contribuição dos tribunais para a representatividade geral do sistema, uma vez que permitem acesso ao processo judicial e dão proteção a grupos marginais que não estariam em condições de acessar o processo político. O terceiro se dirige no sentido de que são as próprias partes quem são ouvidas diretamente no processo, independente da mediação de um representante eleito, o que pode tornar o procedimento ainda mais democrático do que a edição de uma simples lei, desde que se garanta o acesso ao judiciário. Por fim, e este é também nosso entendimento, Capelletti se refere especificamente aos direitos fundamentais, defendendo que somente em governos democráticos estes são garantidos, necessitando de uma proteção diversa dos poderes legislativos e executivos.

Nesta linha, o juiz pode determinar que o Estado adote determinadas condutas se achar necessárias. Claro que não de forma ilimitada, mas respeitando antes o princípio da inércia da jurisdição. Deve ser o judiciário provocado para que influencie na conduta dos poderes constituídos. Reservar a matéria da aplicação dos direitos fundamentais a decisões políticas dos demais poderes significa, muitas vezes, que o direito social não satisfeito venha significar a exclusão social de seu titular. O Estado, por sua vez, alegando a reserva do possível, deverá sujeitar a questão ao judiciário que, por sua vez, analisará se a impossibilidade é absoluta ou relativa. No primeiro caso, apenas se confirmará o argumento, enquanto no segundo, poderá o juiz exercer o controle material, podendo invalidar a medida levando-se sempre em consideração o critério da proporcionalidade.

7.4 A Proporcionalidade como Critério do Controle Jurisdicional

Para que o judiciário exerça o controle material sobre os atos administrativos e legislativos, é de fundamental importância que esteja atento ao princípio da proporcionalidade. A doutrina o tem tratado subdividindo-o em três princípios, o da adequação ou idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu* ou da racionalidade. O primeiro deles traduz-se na adoção

R. Fac. Dir. UFG, V. 33, n. 1, p. 47-66, jan. / jun. 2009

de um meio adequado à prossecução do objetivo, ou seja, a medida adotada pelo poder público deve estar em consonância com o objeto. A segunda questão que aparece é a de se haveria outros meios menos gravosos aptos a atingir o mesmo resultado, tais como o aumento do corpo efetivo das polícias rodoviárias federais, o acréscimo no valor das multas, etc. É aqui que surge a necessidade, na medida em que poderiam ser escolhidos *in abstracto*, meios que melhor satisfizessem *in concreto*, com menos custos ou maiores benefícios a realização do mesmo fim, de forma menos gravosa. Por fim, a proporcionalidade *stricto sensu* refere-se à ponderação dos bens que estão sendo confrontados. No exemplo citado, poderíamos abrir mão da liberdade de comércio em detrimento do direito à vida? Certamente que sim.

Note-se que no desrespeito do primeiro subprincípio haverá *arbitrariedade* do ente público, enquanto no desrespeito aos dois últimos se verificará *excesso* das medidas. No caso específico dos direitos sociais, ter-se-á no lugar da vedação aos excessos, a vedação da insuficiência em respeito ao mínimo existencial. Canotilho distingue a desproporcionalidade positiva da negativa, referindo-se a primeira aos excessos e a segunda ao déficit de proteção. Assim, o controle jurisdicional incidir-se-á no combate à desproporcionalidade negativa. Nas palavras de Jorge Miranda, “o princípio da proporcionalidade manifesta-se, na Constituição, nos momentos mais difíceis dos direitos fundamentais”, bem como “deve ele ser considerado também no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais, associado à dependência da realidade constitucional e à reserva do possível”. Mas de que maneira? Diante de um caso concreto em que o Estado alega a reserva, deve-se verificar se a impossibilidade diz respeito a bens absolutamente escassos e impossíveis, ou se refere a bens que se encontram indisponíveis para aquela finalidade especial, já que foram alocados para a realização de outros propósitos. No primeiro caso compete ao juiz apenas confirmar a decisão do ente público. Em se tratando de impossibilidade relativa, que se apresenta com maior frequência no que tange a tais direitos, proceder-se-á a análise de como a reserva pode ser ponderada no sentido de se proibir a insuficiência. Surgem duas hipóteses:

Se a alocação se destinou à mesma finalidade, ou seja, resguardar o mesmo direito social, deve-se levar em conta se a medida foi a mais adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Se o Estado, v.g., deixa de investir na infra-estrutura de uma escola pública que se encontra em péssima conservação, para destinar a mesma verba à ampliação da secretaria da educação, nota-se que, em tese, a finalidade é a mesma: satisfazer o direito social da educação. Todavia, qual seria a medida que melhor satisfaria este direito, a ampliação do gabinete do secretário ou a reforma das salas de aula? A segunda hipótese diz respeito à alocação das verbas em outra área pelo Estado, que acaba por tornar insuficientes as prestações ao direito social. É o caso do investimento em projetos de paisagismo na cidade, que acaba por diminuir recursos que poderiam ser destinados à reforma de hospitais, delegacias, etc. Nestes dois casos poderá o juiz, atento a estes critérios, exercer o controle material determinando a escorreta disposição dos orçamentos disponíveis.

