

RESERVA DO POSSÍVEL NOS DIREITOS SOCIAIS: É POSSÍVEL?

Bruno Smolarek Dias

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – SC; Bolsista CAPES para Doutorado Sanduíche com a Universidade do Minhor - Portugal; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR; Especialista em Docência no Ensino Superior e Ciência Política, Planejamento e Estratégia pela União Pan-Americana de Ensino – UNIPAN; Advogado e Coordenador do Curso de Direito da Unidade Universitária de Francisco Beltrão – PR, da Universidade Paranaense – UNIPAR.

professorbruno@unipar.br

Vinícius Murari Borges

Acadêmico do 3º Ano do Curso de Direito da Unidade Universitária de Francisco Beltrão da Universidade Paranaense – UNIPAR; Acadêmico participante do Programa de Iniciação Científica no ano de 2011.

Este artigo trata sobre a reserva do possível, sua aplicação, restrição e limitação. É um instituto jurídico alemão, recepcionado pelo direito brasileiro que serve de justificativa para a não aplicação de determinado direito positivo frente à escassez artificial de recursos. A utilização desse instituto deve ser considerada pelo poder judiciário em controle de constitucionalidade e, através do critério da proporcionalidade, confirmar ou não sua incidência. É necessário que nessa análise sempre se tenha em foco o núcleo essencial da norma, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana. O Método¹ a ser utilizado na fase de Investigação será o Indutivo; na fase de Tratamento dos Dados será o Cartesiano, serão acionadas as técnicas do referente², da categoria³, dos conceitos operacionais⁴, da pesquisa bibliográfica⁵ e do fichamento⁶. É mister deste trabalho demonstrar que o direito fundamental social não é absoluto, mas as restrições a estes direitos também não o são.

Palavras-chave: Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Princípio da Proporcionalidade.

¹ “Método: forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados”. Pasold, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p.204.

² “explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. Pasold, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica, cit.* p. 209.

³ “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia”. Pasold, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica, cit.* p. 197.

⁴ “definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas”. Pasold, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica, cit.* p. 198.

⁵ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. Pasold, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica, cit.* p. 207.

⁶ “Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido”. Pasold, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica, cit.* p. 201 e 202.

1. INTRODUÇÃO

Há tempos que é indiscutível, frente a comunidade acadêmica e jurídica, que existem direitos que devem ser considerados como fundamentais entre os homens, logo devendo ser respeitados em todas as situações em que se vejam em conflito. Como direitos fundamentais, também é obvio que estes mesmos direitos sejam referidos às categorias de Direito mais sensíveis aos seus destinatários, os seres humanos sujeitos de Direito.

É claro que, ao criar e aplicar as leis, o Estado tenha que por vezes decidir entre um ou outro direito a ser tutelado. Tanto o legislativo como o executivo têm uma grande esfera de discricionariedade na criação e aplicação de direitos. No entanto, ambos estão sempre limitados pelo poder constitucional, como deve ser um ordenamento nos moldes do bloco de constitucionalidade. O problema ocorre quando um direito fundamental encontra, na sua efetivação, a barreira econômica: a impossibilidade de aplicação, devido não a falta de recursos, mas a alocação destes à satisfação de um outro direito fundamental. Em última análise, um confronto entre dois direitos fundamentais.

Surge então a figura da reserva do possível, que serve como justificativa para a não satisfação de um determinado direito fundamental, como consequência da escassez artificial de fundo para tanto.

Por obvio que este instituto não é ilimitado, ao contrario, teríamos um desequilíbrio nos três poderes. Mas de que forma ele deve ser controlado? Quais os seus limites? Qual a sua aplicabilidade? Essas e outras perguntas serão respondidas ao decorrer do artigo. Mas, para tanto, é preciso que, antes, estudemos o conceito de direitos humanos e direitos fundamentais; seu conteúdo; as diferenças entre regras e princípios e como funciona a restrição aos direitos da nossa constituição: só assim poderemos entender o que realmente representa a reserva do possível e quais os seus limites.

2. DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são resultado de um esforço coletivo que permeia a evolução do ser humano em seu aspecto social desde que este começou a se organizar em sociedade (Piovesan, 2006). Embora seja este esforço continuo (Arendt, 2004); que

com ele os direitos se sedimentam para a consecução de seu objetivo (Bobbio, 1992); e muitos foram os filósofos que os defenderam, ele somente começou a atingir efetividade de suas bases de sustentação com o advento das revoluções burguesas e da filosofia iluminista (Comparato, 2001), no século XVIII. A partir deste ponto, os direitos humanos iniciaram uma evolução e transformação, constante e ininterrupta, que se verifica até os dias de hoje. Esses direitos buscam sempre o aprimoramento moral do homem (Cançado Trindade, 1997), intimamente relacionados à dignidade da pessoa humana (Perry, 1998), e um relacionamento equitativo do ser humano com seus semelhantes e perante a lei (Almqvist, 2005).

O seu conceito pode ser atribuído como os direitos necessários para que uma pessoa possa não só sobreviver, mas viver (Dallari, 2004), de forma qualitativa, e com isso participar ativamente de sua sociedade (Smolarek Dias, Mardegan, 2011), assim desenvolvendo-se como pessoa e desenvolvendo esta sociedade (BEITZ, 2009).

