

LUÍS FERNANDO SGARBOSSA

**DO ESTADO-PROVIDÊNCIA AO MERCADO-PROVIDÊNCIA:
Direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal.**

Curitiba

2009

LUÍS FERNANDO SGARBOSSA

**DO ESTADO-PROVIDÊNCIA AO MERCADO-PROVIDÊNCIA:
Direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal.**

Dissertação apresentada no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR como requisito parcial à obtenção da titulação de Mestre em Direito.

Curitiba

2009

LUÍS FERNANDO SGARBOSSA

**DO ESTADO-PROVIDÊNCIA AO MERCADO-PROVIDÊNCIA:
Direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal.**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a
obtenção da titulação de Mestre em Direito no
âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade Federal do Paraná – UFPR pela
Banca constituída pelos Professores

ORIENTADOR:

Prof. Dr. Abili Lázaro Castro de Lima

Profa. Dra. Vera Karam de Chueiri

Prof. Dr. Gilmar Antonio Bedin

Curitiba, 12 de fevereiro de 2009.

*“Verzeih, ich kan nicht hohe worte machen,
Und wenn mich auch der ganze Kreis verhöhnt;
Mein Pathos brächte dich gewiß zum Lachen,
Hättst du dir nicht das Lachen abgewöhnt.
Von Sonn’ und Welten weiß ich nichts zu sagen,
Ich sehe nur, wie sich die Menschen plagen.
Der kleine Gott der Welt bleibt stets von gleichen
Schlag,
Und ist so wunderbar als wie am ersten Tag.
Ein wenig besser würd’er leben,
Hättst du ihm nicht den Schein des Himmelslichts
gegeben;
Er nennt’s Vernunft und braucht’s allein,
Nur tierischer als jedes Tier zu sein.”*

(Prolog im Himmel)

*“Perdão, não sei fazer fraseado estético,
Embora de mim zombe a roda toda aqui;
Far-te-ia rir, decerto, o meu patético,
Se o rir fosse hábito ainda para ti.
De mundos, sóis, não tenho o que dizer,
Só vejo como se atormenta o humano ser.
Da terra é sempre igual o mísero deusito,
Qual no primeiro dia, insípido e esquisito.
Viveria ele algo melhor, se da celeste
Luz não tivesse o raio que lhe deste;
De Razão dá-lhe o nome, e a usa, afinal,
Pra ser feroz mais que todo animal.”*

(Prólogo no céu)

RESUMO

Título do trabalho: Do Estado-Providência ao Mercado-Providência. Direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal.

O presente trabalho visou explorar a construção denominada “*reserva do possível*”, originária de corrente jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão a partir da década de 1970 e atualmente compreendida no triplice aspecto de limitação fática, restrição jurídica e exigência de racionalidade nas demandas individuais em face do denominado Estado Social. Partindo deste último sentido, reputado originário, aqui se exploraram as mutações sofridas pela construção, e as implicações destas em sua aparente auto-evidência e incontornabilidade lógicas. Evidenciou-se o risco de sua utilização ideológica, com recurso à *teoria dos custos dos direitos*, demonstrando-se que a objeção à efetivação dos direitos com base na escassez não se limita aos direitos de bem-estar ou de igualdade. Estremando cada uma das três dimensões, buscou-se investigar elementos teóricos aptos a proporcionar um maior controle intersubjetivo da racionalidade da “*reserva do possível*”, submetendo-a, enquanto restrição jurídica a direitos fundamentais, à teoria das restrições das restrições. Enquanto limitação fática aos direitos fundamentais sociais fez-se-lhe a crítica através dos princípios da progressividade, da aplicação do máximo dos recursos economicamente disponíveis, da interdependência e da indivisibilidade dos direitos fundamentais. Adotando uma perspectiva garantista, a despeito do reconhecimento do relevo da questão do custo dos direitos e dos problemas engendrados pela globalização para o modelo keynesiano, buscou-se redimensionar a “*reserva do possível*”, evitando a supervalorização do elemento econômico enquanto óbice à efetividade dos direitos e proporcionando uma visão mais clara do problema ao operador e ao teórico do direito.

Palavras-chave: Estado Social – Direitos fundamentais sociais – reserva do possível – escassez – limitação fática – restrição jurídica – neoliberalismo – interdependência dos direitos – indivisibilidade dos direitos.

RÉSUMÉ

Titre du travail: De l'État-providence au marché-providence. Droits sous la « réserve du possible » en temps de globalisation néolibéral.

Ce travail a exploré la construction appelée “*réserve du possible*” originaire de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Fédérale allemande des années 1970 et aujourd’hui comprise dans la triple dimension de limitation réelle, de restriction juridique et d’exigence de rationalité aux demandes individuelles en face de l’État Social. En ce dernier sens, réputé original, on a exploré les mutations subies par la construction et leurs implications en sa apparent auto-évidence et incontournableité logiques. On a évidentié le risque de sa utilisation idéologique, parmis de la *théorie des coûts des droits*, en démontrant que l’objection contre l’effectivité des droits basée sur la manque de ressources ne se limite pas aux droits du bien-être. En distinguant les trois dimensions on a essayé de trouver des éléments théoriques à permettre un plus grand contrôle sur la rationalité de la “*réserve du possible*”, en la soumettant en tant que restriction juridique aux droits fondamentaux à la théorie des restrictions des restrictions. En tant que limitation réelle aux droits fondamentaux, on en a fait la critique par les principes de la progressivité, de l’application du maximum des ressources économiquement disponibles, de l’interdépendance et de l’indivisibilité des droits fondamentaux. En adoptant un approche “garantiste” au dépit de la reconnaissance de l’importance de la question du coût des droits et des problèmes créés par la globalisation pour le modèle keynésien, on a cherché d’éviter la survalorisation de l’élément économique en tant que barrière à l’efficacité des droits, en fournissant une vision plus nitide du problème.

Mots-clés : État social – Droits fondamentaux sociaux – “réserve du possible” – manque de ressources – limitation réelle – restriction juridique – néolibéralisme – interdépendance des droits – indivisibilité des droits.

Agradecimentos

Os primeiros agradecimentos vão para minha família, que por dois anos aceitou minha ausência, sobretudo para minha esposa Geziela e para minha mãe;

Agradeço ainda ao corpo docente e aos funcionários da Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Um agradecimento especial vai ao Professor Orientador Dr. Abili Lázaro Castro de Lima, por seu auxílio, sua seriedade e sua presteza ao longo de todo o processo de orientação.

Outra pessoa que não pode ser esquecida é a Professora Elisabetta Grande, da Universidade de Piemonte Oriental, pelo auxílio altruísta prestado à pesquisa.

Não poderia faltar, por fim, um sentido reconhecimento à amizade do Professor da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Prof. Ivo Dantas, que muito contribuiu para com minha formação.

SUMÁRIO

Introdução.....	01
------------------------	-----------

Capítulo I – Contextualização histórica e socioeconômica: da Era dos Direitos ao refluxo neoliberal.

1. A “Era dos Direitos”.....	06
1.1. O advento do Estado de Direito e a afirmação dos Direitos Civis e Políticos.....	08
1.2. O desenvolvimento até o Estado Social e a afirmação dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.....	12
1.3. Modelos do Estado Social.....	17
2.3.1. Modelo bismarckiano ou alemão.....	19
2.3.2. Modelo beveridgeano ou britânico.....	21
1.4. Compreensões decorrentes dos modelos.....	24
1.4.1. <i>Welfare State, Wohlfahrtsstaat, Sozialstaat</i>	24
1.4.2. Estado providência.....	25
2. A Constitucionalização do Estado Social.....	26
2.1. O novo ciclo constitucional.....	26
2.2. O advento dos direitos fundamentais sociais (<i>Sozialen Grundrechte</i>).....	28
2.3. Os direitos sociais no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.....	31
3. A virada neoliberal e o refluxo ao Estado Mínimo.....	46
3.1. Advento do pensamento neo-liberal e da globalização econômica: ou do Estado-Providência ao Mercado Providência.....	46
3.2. Minimalismo prestacional e maximalismo penal e militar.....	65
4. Contextualização socioeconômica e histórica.....	70
4.1. A situação peculiar dos Estados de capitalismo tardio.....	70
4.1.1. América Latina e Brasil.....	70

Capítulo II – A “reserva do possível”: antecedentes históricos, origens, propagação e seletividade.

1. Antecedentes históricos próximos e remotos da reserva do possível.....	75
---	----

1.1. A cisão sofrida pelos direitos humanos no sistema onusiano em 1951 e sua crítica.....	76
1.2. Do caso do <i>numerus clausus</i> I ou precedente BVerfGE 33, 303, de 1973.....	79
1.3. <i>Hochschul-Urteil</i> ou precedente BVergGE 35, 79, de 1973.....	85
1.4. Do caso do <i>numerus clausus</i> II ou precedente BVerfGE 43, 291, de 1977.....	86
2. Da circulação do modelo teórico da reserva do possível.....	88
2.1. Da reserva do possível no contexto europeu: limites do Estado Social.....	90
2.2. A recepção da reserva do possível no Brasil.....	95
2.2.1. Panorama geral da recepção judicial da reserva do possível no Brasil.....	95
2.2.2. Recepção de direito judicial: a delicada questão da utilização judicial de decisões estrangeiras como paradigma.....	110
2.2.3. Recepção doutrinária da teoria da “reserva do possível”.....	118
2.2.4. Apoteose da reserva do possível e da questão dos custos dos direitos na doutrina.....	123
3. Um conceito de reserva do possível.....	135
3.1. O conceito originário de reserva do possível.....	136
3.2. As derivações do conceito de reserva do possível.....	137
3.2.1. Escassez real ou econômica.....	137
3.2.2. Escassez ficta ou jurídica.....	140
3.3. Aproximações das derivações do conceito de reserva do possível a outras teorias restritivas da eficácia dos direitos sociais.....	141
3.4. Conseqüências das aproximações estudadas quanto à carga de racionalidade do construto.....	153
4. A seletividade da reserva do possível e seu caráter ideológico.....	154

Capítulo III – Controle da reserva do possível: instrumentos teórico-práticos para aferição de sua legitimidade.

1. Do debate entre as teorias externa (<i>Aussentheorie</i>) e interna (<i>Innentheorie</i>) das restrições e limites aos direitos fundamentais.....	172
2. Reserva do possível como restrição a direitos fundamentais e aplicação da teoria das “restrições às restrições” (<i>Schranken der Schranken</i>).....	180
2.1. Proibição de excesso (<i>Übermaß Verbot</i>).....	181
2.2. Proibição de proteção deficiente (<i>Untermaß Verbot</i>).....	186

2.3. Proteção do núcleo essencial (<i>Wesensgehalt</i>).....	192
2.4. Cláusula da proibição de retrocesso (<i>Verbot des sozialen Rückschritts</i>).....	197
2.5. Mínimo existencial e dignidade da pessoa humana (<i>Existenzminimum</i> e <i>Menschenwürde</i>).....	201
3. A reserva do possível como limitação fática aos direitos fundamentais e as propostas do Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	208
3.1. Princípio da progressividade.....	209
3.2. Princípio da aplicação do máximo dos recursos disponíveis.....	213
3.3. Princípio da interdependência e da indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais: uma concepção holística.....	216
Conclusão	228
Anexo Único – Voto do Ministro Relator na MC/ADPF 45/DF de 2004	233
Referências bibliográficas	241

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa versa sobre determinada construção teórica, denominada comumente “reserva do possível”, tradução para a língua portuguesa da expressão original, em língua alemã, “*Der Vorbehalt des möglichen*”, analisada no contexto mais amplo dos avanços e retrocessos do processo histórico conducente do Estado liberal ao Estado Social e, deste, ao Estado neoliberal.

Como se verá, tal construto deita suas raízes imediatas na jurisprudência firmada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) a partir de precedente proferido na década de 70 do século XX – o célebre *leading case* apelidado de *numerus clausus I*, ou BVerfGE 33, 303 – no qual se estabeleceu, grosso modo, entendimento no sentido de que *o indivíduo pode exigir da sociedade e do Estado apenas aquilo que de ambos possa racionalmente esperar*.¹

Ulteriormente a reserva do possível passou a ser compreendida como o condicionamento da realização dos direitos – notadamente dos direitos a prestações – à existência de recursos, ora compreendida tal existência como a existência real ou econômica, ora compreendida como a existência ficta ou jurídica. Adquiriu, assim, s.m.j., novas dimensões, a primeira das quais conducente ao seu reconhecimento enquanto *limite fático* a direitos fundamentais e a segunda conducente à sua caracterização como *restrição jurídica* a direitos fundamentais.

O trabalho guarda íntima conexão, a toda evidência, com o modelo que aqui se denomina *Estado Social*, constitucionalizado pelo ciclo de cartas políticas do Segundo Pós-Guerra Mundial, pelo que serão numerosas as referências ao Estado Social – cuja caracterização, reconheça-se desde logo, resta problemática, haja vista a multiplicidade de formas sobre as quais os Estados intervencionistas e prestacionistas surgidos a partir do final do século XIX assumiram em diferentes países e em diferentes momentos históricos ao redor do globo.