7.5 O Mínimo Existencial como Limite à Reserva do Possível e Parâmetro de Exigibilidade dos Direitos Sociais

Em tópico anterior discutiu-se o papel do que a doutrina aponta como “núcleo essencial” na limitação das restrições aos direitos fundamentais, correlacionando-o com o

mínimo existencial sem, todavia, se fazer uma maior distinção dos dois institutos. A doutrina pátria vem rotineiramente utilizando os dois conceitos como sinônimos equivocadamente. Certo é que em diversos casos é possível notar uma correspondência entre o conteúdo essencial de um direito social e o seu mínimo existencial, enquanto que em outros se podem observar justamente o contrário. Ao se referir ao tema, Ana Carolina L. Olsen cita o direito social à saúde e o direito à participação nos lucros do empregador como exemplos, respectivamente, da coincidência e da distinção evidente entre os institutos. Na Alemanha o instituto ganhou força após a Segunda Grande Guerra, sendo tratado mais comumente pela jurisprudência como “mínimo vital”. Dada as particularidades da Lei Fundamental de Bonn, foi ligado às ideias da dignidade humana, da integridade física e do direito à vida. Os autores brasileiros recepcionaram as conexões do mínimo com a dignidade e o direito à vida, mas, em sua maioria, desligaram o elemento da questão da integridade física.

Infelizmente o que se tem visto é o uso cada vez mais frequente da reserva do possível como justificativa para a negligência dos poderes públicos no cumprimento de obrigações de índole prestacionais. Neste sentido, o mínimo existencial tem sido apontado como limite à aplicação da reserva, na medida em que garante um conjunto de necessidades básicas do indivíduo a ser respeitado e, pois, obrigatoriamente fornecidas pelo Estado. É na grande maioria das doutrinas associado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para Robert Alexy, trata-se de uma norma decorrente da ponderação entre os princípios da dignidade humana e da igualdade material com o princípio da separação dos poderes, os quais, como princípios que são, não devem ser encarados de forma absoluta.

Ao identificar uma absoluta correspondência entre o núcleo essencial e o mínimo existencial, muitos autores têm defendido que esta seria a linha tênue entre o que é e o que não pode ser desde logo sindicável perante o Estado, criando, pois, uma solução para a problemática do artigo 5º, §1º da Constituição Federal, que passaria a ser tido apenas como uma norma de caráter principiológico. O mínimo indicaria um direito subjetivo *prima facie*, prontamente exigível, enquanto as outras prestações que, enquanto direitos sociais não se enquadrassem neste conteúdo básico, estariam sujeitas a uma “otimização progressiva” e à reserva do possível. Rompe-se aqui com a teoria dos princípios que afirma que todos os direitos sociais são prontamente sindicáveis, não apenas seu núcleo existencial. Por outro lado, autores de renome, dentre os quais se enquadra Vieira de Andrade, têm afirmado que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduziria ao mínimo existencial, ou seja, o que estivesse fora deste conteúdo não poderia ser sequer exigido. Nas palavras do autor, “só em casos excepcionais e mais uma vez com referência ao conteúdo mínimo poderia pensar-se em retirar diretamente da Constituição um direito determinado”. É preciso olhar com reservas tal posição. Em primeiro lugar, a fundamentalidade de um direito social sequer se limita ao seu conteúdo, na medida em que esta pode ser tão somente formal, como já se viu em tópico anterior. É o caso do artigo 8º, IV da Constituição, exemplificando. Por outro lado, perigoso seria reduzir a fundamentalidade material ao conteúdo do mínimo existencial.

O instituto do mínimo social surge, pois, como uma restrição à própria restrição da reserva dos cofres públicos sobre os direitos sociais. Para alguns, tal conteúdo pode ser aferido da norma em abstrato. Crê-se aqui que serão as circunstâncias do caso concreto que possibilitarão determinar o que é e o que não é essencial para a vida e a manutenção de um padrão de dignidade do indivíduo. Assim, o direito à proteção dos desamparados só será