A evolução do entendimento e do estudo dos direitos humanos se divide em diversos momentos, que acompanham a própria evolução do relacionamento dos indivíduos para com os organismos de controle social (Herkenhoff, 1994). Este é o tema de nosso próximo tópico.

2.1. Evolução dos Direitos Humanos

O primeiro momento de consolidação, que foi centro das discussões filosóficas durante as revoluções burguesas, corresponde à busca da igualdade do ser humano perante a lei, a “necessidade do reconhecimento do homem enquanto sujeito de direito” (Smolarek Dias, 2009, pag. 20). A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão foi um marco na consolidação destes direitos, de clara influência jusnaturalista, sobre os revolucionários franceses que a redigiram (Miranda, 2002).

Neste momento histórico e jusfundamental, a busca pela igualdade e liberdade perante a figura estatal⁷, devia permanecer inerte à sociedade⁸, o que

⁷ “A primeira geração engloba os chamados direitos de liberdade, que são direitos às chamadas prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo. Para Canotilho, são direitos de defesa, possuindo o caráter de distribuição de competências (limitação) entre o Estado e o ser humano, sendo denominados de direitos civis e políticos” (Ramos, 2005, pp. 82-3).

⁸ “Constitui a base desse ambiente de liberdade o estado liberal burguês que, fundado no primado da livre concorrência e da plena autonomia da vontade, tem como inaceitável a legitimidade das intervenções do Estado nas relações sociais e econômicas. Nessa visão, cumpre ao Estado apenas a

acarretaria uma completa desigualdade entre os membros componentes desta sociedade moderna⁹ que, por fim, levaria às revoluções que exigiram a próxima evolução dos Direitos Humanos (Smolarek Dias, 2009).

A segunda dimensão surge com o objetivo claro de gerar uma maior igualdade material entre os membros de uma mesma sociedade, surgindo no período posterior a Primeira Guerra Mundial. A criação dos estados de orientação socialista é o momento ápice desta dimensão.

A segunda geração de direitos humanos representa a modificação do papel do estado, exigindo-lhe um vigoroso papel ativo, além do mero fiscal das regras jurídicas. Esse papel ativo, embora necessário para proteger os direitos de primeira geração, era visto anteriormente com desconfiança, por ser considerado uma ameaça aos direitos do indivíduo. Contudo, sob a influência das doutrinas socialistas, constatou-se que a inserção formal de liberdade e igualdade em declarações de direitos não garantiam a sua efetiva concretização, o que gerou movimentos sociais de reivindicação de uma (sic) papel ativo do Estado para realizar aquilo que Celso Lafer denominou “direito de participar do bem-estar social” (RAMOS, 2005, p. 84).

Assim, surgem os direitos de ordem social, que gerariam um papel mais efetivo do Estado em sua concretização e demandariam não só esforços políticos, mas também maior dispêndio econômico (Sustein, Holmes, 1999), pois propunham a existência de um serviço público de saúde e de educação (Hennion, Barbier-Le Bris, Del Sol, 2010), dentre outros: São estes direitos os principais a serem analisados neste artigo.

A terceira fase corresponde aos Direitos Difusos ou Direitos de Solidariedade, segundo a qual não é possível identificar o titular individual do direito, mas apenas a coletividade como um todo (Bechara, 2009). Esta fase passou a ter relevância a partir da década de 70.

função de preservar as chamadas liberdades públicas negativas, ficando assegurada a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

A visão racionalista desse constitucionalismo liberal do século XVIII veiculava a noção de que, sendo os direitos “naturais” de liberdade constituídos anteriormente à figura institucional do Estado, este não deveria intervir a ponto de tolher ou prejudicar aqueles” (Marques, 2007, p. 42)

⁹ “De fato, a Revolução Industrial foi o principal fator do surgimento e expansão das diferenças entre as classes dos fabricantes capitalistas e dos operários fabris, modificação que se realiza cada vez mais rapidamente, à medida que a produção deixa de se basear em apropriação social, para passar a apropriação capitalista, contradição esta que encerra *“en germén, todo el conflicto de los tiempos actuales”*, o que justifica o estudo da Revolução Industrial como móvel dos direitos dessa geração” (Marques, 2007, p. 74)

Estes direitos de terceira geração, os direitos ao desenvolvimento, à paz e à livre determinação (Piovesan, 2006), considerados direitos difusos, não identificáveis a um indivíduo em particular, e sim a uma coletividade identificável ou não, são os direitos do gênero humano (Bonavides, 2000).

Há quem defenda a existência de uma quarta fase, correspondendo aos direitos de diferença, ou seja: que tem relação com a cultura, a raça, a situação econômica e a orientação sexual; e a uma quinta dimensão: que trataria dos direitos advindos da tecnologia de informação, como a internet¹⁰. Mas como estas dimensões ou gerações ainda constam de discussão doutrinária (Sarlet, 2004), e não são o cerne do nosso artigo, não serão melhor exploradas.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Se os direitos humanos estão representados nas disposições dos tratados internacionais, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os direitos fundamentais correspondem à recepção destes direitos por um ordenamento jurídico (Botelho, 2010), de forma originária, na criação de uma constituição ou, de forma derivada, na admissão do tratado internacional pelo ordenamento (Miranda, 2008).

Não são os direitos fundamentais e os direitos humanos homônimos, uma vez que aquele é espécie da qual este é gênero, ou seja, pode muito bem um ordenamento jurídico adaptar apenas alguns aspectos dos direitos humanos (Moraes, 2011).