Consigne-se, desde logo, ainda, ser mesmo problemática a afirmação da existência de algum Estado Social na América Latina e no Brasil, conforme se verá, pelo que será necessária a formação de um consenso semântico acerca de tal expressão, plurívoca e equívoca, mas essencial no presente estudo, na medida em que aqui se toma por premissa que *a origem dos direitos fundamentais sociais encontra suas raízes exatamente no processo de constitucionalização de tal modelo de Estado*, ocorrida no ciclo de cartas constitucionais que se seguiu ao final da Segunda Guerra Mundial.

¹ BVerfGE 33, 303 (333).

O escopo do presente estudo é, tendo em mente o contexto político-filosófico, histórico e socioeconômico mais amplo, já referido, analisar a construção teórica da “reserva do possível” com vistas a proporcionar parâmetros críticos para sua avaliação, em sede teórica ou judicial, por ocasião da resolução de problemas constitucionais, notadamente por ocasião de alegação de impossibilidade de efetivação de direitos sociais prestacionais calcada no argumento da escassez de recursos.²

Assim, além das considerações indispensáveis à contextualização do tema, com recurso a diversas disciplinas, tais como a história e a economia, no âmbito mais estritamente jurídico procurou-se evitar o vício da especialização estanque através do recurso à transdisciplinaridade entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, haja vista ambos os ramos da ciência jurídica ocuparem-se de problemas análogos no que diz respeito à efetivação dos direitos e garantias fundamentais e direitos humanos, não mais se justificando o alijamento, tanto de um campo quanto de outro, dos avanços teóricos e dogmáticos experimentados por ambos na matéria.

Por outro lado, evitou-se deliberadamente a busca de respostas concretas para os ditos *casos difíceis*, assim compreendidas aquelas situações extremas relativas a escolhas alocativas de recursos de natureza disjuntiva, as quais se afiguram, por vezes, verdadeiras “escolhas de Sofia”, não comportando uma resposta *correta*, *a priori* e *em tese*, o que as afasta da indagação científica.

Com escopo mais modesto, o presente trabalho visa discutir, de forma tão ampla quanto possível em sede de dissertação de Mestrado, o construto teórico em questão, apontando aspectos relevantes para sua avaliação crítica.

Evitou-se também circunscrever o presente estudo a um determinado direito social prestacional, ou a um grupo de direitos fundamentais de tal espécie, haja vista que isto implicaria mudança de foco da pesquisa, a qual versa sobre e pretende explorar a denominada “*reserva do possível*”, e não determinados tipos de direitos sociais prestacionais e sua efetivação diante daquela.

Não se trata, aqui, outrossim, da questão da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais na ausência de efetivação pelo Poder Público, tema de resto já enfrentado em outros trabalhos, manifestando-se apenas entendimento no sentido da legitimidade do Poder Judiciário para corrigir distorções mesmo nas decisões alocativas dos Poderes diretamente legitimados democraticamente, desde que com o devido fundamento constitucional. Em outras palavras, adota-se uma postura substancialista.³

² Pois, conforme ensina Claus-Wilhelm Canaris, “tarefa fundamental das teorias jurídicas consiste em facilitar a solução de problemas práticos.” CANARIS, C-W. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo M. Pinto. Coimbra: Almedina, 1999, p. 75.

³ De acordo com o magistério de Arno Arnoldo Keller, “os substancialistas advogam um Judiciário mais intervencionista distante daquela conhecida do liberalismo do Estado, que privilegiava a relação individualista

De maneira geral, pode-se dizer que o foco específico da presente pesquisa é a investigação e problematização da grande carga de racionalidade que parece ostentar o argumento ou topos da reserva do possível, aparentemente incontornável, fulcrado na evidência lógica de que o que não existe não pode ser postulado, que direitos custam dinheiro ou que “direitos não nascem em árvores”.

É buscando investigar a procedência da *aparente* inatacabilidade do argumento baseado na “reserva do possível” compreendida hoje preponderantemente como escassez, com todo seu rigor lógico e racional, que pretende o presente trabalho de pesquisa acrescentar um grão de areia ao tormentoso problema de que se ocupa.

Procura-se, portanto, redimensionar a “reserva do possível”, resgatando seu sentido aqui reputado como sendo o original, como se verá, bem como estremando situações diversas de escassez econômica e ficta, proporcionando instrumental teórico apto a permitir a crítica e a solução de cada uma delas.

Dito isso, de se fazer quaisquer considerações acerca do itinerário teórico proposto, a partir da estrutura do estudo. O capítulo I volta-se à contextualização histórica e socioeconômica do tema de que ora se ocupa: nele se estudará o processo histórico de avanços e retrocessos havido entre os períodos do Estado liberal, do Estado Social – correspondente ao período do capitalismo dito organizado – e, por fim, o refluxo sofrido pelo Estado e seu redimensionamento por força do neoliberalismo, pontuando-se especialmente a situação dos Estados de capitalismo tardio, sobretudo os latinoamericanos e o Brasil.

O segundo capítulo será dedicado à análise das origens imediatas e mediatas da concepção de “reserva do possível”, buscando-se investigar sua acepção em seu aparecimento mais recente, sua circulação ao redor do mundo, sua recepção no Brasil e as mutações pela qual passou a construção.

Para além da demonstração da relevância do tema em apreço, referido capítulo prestar-se-á ao estabelecimento de um conceito, aqui reputado como sendo originário, da “reserva do possível”, evidenciando suas derivações e traçando, por conseguinte, distinções repercutentes no tratamento de problemas teóricos ou práticos relacionados a cada uma das espécies amalgamadas sob a expressão na atualidade.

Concluir-se-á o capítulo com a análise das aproximações decorrentes de cada uma das derivações da “reserva do possível” em relação a outras figuras teórico-doutrinárias que a precederam e sobre a seletividade que informa a construção, a qual pode evidenciar certos traços ideológicos em sua utilização.

normativista, mas que ainda impregna o nosso Poder Judiciário.” KELLER, A. A. **A exigibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 246. Sobre a tensão entre *adjudication* e *legislation* ver CHUEIRI, V. K. de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: FONSECA, R. M. **Direito e discurso: discursos do direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 164 e ainda, DWORKIN, R. **L’Empire du Droit**. Trad. Elisabeth Soubrenie. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, pp. 238 e ss.

No capítulo III, conclusivo, a atenção do estudo se volta para construções teóricas que permitem o tratamento de cada uma das hipóteses de “reserva do possível” – ou seja, enquanto *limitação fática* de direitos fundamentais, calcada em escassez de tipo real ou econômico, e enquanto *restrição jurídica* de direitos fundamentais, calcada em escassez de tipo ficto ou jurídico.

É no presente capítulo, outrossim, que se estabelece o diálogo entre as dogmáticas do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, já referido, de modo a fazer trabalhar em conjunto, para o trato dos problemas constitucionais engendrados pela efetivação dos direitos fundamentais sociais e pela efetividade das normas que os estabelecem, figuras de ambos os ramos da ciência jurídica.

Uma última observação se impõe. O presente trabalho assume uma postura garantista, em prol dos direitos e garantias fundamentais sociais⁴, buscando evitar a superavaliação do elemento escassez, tão freqüente em tempos de economização de todas as esferas da vida, ainda que corra o risco, com isto, de ser taxado de comunitarista ou de fundamentalista de direitos⁵.

Tal tomada de posição baseia-se, essencialmente, em uma pré-compreensão de ordem constitucional. Sustenta-se que, independentemente das convicções políticas de cada indivíduo – liberais, social-democratas, “neo”liberais –, a Constituição da República Federativa do Brasil

⁴ Poder-se ia inserir o presente trabalho na linha intitulada por Clèmerson Merlin Clève como *dogmática constitucional da efetividade, emancipatória* ou ainda *dogmática constitucional transformadora*, segundo a qual, de acordo com o autor, o compromisso constitucionalmente estabelecido não é teórico, mas político, e a Constituição vincula, vale e incide, recaindo a ênfase sobre as virtualidades dirigentes desta. CLÈVE, C. M. Direito constitucional, novos paradigmas, Constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, P. *et al.* (coords.). **Constituição e democracia: Estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36. Consigne-se a observação de Luís Roberto Barroso, ao discorrer sobre a doutrina brasileira da efetividade, no sentido de que “este discurso normativo, científico e judicialista não constituiu, propriamente, uma preferência acadêmica, filosófica ou estética. Ele resultou de uma necessidade histórica.” BARROSO, L. R. A doutrina brasileira da efetividade. In: BONAVIDES, P. *et al.* (coords.). **Constituição e democracia: Estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 447.

⁵ A expressão é tomada de Bruce Ackerman. O autor assim se expressa: “Começamos com os monistas. Digamos que esses são hostis aos direitos, pelo menos por meio da visão dos fundamentalistas. A bem da verdade, somente quando a Suprema Corte começa a invalidar leis em nome dos direitos fundamentais, os monistas começam a se preocupar com o ‘obstáculo majoritário’, que requer revisão judicial presumivelmente ilegítima. Esse ‘obstáculo’ não parece ser tão relevante aos olhos do fundamentalista.” E, mais adiante: “Para os dualistas, a tutela de direitos depende da declaração democrática prévia na instância superior de criação da lei. Nesse sentido, a Constituição dualista é, antes de tudo, democrática e, posteriormente, asseguradora de direitos. O fundamentalista compromissado reverte essa prioridade: a Constituição encontra-se, em primeiro lugar, engajada na proteção de direitos; apenas em segundo plano é que autoriza o povo a impor sua vontade sobre outras questões.” ACKERMAN, B. **Nós, o povo soberano**. Fundamentos do Direito Constitucional. Trad. Mauro R. de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 14 e 17, respectivamente. Impõe-se, a guisa de esclarecimento, consignar que para Ackerman a democracia monista seria aquela em que seria garantida aos vencedores das últimas eleições a autoridade – e a ampla liberdade – de criar leis, desde que observadas as regras justas e livres do procedimento de aprovação de tais leis e não sejam obstaculizadas as próximas turnos eleitorais. Nas palavras do autor, para a concepção monista, por ele sustentada, de democracia, “no período entre eleições, todas as verificações institucionais sobre os vitoriosos elegíveis são presumidamente antidemocráticas” Idem, p. 09. Em outras palavras, o “julgamento constitucional” é feito pelo povo, através das eleições. ACKERMAN, Bruce, Idem, p. 11. A dificuldade contramajoritária referida por Ackerman consiste na tensão existente entre a rigidez constitucional, o controle de constitucionalidade e as conseqüentes limitações impostas às opções tomadas de acordo com a regra da maioria. Tal tema é referido por Roberto Gargarella, em seu livro **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Ariel, 1996. Vera Karam de Chueiri faz referência à difícil compatibilização entre *rule of law*, soberania popular e tutela dos direitos fundamentais, reconhecendo que embora revele-se cada vez mais problemática, por outro lado proporciona novas possibilidades para a teoria constitucional. CHUEIRI, V. K. de. Op. cit. p. 161.

de 1988 assumiu abertamente a feição social, como se demonstrará, de modo a não caber a discussão acerca da conveniência e oportunidade de tal modelo, mas a discussão acerca dos meios de sua efetivação.⁶

Assim, é de rigor registrar tal ponto de partida, que serve de base ao presente trabalho para evidenciar que o mesmo, embora não desconsidere as dificuldades de ordem econômica com as quais se depara a efetivação dos direitos fundamentais sociais, buscará reconduzir a questão da “reserva do possível” a dimensões aqui reputadas como constitucionalmente adequadas, não ignorando mas, por outro lado, evitando a superestimação do elemento custo em detrimento do elemento humano, finalidade última dos direitos e garantias fundamentais, pedra angular, por sua vez, do sistema constitucional dos países civilizados.

⁶ Como ensina Vera Karam de Chueiri, ao abordar a questão do caráter contramajoritário da jurisdição constitucional, “na perspectiva de Dworkin, por exemplo, os juízes devem decidir com base em princípios, cujo conteúdo não é dado, mas construído, a partir dos valores compartilhados do juiz como membro de uma comunidade política, como também a partir de suas convicções políticas **levando em conta a história institucional desta comunidade, isto é, o que em outros tempos se decidiu política e juridicamente.**” (negritos ausentes do original). CHUEIRI, V. K. de. Op. cit., p. 166. A autora observa, ademais, que Dworkin ainda “afirma que é necessário que se tenha uma concepção constitucional de democracia e dos procedimentos democrático-majoritários, que parta da importância da igualdade (*equal status*) dos cidadãos e não de quaisquer compromissos assumidos segundo os fins da regra da maioria.” CHUEIRI, V. K. de., Ibidem.

CAPÍTULO I – CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E SOCIOECONÔMICA: DA “ERA DOS DIREITOS” AO REFLUXO NEOLIBERAL.

1. A “Era dos Direitos”.

O advento do Estado-nação encontra-se umbilicalmente vinculado à inauguração da denominada “Era dos Direitos” e das sucessivas gerações de direitos, mais recentemente compreendidas como dimensões dos direitos.

