

DIREITOS SOCIAIS A UMA PRESTAÇÃO: A EXIGIBILIDADE EM FUNÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

THE SOCIAL RIGHTS TO A PROVISION: THE CHARGEABILITY CORRESPONDING TO PROPORTIONALITY

Davi Nogueira Lopes*

RESUMO

O Estado Social nasceu da constatação de que a simples garantia das liberdades formais não reduzia os problemas sociais cada vez mais gritantes. É fruto, pois, da superação ideológica do liberalismo *laissez-faire*. Entre os direitos sociais, há um feixe composto por aquelas condições materiais imprescindíveis a uma existência digna, assim chamado de mínimo existencial. Para alguns, o mínimo existencial pode ser exigido judicialmente do Estado, que tem o dever jurídico de fornecer a prestação que o garanta. Para outros, como os recursos são escassos, sua distribuição é decisão política. Fala-se em reserva do possível para dizer tanto que os recursos existentes são escassos quanto que o indivíduo só pode exigir do Estado aquilo que for razoável. Com a adoção da teoria dos princípios, o conteúdo do mínimo existencial, assim como daquilo que pode ser designado de reserva do possível, apenas é conhecido após um jogo de razões e contrarrazões controlado pela regra da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Desse jogo resulta, ou não, um direito subjetivo à prestação estatal.

Palavras-chave: Direitos sociais; Mínimo existencial; Reserva do possível; Proporcionalidade; Exigibilidade.

ABSTRACT

The welfare state was born of the verification that simple assurance of formal freedoms did not reduce the social problems increasingly strident. It is the fruit of the ideological overcoming *laissez-faire* liberalism. Among the social rights, there is a bundle composed of those material essential

* Advogado em Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Endereço: Rua Evangelista Cândido de Oliveira, 22, Jardim Oliveira, Cassilândia, MS, CEP 79540-000. E-mail: davinogueiralopes@gmail.com.

conditions to a dignified existence, so-called existential minimum. For some, the existential minimum may be required in court the state, which has a legal duty to provide the service to guarantee. For others, as resources are scarce, their distribution is a political decision. They discuss the reserve of possible to say much that existing resources are scarce, as the individual may require the state just what is reasonable. With the adoption of the theory of principles, both the content of the existential minimum as that which can be designated as reserve of possible are known only after a set of reasons and counter-checked by the rule of proportionality (suitability, necessity and proportionality in the strict sense). Results of that game or not an individual right to state service.

Keywords: Social rights; Minimum existential; Reserve of possible; Proportionality; chargeability.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, é preciso tomar de empréstimo a advertência trazida por Norberto Bobbio, que inaugura seu ensaio sobre direitos do homem e sociedade, na célebre obra “A era dos direitos”, dizendo que num discurso geral sobre os direitos do homem deve-se ter a preocupação inicial de manter a distinção entre teoria e prática, ou melhor, deve-se ter em mente, antes de mais nada, que teoria e prática percorrem duas estradas diversas e as velocidades são muito desiguais. Isso porque, prossegue o eminente professor, nos últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos,

[...] muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido em que os juristas falam de “direito”)¹.

Bobbio está certo. Fala-se demais; realiza-se muito pouco. O Brasil é um bom exemplo disso. E a razão não está especificamente na falta de recursos financeiros. Por exemplo, conta Ana Paula de Barcellos que a inspiração de sua consagrada monografia intitulada *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais*² veio com um dia de visitas pelo glamoroso bairro de Ipanema, que havia passado por reformas recentes de urbanização, e em seguida pela favela de Parada de Lucas, também na cidade do Rio de Janeiro, onde encontrou condições subumanas de existência para os moradores.

¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 82.

² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1-2.

O Brasil enfrenta, e não é de hoje, uma séria crise de efetividade das normas constitucionais instituidoras de direitos sociais, notadamente as que se ligam às prestações materiais, crise esta causada não apenas pela falta de recursos financeiros, mas, principalmente, pelo desvirtuamento da vontade política constitucional na alocação dos recursos existentes em prol da efetivação dos direitos sociais.

Mesmo dando razão a Bobbio, este artigo ingressa no embate dogmático entre mínimo existencial e reserva do possível para sustentar que ambos dialogam melhor se internalizados na aplicação da regra da proporcionalidade, a partir da adoção da teoria dos princípios. Desse diálogo pode resultar, ou não, um direito subjetivo à prestação estatal. O argumento é de Virgílio Afonso da Silva³, com base na obra de Robert Alexy⁴.

É preciso avisar que a abordagem tomada se concentrará no plano analítico da dogmática jurídica, tratando especificamente da dimensão positiva dos direitos sociais, a qual se encontra intimamente vinculada às tarefas exercidas pelo Estado Social e se traduz no fornecimento estatal de bens que são parte daquilo que alguns chamam de liberdade real, outros de liberdade igual, ou, ainda, de liberdade fática. Nesse sentido, o Estado é considerado como destinatário de uma pretensão de fornecimento⁵.

Na definição de Alexy, os direitos fundamentais a prestação são:

[...] os direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia obter de particulares⁶.

Assim, os direitos sociais a prestações correspondem às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitam⁷.

Relativamente a seu objeto, isto é, à pretensão de fornecimento, é importante distinguir entre direitos derivados e direitos originários a prestações. Os direitos derivados a prestações são entendidos como o direito do cidadão a uma igual participação nas prestações estatais já concretizadas por lei, segundo a medida das capacidades existentes. Dizem com o direito de igual acesso, obtenção e

³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 202.

⁶ ALEXY, op. cit., p. 499.

⁷ SARLET, op. cit., p. 284.

utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos para assegurar as prestações existenciais dos cidadãos (p. ex.: instituições de ensino, serviços de saúde e transportes públicos), bem como o direito a igual quota-parte (participação) nas prestações fornecidas por essas instituições ou serviços à comunidade⁸. Com efeito, o particular excluído arbitrariamente da fruição de uma prestação fundamental social já existente tem o direito subjetivo de impedir o tratamento discriminatório, viabilizando-se a ele a prestação pretendida. Entra em pauta, nesse caso, o chamado *conteúdo social do princípio isonômico*, que objetiva uma restrição da margem de arbítrio numa exclusão de determinado benefício, para evitar cortes que podem vir a impedir o particular (ou um grupo) de exercer seu direito de acesso às prestações existentes⁹.

Já os direitos originários a prestações são fruto das denominadas dimensões objetiva e subjetiva dos direitos sociais: a partir de uma garantia constitucional se reconhece, simultaneamente: (1) o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao efetivo exercício desses direitos¹⁰; e (2) a faculdade do indivíduo de exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos¹¹.

A distinção entre direitos originários e derivados é fundamentalmente relevante, porque a grande discussão que envolve os direitos a prestações é travada no terreno da inação ou da ação insuficiente do Estado. Assim, a principal questão sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais a uma prestação estatal material se encontra precisamente na seguinte pergunta: onde os direitos sociais a prestações não estão, pode o sujeito carente socorrer-se diretamente na Constituição?

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 4. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 479. Segundo o autor (loc. cit.), dessa concepção se extrai o princípio da vedação do retrocesso, ou cláusula de proibição de evolução reacionária, pois, como densificação dos direitos fundamentais, uma vez que consagradas legalmente as prestações sociais, o legislador não pode eliminá-las posteriormente sem alternativas ou compensações, “retornando sobre seus passos”.

⁹ SARLET, op. cit., p. 302. Cf. o autor (ibid., p. 303), há, também para os direitos derivados a prestações, a vertente dirigida ao Executivo, ao qual também são vedados tratamentos discriminatórios desproporcionais em sede das prestações disponibilizadas. Daí surgem direitos subjetivos a prestações materiais, embasados no princípio da igualdade, como os direitos de acesso a instituições públicas (escolas e universidades), direitos de utilização de bens e instituições públicas (teatros e ginásios poliesportivos), bem como a determinadas subvenções veiculadas a uma prática administrativa anterior (bolsa de estudos).

¹⁰ O direito fundamental social como dever estatal é fruto da denominada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Conforme Sarlet (op. cit., p. 143-144), para além das garantias negativas dos interesses individuais, os direitos fundamentais passaram a se apresentar no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos. Mesmo às normas de direitos fundamentais subjetivos é atribuída função autónoma e transcendental, representando nesse sentido uma espécie de mais-valia jurídica, nos aspectos que agregam às funções tradicionalmente reconhecidas a estes direitos fundamentais.

¹¹ CANOTILHO, op. cit., p. 477.

O propósito deste artigo é selecionar bons argumentos para convencer que a resposta a essa pergunta é afirmativa e, além disso, demonstrar qual o método apto a fundamentar uma tomada de posição.

DIREITOS SOCIAIS: FUNDAMENTAÇÃO, MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

A fundamentação dos direitos sociais a uma prestação como condição da liberdade fática

A constatação de que a clássica máxima de que *todos os homens são livres e iguais* é apenas formal retirou o manto de abstração que encobria as cartas constitucionais, defrontes, a partir de então, ao desafio de efetivamente melhorar uma realidade de poucas liberdades, porém repleta de desigualdades econômicas, sociais, políticas e pessoais¹². O Estado Social, de onde derivam os direitos fundamentais sociais, é, pois, fruto da superação ideológica do antigo liberalismo¹³, o qual, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade¹⁴. Dessa maneira, é a preocupação com a realização de uma igualdade material entre os cidadãos, dentro das respectivas realidades históricas, a característica que evidencia e distingue as Constituições Sociais das Liberais¹⁵; é o que eleva o Estado de Direito em Estado Social¹⁶ de Direito.

Com efeito, se antes o ideal de liberdade era a base de sustentação dos direitos fundamentais, a fase do constitucionalismo inaugurada pelas Constituições de 1917 no México e de 1919 na Alemanha consagra o ideal da igualdade como instrumento de garantia e efetivação da própria liberdade, partindo da premissa de que a liberdade do liberalismo seria possível se os homens fossem dotados de igual capacidade¹⁷.

Por isso, na lúcida lição de Bobbio, os direitos sociais, ao invés de contradizer os direitos de liberdade, na verdade são a eles complementares e integrativos, no sentido de que são a própria condição do seu exercício efetivo, de forma que

¹² BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 61.

¹³ BARCELLOS, op. cit., p. 114.

¹⁴ BONAVIDES, op. cit., p. 187.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 518.

¹⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 430. Conforme o autor (loc. cit.): “[...] o princípio da igualdade é não apenas um *princípio de Estado de direito* mas também um princípio de *Estado social*”.

¹⁷ BONAVIDES, 2004, p. 61. Para o autor (loc. cit.): “Mas o que importa na liberdade é o modo como utilizá-la, o que se há de fazer com ela, conforme diz Vierkandt. ‘Só tem valor a liberdade como condição prévia, como base de um procedimento ativo e criador, mediante o qual o Homem, sem o estorvo de qualquer pressão estranha, e sem o encadeamento de uma baixa paixão, siga as suas próprias aptidões [...]’”.

os direitos de liberdade só podem ser assegurados garantindo-se a cada um o mínimo de bem-estar econômico que permite uma vida digna¹⁸.