Cabe aos países verificar quais direitos humanos são compatíveis com sua sociedade e com sua decisão política fundamental, como diria Schmitt (1998) e, assim, transcrevê-las em sua Constituição, sua norma fundamental positiva, que funcional como base lógico-jurídica e como base positiva-jurídica para o ordenamento jurídico que se estrutura em função desta Constituição (Kelsen, 1998)

¹⁰ “Alguns juristas pregam a existência de uma quarta dimensão, que englobaria direitos de acesso ao uso de novas tecnologias direcionadas à vida humana (biotecnologia e bioengenharia); e de uma quinta dimensão, referente aos direitos “advindos das tecnologias de informação (internet), di ciberespaço e da realidade virtual em geral”

Do outro lado, sustenta-se que as novas dimensões abrangem o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Teoria essa atribuída a Paulo Bonavides, o qual defende que, ao lado da globalização neoliberal, há globalização política (globalização dos direitos fundamentais, que verdadeiramente diz respeito aos pobres), responsável por introduzir direitos fundamentais de quarta dimensão, constituindo a última fase de institucionalização do Estado Social (Ribas, 2007, p. 47)

Os direitos fundamentais sociais estão relacionados à segunda geração dos direitos humanos (Hennion, Barbier-Le Bris, Del Sol, 2010), a partir da qual se passou a buscar não mais apenas a igualdade formal de um indivíduo perante a lei, mas a igualdade material, ou seja, de um indivíduo perante seus semelhantes e perante a sociedade (Smolarek Dias, 2009). O ser humano é por natureza diferente, por isso é fulcro dos direitos humanos sociais equipará-lo.

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a. igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que no seu tempo foi crucial para a abolição de privilégios); b. igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c. igualdade material, correspondente ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça e etnia e demais critérios). (Piovesan, 2005, pág. 47)

Essa igualdade é obtida através de prestações do Estado. Prestações positivas (Fredman, 2008) e negativas do Estado (Dadoo, 2010). A princípio percebe-se, com maior facilidade, os direitos fundamentais que independem de ações do Estado, os direitos relativos à liberdade; mas, no que tange à igualdade material, esta depende de uma maior atividade prestacional do Estado (Fredman, 2008).

Alguns direitos fundamentais consignados na Constituição Federal Brasileira são: o direito à educação (arts. 205 a 214, CF/88), à saúde (arts. 196 a 200, CF/88), ao trabalho (art. 7º CF/88), à cultura (arts. 215 a 216, CF/88), à previdência social (arts. 201 e 202, CF/88), ao desporto (arts. 217 a 219, CF/88), etc.

As prestações positivas ocorrem quando o ente garantidor de um direito fundamental, na imensa maioria das vezes o Estado, deve realizar uma ação para que este direito ocorra. É o exemplo do direito à saúde e à educação, que são apenas realizáveis com o esforço direcionado do governo em prol de sua otimização. Incumbe-se ao Estado prestar o serviço de forma que aqueles sem o poderio econômico possam efetivamente participar socialmente, podendo assim ter o seu direito efetivado (Piovesan, Vieira, 2006).

As prestações negativas ocorrem quando ao ente garantidor de um direito cabe uma omissão, um não embarço, uma não ação. É o que ocorre no direito de ir e vir e no direito de greve, pois para que estes tenham efetividade não é necessária a intervenção do governo: pelo contrário, é necessária sua não intervenção, o que resulta em um menor dispêndio financeiro.

4. MODELOS NORMATIVOS DE ROBERT ALEXY

Para que possamos entender sobre quais direitos será argumentada a reserva do possível, é preciso conhecer os modelos normativos criados pelo importante jusfilósofo alemão Robert Alexy.

Alexy (1997) dividiu as Normas, que são as disposições positivadas de um ordenamento jurídico, ou seja, a lei escrita, em três modelos normativos. O modelo puro de regras, o modelo puro de princípios e o modelo misto de regras e princípios.

Segundo o modelo puro de regras, as normas correspondem a regras, que tem uma aplicabilidade dogmática, ou seja, são inteiramente e plenamente afastas ou inteiramente e plenamente aplicadas.

Segundo o modelo puro de princípios, as normas correspondem a princípios, que correspondem a mandamentos de otimização, ou seja, devem ser efetivadas na maior medida possível e, ao serem sopesados com outros princípios, encontram seu âmbito de atuação.

Existe uma diferença de grau de qualidade entre regras e princípios, segundo o autor. Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, sendo como mandado de otimização na medida das possibilidades. As regras, por sua vez, são determinações no campo fático e juridicamente viável, que só podem ser aplicadas ou afastadas integralmente, podendo ser traduzidas no campo do tudo-ou-nada: ou aplica-se, ou não (Alexy, 1997)

Segundo o modelo misto de regras e princípios, há um ordenamento jurídico tanto de regras como princípios: É o caso de carta magna brasileira. Peguemos por exemplo o inciso XVIII, do art. 7º da CFB, que garante os direitos à maternidade e a manutenção no emprego durante a vigência desta. Isto corresponde a uma regra, pois perante o caso concreto somente é plenamente aplicável ou plenamente afastável. Já alguns direitos como o direito à saúde e à educação são princípios, pois ao passo que não podem ser plenamente satisfeitos, precisam ser realizados na maior medida possível, pois não se aplicam na medida integral.