A despeito de direitos típicos da alcunhada *primeira geração*, notadamente direitos civis e políticos, contarem com precedentes remotos na Idade Média Central⁷, a generalização do reconhecimento de tais direitos é bem posterior e parece coincidir com o advento do Estado-nação.⁸

A rigor o que se verifica, conforme acertadamente acentua Ingo Wolfgang Sarlet, com base no magistério de Antonio-Enrique Perez Luño, não é o surgimento de tais direitos a partir do Século XVIII, mas uma “progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais.”⁹

Para a adequada compreensão do Estado-nação moderno, impõe-se a apreensão preliminar do conceito de nacionalismo. Segundo Abili Lázaro Castro de Lima, o nacionalismo

⁷ Como, por exemplo, a famosa e pluricitadas concessões feitas por João Sem Terra no ano de 1215 aos senhores feudais, com o advento da *Magna Charta Libertatum*. Nesse sentido, SARLET, I. W. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**, A. 6. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 49. Sarlet observa que não obstante o caso inglês referido seja o mais célebre, não se trata do único e tampouco do primeiro documento do gênero, recordando as cartas de franquia e os forais outorgados, nos Séculos XII e XIII, pelos reis portugueses e espanhóis. Cita o autor, especificamente, o documento firmado por Afonso IX em 1118, além da *Bula de Ouro* húngara de 1222, o *Privilegio Geral* de Dom Pedro III nas cortes de Zaragoza, no ano de 1283 e os *Privilegios da União Aragonesa* do ano de 1286. SARLET, I. W. Ibidem.

⁸ Conforme observa Ingo Wolfgang Sarlet, tais antecedentes históricos não constituem verdadeiros direitos fundamentais, posto tratar-se de privilégios de cunho estamental, atribuídos a determinadas classes do estratificado mundo medieval. SARLET, I. W. Ibidem. No mesmo sentido é a lição de José Joaquim Gomes Canotilho: “A proto-história dos direitos fundamentais costuma salientar a importância das **cartas de franquias medievais** dadas pelos reis aos vassallos, a mais célebre das quais foi a *Magna Charta Libertatum* de 1215. Não se tratava, porém, de uma manifestação da ideia de direitos fundamentais inatos, mas da afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face do seu suserano. A finalidade da *Magna Charta* era, pois, o estabelecimento de um *modus vivendi* entre o rei e os barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados nas cartas de franquia.” (destaques do original). CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 382. Mesmo a ulterior geração de direitos, na qual se encontram compreendidos os direitos sociais, parece encontrar-se, segundo certa linha de entendimento, intimamente relacionada ao Estado-nação. Segundo Pierre Rosanvallon, “Ler o Estado-providência como um Ersatz de socialismo, um meio-caminho entre capitalismo e socialismo, que definiria o lugar da tentativa social-democrata, ou como um movimento compensatório voltado à correção dos desequilíbrios econômicos e sociais do capitalismo não é, ao final, muito esclarecedor. [...] Não é o capitalismo, com suas contradições e sua ‘lógica’, com a luta de classes que o acompanha, que proporciona a chave para compreender o Estado-providência. É em outro lugar que se deve procurar: no próprio movimento do Estado-nação moderno.” Tradução livre do autor. Texto original : « Lire l’État-providence comme un ersatz de socialisme, un mi-chemin entre le capitalisme et le socialisme qui définirait le lieu de la tentative social-démocrate, ou comme un mouvement compensateur destiné à corriger les déséquilibres économiques et sociaux du capitalisme, n’est finalement pas très éclairant. [...] Ce n’est pas le capitalisme, avec ses contradictions et sa ‘logique’, avec la lutte de classes qui l’accompagne, qui donne la clef du ressort de l’État-providence. C’est ailleurs qu’il faut chercher : dans le mouvement même de l’État-nation moderne. » ROSANVALLON, P. **La crise de l’État-providence**. Paris : Editions du Seuil, 1988, p. 20.

⁹ SARLET, I. W. **A Eficácia** cit., p. 49.

manifesta-se na Europa no século XIX e início do século XX, constituindo um artifício ideológico para construir um modelo de Estado sobre o conceito de nação, compreendida como fundamento do poder.¹⁰

Podendo o nacionalismo¹¹ ser compreendido como um sentimento de pertença de um grupo em relação a uma tradição derivada de uma identidade histórica, geográfica, lingüística ou cultural e, ao mesmo tempo, de diferença em relação a outros grupos, percebe-se que este foi utilizado como expediente para o projeto político de Estado em que a unidade política seja coincidente com a unidade nacional, no qual o Estado se caracterizasse como a expressão jurídica da nação.¹² Tal projeto foi exitoso, conferindo a feição do modelo de Estado que se estende por todo o globo na contemporaneidade.¹³

Com base na ideologia nacionalista foi possível, portanto, o advento dos modernos Estados-nação, informados por uma noção de território, uma comunidade jurídica, uma noção de cidadania e de cultura comuns.¹⁴ De acordo com Anthony Giddens, o Estado-nação pode ser definido como “um tipo específico de Estado, característico do mundo moderno, no qual um governo tem poder soberano dentro de uma área territorial definida, e a massa da população é formada por cidadãos que estão cientes de serem parte de uma única nação.”¹⁵

Segundo Montserrat Guibernau, citada por Abili Lázaro Castro de Lima, há um estreito liame entre nacionalismo, Estado, território e política, o que se revela importante, ao fim e ao cabo, na feição que tomará o Estado nacional moderno¹⁶, quais sejam, aqui já na esteira dos ensinamentos de David Held, a *territorialidade*, o *monopólio da violência*, a *estrutura impessoal do poder* e a *legitimidade*.¹⁷

São tais características e, sobretudo, a busca de legitimidade do Estado moderno, como forma específica de dominação política, que vão constituir o âmbito estatal como sendo o principal campo de conquista e de defesa de direitos, conforme demonstra Abili Lázaro Castro de Lima.¹⁸

É o processo de conquista dos direitos que conduzirá ao advento do Estado Democrático de Direito, com a consagração dos direitos civis e políticos, em um primeiro momento e, ulteriormente, ao desenvolvimento desta forma político-jurídica até o Estado

¹⁰ LIMA, A. L. C. de. **Globalização econômica, política e direito**. Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pp. 92-93.

¹¹ De se ressaltar, portanto, que embora o nacionalismo tenha sido amplamente utilizado por movimentos políticos tais quais o nacional-socialismo ou nazismo alemão, o fascismo italiano e o integralismo brasileiro, o conceito de nacionalismo não se reduz a tais acepções, sendo aqui utilizado em seu sentido mais amplo, definido no texto, como expediente largamente utilizado para forjar os Estados contemporâneos, apesar do caráter não raro ficcional, sabidamente existindo Estados sem nação bem como Estados plurinacionais.

¹² LIMA, A. L. C. de. Idem, pp. 93-94 e 76.

¹³ GIDDENS, A. **Sociologia**. Trad. Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 566.

¹⁴ LIMA, A. L. C. de. Op. cit. p. 95.

¹⁵ GIDDENS, A. Op. cit., p. 566.

¹⁶ LIMA, A. L. C. de. Op. cit. p. 96.

¹⁷ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 78.

¹⁸ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 118.

Social, Estado este que assumia o papel de vetor do progresso material e da justiça social, o que redundaria na consagração dos direitos econômicos, sociais e culturais.¹⁹ Tal processo encontra-se à base e na gênese, portanto, de ambas as formas ou configurações do Estado moderno, a saber, o Estado liberal e o Estado Social.²⁰

1.1. O advento do Estado de Direito e a afirmação dos Direitos Civis e Políticos.

A primeira onda de direitos reconhecidos pelo Estado aos indivíduos é, reconhecidamente, aquela que compreende os direitos de natureza civil e política. Por serem tais direitos, de um ponto de vista cronológico, anteriores aos direitos econômicos, sociais e culturais, pode-se afirmar que os direitos civis e políticos são aqueles que inauguram a denominada “Era dos direitos”.

Após a derrocada do absolutismo e do advento da idéia de Estado de Direito²¹, ou seja, de um Estado que, para além de deter o monopólio do direito estivesse ele próprio sujeito à observância da legalidade em seu atuar²², verifica-se o reconhecimento dos primeiros direitos civis e políticos, reconhecimento este que traça um marco divisório entre as esferas pública e privada, assegurando aos cidadãos um âmbito de liberdade intangível ao Estado.²³

Já no Século XVIII as primeiras declarações de direitos, nomeadamente a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabelecem os primeiros direitos civis ou liberdades civis clássicas, de natureza preponderantemente *negativa*, no sentido de que, em regra, constituem limitações ao agir estatal, ou imunidades em face do Estado.²⁴ Consistem nos chamados direitos de liberdade,

¹⁹ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 81.

²⁰ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 80.

²¹ Explicitando a idéia, Jorge Miranda: “Não são apenas os indivíduos (ou os particulares) que vivem subordinados às normas jurídicas. Igualmente o Estado e as demais instituições que exercem autoridade pública devem obediência ao Direito (incluindo ao Direito que criam).” E, mais adiante: “*Estado de Direito* é o Estado em que, para garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder e em que o respeito pela legalidade (seja a mera legalidade formal, seja – mais tarde – a conformidade com valores materiais) se eleva a critério de acção dos governantes.” (itálicos do original). MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 10 e 87, respectivamente. O autor observa, ainda, que os elementos que permitem a transição do Estado absoluto e policial ao Estado constitucional, representativo ou de Direito são o contratualismo, o individualismo e o iluminismo, aliados a relevantes movimentos econômicos, sociais e políticos. MIRANDA, J. Idem, p. 83.

²² Nessa esteira, Canotilho refere-se às idéias de *rule of law* no Reino Unido (limitação da discricionariedade real pelas leis e costumes do país e a sujeição dos atos do executivo ao parlamento), *the reign of Law* e *always under the law* nos Estados Unidos da América (baseado na idéia de dispor o povo da prerrogativa de editar uma superior legalidade e de que a juridicidade é a justificação do governo), *l'État légal* em França e, por fim, o *Rechtsstaat* alemão (em que a sujeição do soberano ao *Herrschaft des Gesetzes* ou império da lei importava na proteção da liberdade e da propriedade, *Freiheit und Eigentum*, pela sujeição de sua restrição à legalidade emanada da representação popular). CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. pp. 96-97.

²³ BEDIN, G. A. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 3. ed. rev. e ampl. Ijuí: Editora Unijuí, 2002, p. 43. O autor recorda que tal distinção é basilar à sociedade moderna e ao pensamento liberal e democrático. Ibidem.

²⁴ Nesse sentido, com recurso ao magistério de Norberto Bobbio, BEDIN, G. A. Ibidem.

direitos e cunho negativo ou direitos de defesa²⁵, direitos de liberdade, liberdades de autonomia ou direitos negativos, estando vinculados ao *status negativus*.²⁶ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet,

A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.²⁷

A grande nota distintiva entre estes direitos e os anteriormente reconhecidos nas declarações inglesas do Século XVII consiste no reconhecimento do *caráter universal* e na primazia dos direitos ali consagrados, o que acarretava, ao fim e ao cabo, sua oponibilidade em face de todos os poderes públicos, inclusive aqueles de representação da vontade popular.²⁸ Nasce, aqui, portanto, o denominado *caráter contramajoritário* dos direitos fundamentais, caráter este da mais alta relevância para a correta compreensão de tais direitos assim como do novo ciclo constitucional que com tal compreensão se inaugura.²⁹

A despeito da precedência da Declaração da Virgínia de 1776, Ingo Wolfgang Sarlet sublinha a grande importância da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, de 1789, a qual possui, como a primeira, inspiração jusnaturalista³⁰, e que protagonizou o

²⁵ SARLET, I. W. *A Eficácia* cit., p. 56.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 395.

²⁷ SARLET, I. W. *A Eficácia* cit., p. 51. O autor rememora, em nota de rodapé, que referida declaração serviu de modelo para as demais ex-colônias inglesas na América do Norte, citando, exemplificativamente, a Pensilvânia, Maryland e Carolina do Norte (1776), Massachussets (1780) e New Hampshire (1784), refletindo, ao final, na incorporação dos direitos fundamentais à Constituição de 1787 através das emendas do ano de 1791. Idem, pp. 51-52, nota de rodapé n. 67.

²⁸ SARLET, I. W. *A Eficácia* cit., p. 52.

²⁹ Sobre o particular, convém visitar a doutrina de Robert Alexy: “As normas jusfundamentais que, como as da Lei Fundamental, vinculam o legislador, estabelecem o que deve e o que não pode decidir o legislador democraticamente legitimado. A partir de sua perspectiva, estatuem proibições e comandos que limitam sua liberdade e são, ademais, normas negativas de competência que limitam sua competência. [...] A necessária colisão entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais implica que o problema da distribuição de competências entre o legislador parlamentar, legitimado democrática e diretamente, bem como responsável – no sentido da possibilidade de destituição eleitoral – e o Tribunal Constitucional, apenas indiretamente legitimado democraticamente e não destituível eleitoralmente é um problema incontornável e permanente.” Tradução livre do autor. Texto original: “Las normas iusfundamentales que, como las de la Ley Fundamental, vinculan el legislador, establecen lo que debe y lo que no puede decidir el legislador legitimado democráticamente. Desde su perspectiva, fijan prohibiciones y mandatos que limitan su libertad y son, además, normas negativas de competencia que limitan su competencia. [...] La necesaria colisión entre el principio de la democracia y los derechos fundamentales implica que el problema de la distribución de competencias entre el legislador parlamentaria legitimado democrática y directamente como así también responsable – en el sentido de la destituibilidad electoral – y el Tribunal Constitucional solo indirectamente legitimado democráticamente y no destituible electoralmente es un problema insoslayable y permanente.” ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto G. Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 432-433.