Conforme Rawls, abaixo de determinado nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais¹⁹.

Interessa, então, uma liberdade qualificada, que Canotilho denomina *liberdade real* ou *liberdade igual* (*gleiche Freiheit*)²⁰; Bonavides, *liberdade social* ou *liberdade na coletividade*; e Alexy, *liberdade fática*. Ela é voltada, conforme as palavras de Bonavides,

[...] aos necessitados do quarto estado, componentes da grande maioria, à massa anônima dos que não possuem, dos que se voltam messianicamente para um milagre de melhoria social e sentem que liberdade se identifica também com emancipação econômica, ou, se não for esta de imediato possível, com um ideal ao menos aproximado de certeza, paz e igualdade relativa no nível geral das condições materiais de existência²¹.

Segundo a orientação de L. Raiser, citado por Habermas, os direitos fundamentais ligados às clássicas liberdades de ação têm que ser completados por meio de direitos sociais, de modo que propicie a introdução do indivíduo, também por meio do direito, nos contextos de ação regulados por estruturas de ordem, os quais o envolvem e o ligam com outros. “Isso equivale, pois, a formar e garantir os institutos do direito, nos quais o indivíduo assume uma posição de membro”²².

Robert Alexy aborda o conceito de liberdade partindo de sua base estrutural, constituída por uma relação entre um titular de uma liberdade (ou de uma não liberdade) *x*; um obstáculo à liberdade *y*; e um objeto da liberdade *z*. Com

¹⁸ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 226-227. Nesse sentido, conforme BARCELLOS (Ibid., p. 115): “A conclusão, portanto, é simples: esses três grupos de direitos não estão em oposição, antes se complementam, na medida em que os direitos sociais viabilizam o exercício real e consciente dos direitos individuais e políticos e que todos, conjuntamente, contribuem para a realização da dignidade humana”.

¹⁹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo; Revisão da tradução Álvaro de Vita. 2. ed., 2. impr. São Paulo: Ática, 2000. p. 213. Nesse sentido, BARCELLOS (loc. cit.): “[...] a democracia, sem que todos os participantes da deliberação tenham condições básicas de dignidade material, descreve apenas uma ficção”.

²⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 430.

²¹ BONAVIDES, 2004, p. 188.

²² RAISER, L. “*Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht*” (1961), in: *id. Die Aufgabe des Privatrechts*. Frankfurt, a/M., 1977. 98ss; apud HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 120.

base nessa relação triádica, Alexy organiza os conceitos de liberdade em uma classificação abrangente, por meio de substituições diferenciadas para x , y ou z . Para o que aqui interessa, o autor chega ao conceito socioeconômico de liberdade utilizando-se de y como uma situação de escassez econômica; ao passo que chega ao conceito liberal-econômico de liberdade substituindo y por uma ação obstaculizadora de terceiros, sobretudo do Estado, e z por alternativas econômicas de ação. Nesse caso, existe uma não liberdade jurídica, enquanto no primeiro caso existe uma não liberdade econômica. Exemplifica com o caso do sujeito que pretende emigrar, para o qual o objeto da liberdade é a alternativa de emigrar ou não emigrar. A emigração dele pode ser juridicamente proibida, mas também pode ser que, mesmo permitida, ele não tenha dinheiro para o exercício dessa liberdade. No primeiro caso, existe uma não liberdade jurídica; no segundo, uma não liberdade econômica²³.

Segundo ressalta Alexy, usualmente somente a liberdade jurídica seria caracterizada como *liberdade negativa*, porque para sua garantia ou criação é necessária uma abstenção; a liberdade econômica seria caracterizada como *liberdade positiva*, porque o trânsito de uma situação de não liberdade econômica para uma situação de liberdade econômica depende de uma ação (aquisição de algo). Se esse trânsito tiver que ocorrer de uma forma juridicamente garantida pelo Estado, então ao sujeito pode ser concedido o direito a uma prestação em face do Estado, ou seja, o direito a uma ação estatal positiva²⁴. Da combinação entre uma liberdade e uma ação estatal positiva, surge o direito de proteção positiva da liberdade, que é, pois, a ligação entre uma liberdade e uma prestação em sentido estrito²⁵.

Assim, Alexy aponta como significativa a utilização pelo Tribunal Constitucional alemão de um direito de liberdade na fundamentação da primeira decisão sobre *numerus clausus*, porque essa utilização pressupõe que o direito de liberdade não tenha sido interpretado apenas como direito de defesa, mas sim se referindo aos *pressupostos necessários para a realização do direito de liberdade*, ou seja, quando interpretado como uma garantia de uma parte da liberdade fática²⁶, afirmando que “[...] o direito de liberdade não teria valor sem os pressupostos fáticos para o seu exercício”²⁷.

Não obstante, pode-se questionar se a liberdade garantida pelos direitos fundamentais inclui a liberdade fática. Para responder tal questão, Alexy vale-se de dois argumentos: a) a importância da liberdade fática para o indivíduo; b) a

²³ ALEXY, Robert, op. cit., p. 218-226.

²⁴ Ibid., loc. cit.

²⁵ Ibid., p. 234-235.

²⁶ Ibid., p. 438-439.

²⁷ BVerfGE 33, 303 (331), apud ALEXY, ibid., p. 439.

liberdade fática como pressuposto do desenvolvimento digno do indivíduo na comunidade social. O primeiro argumento é considerado sob a ótica do indivíduo que está carente de uma liberdade fática (p. ex.: falta-lhe o mínimo existencial, trabalho ou educação). Para ele, a satisfação dessa carência é mais importante que a garantia de uma liberdade jurídica (p. ex.: livre-exercício da profissão, liberdade de matrícula na instituição de ensino escolhida, liberdade de expressão do pensamento, como manifestação cultural). O segundo argumento – o da liberdade fática como pressuposto do desenvolvimento digno do indivíduo na comunidade social – é visto sob o ângulo do sistema de valores consagrados na Constituição alemã, “[...] em cujo centro se encontra o livre-desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade social”. Conforme o autor, à luz da teoria dos princípios, isso deve ser interpretado no sentido de que o catálogo de direitos fundamentais expresse, dentre outros, princípios que exigem que o indivíduo possa se desenvolver livre e dignamente no seio da comunidade social, o que pressupõe uma certa medida de liberdade fática²⁸.

Com efeito, liberdade fática, na feliz colocação de Canotilho, significa,

[...] não apenas o direito a inviolabilidade de domicílio, mas o direito a ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas o direito de expressão, mas também a possibilidade de formar a própria opinião; não apenas direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efectiva posse de um posto de trabalho²⁹.

Portanto, os direitos fundamentais sociais, notadamente os de cunho prestacional, objetivam assegurar o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado³⁰. Na expressão de Canotilho, objetivam uma *liberdade igual*, que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais³¹.

O mínimo existencial

Não há como falar em mínimo existencial sem antes ao menos tangenciar o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado como pressuposto filosófico das sociedades democráticas em geral³².

²⁸ Ibid., p. 505-506.

²⁹ CANOTILHO, op. cit, p. 480.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 199.

³¹ CANOTILHO, op. cit., p. 480.

³² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 203.

Segundo Hesse, referindo-se à dignidade da pessoa humana enunciada no art. 1º, 1, da Lei Fundamental alemã³³, para além de uma cláusula abstrata ou mera proclamação, cabe a esse princípio “[...] o peso completo de uma fundação normativa dessa coletividade histórico-concreta”. Sua legitimidade, “[...] após um período de inumanidade e sob o signo da ameaça atual latente à ‘dignidade do homem’, está no respeito e na proteção da humanidade”³⁴.

Com o mesmo peso ético, a dignidade da pessoa humana também aparece no primeiro artigo da Constituição de 1988 como princípio fundamental da República Federativa. Conforme Sarlet, o Constituinte de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário³⁵.

Estreitando a abordagem para os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, Sarlet afirma que constituem, seja na dimensão defensiva ou na prestacional, exigência e concretização da dignidade da pessoa humana. O autor enfatiza que, enquanto direitos a prestações, os direitos sociais estão a serviço da igualdade e da liberdade material, e objetivam, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades materiais e a garantia de uma existência digna, no sentido de vida saudável, o que se convencionou chamar de *mínimo existencial*³⁶.

Na lição de Sarlet e Figueiredo, o primeiro jurista de renome a sustentar o mínimo existencial como direito subjetivo foi Otto Bachof, na Alemanha da década de 1950. Para Bachof, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana estaria sacrificada³⁷. Assim, o mínimo existencial é costumeiramente identificado tanto como o núcleo material

³³ “Art. 1º, (1) 1A dignidade humana é inviolável. 2 Respeitá-la e protegê-la é a obrigação de todos os Poderes Estatais”, tradução livre de: “(1) 1Die Würde des Menschen ist unantastbar. 2Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt”, disponível em: <<http://archiv.jura.uni-saarland.de/BIJUS/grundgesetz/>>. Acesso em: 14 jul. 2010.

³⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 110.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 73.

³⁶ SARLET, op. cit., p. 100-101; v. t. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 25. Vale observar que Ricardo Lobo Torres apenas considera como fundamentais os direitos sociais compreendidos no mínimo existencial. Essa esfera não se encontra sob a reserva do possível, “[...] pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais”. (TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária in SARLET; TIMM, op. cit., p. 80-81).

³⁷ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 19.

da dignidade humana³⁸ quanto como o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade³⁹, correspondendo ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna, considerada essa existência sob os aspectos físico, espiritual e intelectual. Distingue-se, pois, o mínimo existencial de um mínimo de sobrevivência, ou mínimo vital.

Conforme também informam Sarlet e Figueiredo, na práxis constitucional alemã o conteúdo do mínimo existencial é ainda distinguido em mínimo fisiológico, correspondendo às condições materiais mínimas para uma vida digna, e mínimo existencial sociocultural, o qual objetiva assegurar um mínimo de inserção do indivíduo na vida social. O primeiro, identificado como o núcleo essencial do mínimo existencial, tem seu fundamento no direito à vida e na dignidade da pessoa humana; e o mínimo sociocultural liga-se ao princípio do Estado-social e à igualdade material. Embora os autores reconheçam que na Alemanha, e de resto, no direito constitucional comparado, notadamente na Europa, é o mínimo existencial fisiológico (condições materiais para uma vida digna) que vem prevalecendo na doutrina e na jurisprudência, acabam por criticar essa postura, pelo fato de que pode servir de pretexto para uma redução do mínimo existencial a um mínimo meramente vital, além do que a própria noção de dignidade da pessoa humana não se liga apenas às condições de uma sobrevivência digna, mas também abarca um conteúdo sociocultural (p. ex., o direito à educação fundamental), que não pode ser excluído do mínimo existencial⁴⁰.