aferível diante das reais necessidades destes grupos, os quais podem se encontrar em situações diferentes uns dos outros, bem como no que tange ao direito à saúde, é a situação específica de cada doente, exemplificando, que determinará os recursos necessários à sua sobrevivência. O tratamento prolongado com quimioterapias, radioterapias e demais remédios de um paciente com câncer, v.g., poderá custar muito mais do que uma cirurgia de urgência a alguém que acaba de sofrer um acidente de trânsito. Certo é que, em se tratando de direitos coletivos que demandam um volume maior de recursos, a impossibilidade orçamentária pode alcançar o próprio mínimo existencial. Nestes casos, parece-nos mais razoável encarar o instituto como limite às impossibilidades jurídicas, que decorreriam não da falta de verbas, mas da ausência da previsão orçamentária para a despesa. Seria exigir o impossível se considerássemos que o mínimo deveria transpor as impossibilidades fáticas. Não há como cobrar do Estado prestações na ausência total de recursos. De qualquer forma, o mínimo existencial se apresenta como forte barreira aos excessos na arguição da reserva do possível, garantindo um núcleo irreduzível capaz de suprir as necessidades materiais mais elementares do ser humano, a vida e a dignidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reserva do possível no Brasil se afastou de sua origem germânica. Enquanto na Alemanha se teve um tratamento especial em relação às questões da proporcionalidade e da razoabilidade, o que se pode notar no mencionado caso *numerus clausus*, onde a Corte Constitucional entendeu que não era *razoável* exigir do Estado a construção de novas universidades públicas para suprir a carência de vagas nos cursos de medicina, a jurisprudência pátria focou-se na questão da disponibilidade dos recursos e para o custo dos direitos, aproximando-se da experiência portuguesa. É no âmbito do direito à saúde que os tribunais brasileiros vêm enfrentando de forma cada vez mais recorrente o debate sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais e, em consequência, as alegações da reserva. A título exemplificativo, cita-se um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo neste sentido:

Apelação Cível. Informação da recorrente de que os exames a serem realizados não existem comercialmente no Brasil. [...] É, como se sabe, o Tesouro não tem condições de suportar todo este peso que lhe é imposto. É a realidade social de nosso país. [...] Deve ser observado o *princípio* da reserva do possível que consiste na existência prévia de recursos materiais ao poder público para atendimento das necessidades sociais. (TJSP – Apelação Cível 184.346-5/0/SP – 9ª Câmara de Direito Público – Relator: Desembargador Geraldo Lucena).

A reserva, enquanto condição de existência, passou a ser utilizada nos tribunais brasileiros de forma a inviabilizar as prestações materiais do Estado, exonerando-o de deveres fundamentais constitucionalmente tutelados. Entendeu-se neste estudo que o poder judiciário possui legitimidade para decidir a respeito de atos administrativos e legislativos que invoquem tal condição fática. Os direitos fundamentais necessitam do amplo amparo jurisdicional. Alguns juízes têm demonstrado o mesmo entendimento, como se pode notar no caso *similar* do julgamento do Recurso Especial nº 429.570/GO pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás em matéria relativa ao meio ambiente, direito fundamental de terceira dimensão:

Administrativo e Processo Civil. Ação Civil Pública. Obras de Recuperação em prol do meio ambiente. Ato Administrativo Discricionário. [...] *O Poder Judiciário não mais se limita*

a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. (RESP nº 429570/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, publicado no DJ em 22.03.2004, p. 277. Grifo nosso.)

Diante do que foi exposto, entende-se que a adoção da reserva do possível, sob os limites da proibição da insuficiência (proporcionalidade) e do mínimo existencial, representa uma solução para grande parte das controvérsias relativas à eficácia dos direitos fundamentais sociais, na medida em que afasta dos entes públicos a ameaça de decisões judiciais que lhes cobrem o impossível e, ao mesmo tempo, garante que estes cumpram as obrigações prestacionais de forma adequada, alocando corretamente os recursos e em respeito à vida e à dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALBERTON, Germano. *Controle jurisdicional de direitos fundamentais prestacionais a partir da proposta de Robert Alexy*. Itajaí: UNIVALI, 2006.
- ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- BOROWSKY, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.
- CANOTILHO, Joaquim J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria Geral da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2008.
- _____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*. Lei do Tribunal Constitucional. 8º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, eficácia e direitos sociais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*. Salvador: Faculdade de Direito – EDUFBA, 2004.
- CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- FERRARI, Regina M. M. Neri. *Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- HART, L. A. Hebert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª edição, 2007.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.
- KRELL, Andreas J. *Direitos. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- LIMA, Álibi Lázaro Castro de. *Globalização Econômica, Política e Direito. Análise das Mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV – Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais – Efetividade Frente à Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais – Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. Porto Alegre: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 2, 2004.
- STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- STRECK, Lênio Luís. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade do Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. V. 1, Introdução e Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2008.

Artigo recebido em 08 de junho de 2009 e aceito em 20 de junho de 2009