³⁰ Conforme observa Ingo Sarlet, os direitos fundamentais desprenderam-se, em grande medida, ao longo do processo dinâmico e dialético de sua afirmação e consolidação, marcado por avanços e retrocessos, do sentido jusnaturalista original. Observa o autor que “importante é, neste particular e neste contexto, a constatação de que os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano”, constituindo uma *categoria materialmente aberta e mutável*, na esteira dos ensinamentos de Norberto Bobbio. SARLET, I. W. *A Eficácia* cit., p. 62.

reconhecimento do caráter *universal, inalienável, inviolável e imprescritível* dos direitos do homem.³¹

Assim, o traço geral dos direitos reconhecidos nas primeiras declarações de direitos e constituições, ressalvadas as peculiaridades de caráter social do direito francês, é o fato de inserirem-se na linha do pensamento liberal-burguês do Séc. XVIII, de cunho individualista e com ênfase, portanto, na proteção da *liberdade individual*.³²

No contexto das liberdades civis clássicas, Ingo Wolfgang Sarlet enumera, exemplificativamente, o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, bem como as liberdades reconhecidas sucessivamente, como, exemplificativamente, as liberdades de expressão coletiva, consistentes nas liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião e associação, e algumas garantias processuais, como o *due process of law*, o *habeas corpus* e o *direito de petição*.³³

Gilmar Antonio Bedin, por sua vez, enumera as *liberdades físicas*, as *liberdades de expressão*, a *liberdade de consciência*, o *direito à propriedade privada*, os *direitos do acusado* e as *garantias de direitos*.³⁴

No âmbito das *liberdades físicas*, as quais têm por objeto a incolumidade da integridade física e da liberdade pessoal humanas, estariam compreendidos direitos tais quais o *direito à vida*, a *liberdade de locomoção*, o *direito à segurança individual*, o *direito à inviolabilidade do domicílio*, por exemplo.³⁵

As *liberdades de expressão* constituem o que Gilmar Antonio Bedin denomina condições mínimas de um espaço público democrático, e compreenderiam a *liberdade de imprensa*, o *direito à livre manifestação do pensamento*, o *direito ao sigilo de correspondência*, dentre outros.³⁶

³¹ SARLET, I. W. Idem, p. 52. De se ressaltar que embora aqui se esteja tratando dos direitos ditos de primeira geração, ou seja, os direitos civis e políticos, a Declaração francesa de 1789 já consagrava, conforme observa o autor, direitos sociais, como o direito ao trabalho, à instrução e à assistência aos desamparados, restando marcada pelo igualitarismo e pela influência jacobina. Conforme observa Sarlet, “a evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais, recém-traçada de forma sumária, culminou com a afirmação (ainda que não em caráter definitivo) do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada primeira dimensão (geração) destes direitos.” SARLET, I. W. Idem, p. 53.

³² SARLET, I. W. Idem, pp. 55-56.

³³ SARLET, I. W. Idem, p. 56. Na lição de José Joaquim Gomes Canotilho, “rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *carácter instrumental* de protecção dos direitos. As **garantias** traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade”. (destaques do original). CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 396.

³⁴ BEDIN, G. A. Op. cit. p. 43.

³⁵ BEDIN, G. A. Idem, p. 44. Nenhuma das exemplificações aqui feitas tem a pretensão de ser exaustiva.

³⁶ BEDIN, G. A. Ibidem.

No âmbito da *liberdade de consciência* estariam compreendidas a *liberdade de consciência filosófica*, a *liberdade de consciência política* e a *liberdade de consciência religiosa*, estando tais direitos em íntima conexão com as precedentes liberdades de expressão.³⁷

O *direito à propriedade privada* foi consagrado em todas as declarações de direito ocidentais. Os *direitos dos acusados* constituem um arcabouço de direitos do ser humano ao qual se imputa a prática de um crime, compreendendo uma série de direitos como o *devido processo legal*, a *ampla defesa* e o *contraditório*, a *reserva legal*, o *direito à presunção de inocência*, dentre outros.³⁸

Por fim, as *garantias de direitos*, consistentes em instrumentos que visam à tutela dos direitos materiais e de seu exercício e gozo, são variadas, dentre as quais se destacam o *direito de petição*, o *habeas corpus*, o *mandado de segurança*, entre inúmeros outros.³⁹

Os direitos civis até aqui vistos, em suma, habilitam seus titulares a exigir *primordialmente* – mas não exclusivamente – uma abstenção, um não-agir da estatalidade, representando *ipso facto*, limites à referida atuação.

Na esteira dos direitos civis advêm os *direitos políticos*, os quais podem ser tanto de natureza preponderantemente *negativa* – i.e., direitos à *abstenção* ou à *não-interferência* estatais –, como, e.g., os direitos de se organizar em partidos políticos, quanto de natureza preponderantemente *positiva* – i.e., direitos que reclamam uma *atuação* estatal, no sentido de direitos à organização e ao procedimento –, como, v.g., os direitos ao voto, o escrutínio secreto, e assim por diante.

Os *direitos* ou *liberdades políticas* representam, porém, em geral, um avanço na concepção dos direitos, eis que de *direitos oponíveis ao Estado* passam a caracterizar *direitos à participação no Estado*.⁴⁰ Tais direitos revelam-se, portanto, vinculados ao *status positivus* ou *status activus* do cidadão, constituindo as denominadas *liberdades de participação*.⁴¹

Tais direitos ou liberdades compreendem, dentre outros, o *sufrágio* – inicialmente restrito, ulteriormente universal –, o *direito à constituição de partidos políticos*, os direitos de participação democrática direta ou semi-direta, como os direitos de *referendo*, *plebiscito* e *iniciativa popular de lei*, bem como a *capacidade eleitoral passiva*.⁴²

³⁷ BEDIN, G. A. Idem, p. 50. Conforme observa Ingo Sarlet, a Reforma Protestante foi evento histórico da maior importância para o reconhecimento da liberdade de consciência religiosa. SARLET, I. W. **A Eficácia** cit., p. 50. No mesmo sentido, CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 383.

³⁸ BEDIN, G. A. Op. cit. pp. 51-53.

³⁹ BEDIN, G. A. Idem, pp. 54-55.

⁴⁰ BEDIN, G. A. Idem, p. 56. Para Bedin, esta já é uma segunda geração de direitos. No entanto, a maioria da doutrina considera os direitos civis e políticos como pertencentes, conjuntamente, à primeira geração ou dimensão. Assim, SARLET, I. W. **A Eficácia** cit., pp. 55-56. Sobre a distinção entre direitos civis e direitos políticos, convém conferir o magistério do constitucionalista lusitano José Joaquim Gomes Canotilho, *in verbis*: “Os **direitos civis** são reconhecidos pelo direito positivo a todos os homens que vivem em sociedade; os segundos – os **direitos políticos** – só são atribuídos aos *cidadãos activos*.” CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 394.

⁴¹ CANOTILHO, J. J. G. Idem, p. 395.

⁴² BEDIN, G. A. Op. cit. p. 57. SARLET, I. W. **A Eficácia** cit., p. 56.

Esta primeira geração de direitos⁴³ consagra importantes conquistas do cidadão na esfera pública e em face do Estado, na medida em que, por um lado, estabelece os limites ao agir do Estado em face dos particulares e, por outro lado, possibilita a interferência dos cidadãos sobre as decisões tomadas pela estatalidade, seja através dos expedientes da democracia representativa, seja através dos institutos de democracia direta ou semi-direta, como os plebiscitos e referendos.

O advento dos direitos políticos e da democracia representativa conferem ao Estado moderno, através do alargamento da participação política, a consolidação dos direitos em seu âmbito⁴⁴, o que conduzirá, ao fim e ao cabo, à geração ou dimensão sucessiva de direitos e, mais especificamente, aos direitos sociais de feição prestacional, mais diretamente relacionados ao tema ora em estudo.

1.2.O desenvolvimento até o Estado Social e a afirmação dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

Diversos fatores históricos, político-jurídicos, socioeconômicos e culturais confluíram para o advento da sucessiva “geração” de direitos humanos ou de direitos fundamentais.⁴⁵

Embora alguns dos direitos que virão a ser reconhecidos nesta geração tenham tido “protótipos” ao longo de todo o período histórico precedente ao advento do Estado-nação, este último acontecimento, bem como a ampliação da democracia acabaram por se revelar essenciais ao seu advento.⁴⁶

Em apertada síntese pode-se afirmar que a persistência dos problemas de exclusão social pré-existent, aliados aos problemas sociais engendrados pelo advento do modo de produção capitalista e pelos avanços da técnica oriundos da Revolução Industrial, assim como as crises oriundas de eventos históricos de primeira grandeza, tais quais as duas grandes guerras mundiais e da crise de 1929 foram eventos importantes na deflagração da segunda vaga de direitos.⁴⁷

⁴³ A expressão gerações de direitos é criticada na medida em que fere a idéia de indivisibilidade e interdependência dos direitos de diferentes “gerações”, conforme se verá no item apropriado. Seu valor é meramente didático, ou seja, consiste em uma alegoria da sucessão de períodos históricos em que direitos de diferentes espécies são reconhecidos pelos Estados e pela comunidade internacional. Hoje se prefere falar, portanto, em dimensões dos direitos fundamentais, haja vista que, conforme se exporá adiante, direitos tradicionalmente reputados negativos possuem facetas positivas – direitos a prestações – e, igualmente, direitos tradicionalmente rotulados de positivos possuem facetas negativas intrínsecas – direitos a abstenções. Nesse sentido, ver SARLET, I. W. *A Eficácia* cit., pp. 54-55.

⁴⁴ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 102.

⁴⁵ Encerra-se, aqui, o primeiro período do capitalismo dito *liberal*, iniciando-se a fase do capitalismo dito *organizado*, conforme autores como Hilferding e Claus Offe. Nesse sentido, SANTOS, B. de S. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**: A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência. v. 1. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 139.

⁴⁶ Para o reconhecimento e a consagração dos direitos sociais foram relevantes o crescimento dos partidos operários e a força das associações operárias, ambos frutos da geração precedente de direitos civis e políticos, portanto.

⁴⁷ Para uma narrativa do processo de transformação do Estado em referência, remete-se a NUNES, A. J. A. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 01-08.

Conforme sintetiza Jorge Miranda, referindo-se ao Século XX e à nova onda de direitos, caracterizadora da emergência de uma nova compreensão de Estado

Século marcado por convulsões bélicas, crises econômicas, mudanças sociais e culturais e progresso técnico sem precedentes (mas não sem contradições), o século XX é, muito mais que o século anterior, a era das ideologias e das revoluções. Desembocam nele todas as grandes correntes filosóficas e acelera-se o ritmo dos eventos políticos. É, portanto, o século em que o Direito público sofre poderosíssimos embates e em que à fase *liberal* do Estado constitucional vai seguir-se uma fase *social*.⁴⁸ (itálicos do original).

O direito sofre os influxos das transformações socio-econômicas em referência, portanto, notadamente o Direito Público e, em particular, o Direito Constitucional. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.⁴⁹

A superação da igualdade meramente formal, bem como o temor engendrado pela revolução de 1917, portanto, também desempenharam um papel relevante na gênese dos novos direitos e, notadamente, dos direitos de bem-estar ou *welfare-rights*. Observa José Joaquim Gomes Canotilho que

Independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da ideia da necessidade de garantir o homem no plano económico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do património da humanidade.⁵⁰

Por fim, cabe colacionar a contribuição de Boaventura de Sousa Santos, para quem, além da necessidade de gestão econômica pública reclamada pela complexidade sempre crescente da economia de matriz capitalista⁵¹, o advento do novo modelo de Estado pode ser atribuído, ainda, a outra causa:

Uma segunda transformação foi o reconhecimento político das externalidades⁵² sociais do desenvolvimento capitalista – a politização de algumas dimensões da

⁴⁸ MIRANDA, J. Op. cit. p. 91.

⁴⁹ SARLET, I. W. *A Eficácia* cit., p. 56.

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 385.

⁵¹ SANTOS, B. de S. Op. cit. p. 147.

⁵² Pierre Rosanvallon explicita o significado do termo *externalidade*, sinônimo de *efeito externo*: “Ele designa para os economistas, a partir desse período, as consequências (custos e benefícios) para um agente X que resultam das ações de outro agente Y, que não são levadas em conta no cálculo das decisões deste último.” ROSANVALLON, P. Op. cit. p. 59. O autor indica como primeiro a empregar a expressão o economista britânico Arthur Cecil Pigou, em obra intitulada *Economics of Welfare*, publicada em 1920. Ibidem. Ronaldo Fiani define as externalidades da seguinte maneira: “Diz-se que dada atividade gera **externalidades** quando as decisões de um agente geram custos ou

“questão social” –, reconhecimento resultante da expansão do processo político desencadeado pela extensão do direito de voto aos trabalhadores e pela emergência de poderosos partidos operários. A politização da desigualdade social envolveu a intervenção do Estado na relação salarial e no consumo colectivo: segurança do emprego, salários mínimos, subsídios e indemnizações aos trabalhadores, fundos de pensões, educação pública, saúde e habitação, ordenamento do território e planeamento urbanístico, etc. Estas medidas foram tão radicais e resultaram de um pacto social (entre o capital e o trabalho, sob a égide do Estado) tão inédito que conduziram a uma forma política nova: o Estado-providência.⁵³

Trata-se aqui do advento dos denominados direitos de segunda geração ou dimensão, a saber, aqueles comumente referidos como direitos económicos, sociais e culturais, cuja característica distintiva radica precisamente em sua dimensão positiva, eis que visam propiciar o direito à participação no bem-estar social, conforme Ingo Sarlet.⁵⁴

Se a ênfase, na geração precedente de direitos, recaía sobre a ideia de *liberdade*, cabendo ao Estado *sobretudo* – mas não exclusivamente, insista-se – deixar de se imiscuir na esfera privada, na liberdade e propriedade individuais, na presente geração ou dimensão a ênfase passa a recair sobre o valor *igualdade*.