72

Por fim, cumpre dizer que, embora a doutrina defenda a existência de um conjunto de condições materiais mínimas a uma vida digna, reconhece também que não se pode estabelecer de antemão um rol taxativo dos elementos que compõem essas condições, por serem cambiáveis conforme a conjuntura histórico-sociológica em que o indivíduo está inserido⁴¹.

³⁸ BARCELLOS, 2002, p. 118, 148 e 197-198. Embora tenha tratado apenas do aspecto material do conteúdo mínimo da dignidade, a autora registra que os direitos de liberdade (de expressão, religiosa, de locomoção, de propriedade, etc.) também fazem parte desse conteúdo (p. 256). Ao final, e tendo por base a CF/88, a autora concebe o mínimo existencial composto por quatro elementos, três materiais e o último instrumental: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça (p. 258).

³⁹ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 25-26. Conforme os autores (loc. cit.), “[...] mesmo não tendo um conteúdo que possa ser diretamente reconduzido à dignidade da pessoa humana ou, de modo geral, a um mínimo existencial, os direitos fundamentais em geral e os direitos sociais em particular nem por isso deixam de ter um núcleo essencial. Que este núcleo essencial, em muitos casos, até pode ser identificado com o conteúdo em dignidade destes direitos e que, especialmente em se tratando de direitos sociais de cunho prestacional (positivo), este conteúdo essencial possa ser compreendido como constituindo justamente a garantia do mínimo existencial, resulta evidente”.

⁴⁰ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 21-24.

⁴¹ *Ibid.*, p. 26.

A reserva do possível

Quando se fala em reserva do possível no Brasil, a primeira ideia que surge é a de escassez⁴². Uma vez que os recursos públicos são escassos, o atendimento das inúmeras e variadas demandas relativas aos direitos sociais estaria condicionado pela disponibilidade dos recursos financeiros existentes⁴³.

Entretanto, essa não foi exatamente a concepção veiculada na paradigmática decisão *numerus clausus* do Tribunal Constitucional alemão⁴⁴, a partir da qual a construção da reserva do possível ganhou impulso. No caso, o Tribunal analisou uma demanda judicial proposta por estudantes que não foram admitidos em escolas de Medicina de Hamburgo e Munique, em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. Os estudantes valeram-se do art. 12 da Constituição alemã, segundo o qual “[...] todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Ao decidir o pleito pelo aumento do número de vagas, o Tribunal entendeu que o direito à prestação positiva está sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade⁴⁵. Conforme informa Olsen, o Tribunal constatou que o Estado já estava fazendo ou tinha feito tudo aquilo que poderia para tornar acessível o ensino superior, de maneira que não seria razoável exigir-se ainda mais, comprometendo outros programas sociais. Portanto, a questão central não

⁴² AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, I. W.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 96-97. Segundo os autores (loc. cit.), “[...] a escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase natural, ou artificial. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. As reservas de petróleo são um exemplo, a disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante é outra. A escassez quase natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto da satisfação, apenas por condutas não coativas dos cidadãos. A oferta de crianças para adoção e de esperma para inseminação artificial são exemplos. A escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto da satisfação. A dispensa do serviço militar e a oferta de vagas em jardim de infância são exemplos”.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29.

⁴⁴ BVerfGE 33, 303.

⁴⁵ MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas*. Disponível em: <http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2010, p. 13. Para uma leitura das principais considerações levadas a cabo pela Corte Constitucional alemã, v.t. OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215-218.

foi a escassez de recursos financeiros, mas sim a razoabilidade com que a alocação desses recursos poderia ser demandada⁴⁶.

No Brasil, a doutrina da reserva do possível foi desenvolvida a partir da leitura que Canotilho⁴⁷ fez do direito alemão, e a preocupação com a razoabilidade cedeu lugar para a questão da escassez, equiparando-se a reserva do possível à reserva do financeiramente possível⁴⁸. No campo dos direitos sociais, o problema da escassez toma ainda maior relevo, porque, embora todos os direitos fundamentais exijam recursos financeiros para sua garantia e exequibilidade – inclusive os assim chamados direitos de defesa⁴⁹ –, “[...] a realização dos direitos sociais e econômicos custa *mais dinheiro*”⁵⁰. Isso porque, conforme a observação de Virgílio Afonso da Silva, o argumento relativo ao custo dos direitos de defesa é ligado aos gastos institucionais do Estado (p. ex.: tribunais, cartórios, polícia civil e militar, partidos políticos, etc.), gastos estes que, todavia, não são direcionados apenas aos direitos de defesa, mas sim diluídos na efetivação de *qualquer tipo de direito*⁵¹. Dessa forma, uma decisão judicial que vise garantir uma prestação de direito social gera um custo adicional em relação àqueles destinados a garantir *qualquer tipo de direito*⁵².

⁴⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 219.

⁴⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 481. Conforme o autor (loc. cit.): “Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da *reserva do possível* (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”.

⁴⁸ OLSEN, op. cit., p. 222-223. Cf. a autora (ibid., p. 243): “Verifica-se que na jurisprudência brasileira, a reserva do possível passou a significar a reserva do financeiramente possível, ou seja, a existência de valores disponíveis nos cofres públicos e com previsão orçamentária para serem gastos precisamente pelo fim determinado em juízo, ou seja, a realização do direito fundamental social”.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 286.

⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 591.

⁵¹ Ibid., p. 593. Cf. SILVA (loc. cit.): “A manutenção de instituições políticas, por exemplo, não é um gasto a ser computado somente para a garantia de direitos políticos. Pensar de outra forma seria um equívoco, pois partiria do pressuposto de que as instituições e os direitos políticos são fins em si mesmos. Por isso, os gastos com a manutenção das instituições políticas são gastos que abrangem a realização tanto dos direitos políticos, quanto dos direitos civis, quanto dos direitos sociais e econômicos. O mesmo vale para os gastos com a manutenção de instituições judiciárias”.

⁵² Ibid., p. 593. Partindo dessa premissa, Silva (loc. cit.) afirma que, em termos de alocação de recursos, há sim uma diferença entre decisões judiciais que visem a garantir ou a realizar um direito civil ou político, de um lado, e decisões que visem a realizar ou a garantir um direito social ou econômico, de outro.

Nesta altura, é preciso trazer à consideração a crítica de José Reinaldo de Lima Lopes, para quem a existência ou inexistência de um saldo não é um dado puramente empírico, porque um crédito em conta não equivale a uma correspondência física. Em verdade, o saldo em conta é um dado institucional, cuja existência dependeu de certos fatores institucionais, dentre os quais a competência de determinadas autoridades para proceder à alocação do saldo. Assim, a existência de recursos públicos não deve ser vista de maneira geral, como se estivessem em um caixa único, mas sim de forma concreta, pois os recursos estão previstos não em geral no orçamento, mas alocados⁵³.

Ainda para o mesmo autor, a reserva do possível de caráter econômico não se confunde com a impossibilidade empírica somente, mas também com a impossibilidade técnica (p. ex.: quando se deseja a distribuição geral e gratuita de um remédio em fase experimental) ou com a escassez (p. ex.: quando o nível de produção industrial, embora existente, é insuficiente para atender a todos)⁵⁴.

Além do mais, na pertinente observação de Leandro Martins Zanitelli, é difícil imaginar uma demanda, mesmo de um grande grupo, que comprometa todo o orçamento. Seja na determinação de fornecimento de um medicamento ou de realização de uma cirurgia de alto custo, seja na determinação de construção de um hospital ou uma escola, o que se pede é em geral realizável, embora, em último grau, possa custar a paralisação de todos os demais serviços do Estado⁵⁵.

Com efeito, percebe-se que a realização dos direitos sociais – não só, mas principalmente destes – impõe a escolha, em paralelo, de quais direitos não serão realizados. Tais escolhas, que implicam renúncias, são chamadas de escolhas trágicas⁵⁶, ou, na linguagem econômica, de *trade-offs*⁵⁷.

⁵³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET; TIMM, 2008, p. 180. Conforme OLSEN (op. cit., p. 244), “[...] chama a atenção a artificialidade desta escassez, na medida em que ela é, na maior parte dos casos, uma escassez decorrente da escolha feita pelos poderes públicos”.

⁵⁴ LOPES, *ibid.*, p. 181. Cf. a autora (loc. cit.): “Assim, há escassez quando se verifica que um determinado medicamento (ou tratamento) existe, mas seu custo é tal que sua provisão impedirá o fornecimento de outros medicamentos (ou tratamento) ou mesmo que exigirá o corte de outras despesas em outras áreas. Impossibilidade econômica, não técnica, existe quando se requer a distribuição de um medicamento já testado e comercializado cujo custo faz dele um remédio para poucos. Note-se que, em casos assim, está em jogo o caráter igualitário do acesso à saúde”.

⁵⁵ ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET; TIMM, 2008. p. 213.

⁵⁶ MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 17, n. 66, jan./mar. 2009, p. 164-165.

⁵⁷ CARVALHO, Cristiano. A análise econômica do direito tributário. In: SCHOEURI, Luis Eduardo (Coord.). *Direito tributário – homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 14. Segundo AMARAL; MELO (op. cit., p. 101), “[...] decidir atender dada pessoa com um órgão para transplante é também decidir não atender todos os demais que poderiam ser beneficiados com aquele órgão específico. Uma UTI neonatal consome recursos – dinheiro, espaço, pessoal – que não estarão disponíveis para atender as necessidades que não sejam de recém-nascidos. Não se trata de algo ‘mau’, mas sim de uma característica inexorável”.

Por isso mesmo, para Lopes, “[...] tais escolhas tem um caráter político, e não jurídico. São decisões de conveniência, não de princípio; são decisões de oportunidade”. O autor vale-se da doutrina norte-americana da *questão política* para dizer que “[...] há uma impossibilidade de decisão judicial, pois a matéria é, por definição, outorgada à decisão política, ou seja, à decisão de conveniência e de hierarquização de prioridade cujos critérios não são exclusivamente legal-normativos”⁵⁸.

Isso leva à consideração o elemento da reserva de competência, ou da reserva orçamentária. No entendimento de Lopes, o conteúdo da reserva do possível deve ser buscado na lei orçamentária. “A impossibilidade orçamentária, ou a impossibilidade jurídica, não existem como fatos da natureza. São fatos institucionais”.

Contudo, Lopes traz uma analogia com as cláusulas potestativas dos negócios jurídicos para admitir a possibilidade de discussão judicial dos direitos sociais, no sentido de que, se são direitos dos cidadãos, não podem ficar totalmente na dependência de uma das partes, isto é, do Estado. “Pela judicialização de uma questão como esta dos direitos sociais, traz-se o Estado a prestar explicações convincentes de suas escolhas e de suas prioridades”⁵⁹.

Para o autor, isso pode ser feito, atualmente, por meio das ações civis públicas e das ações de improbidade administrativa, embora já aponte duas dificuldades que elas devem enfrentar, a saber, a complexidade da questão relativamente à comprovação dos fatos e a espécie do pedido a ser feito.