Por estar relacionado à constituição brasileira é fundamental que adotemos o modelo misto de regras e princípios no nosso estudo, fazendo-se presente a necessidade

de identificar, portanto, quando um direito será tido como princípio e quando será tido como regra.

5. RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A restrição aos direitos fundamentais ocorre quando um direito fundamental não alcança sua efetividade, seja integral ou parcial. É preciso que estudemos como se dá a restrição aos direitos fundamentais sociais. Há dois sentidos de restrição, estrito e amplo; e duas teorias, interna e externa, acerca dela (Wang, 2007).

De acordo com o sentido estrito a restrição é realizada a priori no ordenamento jurídico, ou seja: é quando o próprio ordenamento a autoriza. Está associado à teoria interna da restrição segundo a qual não há que se falar, necessariamente, em restrição, mas apenas em delimitação do conteúdo normativo (Machado, 2008). Por exemplo: peguemos o inciso XVIII, do art. 5º da CF, segundo o qual “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei exigir*” (grifo nosso). A parte grifada corresponde a uma delimitação do conteúdo normativo, ou seja, uma restrição parcial à efetividade do direito de livre exercício de trabalho, ofício ou profissão. Este sentido de restrição está majoritariamente presente quando a norma analisada corresponde a uma regra.

Já o sentido amplo trata de quando a restrição, que não está expressamente autorizada pela constituição, ao direito fundamental, ocorre *a posteriori*, geralmente quando um ser, na maioria das vezes o Estado, através de uma ação ou omissão, embaraça a livre fruição de um direito fundamental (Olsen, 2010): Está, portanto, associada à teoria externa, segundo a qual há binômio em que de um lado temos um direito fundamental e do outro uma restrição, que pode estar personificada por outro direito fundamental. É o que ocorre, por exemplo, quando o governo impede através de uma censura discricionária a manifestação pacífica da população contra um político ou uma celebridade. Este sentido de restrição está majoritariamente presente quando a norma analisada corresponde a um princípio.

Assim, a grande questão relativa a possibilidade de restrições não expressamente autorizadas não é a admissibilidade de uma atuação interventora dos poderes constituídos na esfera de proteção dos direitos fundamentais, mas sim identificar quando esta restrição representa verdadeira violação, e quais os parâmetros que os tribunais podem utilizar para controlar estas intervenções. Dessa forma, percebe-se a íntima ligação entre esta doutrina e a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, na

medida em que compreende a atuação dos poderes constituídos como algo externo à norma de direito fundamental, e, portanto, sujeito ao controle de constitucionalidade (Olsen, 2010, p. 152)

As restrições geram maior dificuldade teórica quando um direito fundamental é efetivamente constricto pela existência de outro, que o impede de ser plenamente aplicável.

6. ESCASSEZ DE RECURSOS

Para que possamos entender a reserva do possível é preciso entender as várias acepções sobre a escassez de recursos. A doutrina elenca quatro tipos de escassez de recursos. Para tanto utilizemo-nos dos conceitos de Jon Elster (Olsen *apud* Elster, 2010, pág. 212 – 213), que determina que a escassez ocorre na medida em que não é possível para um produto satisfazer as pretensões de todos aqueles que o desejam. O autor divide a escassez em três modalidades possíveis: Natural; Quase-Natural ou Artificial.

Na escassez natural nenhuma atividade pode ser feita para que se possa suprir a demanda necessária para determinado produto, ocorre a escassez em decorrência natural do processo, citando como exemplo categórico as reservas de petróleo, que não importa a condição, não há o que se possa fazer para que estas venham a suprir a necessidade de uso a longo prazo.

Na escassez quase-natural ocorre quando por meio de alguma interferência seja possível superar a escassez para que o produto atenda a demanda necessária. Assim sendo, por mera interação não coativa é possível suprir a escassez de um determinado produto, como ocorreu na revolução agrícola pela que passamos algumas décadas atrás, que supriu a demanda por comida mundial.

A escassez artificial por outro lado não seria escassez per se, pois se trata não de real falta do produto ou serviço, mas sim de poder de decisão que pode suprir a demanda. Explicamos melhor, a escassez artificial pode ser suprida com base em uma simples decisão política pelo atendimento da demanda. Cita-se como exemplo a dispensa ao serviço militar, basta que o Poder Público opte por diminuir o efetivo das forças armadas que o número de dispensas passa a atender a demanda social, ou que torne a apresentação às forças armadas não obrigatório, logo atendendo a demanda para

as dispensas, pois todo aquele que deseje a dispensa, basta não apresentar-se que esta seria automática.

Verificada as hipóteses de escassez de recursos, tem de se verificar as hipóteses em que a reserva do possível, associada com tal escassez, venha a afetar a aplicabilidade plena dos direitos Fundamentais Sociais.

7. RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível é um instituto alemão, recepcionado pela jurisprudência brasileira, segundo a qual pode o Estado eximir-se de satisfazer um direito fundamental alegando a falta de recursos (Trugilho, 2008). No entanto esta falta de recurso não é um dado real, não corresponde à escassez natural, ou quase-natural ou severa, mas sim à escassez artificial, pois o Estado possui os recursos necessários para a efetivação do direito fundamental; no entanto, quando da confecção do plano orçamentário anual, a administração, através de uma atitude discricionária, decidiu por alocar recursos para os mais diversos fins. Isso, por vezes, lesa um direito fundamental, em sua capacidade de implementação total.