Constituem, portanto, os denominados *direitos de igualdade*, consistindo *direitos de crédito*,⁵⁵ *direitos positivos* ou *direitos a prestações*, como a assistência e previdência sociais e a assistência à saúde.⁵⁶ Tais direitos caracterizam a transição das liberdades formais abstratas para

benefícios para outros agentes, sem que o agente que gerou estes custos ou benefícios tenha de ressarcir os outros (no caso de gerar custos) ou ser remunerado por eles (no caso de benefícios).” (negritos do original). FIANI, R. **Teoria dos Jogos**. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 167. O autor esclarece o conceito com recurso a um exemplo: “Quando um pescador leva seu barco para pescar ele gera uma externalidade negativa (um custo) para os demais pescadores, já que afeta negativamente a produção dos demais. Contudo, ele não tem de ressarcir os demais pelo prejuízo que causa e, assim acaba gerando um resultado que é subótimo, apesar de ser perfeitamente racional.” Como externalidade positiva o autor elenca o caso da vacinação. FIANI, R. Ibidem. Luciano Benetti Timm conceitua externalidade como os “efeitos de segunda ordem” positivos ou negativos para a sociedade produzidos por determinada conduta. TIMM, L. B. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, I. W. TIMM, L. B. (orgs.) **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 64.

Já segundo o sociólogo holandês Abram De Swaan as expressões designam “as conseqüências indiretas das deficiências ou dificuldades de uma pessoa sobre os outros indivíduos que não são diretamente afetados por elas.” DE SWAAN, A. **Sous l'aile protectrice de l'État**. Trad. Laurent Bury. Paris : Presses Universitaires de France, 1995, p. 12. A análise das extenalidades ou efeitos externos encontra-se vinculada, como recorda De Swaan, à análise dos interesses na sociedade os quais, embora divergentes, apresentam a característica da interdependência. DE SWAAN, A. Ibidem.

⁵³ SANTOS, B. de S. Op. cit. p. 148. Sobre o modelo do Estado Social e o princípio da solidariedade, sobre o qual se assentam, segundo o autor, as políticas sociais distributivas do modelo, afirma Boaventura: “Na verdade, com o Estado-Providência a obrigação política horizontal transformou-se numa dupla obrigação vertical entre os contribuintes e o Estado, e entre os beneficiários das políticas sociais e o Estado.” Ibidem. Pierre Rosanvallon define o Estado-Providência como “[l']État d'intervention économique, de redistribution sociale et de réglementation des rapports sociaux...” ROSANVALLON, P. Op. cit. p. 52.

⁵⁴ SARLET, I. W. **A Eficácia** cit., p. 57.

⁵⁵ BEDIN, G. A. Op. cit. p. 62.

⁵⁶ Mas não somente, eis que existem direitos reputados sociais pelo critério cronológico, genético ou histórico já referenciado marcadamente negativos, como, por exemplo, o direito de greve ou o direito de associação sindical, verdadeiras liberdades que recebem a alcunha de direito social mais pelo contexto em que são reconhecidos do que pela sua natureza intrínseca. Os direitos de crédito são referidos, na doutrina anglo-americana, como *entitlement*, ou seja, a titulação de uma prestação. A expressão alemã normalmente utilizada para significar direitos de crédito, a saber, *Teilhaberechte*, não parece adequada. Como se verá, *Teilhaberechte* não significa direito a *ter* uma parte – o que conduziria à ideia de um direito a uma prestação – mais direito a *tomar* parte – em um procedimento de alocação de um recurso escasso como, por exemplo, um concurso público, um concurso vestibular ou um processo seletivo do tipo *numerus clausus*.

as liberdades materiais concretas⁵⁷ e encontram-se inequivocamente vinculados ao *status positivus*, conforme observa José Joaquim Gomes Canotilho.⁵⁸

Tratam-se, no dizer de Ingo Wolfgang Sarlet e de Gilmar Antonio Bedin, não mais de direitos preponderantemente contra o Estado ou de participação no Estado, e sim em direitos garantidos *por intermédio* do Estado.⁵⁹

A expressão ainda embrionária de tais direitos deu-se a partir dos séculos XVIII e XIX, mas a consolidação, em nível internacional, de direitos sociais na generalidade das constituições deu-se no pós Segunda Guerra Mundial, o que caracteriza o ciclo constitucional ali iniciado.⁶⁰

Compreendem, também, não obstante, outros direitos, como os direitos dos trabalhadores, que não constituem direitos prestacionais em face da estatalidade, mas que resultam da regulação estatal e da intervenção do Estado no domínio econômico.

Dentre os direitos dessa nova geração, podem-se destacar o *direito à seguridade social*, o *direito à educação*, o *direito à habitação*⁶¹, o *direito ao trabalho*⁶² e os *direitos dos trabalhadores*.

O *direito à seguridade social* ou à *proteção social*, na maioria dos países e línguas, compreende os direitos à *previdência social*, à *assistência social* e à *assistência à saúde*.⁶³ Os *direitos individuais e coletivos dos trabalhadores*, compreendem toda uma gama de direitos os mais heterogêneos como, v.g., o *direito ao trabalho e à liberdade de escolha da profissão*, o *direito ao salário mínimo*, o *direito à limitação da jornada de trabalho*, o *direito ao repouso semanal*, o *direito às férias anuais*, a *liberdade sindical* e o *direito de greve*.⁶⁴

Digna menção, ainda, a observação no sentido de que os direitos sociais não consistem apenas em direitos prestacionais, existindo ainda as denominadas *liberdades sociais*, cujo caráter preponderante é tipicamente negativo, impondo-se como limites ao atuar da estatalidade. Nesse sentido, a observação de Ingo Wolfgang Sarlet “ainda na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de

⁵⁷ SARLET, I. W. **A Eficácia** cit., p. 57.

⁵⁸ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. pp. 395-396. A classificação remete, à toda evidência, à teoria dos status de Georg Jellinek. Idem, p. 394.

⁵⁹ BEDIN, G. A. Op. cit. p. 62. SARLET, I. W. **A Eficácia** cit., p. 57. Rememore-se que o que ora se afirma se faz com a cautela da expressão *preponderantemente*, eis que hoje existe um certo entendimento teórico ao que parece consolidado no sentido de que todos os direitos, independentemente das “gerações” em que se enquadre segundo a classificação genética, histórica ou cronológica já referida, possuem variadas *dimensões*, todos exercendo ora *funções* negativas ou de defesa, ora *funções* positivas ou de participação e exigibilidade de prestações. Canotilho elenca as funções de *defesa* ou *liberdade*, compreendendo competências negativas e as prerrogativas de exigir abstenções, as funções de *prestação*, consistentes na outorga de prestações materiais, bem como as funções de proteção perante terceiros e de não discriminação. CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. pp. 407-410.

⁶⁰ SARLET, I. W. **A Eficácia** cit., p. 57. O autor cita como expressões ainda embrionárias dos direitos sociais as Constituições francesas de 1793 e de 1848, a Constituição brasileira de 1824 e a Constituição alemã de 1849. Ibidem. Já no Século XX, mas antes da Segunda-guerra mundial, destacaríamos a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição da República de Weimar, de 1919.

⁶¹ BEDIN, G. A. Op. cit. p. 69.

⁶² SARLET, I. W. **A Eficácia** cit., p. 57.

⁶³ BEDIN, G. A. Op. cit. p. 69.

⁶⁴ BEDIN, G. A. Op. cit. pp. 63, 64 e 66.

cunho positivo, mas também as denominadas ‘liberdades sociais’, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve (...)”⁶⁵, dentre outros.

Tais direitos, reconhecidos sob a égide do Estado-nação, seja no plano interno, seja no plano internacional, inauguram uma compreensão renovada do papel desempenhado pela estatalidade na efetivação dos direitos da pessoa humana: se, por um lado, quanto aos direitos alcinados de primeira geração, o Estado desincumbia-se de seus deveres fundamentais *precipualemente* através de abstenções⁶⁶, por outro, quanto aos direitos ditos de segunda geração, o Estado cumpre suas obrigações *precipualemente* através de um agir positivo, de atuação no sentido da concretização dos direitos, seja regulando o mercado – como no caso das intervenções no domínio econômico representadas pela legislação trabalhista, por exemplo –, seja outorgando ele mesmo o direito às prestações sociais – como no caso da moderna previdência social, organizada e gerida sob a égide da estatalidade.

Tal segunda onda de direitos altera substancialmente a compreensão dos deveres estatais, alterando a concepção mesma de Estado, que, de *Estado de Direito* ou *Estado Democrático de Direito*, passa àquela de *Estado Social*.⁶⁷ A novidade característica dos direitos de segunda dimensão ou geração, ora em relevo, coloca também problemas novos e significativos no que se refere à garantia de sua efetividade.⁶⁸

Evidentemente, ainda que o modelo de Estado que aqui se denomina *Estado Social* possa ser caracterizado, embora de modo geral, pela intervenção na economia e pela prestação de proteção e auxílio materiais, notadamente em face das adversidades e infortúnios que privam o trabalhador – ou seus dependentes – da renda (desemprego involuntário, crises econômicas, doença, velhice, invalidez e morte), tal Estado interventor sabidamente adotou diversas formas e variantes em diferentes períodos históricos e em diferentes Estados ao redor do globo, de cujas vertentes principais se ocupará o tópico sucessivo.

De se repisar, conclusivamente, que as próprias características do Estado-nação e seu projeto político reclamavam medidas tendentes à homogeneização lingüística e cultural e ao fortalecimento do sentimento de pertença às formações políticas estatais então emergentes, o

⁶⁵ SARLET, I. W. *A Eficácia* cit., p. 57.

⁶⁶ O que será, de todo modo, problematizado e relativizado adiante.

⁶⁷ Inúmeras são as denominações pelas quais se buscou definir tal modelo (*Estado Social*, *Estado de Bem-Estar Social*, *Estado Providência*, etc.). Tais denominações são polêmicas e, muitas vezes, não são ideologicamente neutras, como se verá. Buscar-se-á no presente trabalho utilizar a expressão Estado Social, simplesmente, para definir tal modelo de estado prestador de serviços. De outro lado, faz-se necessário se consignar ser problemático o próprio reconhecimento de que exista *um modelo* de Estado Social, dadas os variados matizes que os Estados caracterizados pela intervenção na economia e pela outorga de prestações ostentaram.

⁶⁸ Nesse sentido, assim se manifesta Canotilho: “As declarações universais dos direitos tentam hoje uma ‘coexistência integrada’ dos direitos liberais e dos direitos sociais, econômicos e culturais, embora o modo como os estados, na prática, asseguram essa imbricação, seja profundamente desigual.” CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. pp. 385-386. Dentre os problemas colocados pelos direitos sociais Canotilho elenca aquele dos *direitos sociais originários*, ou seja, exigíveis diretamente a partir das normas constitucionais independentemente de intermediação legislativa, o dos *direitos sociais derivados*, consistentes na exigibilidade de concretização legislativa dos direitos sociais e, por fim, a questão da *dimensão objetiva dos direitos sociais*, cujo reconhecimento redundaria na vinculação dos poderes públicos à implementação de políticas públicas conducentes à realização dos direitos sociais. CANOTILHO, J. J. G. Idem, pp. 408-409.

que passava pelas prestações sociais, vistas, por alguns como sendo, de um lado, contraprestações aos tributos que proporcionam a necessária sustentação financeira do Estado, e de outro, como contraprestações ao serviço militar obrigatório, imprescindível à defesa do território nacional.

1.3. Modelos do Estado Social.

A repercussão dos direitos sociais foi tamanha que conduziu à reformulação do próprio delineamento político e teórico do fenómeno da estatalidade, como visto.⁶⁹ Com a consagração dos direitos sociais e a renovação da compreensão acerca do Estado, diversos foram os modelos de Estado Social que existiram desde o advento de tal concepção da estatalidade, sendo evidentemente controversas as tentativas de uma taxinomia.

Inicialmente far-se-á aqui a tentativa de sintetizar a proposta de classificação dos modelos de proteção social do pesquisador da Universidade de Estocolmo, Walter Korpi, para, em seguida, concentrar-se nos dois modelos mais relevantes a partir de uma perspectiva histórica.