76

A complexidade na comprovação dos fatos, ou seja, da existência de recursos financeiros, reside tanto na questão de que orçamentos são peças complexas, que exigem conhecimentos técnicos que não são do cotidiano dos juristas (embora devessem sê-lo, na advertência do autor), quanto no problema em se apontar uma alternativa de alocação de recursos que efetivamente gere os resultados pretendidos, ou seja, uma alternativa melhor do que aquela que foi tomada pela Administração e não surtiu os efeitos desejados. Segundo Lopes, está-se aí no campo das probabilidades, não das certezas.

A segunda dificuldade apontada tem a ver com o tipo do pedido a ser feito em sede de ação coletiva. Quando o que está em jogo são direitos sociais, principalmente os atinentes a classes inteiras de pessoas (p. ex.: atendimento público de saúde, que implica em construção de hospitais), aí também a análise da reserva do possível deve ser feita sob a ótica da real necessidade de uma nova política, lembrando que a implementação dos direitos sociais de caráter abrangente

⁵⁸ LOPES, op. cit., p. 182.

⁵⁹ Nesse sentido, AMARAL; MELO (op. cit., p. 107) afirmam que “[...] é preciso privilegiar o controle das escolhas públicas, controlar o procedimento e dar transparência não só quanto a quem se decidiu atender, mas também quanto a quem se decidiu não atender, verso e reverso da mesma moeda quando se trata de decisões alocativas. Para isso é preciso que o próprio Estado tenha um mínimo de organização para explicitar e justificar suas escolhas, levando-as ao Judiciário. É preciso demonstrar o uso de critérios razoáveis, mostrar porque tal ou qual terapia são ou não disponibilizadas, etc.”.

exige verdadeiros programas, de forma que a decisão judicial no modo *tudo ou nada* não oferece uma resposta adequada. Ao revés, é preciso uma *decisão progressiva*, a qual, à semelhança do que já se faz no processo de recuperação judicial de empresas e na ação de alimentos, “[...] permite às partes chegarem a um acordo em que aos poucos se ajusta a conduta do Estado ao pedido”⁶⁰. Nesse sentido, leciona o autor que,

[...] a impossibilidade econômica – isto é, a escassez – pode ser transitória ou temporária. Muitas vezes a impossibilidade econômica existe porque não houve previsão orçamentária no ano em curso, mas podem bem haver no ano seguinte. Neste caso é perfeitamente possível dizer que é impossível aqui e agora conceder certa pretensão, mas será perfeitamente possível concedê-la no futuro próximo e imediato. Para tais casos, seria aceitável que a decisão consistisse em exigir um novo programa, com prazos, investimentos e mudanças que se adéquem a política⁶¹.

Como se vê, Lopes aceita a judicialização dos direitos fundamentais sociais não para se extraírem prestações individuais, mas apenas para promover – pela via judicial – a superação da carência de meios para um debate mais aberto das escolhas orçamentárias⁶².

⁶⁰ LOPES, op. cit., p. 188-189. Segundo o autor (loc. cit.), “[...] isto não desmerece em nada a decisão: são frequentes as fórmulas de acordos em que há parcelamento de dívidas. Por que não incorporar essa mesma ideia aos casos de políticas sociais? Reconheça-se que são devidas, que a atual forma do orçamento ou do programa estatal não responde adequadamente aos direitos sociais envolvidos, mas se permite que o Estado se adéque durante algum tempo, fixando [n]a decisão os prazos e as metas a serem atingidas, sob as diversas penas da legislação. Tudo isto me parece perfeitamente factível e aceitável, e em parte já se faz nos acordos de ajustamento de conduta no âmbito de inquéritos civis”.

⁶¹ Ibid., p. 190. Conforme o autor (ibid., p. 191-192), “[...] quando se litiga levando em consideração o orçamento, parece que fica bastante mais claro o pedido e se facilita o provimento judicial. Na apelação cível 18223-5/7-00 do Tribunal de Justiça de São Paulo constatou-se que o município de Franca não cumpria adequadamente os repasses à área da saúde [...] e foi relativamente simples o tribunal decidir rejeitando qualquer defesa em termos de reserva do possível”. Para Lopes (loc. cit.), o debate na esfera do orçamento tem uma outra vantagem, que é a de respeitar o princípio da igualdade, no sentido de distribuição igualitária dos bens públicos: “[...] não se pode pedir e não se deve dar a uma pessoa em particular algo que se sabe de antemão que não pode ser dado a todos os que se encontram na mesma situação. Se for dado, trata-se de uma concessão segundo a caridade, não segundo a justiça, e nossos tribunais são tribunais de justiça e direito, não tribunais de caridade. [...] Se o Judiciário concedesse a um em particular, estaria certamente violando o direito de todos os outros pois atenderia com recursos públicos apenas os que conseguissem chegar a ele. Com o tempo transferir-se-ia para os tribunais a fila de atendimento. E ao fim do dia ele seria, da mesma forma que a Administração, obrigado a fechar as portas”.

⁶² Ibid., p. 190. Cf. LOPES (loc. cit.): “Naturalmente, alguns argumentariam que haveria interferência indevida de um poder sobre o outro. Reconheço o perigo, inclusive do ‘decisionismo’ e da ‘carnavalização’ [...], mas estamos em um ponto tal em que em determinados casos o que falta não é tanto a decisão mas a abertura do processo de discussão que os canais eleitorais nem sempre permitem. E o judiciário, com todos os defeitos que já apontei em outros momentos [...], oferece a facilidade do acesso”.

De fato, é justamente a escassez de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais que remete à necessidade de aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público⁶³. Porém, como bem enfatiza Ana Paula de Barcellos, “[...] as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas de estatura constitucional”⁶⁴.

Se a Constituição contém *normas imperativas*, dotadas de *superioridade* hierárquica e *centralidade* no sistema, que estabelecem fins públicos prioritários, não há sentido em concluir que as atividades concretizadoras desses fins públicos constitucionais devam estar totalmente alheias ao controle jurídico. “Não se trata de absorção do político pelo jurídico, mas tão somente da limitação do primeiro pelo segundo”. Conforme Barcellos, “[...] a representação política não é absoluta, não se trata de um ‘cheque em branco’”; a vinculação específica aos fins prioritários contidos no texto constitucional, a definição das políticas públicas e, conseqüentemente, do destino a ser dado aos recursos públicos sofrem limitação jurídica genérica que decorre do próprio Estado republicano⁶⁵.

Em igual sentido, adverte Olsen que no caso brasileiro é a própria Constituição que impõe ao Estado a obrigação de destinar recursos necessários à satisfação dos direitos fundamentais sociais. Por isso, “a reserva do possível não pode ser utilizada como argumento para o descumprimento de obrigações constitucionalmente veiculadas”⁶⁶.

⁶³ SARLET, 2009a, p. 354.

⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET; TIMM, 2008. p. 117. Eis o raciocínio sintetizado pela própria autora (loc. cit.): “(i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo, em certa medida, (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos”.

⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoinstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, p. 83-103, 2005, p. 13. Cf. RISTER (2007, p. 446), a política pública se define “[...] como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados. Políticas públicas são os programas de ação do governo, para a realização de objetivos determinados, num espaço de tempo certo”. DWORKIN (2002, p. 36) denomina política como “[...] aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas”.

⁶⁶ OLSEN, ob. cit., p. 225-226 e 244.

Em conclusão, não pode ser a existência de recursos alocados um condicionante dos direitos fundamentais sociais; ao revés, são os direitos fundamentais sociais que devem condicionar a alocação dos recursos existentes.

A EXIGIBILIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS A UMA PRESTAÇÃO

Princípios e regras

Como será visto, as questões abordadas nos subtítulos subsequentes, notadamente no último, têm estreita relação com a distinção entre princípios e regras na formulação que lhe deu Alexy⁶⁷, razão pela qual se revela inescapável tecer ao menos uma breve referência sobre o tema, bem como oferecer uma noção de conceitos fundamentais, como sopesamento e proporcionalidade.

Segundo Alexy, o ponto decisivo da distinção entre princípios e regras está no fato de que estas são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, enquanto os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes⁶⁸. É esse o sentido de princípios como *mandamentos de otimização*, “[...] caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”⁶⁹.

Se os princípios, como mandamentos de otimização, exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Assim, princípios são razões que podem ser afastadas por outras razões colidentes em determinado caso, sem que, com isso, disponham da extensão de seu conteúdo. Isto é, em abstrato, continuam os princípios a reger as mesmas situações fáticas, mas, no caso concreto, eles podem ser mitigados por outros princípios com maior peso.

Com as regras, acontece algo diverso. Elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas, ou seja, elas regulam casos específicos, determinando seja realizado exatamente aquilo que elas ordenam. Essa determinação, segundo se verá, “[...] pode falhar diante de

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Para um apanhado da teoria dos princípios de Alexy, v. AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 165, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/273/4/R165-11.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2010. Para uma crítica à teoria dos princípios de Alexy, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 90.

⁶⁹ *Ibid.*, loc. cit.

impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve⁷⁰. Assim, enquanto as regras garantem direitos (ou impõem deveres) definitivos, os princípios garantem direitos (ou impõem deveres) apenas *prima facie*⁷¹.

Advirta-se, contudo, que isso não significa que apenas os princípios possuam um caráter *prima facie*. A depender da não vedação pelo ordenamento jurídico, as regras também podem tê-lo, permitindo-se, em determinadas condições, que sejam afastadas pela introdução do que Alexy denomina *cláusula de exceção*. Assim, para o autor, “[...] se não há uma proibição de introdução de cláusulas de exceção, então as regras “perdem seu caráter definitivo estrito” e adquirem, com isso, também um caráter *prima facie*⁷².

Tal caráter tem especial importância para a solução dos conflitos entre regras. Enquanto mandamentos definitivos, como dito, ou a regra vale e deve ser aplicada, ou não vale. Logo, o conflito entre regras é travado no plano da validade⁷³. Por isso se diz que quando uma regra entra em conflito com outra, uma delas deve ser declarada inválida⁷⁴. Todavia, considerando-se a existência de um caráter *prima facie*, pode ser que uma regra se configure somente uma cláusula de exceção de outra regra, de modo que, para certo caso concreto, a regra excepcionada é afastada, ou seja, não se aplica (não vale), mas para todos os outros sua validade permanece íntegra⁷⁵. Segundo Virgílio Afonso da Silva, tem-se aí um conflito parcial⁷⁶.

Pois bem, visto que uma regra pode ser afastada por uma outra regra que se configure uma cláusula de exceção, resta saber se uma regra pode ser afastada por um princípio. Segundo Alexy, a introdução de uma cláusula de exceção a uma regra pode ocorrer em virtude de um princípio, embora uma regra não seja superada pura e simplesmente por atribuição de maior peso a um princípio contrário ao princípio que a sustenta, porque é preciso que seja superado também o princípio formal que estabelece que as regras que foram criadas por autoridades

⁷⁰ ALEXY, op. cit., p. 103.