Tratar da reserva do possível como limite imanente dos direitos fundamentais sociais quando ela se relaciona a aspectos lógicos de escassez de recursos poderia parecer até aceitável. Afinal, o Direito não pode se distanciar da realidade, de modo que as normas jurídicas, por certo, encontram-se sob a reserva do possível se esta for compreendida como possibilidade fática, dado de realidade empiricamente aferível. Não se pode pretender o absurdo. É certo que o avanço da tecnologia tem tornado determinados fenômenos antes considerados inatingíveis algo compreensível e controlável, mas ainda assim existem leis da física que o homem não logrou contornar. E o Direito deve regular as relações jurídicas entre os homens dentro daquilo que for humanamente possível (Olsen, 2010, p. 200)

Critério este que foi o adotado pela Corte Constitucional Alemã, na criação da Reserva do Possível. Haveria um limite lógico entre aquilo que se era exigido e aquilo que se poderia esperar do Estado, não podendo haver disparidade lógica entre a pretensão e a capacidade de adimplemento por parte do Estado.

Como bem salienta Ana Carolina Lopes Olsen (2010), os direitos não são criados na medida em que se verifica a existência de recursos para o seu adimplemento, pois assim, estar-se-ia enquanto sociedade sempre na demanda da existência de possibilidade orçamentária para a criação do Direito. Ocorre que a sua definição e criação independem dessa disponibilidade de recursos; a sua aplicabilidade, se

principiológica for a sua estrutura, é que demandará o recurso para sua efetivação, porquanto mandado de otimização (Alexy, 1997).

7.1. Direitos em que a Reserva do Possível é aplicável

Estando associada ao aspecto financeiro, parece lógico concluir que os direitos afetados pela reserva do possível serão aqueles em que o estado é obrigado a uma prestação, pois não parece lógico que uma omissão demande dinheiro. De acordo com Cass Sustein e Stephen Holmes, que no livro “The Cost of Rights”, todos os direitos fundamentais são custosos, pois a estes, inclusive nos direitos negativos, há demanda de um dever correlato do Estado, seja na alocação de recursos para garantir um direito positivo ou na manutenção de um judiciário e um aparelho estatal capaz de garantir os direitos negativos; tudo demanda dinheiro.

Where there is a right, there is a remedy” in a classical legal maxim. Individuals enjoy rights, in a legal as opposed to a moral sense, only if the wrongs they suffer are fairly and predictably redressed by their government. This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights. Rights are costly because remedies are costly. [...] Almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purs (Holmes & Sunstein. 1999, p. 43)¹¹

De acordo com os referidos autores, todos os direitos seriam considerados positivos, pois todos demandam a alocação de recursos, se não direta, indiretamente para garanti-los. No entanto, tal não representa que todos os direitos sejam passíveis de serem limitados pela reserva do possível.

Pelo fato de ser sopesado a outros direitos, parece-nos aceitável que a reserva do possível atinja normas de carácter eminentemente principiológico, ainda mais

¹¹ “‘Onde existe um direito, existe um remédio’, é a clássica máxima legal. Indivíduos usufruem de direitos, num sentido legal em oposição a um sentido moral, somente se os danos sofridos por eles sejam justa e previsivelmente remanejados pelo governo. Este simples ponto pode ser levado longe até demonstrar a inadequação da distinção em direitos positivos/negativos. O que demonstra é que todos os direitos legalmente estipulados são necessariamente positivos. Direitos são custosos porque os remédios são custosos [...] quase todos os direitos implicam em um dever correlato, e os deveres são levados a sério somente quando o inadimplemento é punido pelo poder publico que saca da bolsa pública”. Vale ressaltar que para o vocabulário jurídico americano a expressão “remedy” implica no correlato em português à remédio, como sinônimo de ação, como ocorre na nomenclatura constitucional, em que tratamos as ações garantidoras de direitos fundamentais como remédios constitucionais.

pelo caráter extremo das regras que não aceitam uma realização parcial e demandam máxima efetividade frente ao caso concreto. Logo, apesar de reconhecer que todos os direitos fundamentais implicam numa ação, ao menos garantidora dos direitos, não nos é possível verificar que todos os direitos fundamentais sejam de ordem principiológica.

Ficou demonstrado pelos exemplos emanados anteriormente que alguns dos direitos fundamentais são considerados como regras, pela definição deontológica apresentada por Robert Alexy (1997), e a reserva do possível seria aplicada àqueles que por ventura viessem a ser considerados como princípios, pois dependeriam da máxima de otimização para que pudessem sofrer tal limitação.

8. CONTROLE DA RESERVA DO POSSÍVEL

O controle da reserva do possível deve ser feito através de um controle difuso de constitucionalidade pelo poder judiciário. Cabe a este, analisando o direito arguido pelo indivíduo frente ao caso concreto e em objeção ao direito contraposto de discricionariedade do governo, decidir acerca da pertinência da reserva do possível e justificá-la; ou de sua impertinência e afastá-la.