O cientista social sueco elenca cinco modelos de proteção social estatal, classificação esta erigida com base em dois parâmetros, a saber, de um lado, os *critérios de elegibilidade* para o acesso às prestações sociais e, de outro, os *princípios orientadores da fixação dos níveis de proteção*.⁷⁰

O primeiro dos parâmetros permite distinguir os beneficiários das políticas públicas prestacionais, indo dos sistemas universais, em um extremo do espectro de possibilidades, aos sistemas seletivos, no outro extremo. Já o segundo parâmetro permite captar o nível ou montante das prestações, indo, desta feita, dos sistemas que consagram prestações mínimas àqueles que consagram prestações fixas ou ainda outros que contemplam prestações baseadas na manutenção da renda média do beneficiário.⁷¹

Com base em tais parâmetros Walter Korpi propõe a distinção de cinco modelos ou grupos de sistemas ou estruturas institucionais dos programas de proteção social, a saber: a) *residual model*, b) *voluntary state-supported model*, c) *corporatist income security model*, d) *universal basic security model* e, finalmente e) *universal income security model*.⁷²

O primeiro modelo, *residual model* ou *modelo residual*, exige dos cidadãos a justificação das necessidades dos beneficiários antes da outorga das prestações que constituem

⁶⁹ Boaventura de Sousa Santos considera o impacto da nova forma de regulação enorme. SANTOS, B. de S. Op. cit. p. 149.

⁷⁰ KORPI, W. Différents types de protection. In : HOLCMAN, R. (org.). **La protection sociale** : principes, modèles, nouveaux défis. Paris : La Documentation Française, 1997, p. 35.

⁷¹ KORPI, W. Ibidem.

⁷² KORPI, W. Idem, pp. 35-36. KORPI, Walter. Un État-providence contesté et fragmenté. Le développement de la citoyenneté sociale en France. Comparaisons avec la Belgique, l'Allemagne, l'Italie et la Suède. **Revue Française de Science Politique**, Paris : 1995, ano 45, vol. 45, n. 04, pp. 634 e ss.

seu objeto. É o típico modelo de *assistência social*, que outorga prestações de nível mínimo e de igual montante aos mais desfavorecidos. São exemplos de tal modelo as antigas *poor laws* inglesas e, na contemporaneidade, os sistemas de política social dos Estados Unidos da América, da Austrália e da Nova Zelândia.⁷³

O segundo modelo, *voluntary state supported model* ou *modelo voluntário com apoio estatal* consiste em um modelo marcado por instituições associativas, como as associações de auxílio mútuo, que protegem os seus membros aderentes contra perdas de renda, como as ocasionadas por eventos como a doença, o desemprego ou a aposentadoria. Neste modelo, as associações contam com o apoio estatal, asseguram os aderentes que contribuem com cotizações, e podem ser mais ou menos numerosas, conforme seja maior ou menor sua especialização em relação ao trabalho ou critério associativo análogo, bem como oferecem, em regra, uma proteção mínima.⁷⁴

Segundo o professor de Estocolmo, este é o modelo que predominou em numerosos países até a Segunda Guerra Mundial, como, por exemplo, no Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda, na Suíça, em França, na Bélgica e nos países escandinavos, sendo posteriormente substituído por outros modelos, embora se encontrem resíduos de tal sistema em alguns países.⁷⁵

O terceiro modelo, *corporatist income security model* ou *modelo de manutenção de renda de tipo corporativo* é informado pelo princípio da manutenção da renda, sendo a proteção social voltada à parcela da população que exerce uma atividade econômica cujos rendimentos situem-se abaixo de certo limite. Encontram-se excluídos da proteção social preconizada pelo modelo, portanto, as pessoas que não exercem atividade econômica, como as donas de casa.⁷⁶

Este programa, originalmente destinado à classe operária, foi paulatinamente estendido às mais diversas categorias profissionais e contempla, frequentemente, programas distintos para essas diferentes categorias. Este modelo é o correspondente ao modelo alemão ou bismarckiano, adiante visto em detalhe, sendo o tipo mais disseminado na Europa continental.⁷⁷

O quarto modelo enumerado por Walter Korpi é o denominado *universal basic security model*, ou *modelo de proteção de base de tipo universal*, pelo qual é coberta a quase-totalidade da população, com prestações fixas, isto é, desvinculadas da renda do beneficiário.⁷⁸

⁷³ KORPI, W. Différents types de protection cit., pp. 36-37.

⁷⁴ KORPI, W. Idem, p. 37.

⁷⁵ KORPI, W. Ibidem.

⁷⁶ KORPI, W. Ibidem.

⁷⁷ KORPI, W. Ibidem. Outra nota característica importante do modelo é a compulsoriedade da filiação.

⁷⁸ KORPI, W. Ibidem. O autor observa que o modelo de proteção social de tipo corporativo jamais encontrou guarida na Grã-Bretanha e na Escandinávia por variadas razões. Na Grã-Bretanha a razão estaria ligada principalmente ao liberalismo político, ao passo que na Escandinávia os agricultores independentes possuíam peso político significativo, de modo que obtiveram êxito em suas demandas no sentido do estabelecimento de programas de cunho universal, e não limitados apenas à indústria. Segundo o autor “foi assim que o primeiro programa de aposentadorias de tipo universal foi criado na Suécia a partir de 1913. Este tipo de proteção fornece uma proteção de base outorgando prestações fixas à quase-totalidade dos cidadãos.” Tradução livre do autor. Texto original: « c’est ainsi que le premier programme de pensions de type universel a été créé en Suède dès 1913. Ce type de protection fournit une protection de base en versant des prestations forfaitaires à la quasi-totalité des citoyens. » KORPI, W. Ibidem.

Por fim, o quinto modelo enumerado por Korpi é o intitulado *universal income security model*, ou *modelo universal de manutenção de renda*, o qual se afirma a partir dos anos cinquenta do Século XX, com a introdução, nos sistemas de cobertura de tipo universal como os da Suécia, da Noruega e da Finlândia, de prestações vinculadas à renda dos beneficiários, como o seguro-doença. Segundo o autor, “durante a maior parte do pós-guerra e até os anos oitenta, estes três países propunham, portanto, programas universais que asseguravam um nível elevado de manutenção de renda.”⁷⁹

Doravante, concentrar-se-ão nossas atenções, no particular, aos dois principais modelos já citados, quais sejam o alemão e o britânico, haja vista a influência que estes exerceram sobre grande parte do mundo, revelando-se os modelos em melhores condições de permitir a análise da proteção social contemporânea.

1.3.1. Modelo bismarckiano ou alemão.

O modelo engendrado por Bismarck na Alemanha⁸⁰ foi o primeiro a ostentar os primeiros elementos da política social que caracterizaria o Estado Social moderno.⁸¹ De acordo com a classificação retro-referenciada, enquadra-se no modelo *corporatist income security model*, ou seja, modelo de manutenção de renda de tipo corporativo, ostentando as respectivas características, portanto.⁸² Conforme ensina Robert Holcman, com esboço nas lições de Dominique Lamiot e de Jean-Pierre Lancy, Bismarck

(...) em 17 de novembro de 1881, em um discurso no *Reichstag*, ele declara que o Estado deve não apenas exercer uma missão defensiva, visando proteger os direitos existentes, mas também “promover positivamente, através de instituições apropriadas e valendo-se dos meios dos quais a coletividade dispõe, o bem-estar de todos os seus membros e, notadamente, dos fracos e dos necessitados”.⁸³

⁷⁹ KORPI, W. Idem, pp. 37-38. Tradução livre do autor. Texto original: « pendant la majeure partie de l'après-guerre et jusqu'aux années quatre-vingt-dix, ces trois pays proposaient donc des programmes universels garantissant un niveau élevé de maintien du revenu. »

⁸⁰ Segundo Dominique Lamiot, a proposta de política social inovadora de Bismarck constituiu uma resposta aos progressos ostentados pelo Partido Social-Democrata no *Reichstag*, em 1877. Neste sentido, LAMIOT, D. LANCY, J.-P. L'époque moderne : des lois bismarckiennes à la Sécurité sociale. In : HOLCMAN, Robert (org.). **La protection sociale : principes, modèles, nouveaux défis**. Paris : La Documentation Française, 1997, p. 19. No mesmo sentido é a lição de Pierre Rosanvallon : “Desde o início de seu governo, Bismarck se vê em frente da força crescente do partido social-democrata. Ele leva a cabo uma vigorosa política de repressão, proibindo o partido em 1878, tomando seus jornais e aprisionando seus líderes. **Para compensar esta repressão, ele procura desenvolver uma política social ativa.**” Tradução livre do autor. Texto original : « Dès le début de son gouvernement, Bismarck se trouva confronté à la force montante du parti social-démocrate. Il mena une vigoureuse politique de répression, interdisant le parti en 1878, saisissant ses journaux et emprisonnant ses chefs. **Pour compenser cette répression, il chercha à développer une politique sociale active.** » (negritos do original). ROSANVALLON, P. Op. cit. p. 149.

⁸¹ ROSANVALLON, P. Idem, p. 149.

⁸² Dentre as quais se recorda, aqui, ser destinado à população que desempenha uma atividade econômica, ser compulsório e encontrar-se o valor dos benefícios vinculado à renda. KORPI, Walter. *Différents types de protection* cit., p. 37.

⁸³ HOLCMAN, R. (org.). **La protection sociale : principes, modèles, nouveaux défis**. Paris : La Documentation Française, 1997, p. 19. Tradução livre do autor. Texto original: “le 17 novembre 1881, dans un discours au *Reichstag*, il déclare que l'État doit non seulement exercer une mission défensive visant à protéger les droits existants, mais aussi

Inicialmente foram estabelecidos por Bismarck seguros em matéria de acidentes de trabalho, o que denota a íntima co-relação entre o modelo social emergente e o modo de produção capitalista. Segundo Rosanvallon, “desde 1871, assim que o Império [alemão] encontrava-se constituído, uma lei estabelece o princípio de uma responsabilidade limitada dos industriais, em caso de culpa, nos acidentes de trabalho”.⁸⁴

Dez anos depois, em 1881, por proposta do governo imperial, o *Reichstag* aprova um sistema de asseguaração compulsória para acidentes de trabalho, feito pelos empregadores em favor de seus empregados.⁸⁵

No período compreendido entre 1883 e 1889, são votadas na Alemanha três importantes leis acerca da matéria de seguridade social, a saber, a *lei de 15 de junho de 1883*, estabelecadora do seguro-doença, a *lei de 1884* que versava sobre acidentes de trabalho e, finalmente, a *lei de 1889*, instituidora do seguro velhice-invalidéz.⁸⁶

A lei de 1883, versando sobre o seguro-doença, tornou tal asseguaração obrigatória para os operários da indústria cuja renda anual era inferior a 2.000 marcos, sendo as cotizações suportadas pelos próprios assalariados, na proporção de 2/3, e pelos empregadores, na proporção de 1/3.⁸⁷

As instituições autônomas daí oriundas, fiscalizadas pelo Estado, foram as *caixas por empresas*, *caixas profissionais* e as *caixas comunais*, sendo que as últimas reuniam trabalhadores autônomos de dispersos, tais quais padeiros e artesãos.⁸⁸

Segundo Rosanvallon, se inicialmente a proteção se circunscrevia aos operários da indústria, “esta lei fora estendida, em 1885 e 1886, à maior parte dos assalariados, aí compreendidos os operários agrícolas.”⁸⁹

A lei de 1884 estabeleceu o seguro obrigatório, pelos empregadores, através de cotizações recolhidas em favor de caixas corporativas, para a cobertura dos eventos de invalidez permanente decorrente de acidentes de trabalho.⁹⁰

‘promouvoir positivement, par des institutions appropriées et en utilisant les moyens dont la collectivité dispose, le bien-être de tous ses membres et notamment des faibles et des nécessiteux. »

⁸⁴ ROSANVALLON, P. Op. cit. p. 149. Tradução livre do autor. Texto original : “dès 1871, à l’époque de l’Empire [alemão] constitué, une loi pose le principe d’une responsabilité limitée des industriels, en cas de faute, dans les accidents de travail. » Leis semelhantes foram adotadas, segundo o autor, na Grã-Bretanha e na França somente em 1897 e 1898, respectivamente, o que está a corroborar o caráter de vanguarda da regulação alemã. ROSANVALLON, P. Ibid.

⁸⁵ ROSANVALLON, P. Ibidem.

⁸⁶ ROSANVALLON, P. Idem, pp. 149-150.

⁸⁷ ROSANVALLON, P. Ibidem. No mesmo sentido, HOLCMAN, R. Op. cit. p. 19. O primeiro autor sublinha que os seguros assim formados formaram instituições autônomas, sob fiscalização do Estado, em cujos conselhos empregados e empregadores ocupavam cadeiras *pro rata* suas respectivas contribuições, patrimônio coletivo este cuja gestão pela classe operária majoritária nos órgãos de deliberação constituiu uma experiência fundamental para a social-democracia alemã. Op. cit. p. 150.

⁸⁸ ROSANVALLON, P. Op. cit. p. 150.

⁸⁹ ROSANVALLON, P. Ibidem. O autor explica, ainda, que diversas cotizações eram estabelecidas pela lei (de 1,5% a 4,5% do rendimento diário auferido pelos assalariados, conforme a filiação a cada caixa), sendo que “les allocations versées en cas de maladie étaient fonction du gain”, o que é, conforme visto, uma característica do modelo. ROSANVALLON, P. Ibidem.