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 44. V. t. ALEXY, op. cit., p. 103-104. V. t. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.

⁷² ALEXY, op. cit., p. 105.

⁷³ *Ibid.*, p. 92.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 49.

⁷⁵ Por exemplo, a regra do art. 23 do Código Penal, segundo o qual “não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”, pode ser considerada uma cláusula de exceção às regras que tipificam crimes, afastando sua incidência no caso concreto, embora permaneçam válidas em abstrato.

⁷⁶ SILVA, op. cit., p. 48.

legitimadas para tanto devem ser seguidas⁷⁷. Assim, conforme o autor, um princípio P_1 pode introduzir uma cláusula de exceção a uma regra R , e o faz pelo sopesamento. Mas não apenas pelo estabelecimento de maior peso em relação ao princípio que sustenta a regra PR , mas também pelo estabelecimento de maior peso a um segundo princípio, que é o princípio de validade formal PV , que diz que a regra R deve ser seguida⁷⁸.

Já entre princípios, diz-se que não há conflitos, mas sim colisões. Essa distinção terminológica serve para demonstrar que, embora princípios sejam razões que podem ser afastadas por outras razões antagônicas, esse afastamento não se faz pela declaração de invalidade a um dos princípios, bem como não se introduz uma cláusula de exceção, como se dá no caso das regras, onde há conflitos. O que ocorre, na lição de Alexy, é o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto⁷⁹. Nessa relação de precedência condicionada reside, justamente, a noção de sopesamento: sob determinadas condições C presentes em um caso concreto, “[...] o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio colidente P_2 se houver razões suficientes para que P_1 prevaleça sobre P_2 sob as condições C ”⁸⁰.

Por fim, há regras que podem afastar princípios que garantem direitos fundamentais – e isso é o que em geral ocorre. Essas regras são o produto de um juízo de precedência realizado pelo legislador entre dois princípios que garantem direitos fundamentais. Por isso, a relação entre a regra e um princípio não é uma relação de colisão, mas uma relação de restrição⁸¹. E quando a restrição a um direito fundamental se dá por meio de uma medida veiculada por uma regra infraconstitucional, o controle dessa restrição é feito pela regra da proporciona-

⁷⁷ Ibid., loc. cit. Segundo ALEXY (loc. cit.), “[...] em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribuir aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios – o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras – é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*”.

⁷⁸ Ibid., loc. cit. Por exemplo, a regra de trânsito que estabelece a penalização do motorista que trafegar acima do limite de velocidade pode ser afastada se o motorista comprovar que conduzia um passageiro gravemente ferido ao hospital. Nesse caso, nas palavras de Humberto Ávila, “as outras razões, consideradas superiores à própria razão para cumprir a regra, constituem fundamento para seu não cumprimento” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 54). Cumpre advertir que, no citado livro, Humberto Ávila faz uma análise crítica e discordante da teoria de Alexy.

⁷⁹ ALEXY, op. cit., p. 96. Assim, se o Princípio P_1 tem Precedência P sobre o Princípio P_2 sob determinadas Condições C , então se pode dizer que $(P_1 P P_2)C$. (ALEXY, op. cit., p. 97; SILVA, op. cit., p. 50).

⁸⁰ Ibid., p. 97.

⁸¹ SILVA, op. cit., p. 52.

lidade, com suas três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁸².

Por isso, a estreiteza entre a teoria dos princípios e a regra proporcionalidade é tal que, segundo Alexy, “[...] a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”⁸³. Para o autor, a proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas, enquanto a necessidade e a adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas⁸⁴.

Diz-se que uma medida é *adequada* quando capaz de fomentar a realização do objetivo perseguido⁸⁵. Já o exame da *necessidade* é um *teste comparativo*⁸⁶ entre duas medidas (M_1 e M_2), mas não do ponto de vista do princípio de direito fundamental que se pretende realizar ou fomentar (P_1), e sim do ponto de vista do princípio de direito fundamental colidente (P_2). Assim, se para P_1 ambas as medidas M_1 e M_2 são adequadas e eficientes, pode ser que para o princípio colidente P_2

⁸² Conforme SILVA (ibid, p. 168), a proporcionalidade, embora trate sobre a aplicação de outras regras, tem também estrutura de regra, tal qual, por exemplo, as regras que regulam antinomias (lei posterior derroga a anterior; lei especial derroga parcialmente a lei geral; lei superior derroga lei inferior). Isso porque a proporcionalidade “[...] impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo”. Ademais, é importante dizer que, conforme SILVA (2002, p. 31), a regra da proporcionalidade não tem a mesma origem que o chamado princípio da razoabilidade, como frequentemente se afirma, e dela se diferencia em sua estrutura e na forma de aplicação. Assim, segundo o autor (ibid., p. 30): “A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma *estrutura* racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* –, que são aplicados em uma ordem predefinida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, *claramente*, da mera exigência de razoabilidade”. Segundo BRAGA (2008, p. 171), a razoabilidade leva em conta as condições pessoais dos indivíduos nas soluções dos conflitos. “Através dela, *‘não se analisa a intensidade da medida para a realização de um fim, mas a intensidade da medida relativamente a um bem jurídico de determinada pessoa’*”. Ainda na lição da autora (loc. cit.), a proporcionalidade se trata de um critério objetivo de ponderação, enquanto a razoabilidade “[...] representa um padrão geral de julgamento, no qual **não** se pressupõe a correlação entre as variáveis de meios e fins. Nela, a avaliação é subjetiva e envolve as circunstâncias do caso, os motivos da medida” (destaque do original).

⁸³ Alexy, op. cit., p. 116. Cf. SILVA (op. cit., p. 168), a “máxima da proporcionalidade” é a denominação traduzida diretamente do termo alemão. “O problema dessa denominação reside no fato de que, na linguagem jurídica brasileira, ‘máxima’ não é um termo utilizado com frequência e, mais que isso, pode às vezes dar a impressão de se tratar não de um *dever*, como é o caso da aplicação da proporcionalidade, mas de uma mera *recomendação*”.

⁸⁴ Ibid., p. 118. Sobre o princípio da proporcionalidade, v. t. BONAVIDES, 2004, p. 392 e ss.

⁸⁵ SILVA, op. cit., p. 170.

⁸⁶ Ibid., p. 171.

a medida M_1 seja mais restritiva que M_2 , ou seja, do ponto de vista do direito fundamental colidente P_2 , M_2 é a medida que menos lhe restringe, ou, *a contrario sensu*, que mais lhe otimiza. Nessas condições, M_2 será permitida e M_1 será proibida⁸⁷.

Pois bem, avaliada a medida M_1 em face da medida M_2 , decidida que esta é a medida necessária, comparativamente àquela, porque afeta menos o princípio de direito fundamental colidente P_2 , isso ainda não significa que ela será escolhida. Segundo Alexy, a escolha entre uma das duas alternativas não é uma questão somente de possibilidades fáticas, isto é, não é uma questão para o exame da necessidade, mas ainda uma questão de possibilidades jurídicas, ou seja, uma questão de sopesamento entre P_1 e P_2 ⁸⁸. É aí que entra a *proporcionalidade em sentido estrito*. Visto que, no plano das possibilidades fáticas, ambas as medidas M_1 e M_2 são adequadas para realizar ou fomentar, com a mesma intensidade, o princípio P_1 , e visto ainda que M_2 afeta com menos intensidade o princípio colidente P_2 , é preciso saber se, no plano das possibilidades jurídicas, M_2 não custará *caro demais* ao princípio colidente P_2 , ou seja, se a importância de se satisfazer o princípio P_1 justifica o sacrifício ao princípio colidente P_2 .

Portanto, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que é um juízo de sopesamento, serve para “[...] evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar”⁸⁹.

Os direitos sociais como direitos subjetivos a prestações

O processo de constitucionalização dos direitos fundamentais colocou o indivíduo como centro da titularidade de direitos⁹⁰. Como direitos subjetivos, os direitos fundamentais são *direitos básicos jurídico-constitucionais* do particular, como homem e como cidadão⁹¹.

A concepção usual a direito subjetivo – de Kelsen – é aquela segundo a qual esse direito confere ao seu titular a possibilidade (*rectius* poder) de exigir judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário⁹². Em contraposição a essa concepção, Robert Alexy sustenta uma teoria analítica

⁸⁷ ALEXY, op. cit., p. 119. O autor (loc. cit.) informa que para o Tribunal Constitucional Federal alemão a necessidade é a exigência de que “[...] ‘o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo’”.

⁸⁸ ALEXY, op. cit., p. 119.

⁸⁹ SILVA, op. cit., p. 175.

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 4. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 416.

⁹¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de HECK, Luís Afonso. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 232.

⁹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 95.

dos direitos cuja base é uma tríplice divisão das posições que devem ser designadas como *direitos*, a saber: a) *direitos a algo*, que englobariam os direitos a ações negativas e positivas do Estado e/ou particulares, ou seja, os clássicos direitos de defesa e os direitos de prestação; b) *liberdades*, no sentido de negação de exigências e proibições; e, finalmente, c) *competências*, significando competências e autorizações⁹³.

Em que pese essa distinção – que aqui fica mais para registro –, nossa atenção será voltada para a justicialidade dos direitos fundamentais sociais a prestações estatais (compreendida nos *direitos a algo*), ou seja, para a possibilidade de seu titular exigí-los perante o Estado (destinatário) por intermédio do Poder Judiciário.

Começando pelos argumentos contrários ao reconhecimento dos direitos fundamentais sociais a prestações enquanto direitos exigíveis, o primeiro deles diz com a forma vaga e aberta de sua positivação, uma vez que a maioria dos direitos fundamentais sociais são extremamente indeterminados⁹⁴.

Todavia, essa característica não sustenta, por si só, uma falta de justicialidade dos direitos fundamentais sociais, porque a indeterminação semântica do conteúdo é um problema concernente a vários outros enunciados normativos, cuja concretização é tarefa comum tanto para a jurisprudência quanto para a Ciência do Direito. Por isso, ao lado da indeterminação semântica, agrega-se outro argumento contrário à justicialidade: é impossível se chegar, por instrumentos específicos do direito, a uma determinação exata do conteúdo e da estrutura dos direitos fundamentais sociais formulados abstratamente. Essa tarefa seria exclusivamente política, de modo que, no âmbito dos direitos fundamentais sociais, os tribunais só poderiam decidir após uma determinação feita pelo legislador⁹⁵.

Como aponta Alexy, esse argumento formal, baseado na competência, ainda ganha um peso especial em virtude dos efeitos financeiros dos direitos fundamentais sociais: por causa dos grandes custos financeiros associados a sua realização, a existência de direitos fundamentais sociais abrangentes e exigíveis judicialmente conduziria a uma determinação jurídico-constitucional de grande

⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 193 e ss.