Assim, uma prestação insuficiente por parte do Estado corresponderia a uma violação à Constituição. Para se aferir a violação real, ou a atuação constitucionalmente justificável de uma restrição ao âmbito normativo do direito em questão, há que se analisar a legitimidade e a constitucionalidade material e formal da justificativa fornecida pelo Estado para a sua omissão. A reserva do possível, ligada à noção de escassez de recursos, corresponde a uma restrição aos direitos fundamentais sociais, pois reduz a responsabilidade do Estado para com a obrigação neles prevista, afetando desvantajosamente as posições jurídicas geradas para seus titulares (Olsen, 2010, p. 324)

Toda insuficiência na prestação por parte do Estado se torna uma inconstitucionalidade teórica por parte do Estado, que garante constitucionalmente o mandado de aplicabilidade plena ou de otimização/maximização do direito tutelado ao seu governado. Caberia, nas demandas individuais, propor ao Judiciário a análise de pertinência da discricionariedade dada ao Administrador Público para recorrer a um direito em detrimento de outro (Olsen, 2010)

O princípio da proporcionalidade, o qual deve se pautar o judiciário na solução da demanda, consiste em analisar o direito fundamental arguido frente ao contraposto sob três aspectos: O aspecto da adequação, ou seja: se o direito arguido vai realmente resolver o problema em questão; o aspecto da necessidade, ou seja: se o

direito arguido é o menos custoso ao Estado e aquele que menos vai afetar ao direito contraposto; e o aspecto da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja: quanto maior o grau de afetação do direito contraposto, maior deve ser o grau de satisfação do direito arguido (Coelho, 2008).

Presente essas três características, pode o judiciário, fundamentadamente, afastar ou justificar a reserva do possível;

8.1. Sobre a Inconveniência do Controle Concentrado de Constitucionalidade no Controle da Reserva do Possível.

Há bastante polêmica acerca do controle concentrado de constitucionalidade da reserva do possível. Por nossa parte, defendemos pela impossibilidade de sua realização, fundamente, em dois aspectos. Primeiro, por ter efeito *erga omnes* (Silva, 2009), o controle concentrado de constitucionalidade atingiria a discricionariedade do poder executivo de deliberar livremente acerca de seu plano orçamental, o que acarretaria em um desequilíbrio da tripartição de poderes, resultando em um flagrante desrespeito a um dos princípios fundadores da nossa carta magna (Montesquieu, 2002).

Sucessivamente, ainda apoiado no efeito *erga omnes*, a decisão não faria jus à equidade material, uma vez que a afetação de um direito fundamental está condicionada não somente a aspectos políticos, mas na alocação de recursos às áreas mais necessitadas destes. Por exemplo: um controle concentrado de constitucionalidade sobre um aspecto da saúde, poderia ordenar a satisfação deste direito sobre aspecto de determinada região em que não fosse necessário, o que acarretaria em uma alocação de recursos desnecessária e, por conseqüência indireta, uma violação de um direito fundamental contraposto. Conjecturemos, portanto, que através de um controle concentrado de constitucionalidade, o Estado seja obrigado a fornecer a todos os postos públicos uma vacina para uma epidemia que ocorra apenas na região norte. Essa vacina, nas outras regiões, seria um desperdício de divisas do governo, necessárias à satisfação de outros possíveis direitos fundamentais.

9. NÚCLEO ESSENCIAL DA NORMA

O núcleo essencial da norma corresponde a uma porção inatingível, inatacável, impassível de restrição da área de abrangência da norma. Assim o é porque ele está diretamente relacionado com o conceito de mínimo existencial.

É possível conceber o mínimo existencial como um instrumento jurídico de importante valor quando se trata de refrear a reserva do possível enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais. Ainda que não seja o mais adequado considerá-lo como fator determinante da subjetividade (exigibilidade) dos direitos fundamentais sociais, é certo que diante da atuação da reserva do possível, atingindo desvantajosamente o âmbito de proteção da norma jusfundamental, e reduzindo a responsabilidade do Estado para com as prestações materiais normativamente previstas, o mínimo existencial, compreendido como condições necessárias à sobrevivência do homem, e como núcleo essencial do direito fundamental no dado caso concreto, em relação direta com a dignidade da pessoa humana, erige-se tal qual verdadeira muralha, que não poderá ser transposta, sob pena de comprometimento de todo o sistema constitucional, e da legitimidade do Estado Democrático de Direito (Olsen, 2010, p. 361)

Deveras divergente é a doutrina acerca do que vem a ser e qual a delimitação do mínimo existencial: no entanto é consenso que ele está intimamente ligado ao princípio mor da nossa carta magna, a saber: dignidade da pessoa humana:

Como observa Ingo Sarlet, na medida em que o princípio da dignidade humana determina a proteção da integridade física e moral do ser humano, ela também se revela uma “garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, contexto no qual assumem relevo de modo especial os direitos sociais ao trabalho, a um sistema efetivo de seguridade social, em última análise, à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à asseguuração de uma existência com dignidade”. Neste sentido, parece evidente que o direito à saúde, o direito à educação, o direito à previdência social e o direito à moradia refletem concretizações diretas do princípio da dignidade da pessoa humana. Ainda nas palavras de Sarlet, “o ponto de ligação entre a pobreza, a exclusão social, e os direitos sociais reside justamente no respeito pela proteção da dignidade da pessoa humana, já que – de acordo com Rosenfeld – ‘onde homens e mulheres estiverem condenados a viver na pobreza, os direitos humanos estarão violados’” (Olsen, 2010, p.31)

Em função disso, qualquer restrição ao núcleo essencial da norma seria uma restrição direta à dignidade da pessoa humana, o que em um Estado Democrático de Direito é inaceitável. Isso evidencia o caráter dirigente das normas de nossa constituição, ou seja, de aplicabilidade plena e imediata. Portanto é obrigação do governo suprir, não importa o custo ou o esforço, o núcleo essencial da norma.