Segundo o autor, por força de tal diploma legal, “uma renda de 66,6% do salário devia ser paga ao operário em caso de incapacidade total”, ao passo que “em caso de falecimento, cabia à viúva uma renda de 20%, acrescida de 15% por cada criança com menos de quinze anos sob sua responsabilidade”, até o limite máximo de 60%.⁹¹

Por fim, a lei de 1889, versando sobre o seguro velhice-invalidiz, institui, pela primeira vez, um sistema obrigatório de aposentadorias, através de caixas financiadas por contribuições pagas, à razão da metade, por empregados e empregadores.⁹²

Ulteriormente as leis de 1883, 1884 e 1889 foram codificadas, dando origem ao *Código de seguros sociais de 1911*, que constitui o primeiro modelo do gênero na história. A grande inovação de tal sistema residiu na *compulsoriedade*, eis que, segundo Rosanvallon, “em face do mutualismo inglês da época ligada ao vazio liberal em matéria de proteção social, o modelo alemão era o primeiro a instituir sistemas de proteção obrigatórios.”⁹³

Portanto, em geral parece ser possível afirmar que o modelo bismarckiano caracteriza-se, essencialmente, por sua *caráter compulsório*, por sua *feição contributiva* através de cotizações vertidas pelos assalariados e pelos empregadores, proporcionalmente aos salários, para o acobertamento de determinados eventos, como doença, acidentes de trabalho e velhice⁹⁴, assim como por sua seletividade, abrangendo os indivíduos exercentes de atividades econômicas e visando à manutenção da renda auferida pelo segurado, em função da qual são calculados, portanto, os benefícios, conforme demonstra Walter Korpi.

Destaque-se que o custeio do sistema de proteção social dá-se, por conseguinte, através de contribuições específicas, como as atuais contribuições sociais para a previdência social em nosso país, não assim pela receita oriunda da coleta de impostos em geral.⁹⁵

1.3.2. Modelo beveridgeano ou britânico.

⁹⁰ ROSANVALLON, P. Ibidem.

⁹¹ ROSANVALLON, P. Ibidem.

⁹² ROSANVALLON, P. Ibidem.

⁹³ ROSANVALLON, P. Ibidem.

⁹⁴ LAMIOT, D. LANCERY, J-P. Op. cit. p. 19.

⁹⁵ Nesse sentido Jean-Pierre Cendron : “A referência sistemática à noção de *seguro* é a principal característica do sistema bismarckiano. No quadro de um grupo profissional, o assalariado ou, sobretudo, seu empregador, paga uma cotização visando preveni-lo contra um *risco* (doença, velhice, acidente...). A cotização é calculada do mesmo modo para todos os membros do grupo. Entretanto – e encontra-se exatamente aqui a lógica de proteção – a cada um não caberá uma prestação equivalente: os saudáveis pagarão pelos doentes, os ativos pelos aposentados, mesmo aqueles que falecerão antes da idade de aposentar-se. Os limites do sistema são evidentes. Os indivíduos que não trabalham não podem beneficiar-se do dispositivo.” Tradução livre do autor. Texto original : « La référence systématique à la notion d'*assurance* est la principale caractéristique du modèle bismarckien. Dans le cadre d'un groupe professionnel, le salarié, ou plutôt son employeur, verse une cotisation visant à le prémunir contre un *risque* (maladie, vieillesse, accident...). La cotisation est calculée de la même manière pour tous les membres du groupe. Cependant – et c'est bien là la logique même de l'*assurance* – chacun ne touchera pas une prestation équivalente : les bien-portants paieront pour les malades, les actifs pour les retraités, même ceux qui décéderont avant l'âge de retraite. Les limites du système sont évidentes. Les individus ne travaillant pas ne peuvent bénéficier du dispositif. » CENDRON, J-P. Systèmes d'assurance et systèmes universels. Systèmes bismarckien et beveridgean. In : HOLCMAN, R. (org.). **La protection sociale** : principes, modèles, nouveaux défis. Paris : La Documentation Française, 1997, p. 33.

Modelo oposto ao alemão ou bismarckiano é aquele dito beveridgeano ou britânico, engendrado pelo gênio de *Sir William Beveridge*, em seu famoso relatório apresentado em 1942.⁹⁶ Enquadra-se, na classificação proposta por Walter Korpi, no modelo *universal basic security model*, ou seja, no *modelo de proteção de base de tipo universal*, apresentando, portanto, as características correspondentes, quais sejam, notadamente, a proteção da quase totalidade da população e a outorga de benefícios mínimos, cujo montante é definido de maneira desvinculada em relação à renda auferida.⁹⁷

Conforme historia Pierre Rosanvallon, Lord Beveridge fora inicialmente um dos secretários de Beatriz e Sidney Webb na comissão de estudos para a reforma do sistema britânico de assistência social pública, sendo que, ulteriormente eleito deputado, foi encarregado, no ano de 1941, da elaboração de um relatório sobre a organização do sistema britânico de seguridade social.⁹⁸

A repercussão de tal documento foi grande, eis que, segundo Rosanvallon, “seu relatório publicado em 1942, *Social Insurance and Allied Services*, serviu de base para edificar o sistema britânico”, mas não somente, eis que “ele inspira muito mais amplamente todas as reformas levadas a cabo nos principais países após a Segunda Guerra Mundial”⁹⁹

Rompendo com a tradicional política social fragmentada britânica e partindo da premissa de que a indigência é um escândalo, Beveridge acaba por propor um sistema de proteção generalizada, que contemple não apenas os assalariados, mas a conjunto da população, independente de sua atuação profissional. Além disso, as prestações outorgadas devem ser iguais, independentemente do risco da atividade do segurado.¹⁰⁰ Sobre o caráter inovador do sistema proposto por Beveridge, ensina Rosanvallon:

⁹⁶ LAMIOT, D. LANCERY, J-P. Op. cit. p. 21.

⁹⁷ KORPI, Walter. *Différents types de protection* cit., p. 37.

⁹⁸ ROSANVALLON, P. Op. cit. p. 147. Rosanvallon esclarece que a expressão *seguridade social*, embora empregada pela primeira vez pelo presidente norte-americano Roosevelt, em 1935, a mesma somente adquire o sentido contemporâneo com Beveridge. ROSANVALLON, P. Ibidem.

⁹⁹ ROSANVALLON, P. Ibidem. De acordo com Robert Holcman, « este relatório, propondo um sistema geral e centralizado de cobertura social, terá grande repercussão nos anos seguintes, na Grã-Bretanha, é claro, mas também em França, a partir de outubro de 1945, na Holanda, na Bélgica. Numerosos textos de porte internacional aí encontraram sua inspiração. Deste modo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral da ONU, especifica: ‘Toda pessoa, enquanto membro da sociedade, tem direito à seguridade social. (...) Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar sua saúde, seu bem-estar e de sua família, notadamente para alimentação, vestimenta, habitação, cuidados médicos, bem como para os serviços sociais necessários; ela tem direito à segurança em caso de desemprego, de doença, de invalidez, de viuvez, de velhice, ou nos demais casos de perda de seus meios de subsistência em decorrência de circunstâncias independentes de sua vontade.’ » [artigos 22 e 25 da DUDH)]. Tradução livre do autor. Texto original: « ce rapport, proposant un système général et centralisé de couverture sociale, connaît un large écho dans les années qui suivirent, en Grande-Bretagne bien entendu, mais aussi en France dès octobre 1945, aux Pays-Bas, en Belgique. De nombreux textes de portée internationale s’en sont inspirés. Ainsi, la Déclaration universelle des droits de l’homme adoptée le 10 décembre 1948 par l’Assemblée générale de l’ONU précise : ‘Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale. (...) Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l’alimentation, l’habillement, le logement, les soins médicaux, ainsi que pour les services sociaux nécessaires ; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d’invalidité, de veuvage, de vieillesse, ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté.’ » [artigos 22 e 25 da DUDH)]. HOLCMAN, R. Op. cit. pp. 21-22.

¹⁰⁰ HOLCMAN, R. Idem, p. 21.

O regime de proteção social preconizado por Beveridge em seu relatório rompe com a concepção restritiva dos “seguros sociais” que havia se afirmado através das diversas reformas dos anos 1930, nos Estados Unidos ou na Europa. Ele se baseia em uma **nova concepção do risco social e do papel do Estado**. A proteção social tem por finalidade “libertar o homem da necessidade” garantindo uma **segurança de renda**. É considerado como risco social tudo aquilo que ameaça a renda regular dos indivíduos: doença, acidentes de trabalho, morte, velhice, maternidade, desemprego. Em face das políticas fragmentárias existentes, resultantes de reformas parciais e limitadas, ele propõe a implantação de um sistema global e coerente.¹⁰¹ (negritos do original).

É ainda Rosanvallon quem aponta como características do sistema beveridgeano a *generalidade* ou *universalidade*, significando a cobertura do conjunto da população, *a unidade e simplicidade*, caracterizada por uma única fonte de custeio que cobre o conjunto dos riscos à renda¹⁰², *uniformidade*, consistente em prestações uniformes independentemente da renda dos assegurados e, por fim, *centralização*, preconizando uma reforma administrativa e a criação de um serviço público correspondente unificado.¹⁰³

A política de seguridade social engendrada por Willian Beveridge caminha lado a lado com a idéia de uma *política do pleno emprego* (*full employment in a free society*), sendo o desemprego, portanto, considerado o maior risco.¹⁰⁴ É neste contexto que Beveridge assevera que “essa deve ser uma função do Estado, proteger seus cidadãos contra o desemprego em massa, tão definitivamente quanto é atualmente função do Estado defender os cidadãos contra os ataques exteriores e as violências internas.”¹⁰⁵

O sistema beveridgeano é informado por uma universalidade das prestações, não se restringindo, portanto, aos assalariados, antes se estendendo ao conjunto dos indivíduos, qualquer que seja a posição por eles ocupada no que diz respeito a uma atividade profissional.¹⁰⁶

Outra característica do tipo em comento é, segundo Lamiot, aquela de serem uniformes as prestações outorgadas incondicionalmente em matéria de renda (teto), i.e., “de igual montante qualquer que seja o risco corrido pelo segurado.”¹⁰⁷

¹⁰¹ ROSANVALLON, P. Op. cit. p. 147. Tradução livre do autor. Texto original : “Le regime de sécurité sociale préconisé par Beveridge dans son rapport est en rupture avec la conception restrictive des ‘assurances sociales’ qui s’était affirmée à travers les diverses réformes des années 1930, aux États-unis ou en Europe. Il repose sur une **nouvelle conception du risque social et du rôle de l’État**. La sécurité sociale a pour but de ‘libérer l’homme du besoin’ en garantissant une **sécurité du revenu**. Est considéré comme risque social tout ce qui menace le revenu régulier des individus : maladie, accidents du travail, décès, vieillesse, maternité, chômage. Face à des politiques existantes partielles, résultant de réformes partielles et limitées, il propose la mise en oeuvre d’un système global et cohérent. »

¹⁰² « Princípio da compensação nacional dos riscos sociais », ROSANVALLON, P. Idem, p. 148.

¹⁰³ ROSANVALLON, P. Idem, p. 147-148. No mesmo sentido, Robert Holcman, com base em Dominique Lamiot e Jean-Pierre Lancry, HOLCMAN, R. **La protection sociale** : principes, modèles, nouveaux défis. Paris : La Documentation Française, 1997, HOLCMAN, R. Op. cit. p. 21.

¹⁰⁴ ROSANVALLON, P. Op. cit. p. 148. “A partir de certo ponto de vista, toda a política social que ele preconiza quase que assimila a doença, o acidente, a maternidade ou a velhice a períodos de inatividade forçada.” Tradução livre do autor. Texto original : D’un certain point de vue, toute la politique sociale qu’il préconise assimile même presque la maladie, l’accident, la maternité ou la vieillesse à des périodes d’inactivité forcée. » ROSANVALLON, P. Ibidem.

¹⁰⁵ ROSANVALLON, P. Ibidem.

¹⁰⁶ LAMIOT, D. LANCY, J-P. Op. cit. p. 21.

¹⁰⁷ LAMIOT, D. LANCY, J-P. Ibidem.

Das características ora descritas depreender-se o *caráter universalista* das prestações do modelo britânico, compreendendo o conjunto da população e outorgando prestações sociais equivalentes e fixas, desvinculadas da renda auferida pelo beneficiário, bem como seu financiamento por uma única fonte de receita tributária, e não por diversificadas contribuições sociais, características essas sumamente relevantes para sua compreensão.¹⁰⁸

1.4. Compreensões decorrentes dos modelos.

Aqui se propõe alinhar, portanto, ao menos duas concepções diversas e em certa medida opostas de Estado Social, em parte inspiradas em cada um dos modelos que se acaba de examinar. A primeira delas pode ser denominada de Estado de Bem-Estar Social, *Welfare State* em inglês ou *Wohlfahrtsstaat* em língua alemã, de matriz antiliberal. A segunda é a expressão “Estado-providência”, originada na crítica liberal ao Estado interventor e prestacionista. De se investigar, a partir do magistério de Pierre Rosanvallon, as origens e a carga valorativa que impregna referidas expressões.

1.4.1. *Welfare State, Wohlfahrtsstaat, Sozialstaat.*

Com a expressão *Welfare State* ou *Wohlfahrtsstaat*, cujo significado em língua portuguesa pode ser considerado o de *Estado de Bem-Estar Social*, se buscou designar, ao que parece, o tipo de Estado Social inspirado na matriz alemã ou bismarckiana, na qual o Estado busca, através de cotizações sociais, efetuar uma redistribuição de renda e cobrir infortúnios como os já mencionados.