⁹⁴ ALEXY, op. cit., p. 507.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 508. Ver também SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 293. RISTER (2007, p. 459) lembra que a Constituição de 1934 previa no seu art. 68 o seguinte: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. Tal restrição se repetiu nos textos subsequentes (art. 94 da CF/1937; art. 173 da CF/1967; e art. 181 da EC 1/1969).

parte da política orçamentária, a qual, por conseguinte, ficaria nas mãos do Tribunal Constitucional, o que seria incompatível com a Constituição alemã⁹⁶.

Ainda há, dentre os que sustentam a inexistência de direitos fundamentais sociais, um argumento substancial, consistente na alegação de que os direitos sociais são incompatíveis ou, ao menos, colidentes, com normas constitucionais materiais, sobretudo as que garantem direitos de liberdade. Por exemplo, levando em conta que os direitos sociais são mais custosos, para a sua realização o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe dos outros, como, por exemplo, na forma de tributos, fato este que implica na consideração de que o financiamento (realização) dos direitos sociais está diretamente vinculado àquilo que o Estado pode, legitimamente, tomar dos proprietários sem violar seu direito fundamental à propriedade⁹⁷.

Em razão de tudo isso, parte da doutrina defende que os direitos fundamentais sociais prestacionais dependem da conformação do legislador para ganhar uma concretização. Fala-se, então, em uma *dimensão programática* das normas de direitos sociais, visto que detém uma densidade normativa insuficiente para alcançar a plena eficácia, estabelecendo, tão somente, programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado, ou contendo certas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao legislador⁹⁸.

Por exemplo, para Konrad Hesse a Lei Fundamental alemã renuncia aos direitos fundamentais sociais justamente porque sua estrutura depende da interposição legislativa e também de uma atividade da administração para ganhar alguma concretude. Além disso, diversamente dos direitos fundamentais clássicos, o Estado não detém os pressupostos de cumprimento dos programas, e a realização dos direitos fundamentais sociais pode conduzir, muitas vezes, a um prejuízo dos direitos de liberdade de outros. Assim, conforme arremata o eminente constitucionalista germânico, é essencial para a concepção dos direitos fundamentais da Lei Fundamental alemã a compreensão de que os direitos sociais não podem fundamentar pretensões imediatas do cidadão (direitos originais), passíveis de serem perseguidas judicialmente⁹⁹, ou seja, a Lei Fundamental alemã não fundamenta direitos individuais à participação (direitos de ter parte) em prestações estatais *originais* (independentemente de sistemas de prestações disponíveis legalmente regulados)¹⁰⁰.

Por tais razões, Hesse conclui que, ao fim e ao cabo, os direitos fundamentais sociais mal se diferenciam de determinações de objetivos estatais, no sentido

⁹⁶ ALEXY, op. cit., p. 508. No Brasil, é defensor dessa concepção José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p. 176-177).

⁹⁷ ALEXY, op. cit., p. 510.

⁹⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 474.

⁹⁹ HESSE, op. cit., p. 170.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 237.

de normas constitucionais que obrigam a determinadas tarefas e direção da atuação estatal, presente e futura. Embora reconheça a primazia de tais normas sobre a liberdade política do legislador infraconstitucional, afirma que, “[...] por si sós, determinações de objetivos estatais não são capazes de produzir nada”, pois dependem do acolhimento pelo legislador e das condições de possibilidade fáticas do Estado. Se não for assim, o Estado acaba por prometer na Constituição algo que ele não pode cumprir e, dessa forma, podem esperanças, que se referem a determinações de objetivos estatais da Constituição, ser facilmente frustradas: “[...] o efeito integrador da Constituição pode transformar-se em seu contrário”¹⁰¹.

Como se vê, Hesse confere uma força normativa¹⁰² aos direitos fundamentais sociais na medida em que há uma obrigação positiva do Estado de “[...] fazer de tudo para realizar os direitos fundamentais, mesmo que não haja para tanto um direito subjetivo do cidadão”¹⁰³.

Em sentido diametralmente oposto, está Robert Alexy, para o qual a renúncia consciente do legislador constituinte alemão à formulação de normas garantidoras de direitos subjetivos a prestações não impede que se possa encontrar na Constituição uma série de pontos de apoio, formulados de forma objetiva, para uma interpretação orientada a direitos a prestações¹⁰⁴. Ademais, também o enunciado geral da igualdade, interpretado como um princípio de igualdade fática, pode, na concepção do autor, fundamentar direitos originários a prestações¹⁰⁵.

86

Por isso, conforme informa Alexy, foi na práxis do Tribunal Constitucional alemão que a questão dos direitos sociais a prestações recebeu suas principais contribuições.

Um dos exemplos trazidos por Alexy trata da segunda decisão sobre *numerus clausus*, de 1977, relativamente ao caso que discutia o direito à criação de novas vagas universitárias para o curso de Medicina¹⁰⁶. Naquela decisão, o tribunal alemão diferenciou mais nitidamente entre um direito abstrato, “[...] garantido constitucionalmente ao cidadão que preencha os pressupostos subjetivos de admissão [...], a ser admitido no curso universitário de sua escolha”, direito este sujeito “à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da

¹⁰¹ Ibid., p. 171; SARLET (2009, p. 308) denomina esse fenômeno “efeito desintegratório” dos direitos sociais.

¹⁰² Sobre o tema, ver HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹⁰³ HESSE, Konrad. *Grundrecht: Bestand und Bedeutung*, apud ALEXY, op. cit., p. 517.

¹⁰⁴ ALEXY, op. cit., p. 435. Como exemplo, o autor (loc. cit.) menciona a norma que consagra a obrigação de todos os poderes estatais de “proteger” a dignidade humana (art. 1o, § 1o, 2, da Lei Fundamental); a cláusula do Estado Social (art. 20, § 1o, 2; art. 28, § 1o, 1); a garantia de proteção ao matrimônio e à família (art. 6o, § 1o) e o mandamento constitucional no sentido de equiparação de filhos ilegítimos (art. 6o, § 5o).

¹⁰⁵ ALEXY, op. cit., p. 435.

¹⁰⁶ BVerfGE 43, 291; pela primeira vez em BVerfGE 33, 303 (333), apud ALEXY, p. 439.

sociedade”¹⁰⁷, e uma “pretensão individual [*concreta*] e justificável do cidadão a uma ampliação da capacidade das instituições universitárias”¹⁰⁸. Na análise de Alexy, essa decisão é paradigmática, porque o Tribunal reconheceu, quanto ao direito abstrato de ser admitido no curso universitário de sua escolha, um direito *prima facie*, o qual se torna definitivo somente se outras razões colidentes não exigirem o contrário. Na medida em que se afirmou um direito *prima facie* e que a possibilidade de um direito definitivo não é excluída, “[...] o tribunal, de forma exemplar, deixou a porta aberta para a atribuição de direitos a prestações”¹⁰⁹.

Demais disso, para Alexy, a discussão sobre a possibilidade de se atribuir aos direitos a prestações um *status* de direito fundamental deve ser analisada a partir do que chamou de ideia-guia – um conceito geral e formal de direitos fundamentais –, expressa da seguinte forma: “direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”¹¹⁰.

No Brasil, adotando o mesmo posicionamento, Ana Paula de Barcellos defende que,

[...] nem a separação de poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível excepcioná-los em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar da garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana que eles, direta ou indiretamente, buscam também promover. Mais que isso, não haveria sentido algum em interpretar esses dois princípios contra seu próprio fim, mantendo, a pretexto de respeitá-los, situações de reconhecida e indisputada indignidade¹¹¹.

Uma tal concepção acaba por admitir que não há para o legislador uma ampla liberdade política de conformação das opções constitucionais. Ao revés, normas de direitos fundamentais vinculam o Legislativo e acabam por definir as fronteiras entre o que o legislador pode e o que não pode decidir, ou seja, que limitam sua competência¹¹².

Certamente é com base no mesmo entendimento que Fábio Konder Comparato afirma que a juridicidade das normas programáticas já não pode ser posta em dúvida nesta altura da evolução jurídica¹¹³.

¹⁰⁷ BVerfGE 43, 291, apud ALEXY, *ibid.*, loc. cit.

¹⁰⁸ BVerfGE 43, 291, apud ALEXY, *ibid.*, loc. cit.

¹⁰⁹ ALEXY, *ibid.*, p. 439.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 446.

¹¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 207.

¹¹² ALEXY, *op. cit.*, p. 447.

¹¹³ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998, p. 45.

A questão, no entanto, é saber se e em que medida um direito é tão importante que a decisão sobre ele não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples. Retornando a Alexy, a resposta estaria justamente em uma concepção substancial dos direitos a prestações. “Na Constituição alemã, essa concepção substancial é determinada pelo conceito de dignidade humana”¹¹⁴.

De acordo com essa ideia-guia, “[...] a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios”. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática e do outro, o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado (princípio democrático) e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais que se ligam, sobretudo, à liberdade jurídica de terceiros, e também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos¹¹⁵.

Embora não se possam detalhar modelos específicos para cada direito fundamental social, tarefa esta da dogmática de cada um, Alexy oferece o seguinte modelo geral de sopesamento:

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração¹¹⁶.

Com base nesse modelo geral de sopesamento, Alexy sustenta que:

Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica¹¹⁷.

Essa concepção tem a expressa intenção de vincular a competência orçamentária do legislador aos direitos fundamentais sociais mínimos. Segundo Alexy, mesmo considerando que tais direitos mínimos têm enormes efeitos financeiros, notadamente quando são muitos que deles necessitam, é certo que

¹¹⁴ ALEXY, op. cit., p. 448-449.

¹¹⁵ Ibid., p. 512.

¹¹⁶ Ibid., p. 512.

¹¹⁷ Ibid., p. 512.

“[...] a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras”¹¹⁸.

Porém, uma das relevantes objeções levantadas sobre a concepção de Alexy – e que bem se amolda ao contexto brasileiro – é que em épocas de crises econômicas a extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta, o que poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional. A objeção é refutada pelo autor com as seguintes colocações:

Em primeiro lugar, nem tudo aquilo que em um determinado momento é considerado como direitos sociais é exigível pelos direitos fundamentais sociais mínimos; em segundo lugar, de acordo com o modelo proposto, os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos e; em terceiro lugar, é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível¹¹⁹.

Com base nas considerações tecidas e tomando como referencial a decisão sobre *numerus clausus* do Tribunal Constitucional alemão, Alexy afirma o caráter vinculante dos direitos fundamentais sociais (que não são simples *enunciados programáticos*), embora sejam eles direitos *prima facie* (e, portanto, sopesáveis com princípios materiais e formais colidentes). Todavia, adverte:

Mas a natureza de direito *prima facie* vinculante implica que a cláusula de restrição desse direito – a ‘reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade’ – não pode levar a um esvaziamento do direito. Essa expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito¹²⁰.