Há duas teorias acerca do núcleo essencial da norma: teoria do núcleo essencial absoluto e teoria do núcleo essencial relativo. A primeira prega um núcleo sempre constante, imodificável, o que, devido a este dogmatismo normativo, permite enquadrar as normas como se fossem regras (Silva, 2006). A segunda teoria defende um núcleo maleável e instável que ao enfrentar o caso concreto encontra delimitação do seu

conteúdo normativo, pois as necessidades podem variar conforme varia o caso concreto; esta teoria esta relacionada ao caráter eminentemente principiológico da norma.

Para Virgílio Afonso da Silva (2006) o conteúdo da norma fundamentalmente exigível, como critério de mínimo existencial, tem de ser considerado como necessariamente relativo, pois o conteúdo do mínimo existencial é na verdade a aplicação do princípio da proporcionalidade quem define.

Isso porque a definição desse conteúdo não é baseada simplesmente na intensidade da restrição, ou seja, uma restrição não invade o conteúdo essencialmente por ser uma restrição intensa. À intensidade da restrição são contrapostos os graus de realização e de importância dos outros princípios envolvidos no problema. Por isso, uma restrição que possa ser considerada como leve pode, mesmo assim, segundo uma teoria relativa, ser encarada como invasão do conteúdo essencial de um direito: basta que não haja fundamentação suficiente para ela. Nesse sentido, *restrições não fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas* (Silva, 2006, p.43).

Logo, a teoria que possibilita a maior efetividade aos direitos tutelados, viria a ser a teoria relativista que incorporaria a análise caso a caso proposta como solução na via de controle de constitucionalidade.

10. ÁREA DE INCIDÊNCIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Conforme o exposto anteriormente, é possível delimitarmos a área de incidência da reserva de possível e, portanto, responder a pergunta a que nos propomos ao início deste trabalho: “Reserva do possível nos direitos sociais: é possível?”.

Imaginemos dois círculos concêntricos. O maior deles representa a área de abrangência da norma, ou seja, todas as situações concretas abrangidas pela lei em estudo. O menor deles corresponde ao núcleo essencial, porção impassível de restrição do âmbito normativo. Logo, tudo que for intrínseco à área de abrangência da norma e extrínseco ao núcleo essencial, corresponde à área de incidência da reserva do possível.

Não deve, entretanto, afirmam os doutos no direito, um Estado Democrático de Direito como o Brasil assegurar aos cidadãos apenas a plena satisfação do núcleo essencial normativo. O governo, na figura do poder executivo na administração e alocação de recursos, na figura do poder legislativo na edição de normas e na figura do poder judiciário no julgamento de demandas, deve tem o fulcro da maior efetividade

normativa possível. Isso tende a expandir o núcleo essencial da norma, salientando o caráter relativo deste, à sua máxima proporção sempre que possível.

Pois como diria o Prof. Clémerson Merlin Clève (2003, p. 27), “os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. [...] Aponta, a Constituição, portanto, para a idéia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade)”.

É claro que em um país de industrialização tardia como o Brasil, nem sempre as infra-estruturas sociais, políticas, econômicas e jurídicas estão presentes para a imediata ampliação do núcleo essencial, o que resulta em aspecto programático da nossa constituição, ou seja: essas infraestruturas devem sempre ser um fim a ser buscado pela entidade governamental. Só assim poderá o Brasil, socialmente e juridicamente falando, equiparar-se à sua economia, tida hoje como a sexta maior do mundo.

11. CONCLUSÃO

Frente ao exposto, conclui-se lícita a aplicação do instituto da reserva do possível, desde que precedida de uma cuidadosa análise de sua constitucionalidade, através do critério da proporcionalidade.

Não deve o judiciário adentrar na esfera de competência do poder legislativo e executivo ao restringir a discricionariedade de alocação de recurso desses. No entanto, ao ter um preceito fundamental violado devido a essa autonomia administrativa, deve o poder judiciário restringir e até inutilizar sua aplicação, tendo em foco sempre o núcleo essencial da norma jurídica, verificado na medida do princípio da proporcionalidade.

A reserva do possível não deve servir como uma escusa à letargia e à irresponsabilidade dos órgãos competentes para fazer cumprir os direitos humanos. Se isso ocorresse, não se estaria garantindo o mínimo existencial, e a dignidade da pessoa humana ficaria comprometida, o que seria um flagrante desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

É notório que, numa sociedade em que as transformações sociais se intensificam cada vez mais rápido, o Estado não será capaz de oferecer uma infraestrutura adequada, nem de dispor dos necessários recursos financeiros em tempo hábil à satisfação dos direitos fundamentais; isso tudo, ainda, sem violar outros direitos

fundamentais contrapostos. Mas, mesmo assim, deve o Estado, através de seus órgãos administrativos, fazer o maior esforço possível pelo maior grau de satisfação desses direitos.

POSSIBILITY RESERVE IN SOCIAL RIGHTS, IS IT POSSIBLE?

ABSTRACT: This article is about the possible reserve, its application, restriction and limitations. It is an german legal institute, approved by the Brazilian law that serves as a justification for the not application of certain right due to the artificial shortage of resources. The use of this institute must be considered by the legal power in a constitutionally control and, by the principle of proportionality, confirm or not its incidence. It's necessary that this analysis always have in perspective the rule essential core, the minimal being and the dignity of the human being. The method used in the investigative stage was the inductive; in the dada treatment stage it was used the Cartesian method, being used the referent, categorization, and operational concepts techniques, with the bibliographical research and filing. It is the objective of this article to show that fundamental social rights are not absolute, but their limitations are not absolute also.