Afirmando, pois, a justicialidade com base num modelo de sopesamento, Alexy sustenta que,

[...] o espectro de suas possibilidades processuais-constitucionais vai desde a simples constatação de uma inconstitucionalidade, passando pelo estabelecimento de um prazo dentro do qual deve ocorrer uma legislação compatível com a Constituição, até a determinação judicial direta daquilo que é obrigatório em virtude da Constituição¹²¹.

Na doutrina pátria, Ingo W. Sarlet posiciona-se no sentido de que o caráter programático das normas de direitos fundamentais sociais não impede que se

¹¹⁸ Ibid., pp. 512-513.

¹¹⁹ Ibid., p. 513.

¹²⁰ Ibid., p. 515.

¹²¹ Ibid., p. 514.

admita uma correspondente (e relativa) subjetivação, nem mesmo exclui a condição dos direitos fundamentais como direitos subjetivos¹²². Assim, esse autor reconhece a possibilidade de se extrair diretamente da Constituição direitos subjetivos a prestações, sobretudo porque vários deles são relevantes para a própria manutenção do direito à vida e da dignidade da pessoa humana (p. ex.: salário mínimo, saúde, assistência e previdência social), embora, adverte, tais direitos não esgotem as possibilidades do mínimo existencial¹²³.

Com isso, Sarlet sustenta que, ao menos na esfera das condições existenciais mínimas, encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador¹²⁴. Entretanto, tais condições existenciais mínimas não se esgotam num mínimo vital; para além disso, com fundamento no princípio da dignidade humana, deve ser assegurado um *padrão mínimo na esfera dos direitos sociais*, referindo-se às condições socioculturais mínimas necessárias para a afirmação da autodeterminação do ser humano, nas quais se inclui, por exemplo, o direito à educação fundamental¹²⁵.

No entendimento de Ana Paula de Barcellos, as normas sobre a dignidade da pessoa humana possuem o que denomina *eficácia positiva* (ou *simétrica*), no sentido de que são capazes de gerar um direito subjetivo para aquele que seria beneficiado ou simplesmente atingido pela realização de seus efeitos, mas não o foi¹²⁶. Considerando, entretanto, que escapa à competência do Poder Judiciário a implementação de políticas públicas, Barcellos apresenta uma proposta de coexistência harmônica entre, de um lado, a eficácia positiva da dignidade da pessoa humana e, de outro, a separação de poderes e o princípio majoritário. Para ela, essa harmonia depende de se atribuir eficácia jurídica positiva apenas ao núcleo da dignidade, ou seja, ao mínimo existencial. Dentro desse limite, reconhece-se ao Poder Judiciário legitimidade para determinar as prestações necessárias à sua satisfação¹²⁷.

Dessa forma, para Barcellos, “[...] há um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio”. Para além desse núcleo, as normas de direito fundamental social mantêm a sua

¹²² SARLET (2009, p. 295) oferece elucidativo exemplo ao remeter o leitor ao art. 196 da CF, que enuncia: “[...] a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos [...]”. Como se percebe, existem duas dimensões normativas: uma dimensão subjetiva à saúde (“direito de todos”); e uma dimensão objetiva (“dever do Estado”), da qual se extrai a condição de norma de cunho programático (“garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”).

¹²³ SARLET, op. cit., p. 348.

¹²⁴ Ibid., p. 348.

¹²⁵ Ibid., p. 349.

¹²⁶ BARCELLOS, op. cit., p. 62.

¹²⁷ Ibid., p. 234.

natureza de princípio, estabelecendo fins relativamente indeterminados, que podem ser atingidos por meios diversos, dependendo das opções constitucionalmente legítimas do Legislativo e do Executivo em cada momento histórico¹²⁸.

Finalmente, também Sarlet sustenta que na esfera da garantia do mínimo existencial deve-se reconhecer a exigibilidade, inclusive judicial, da prestação em face do Estado e, para além disso, haverá um necessário sopesamento. Todavia, mesmo na esfera desse mínimo, o autor afirma que há espaço para alguma ponderação (“[...] no sentido mais amplo da necessidade de opções hermenêuticas”), já que a própria definição do que venha a ser o mínimo existencial – “[...] fundada especialmente no princípio da proteção da vida e do [sic] princípio da dignidade da pessoa humana” – “[...] não pode ocorrer de forma insulada, apenas na esfera jurídica”, mas reclama [a definição do mínimo existencial] uma interpretação na qual se considere a realidade do mundo circundante (fatores climáticos, culturais, econômicos, etc.). No exemplo oferecido pelo autor, o direito à moradia, na perspectiva do mínimo existencial, não é o mesmo na Europa e no litoral de uma região tropical¹²⁹.

A exigibilidade em função da proporcionalidade

Quando se fala em *mínimo existencial* enquanto conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais e, portanto, irrestringível por uma *reserva do possível*, cria-se no discurso o problema de se demonstrar precisamente a delimitação desse conteúdo essencial absoluto¹³⁰.

Não há, é preciso dizer, uma correspondência necessária entre conteúdo essencial absoluto e conteúdo essencial estático, imutável. Em verdade, a maioria dos defensores de um conteúdo essencial absoluto admite existir um caráter dinâmico, que pode ser modificado com a passagem do tempo. Assim, *absoluto*, nesse contexto, “[...] implica apenas que aquilo que é protegido pelo conteúdo essencial não sofre relativizações de acordo com urgências ou contingências”¹³¹.

De todo modo, a absolutização do conteúdo essencial é defendida como um limite para o sopesamento, no sentido de que, havendo uma colisão de direitos no caso concreto, é necessária a utilização do método da *ponderação de interesses*, desde que, no entanto, isso *não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*¹³². O problema que surge é saber qual o método de

¹²⁸ Ibid., pp. 193 e 252.

¹²⁹ SARLET, op. cit., p. 350.

¹³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 187.

¹³¹ Ibid., p. 188.

¹³² Citação extraída do voto do Min. Celso de Mello, no caso Ellwanger. *RTJ* 188, 858 (912) (sem destaques no original), apud SILVA, op. cit., p. 198-199.

controle desse esvaziamento do conteúdo essencial e, além disso, qual a solução para o caso em que ele se verifique. Assim, concluindo-se que a ponderação implica na violação do conteúdo essencial, o que fazer, então? Rejeitar a ponderação? Recorrer a outro método? Que método? Conforme leciona Virgílio Afonso da Silva, tais questões não respondidas tem uma fonte única, qual seja, a existência de uma dupla garantia: a proporcionalidade e o conteúdo essencial. “Embora essa dupla garantia aparente conferir maior proteção aos direitos fundamentais, é, na verdade, pelo menos a partir dos pressupostos das teorias relativas, uma redundância”¹³³.

Na formulação de Silva, a compatibilização entre *proporcionalidade* e *conteúdo essencial* é alcançada ao se adotar uma concepção abrangente, mas relativa, daquilo que é protegido pela norma de direito fundamental. Para tanto, dois pressupostos da teoria dos princípios são essenciais: a *teoria do suporte fático amplo* e a *teoria externa dos limites dos direitos fundamentais*.

O conceito de suporte fático corresponde às condições a serem preenchidas para que a consequência jurídica da norma seja produzida¹³⁴. No campo dos direitos fundamentais de defesa, para que tais condições sejam preenchidas não basta a enunciação daquilo que é protegido, parte que é chamada de *âmbito de proteção*. Isso porque a enunciação de um âmbito de proteção não tem, por si só, o condão de satisfazer a consequência para esse direito. Isso só ocorre quando, ao lado do âmbito de proteção, também preenchem o suporte fático as intervenções a esse âmbito de proteção. “Tanto aquilo que é protegido (*âmbito de proteção*) como aquilo contra o qual é protegido (*intervenção*, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais”¹³⁵.

Quando se adota um suporte fático amplo, pressupõem-se duas coisas: um âmbito de proteção amplo; e um conceito de intervenção também amplo¹³⁶. A adoção de um âmbito de proteção amplo (âmbito dos bens protegidos) dos direitos fundamentais implica em dizer que, em primeira linha (*prima facie*), toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” de determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, *independentemente da consideração de outras variáveis*¹³⁷. Entretanto, quando se toma um conceito amplo de intervenção, ela passa a ser identificada como qualquer interferência que reduza o âmbito de proteção da norma de direito fundamental, no que se inclui não apenas uma restrição ao direito em si, mas também qualquer regulamentação de seu exercício (dia, horário, forma, etc.)¹³⁸.

¹³³ SILVA, op. cit., p. 200.

¹³⁴ ALEXY, op. cit., p. 307.

¹³⁵ SILVA, op. cit., p. 71.

¹³⁶ Ibid., p. 111.

¹³⁷ Ibid., p. 109.

¹³⁸ Ibid., passim.

Da adoção de um âmbito de proteção amplo e de um conceito de intervenção também amplo surge uma relação entre um dado positivo e um dado negativo. Essa relação dialética é controlada pela regra da proporcionalidade, de maneira que, *prima facie*, o direito fundamental tem um amplo espectro de bens protegidos, mas uma intervenção pode reduzir essa proteção se for respaldada por uma fundamentação constitucional, ou seja, se passar pelo teste da proporcionalidade. Nesse caso, estar-se-á diante de uma restrição. Porém, se não houver fundamentação constitucional, ou seja, se a intervenção não passar pelo teste da proporcionalidade, então ela é proibida, e estar-se-á de frente a uma violação¹³⁹. Note-se, nesse ponto, que Virgílio Afonso da Silva, diferentemente de Alexy, inclui no conceito de suporte fático o elemento *fundamentação constitucional*. Segundo aquele autor, se suporte fático são os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental, então não basta a verificação do âmbito de proteção e da intervenção para que a consequência jurídica da norma de direito fundamental seja acionada; “é ainda necessário que não haja fundamentação constitucional para a intervenção”¹⁴⁰.

A grande vantagem da adoção desses pressupostos, consoante Virgílio Afonso da Silva, é a de que, “[...] ao invés de um foco no momento da definição daquilo que é protegido e daquilo que caracteriza uma intervenção estatal, há uma concentração da argumentação no *momento da fundamentação da intervenção*”¹⁴¹.

No caso dos direitos sociais, o âmbito de proteção identifica-se com as *ações estatais que fomentem a realização desses direitos* e a intervenção corresponde a um *não agir* ou um *agir de forma insuficiente*. Assim, preencher o suporte fático no âmbito dos direitos sociais significa que há determinada ação, estado ou posição *x* que se encontra dentro do âmbito de proteção de um direito fundamental social (*AP*) e que não há fundamentação constitucional para um *não agir* ou um *agir insuficiente* (*não FC*). Mas o que acontece quando uma ação estatal que poderia fomentar a realização de um direito social não é realizada, ou o é de forma insuficiente e, para isso, não há fundamentação jurídico-constitucional? Consoante Silva, a resposta somente pode ser uma: *há um direito definitivo à realização dessa ação*¹⁴².

No que tange às teorias sobre os limites dos direitos fundamentais, Virgílio Afonso da Silva enfoca a impossibilidade de se harmonizar o processo de sopeamento com a teoria interna dos limites imanentes. Para essa teoria, não há que

¹³⁹ Ibid., p. 110.

¹⁴⁰ Ibid., p. 74.

¹⁴¹ Ibid., p. 94.

¹⁴² SILVA, op. cit., p. 65-78. Cf. o autor (loc. cit.): “Em resumo: se *x* é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (*DSx*) e a inércia (ou insuficiência) estatal em relação a *x* (*IEx*) não é fundamentada constitucionalmente ($\neg FC$), então, a consequência jurídica deve ser o dever de realizar *x* (*Ox*)”.

se falar em restrições (que são externas) aos direitos fundamentais, já que a própria definição dos direitos fundamentais e de sua extensão (âmbito de proteção) é condicionada pelos limites, implícita ou explicitamente, encontrados na própria constituição¹⁴³. Logo, “[...] a fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, *sobretudo não por colisões com outros direitos*”. “Toda vez que alguém exercita algo garantido por um direito fundamental essa garantia tem que ser definitiva, e não apenas *prima facie*”, já que a teoria dos limites imanescentes pressupõe a unificação da determinação do direito e de seus limites¹⁴⁴.

Como se vê, a noção de mínimo existencial como conteúdo essencial irrestringível dos direitos fundamentais sociais está intimamente ligada à teoria dos limites imanescentes, porquanto, ao considerar um conteúdo irrestringível de um direito, ao menos na esfera desse conteúdo há uma negação do método do sopesamento. Como não há direitos absolutos, ao afirmar um conteúdo essencial irrestringível pressupõe-se que seus limites – no que se inclui a reserva do possível – já foram considerados internamente, de forma que o direito ao mínimo existencial exsurge com caráter de definitividade, ou seja, com estrutura de regra (*mandamento definitivo*), e não de princípio (*mandamento prima facie*)¹⁴⁵.

Já a teoria externa destaca do direito as suas restrições, as quais, como o nome sugere, ocorrem no âmbito exterior. Com base nela, adota-se um conceito

¹⁴³ Ana Carolina Lopes Olsen, embora se posicione pela teoria externa, acaba por utilizar-se do argumento dos “limites impostos pela própria Constituição”, o qual, na ótica de Virgílio Afonso da Silva, é ligado aos limites imanescentes. Vejam-se as palavras da autora (OLSEN, 2008, p. 126-127): “Os direitos fundamentais sociais correspondem a direitos fundamentais subjetivos *prima facie*. Neste sentido, seu conteúdo pode eventualmente chocar-se com outros direitos, ou bens jurídicos, de modo que em certos casos a intervenção dos poderes públicos mostra-se necessária a fim de reduzir o âmbito normativo do direito fundamental, adequando-o aos interesses externos em conflito. Esta intervenção, entretanto, pode mostrar-se severa, restringindo posições jurídicas dos seus titulares. Somente através da argumentação racional e da sujeição destas restrições aos limites impostos pela própria Constituição, do que resulta seu controle de constitucionalidade, pode-se evitar que abusos sejam cometidos na atividade restritiva, anulando por completo posições jurídicas protegidas constitucionalmente”.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 128-133. A autora cita como exemplo de utilização da teoria dos limites imanescentes pelo STF o caso Ellwanger [RTJ 188, 858 (891)], no qual o Min. Maurício Corrêa recorre à seguinte ideia: “Como sabido, tais garantias, [*liberdade de expressão e pensamento*] como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, *observados os limites traçados pela própria Constituição Federal* (CF, art. 5o, § 2o, primeira parte)”.

¹⁴⁵ O mesmo raciocínio vale para a defesa de um conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana, e a crítica vale, inclusive, para o próprio Alexy, conforme os dizeres de Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 201): “Segundo ele [Alexy], a dignidade seria, ao mesmo tempo, uma regra e um princípio. Essa divisão corresponde, de forma quase total, à aceitação, *para o caso da dignidade humana*, da existência de um conteúdo essencial absoluto, que seria caracterizado pela ‘parte regra’ da norma que garante esse direito. A ‘parte princípio’ da norma que garante a dignidade, por sua vez, teria a mesma estrutura de todo e qualquer princípio, e seria, portanto, relativizável quando houvesse fundamentos suficientes para tanto”.

de conteúdo essencial relativo: “a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto”¹⁴⁶. A vantagem da adoção da teoria externa é a mesma da adoção do suporte fático amplo: qualquer relativização deve ser controlada por uma fundamentação constitucional consistente.

Isso significa que entre conteúdo essencial e proporcionalidade existe a seguinte relação: “restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos”¹⁴⁷.

Sendo assim, a reserva do possível passa a identificar-se com a fundamentação constitucional consistente, conceituada como aquela que tenha passado pelo teste da proporcionalidade e que, por este motivo, seja capaz de justificar a inércia, ou a ação insuficiente, que reduz o âmbito de proteção de uma norma de direito fundamental social. Na vertente que lhe deu a doutrina pátria, a reserva do possível não se traduz simplesmente no argumento da escassez de recursos financeiros, mas sim na fundamentação constitucional dessa própria escassez.

Finalmente, a prestação que se pode exigir do Estado para satisfação de um direito fundamental social deixa de ter vinculação com o mínimo existencial, enquanto núcleo inexpugnável de direitos mínimos, e passa a relacionar-se com a ausência de fundamentação constitucional consistente, erigida sobre regra da proporcionalidade, de uma omissão estatal ou ação insuficiente, que reduz o âmbito de proteção da norma. A exigibilidade está, portanto, em função da proporcionalidade¹⁴⁸.

CONCLUSÕES

Ter garantida a liberdade não significa fazer gozo dela. No feliz exemplo de Canotilho¹⁴⁹, não tem valia a inviolabilidade do domicílio para quem não tem casa.

Fala-se em um mínimo existencial como conjunto de condições materiais mínimas para uma vida digna. Parece intuitivo que isso existe, embora seja cambiável segundo as condições histórico-sociais, culturais, econômicas e até

¹⁴⁶ SILVA, op. cit., p. 196.

¹⁴⁷ Ibid., p. 197. Contudo, é preciso dizer nos casos em que a própria Constituição estabelece, em normas com estrutura de regra, condutas absolutamente vedadas no âmbito de algum direito fundamental, aí sim se verifica uma restrição externa de caráter absoluto. Para Silva (2010, pp. 201-202), a principal delas seria a vedação de tortura e tratamento degradante (art. 5o, III), “[...] que impõe uma barreira intransponível – ou seja, imune a relativizações a partir de sopesamentos – no conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana”.

¹⁴⁸ SILVA, op. cit., p. 205. Conforme Silva (ibid., loc. cit.), “[...] tanto quanto qualquer outro direito [fundamental], um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas preexistentes. O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições. Recursos a conceitos como o ‘mínimo existencial’ ou a ‘reserva do possível’ só fazem sentido diante desse arcabouço teórico”.

¹⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 4. reimpr. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 480.

geográficas de cada país e, dentro dele, de cada região, ou mesmo cidade e bairro. Não há como estabelecer um rol que preencha tal conjunto de maneira uniforme. É relativo.

Naturalmente, há um limite para o Estado arcar com todos os direitos sociais. Por evidente, na Alemanha esse limite é bem diferente que no Brasil, não só porque lá o Estado tem mais dinheiro, mas também porque os indivíduos precisam menos do dinheiro do Estado. Bem se vê que a expressão *reserva do possível* foi cunhada na Alemanha num caso em que estudantes exigiam, com base na Constituição, a abertura de vagas para o curso de Medicina em instituições públicas. Certamente, não é nesse contexto que a *reserva do possível* é utilizada no Brasil.

Uma discussão democrática sobre os problemas sociais, notadamente sobre a falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais, dentro da linguagem do Direito Constitucional, torna-se mais proveitosa se de um lado estiverem esses direitos, não como núcleos intangíveis, mas como verdadeiros mandamentos de otimização, a serem realizados na maior medida possível. Escassez, todos sabem o que é, e que existe. Há para o Estado, no entanto, o dever de fundamentar não a falta de recursos, mas por que os recursos existentes, ainda que parcos, foram alocados em outras instâncias. Se o Estado não conseguir demonstrar a proporcionalidade de sua escolha, então poderá – e deverá – o Poder Judiciário garantir a eficácia da Constituição e exigir, no caso concreto, a prestação veiculada pelo direito fundamental social.

Embora possa parecer o contrário, a adoção da teoria do suporte fático amplo e da teoria externa dos limites dos direitos fundamentais não torna a discussão entre mínimo existencial e reserva do possível ainda mais tormentosa. Em verdade, ela apenas descortina a real complexidade que os correlaciona.

Logicamente, num “cabo de guerra”, ficar numa ou noutra ponta é sempre melhor que estar no lugar da corda. Uma vez entregue a disputa ao Poder Judiciário, poderia o magistrado firmar posição no sentido de proteger o núcleo material absoluto da dignidade humana, que não pode ser abalado por meras questões financeiras¹⁵⁰, ou, então, situar-se dentre aqueles que entendem que as decisões sobre alocação dos recursos públicos são de exclusiva competência do legislador, sujeitando-se, por isso mesmo, à reserva do possível. Sem dúvida

¹⁵⁰ Conforme AMARAL e MELO (op. cit., p. 108) “[...] há um longo caminho a percorrer. Ele depende, contudo, que não se tenha como ‘direito fundamental incontestável com questões’ menores como as finanças públicas o fornecimento de todo e qualquer medicamento, inclusive algum que custe 17 mil dólares por mês. Não se quer dizer que a partir de um patamar monetário o direito mude, mas que necessidades e possibilidades devem ser ponderadas e que essa ponderação deve ocorrer preferencialmente no campo do controle das escolhas públicas, na atividade orçamentária”.

alguma, os defensores de ambas as posições oferecem bons argumentos de decisão, com a vantagem de simplificá-la. Todavia, na célebre frase do jornalista e crítico-social americano Lewis Henry Mencken, *para todo problema complexo existe uma solução simples, elegante e errada*¹⁵¹.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, I. W.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 165, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/273/4/R165-11.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, p. 83-103, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, I. W. e TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 4. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

CARVALHO, Cristiano. A análise econômica do direito tributário; In: SCHOEURI, Luis Eduardo (Coord.). *Direito tributário – homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

¹⁵¹ MENCKEN, Lewis Henry. *The divine afflatus*. *New York Evening Mail*, 16 de novembro de 1917, tradução livre de: *For every complex problem, there is a solution that is simple, neat, and wrong*.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, I. W.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas*. Disponível em: <http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2010.

MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 17, n. 66, jan./mar. 2009.

MENCKEN, Lewis Henry. The divine afflatus. *New York Evening Mail*, 16 de novembro de 1917.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Revisão de tradução de Álvaro de Vita. 2. ed., 2. impr. São Paulo: Ática, 2000.

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W. e TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. I: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Fasc. Civil, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, I. W. e TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, I. W. e TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Data de recebimento: 16/4/2013

Data de aprovação: 2/10/2013