Keywords: Possible Reserve. Minimal Essential Core. Principle of Proportionality.

REFERÊNCIAS

Alexy, Robert (1997). *Teoria de los Derechos Fundamentales. Traducción* de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Almqvist, Jessica (2005). *Human Rights, Culture and the Rule of Law*. Portland: Hart Publishing.

Arendt, Hannah (2004). *Eichmann em Jerusalém: Uma reportagem sobre a banalidade do mal*. Tradução de Ana Corrêa da Silva. 2. Ed. Coimbra: Tenacitas. Título Original: *Eichmann in Jerusalem*.

Bechara, Fábio Ramazzini (2009). *Interesses Difusos e Coletivos*. 4. ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva.

Beitz, Charles (2009). *The idea of Human Rights*. New York: Oxford University Press.

Bobbio, Norberto (1992). *A era dos Direitos*. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. Título Original: *L'étá dei diritti*.

Bonavides, Paulo (2000). *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Maleiros.

Botelho, Catarina Santos (2010). *A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina.

Brasil. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado.

Cançado Trindade, Antônio Augusto (1997). *Tratado de direitos internacional dos Direitos Humanos*. v. I. Porto Alegre: S. A. Fabris.

Clève, Clèmerson Merlin (2003). A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista Crítica Jurídica*. N. 22. Jul-dez, p. 17-29.

Coelho, Fernando Laélcio (2008). *Os Direitos Sociais: A proporcionalidade como um limite à reserva do possível*. 224 fls. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí-SC.

Comparato, Fábio Konder (2001). *Afirmção histórica dos Direitos Humanos*. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva.

Dallari, Dalmo de Abreu (2004). *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna.

Dias, Bruno Smolarek & Mardegan, Herick (2011). Sustentabilidade de como fundamento da cidadania transnacional. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2. Acedido em 15 de março, 2012, de www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Dodoo, Vincent (2011). The Demand for Human Rights in a Diverse Socio-Cultural World Society: approaches and tools. *Journal of Politics and Law*. V. 4. N. 2. Set. ISSN 1913-9047.

Fredman, Sandra (2008). *Human Rights Transformed: positive rights and positive duties*. New York: Oxford University Press.

Hennion, Sylvie; Barbier-Le Bris, Mureil; Del Sol, Marion (2010). *Droit social européen et international*. Paris: Presses Universitaires de France.

Herkenhoff, João Baptista (1994). *Curso de direitos humanos*. Guarulhos: Acadêmica.

Holmes, Stephen & Sustain, Cass. *The Coste of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

Kelsen, Hans (1998). *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes. Título original: *Reine Rechtslehre*.

Machado, Ivja Neves Rabêlo. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais*. Acedido em 09 maio, 2008, de <http://www.iuspedia.com.br>.

Marques, Luis Eduardo Rodrigues (2007). *Gerações de direitos: fragmentos de uma construção dos Direitos Humanos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Direitos Fundamentais e da Cidadania, Universidade Metodista de Piracicaba, São Paulo.

Miranda, Jorge (2002). *Curso de Direito Internacional Público*. Cascais: Princípia.

____ (2008). *Manual de Direito Constitucional*. Tomo 4: Direitos Fundamentais. 4. Ed. Rev. e Atual. Coimbra: Coimbra Editores.

Montesquieu, Charles Louis de Secondat (2002). *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret.

Moraes, Alexandre de (2011). *Direitos Humanos Fundamentais*. 9. Ed. São Paulo: Atlas.

Olsen, Ana Carolina Lopes (2010). *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá.

Pasold, Cesar Luiz (2011). *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial.

Perry, Michal (1998). *The Idea of Human Rights*. New York: Oxford University Press.

Piovesan, Flávia (2005). Ações afirmativas da perspectiva dos Direitos Humanos. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, pp. 43-55, abr.

____ (2006). *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva.

Piovesan, Flávia & Vieira, Renato Stanzola (2006). Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista Araucaria*. V. 8. N. 15. Sevilla: Universidad de Sevilla, pp. 128-146.

Ramos, André de Carvalho. *Teoria geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

Ribas, Paulo Henrique (2007). *O papel do Estado na concretização dos direitos fundamentais sociais mediante a prestação de serviços públicos*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

Sarlet, Ingo Wolfgang (2001). Os direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1. N. 1. Abril. Acedido em 25.02.2006, de www.direitopublico.com.br

Schmitt, Carl (1993). *Théorie de La constitution*. Tradução de Lilyane Deroche. Paris: Presses Universitaires de France. Título original: *Verfassungslehre*.

Silva, Virgílio Afonso da (2006). O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. V. 4. 2006. P. 23-51.

____ (2009). O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*. V. 250. P. 197-227.

Smolarek Dias, Bruno (2009). *Direitos Humanos e seus problemas de efetivação*. Cascavel: Smolarek.

Trugilho, Diogo Lima (2008). *A inaplicabilidade da reserva do possível no estado democrático de direito brasileiro*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 56, [Internet].

Acedido em 22/04/2012, de http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5033

Wang, Daniel Wei Liang (2007). Escassez de Recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers. Berkeley: UC Berkley Program in Law and Economics.