A expressão parece designar exatamente o modelo de Estado resultante das modificações ocasionadas pelos fatores históricos, socioeconômicos e culturais que produziram a segunda vaga de direitos já mencionada, ou seja, aquele que busca, de maneira geral, através da intervenção na economia e da prestação de auxílios, promover o bem-estar social, amparando especialmente as pessoas acometidas por infortúnios e aqueles em situação mais vulnerável, notadamente do ponto de vista econômico.

Pierre Rosanvallon discorre sobre a expressão *Welfare State*, afirma:

¹⁰⁸ Cabe mencionar a síntese de Jean-Pierre Cendron: “O sistema de Beveridge baseia-se na noção de solidariedade. Todo cidadão, ou mesmo qualquer habitante do planeta, tem o direito de ser protegido contra o conjunto dos riscos sociais. As prestações cobrem, portanto, um campo bastante amplo e desembocam em uma garantia de recursos mínimos, assegurada a todos, qualquer que seja seu estatuto social (assalariado, inativo, desempregado). As prestações são calculadas de forma a cobrir as necessidades fundamentais do indivíduo: elas são pré-fixadas, independentes do nível salarial, e pagas condicionalmente. Em sendo a solidariedade exercida em escala nacional, e não mais em de grupo social, os recursos devem provir do imposto, cuja base é mais larga do que aquela das cotizações sociais.” CENDRON, J-P. Op. cit. p. 33.

Ela foi forjada nos anos 1940 (quando se falava de *welfare policy* desde o início do século XX). O termo alemão correspondente, **Wohlfahrstaat**, foi empregado nos anos 1870 pelos ‘socialistas de cadeira’ (ver ficha 4). O termo **Sozialstaat** foi igualmente utilizado para qualificar as reformas levadas a cabo por Bismarck nos anos 1880. Pode-se ainda observar que a expressão *Wohlfahrstaat* designava também, sob a pluma de historiadores alemães do século XIX, os aspectos julgados os mais positivos da ação de polícia (*Polizeistaat*) nos governos do século XVIII: polícia do preço dos grãos, da luta contra a carestia, etc. A referência é, portanto, nitidamente antiliberal, posto que são justamente tais regulamentos de polícia econômica que autores como Adam Smith criticavam vigorosamente.¹⁰⁹ (itálicos e negritos do original).

A expressão Estado de bem-estar social parece estar imbuída, portanto, de um juízo de valoração favorável mais ou menos explícito em relação ao modelo que busca designar. Com efeito, acaba surgindo com frequência em contextos em que não há uma crítica mais marcada à intervenção social na economia e às prestações sociais proporcionadas pelo Estado, situação diversa da expressão *Estado providência*, cujas origens e significado passa-se a estudar.

1.4.2. Estado providência.

A expressão “Estado providência” guarda nítida nota de um juízo crítico de desvalor em relação ao Estado ampliado que é o Estado Social, haja vista a analogia com a Providência divina, que, para os crentes, tudo provê.

Assim, um juízo de valor negativo explícito se depreende da expressão, inspirada ao que parece no modelo britânico, mais universal e incondicionado¹¹⁰, o qual foi, em determinado período, um dos mais amplos sistemas de proteção social ou seguridade social conhecido - ao lado dos modelos nórdicos e escandinavos. Conforme ensina Pierre Rosanvallon, acerca do surgimento da expressão em língua francesa

Ela foi forjada por pensadores liberais hostis ao aumento das atribuições do Estado, mas igualmente críticos em face de uma filosofia individualista muito radical. Émile Ollivier, deputado republicano aliado ao Império após 1860, desenvolve esta abordagem em seu *Relatório elaborado em nome da comissão encarregada de examinar o projeto de lei relativo às coalizões*. Criticando a lei Le Chapelier de 1791 que havia proibido as corporações, ele estima que a concepção daquilo que ele chama pela primeira vez de Estado-providência estava ligada a uma filosofia social que não conhecia senão o interesse particular de cada indivíduo e o interesse geral. O economista Émile Laurant retoma este tema com força, falando do Estado ‘erigido em uma espécie de Providência’.¹¹¹

¹⁰⁹ ROSANVALLON, P. Op. cit. pp. 141-142. Tradução livre do autor. Texto original : “Elle a été forgée dans les années 1940 (alors que l’on parlait de *welfare policy* dès le début du XXe siècle). Le terme allemand correspondant, **Wohlfahrstaat**, a été employé dès les années 1870 par les ‘socialistes de chaire’ (cf. fiche 4). Le terme **Sozialstaat** était également utilisé pour qualifier les réformes mises en oeuvre par Bismarck dans les années 1880. On peut encore noter que l’expression *Wohlfahrstaat* désignait aussi, sous la plume d’historiens allemands du XIXe siècle, les aspects jugés les plus positifs de l’action de police (*Polizeistaat*) dans les gouvernements du XVIIIe siècle : police du prix des grains, de la lutte contre la cherté, etc. La référence est donc nettement antilibérale, puisque ce sont justement ces règlements de police économique que les auteurs comme Adam Smith critiquaient vigoureusement.”

¹¹⁰ Mas não somente, eis que a expressão Estado-providência tem sido utilizada tanto em relação ao modelo beveridgeano quanto em relação ao modelo bismarckiano.

¹¹¹ ROSANVALLON, P. Idem, p. 141. Tradução livre do autor. Texto original: “Elle est forgée par des penseurs libéraux hostiles à l’accroissement des attributions de l’État, mais également critiques vis-à-vis d’une philosophie individualiste trop radicale. ÉMILE OLLIVIER, député républicain rallié à l’Empire après 1860, développa cette

Assim, percebe-se que, se a expressão *Estado de Bem-estar social* e expressões análogas são carregadas de um juízo de valor, ainda que implícito, favorável ao referido modelo ampliado de Estado, intervencionista, prestador de serviços e outorgador de prestações materiais, a expressão *Estado-providência*, a despeito de seu uso generalizado, vem marcada por uma crítica explícita ao mesmo modelo.

Assim, no presente trabalho, se preferirá a utilização da expressão *Estado Social*, por mais neutra e menos carregada de juízos valorativos, favoráveis ou avessos ao modelo em questão.

2. A Constitucionalização do Estado Social

3.1. O novo ciclo constitucional

Ivo Dantas recorre à definição de ciclos constitucionais de Giuseppe de Vergottini, segundo o qual estes “consistem em grupos de constituições relacionáveis a alguns tipos que condicionam o desenvolvimento das diversas experiências constitucionais”¹¹²

Trata-se, portanto, de ciclos ou séries de cartas constitucionais baseadas em *constituições-tipo*, vale dizer, inspiradas em constituições que serviram de modelo a outras, através do fenômeno da circulação de modelos e recepção de direito, também denominada imitação jurídica. A teoria dos ciclos constitucionais é relevante na medida em que destaca o caráter de determinadas Cartas constitucionais, bem como suas tendências evolutivas.¹¹³

A nota distintiva das constituições pertencentes ao ciclo em referência com relação às precedentes é a inclusão do *princípio da socialidade*, através da consagração, com variações, do modelo aqui genericamente denominado Estado Social, seja através da inclusão de cláusulas genéricas, seja através da consagração de direitos fundamentais sociais em espécie.¹¹⁴ Caracteriza-se o referido ciclo, portanto, pela passagem da *democracia política* à *democracia*

approche dans son *Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi relatif aux coalitions*. Critiquant la loi Le Chapelier de 1791 qui avait interdit les corporations, il estima que la conception de ce qu'il appelle le premier l'État-providence était liée à une philosophie sociale qui ne connaissait que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général. L'économiste ÉMILE LAURENT reprit ce thème avec vigueur, parlant de l'État 'érigé en une sorte de Providence'. »

¹¹² VERGOTTINI, Giuseppe de *apud* DANTAS, I. **Direito Constitucional Comparado: Teoria do Direito Comparado**. Introdução. Teoria. Metodologia. 2. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 248. Tradução livre do autor. Texto original: “consistono in raggruppamenti di costituzioni rapportabili ad alcuni tipi condizionanti lo sviluppo delle diverse sperienze costituzionali.”

¹¹³ DANTAS, I. *Idem*, p. 249.

¹¹⁴ Reitere-se que o conceito de Estado alargado aqui referido como Estado Social constitui um tipo ideal no sentido weberiano, donde decorrem as limitações conceituais decorrentes da generalização e da abstração e, neste caso particular, também das múltiplas facetas e diferentes modalidades de Estado Social implantadas em diferentes países, conforme já visto. São exemplos de cartas constitucionais que adotam o modelo do Estado Social pela consagração de direitos fundamentais sociais em espécie a Constituição de Weimar, de 1919 e a Constituição brasileira de 1988. Como exemplo de uma carta constitucional que prevê genericamente a cláusula do Estado Social, vem à memória a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949, como se verá com mais vagar adiante.

social, conforme observa Ivo Dantas¹¹⁵ – sem renúncia às conquistas da primeira. Segundo Canotilho, com base em Ernst-Wolfgang Böckenförde:

A realização da democracia económica, social e cultural é uma consequência política e lógico-material do princípio democrático (E. W. Böckenförde). Precisamente por isso, quase todos os estados europeus integraram, de uma forma ou de outra, o **princípio da socialidade** no núcleo firme do Estado Constitucional democrático.¹¹⁶

Os novos direitos sociais que inicialmente surgem em nível infraconstitucional, ainda no século XIX, regulando o mercado de trabalho e prevendo prestações sociais, passam a ser constitucionalizados ao longo do Século XX, em algumas manifestações vanguardistas como a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, inicialmente.

Tal tendência passa a ser regra no ciclo constitucional inaugurado após o final da Segunda Guerra Mundial. Nesse sentido, convém visitar o magistério de Jorge Miranda:

Para já, diga-se apenas que as Constituições donde arranca esta linha directriz são a mexicana de 1917 e, sobretudo, a alemã de 1919 (dita Constituição de Weimar) e que, entre as Constituições vigentes que a seguem, se contam a italiana de 1947, a alemã de 1949¹¹⁷, a portuguesa de 1976¹¹⁸, a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988.¹¹⁹

A constitucionalização generalizada de disposições de cunho social que ganha força no segundo pós-guerra, para além de içar os direitos sociais, até então em sua maioria infraconstitucionais, à condição de direitos fundamentais, o que será aprofundado no tópico sucessivo, acaba por significar, portanto, a constitucionalização do próprio modelo do Estado Social, cuja gênese foi historiada sucintamente em tópicos precedentes.¹²⁰ Conforme destaca Boaventura de Sousa Santos,

As constituições deixaram de ser a concepção de um Estado burocrático e de um sistema político apertadamente definido para se transformarem num terreno de

¹¹⁵ DANTAS, I. **Constituição & Processo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2007, p. 51.

¹¹⁶ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 199. No mesmo sentido, MIRANDA, J. Op. cit. p. 335.

¹¹⁷ Nesse sentido, acerca da ordem jurídico-constitucional alemã inaugurada com a Constituição de 1949, Konrad Hesse: “A ordem constitucional da República Federal deve ser aquela de um estado de direito social. Isso está no artigo 28, alínea 1, da Lei Fundamental, para os estados expressamente normalizado, para a federação pressuposto (‘... no sentido dessa Lei Fundamental...’); elementos essenciais circunscreve o artigo 20 da Lei Fundamental. E, mais adiante: “Característica decisiva da ordem estatal-jurídica da Lei Fundamental é, finalmente, que ela é a de um estado de direito ‘social’”. HESSE, K. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha** (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 157 e 169, respectivamente.

¹¹⁸ Canotilho ressalta, na Constituição portuguesa de 1976, além da influência da Constituição italiana de 1948 em matéria de direitos fundamentais sociais e económicos, a influência socialista: “Além destas influências do ‘constitucionalismo ocidental’, notam-se também inspirações de outros modelos como o das constituições socialistas dos ex-países comunistas (catálogo de direitos económicos, sociais e culturais). CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 199. No mesmo sentido, MIRANDA, J. Op. cit. p. 364.

¹¹⁹ MIRANDA, J. Idem, pp. 97-98.

¹²⁰ “A tecnicização e especialização crescente, a complicação das condições de vida na sociedade industrial moderna tornam necessárias intervenção, guia e configuração planificadora, pelo Estado, sempre mais ampla. Elas põem o Estado diante de tarefas novas, desconhecidas para ele até agora, e efetuam a penetração do Estado em âmbitos até agora deixados a cargo da auto-regulação; elas elevam o significado do Estado para a vida económica e social; elas aumentam a dependência do particular das repercussões da atividade estatal.” HESSE, K. Op. cit. p. 173.

intermediação e negociação entre interesses e valores sociais conflitantes. O resultado mais sintomático desta evolução foi o reconhecimento dos direitos sócio-económicos, a terceira geração de direitos humanos, segundo T. H. Marshall (1950).¹²¹

Tal novo modelo de Estado, correspondente à fase do dito *capitalismo organizado* que sucedeu ao *capitalismo liberal* e sua constitucionalização fez com que tal feição do estado passasse a gozar de prioridade sobre a política legislativa ordinária e sobre a política de governo quotidiana, em face da supremacia constitucional.¹²²

Assim, no presente ciclo, as cartas constitucionais passam a consagrar, portanto, para além de direitos e liberdades civis e políticos, direitos sociais, o que representa, ao fim e ao cabo, o advento dos *direitos fundamentais sociais*¹²³ o que, à toda evidência, colocou problemas constitucionais novos, como se verá.

3.2. O advento dos direitos fundamentais sociais (*Sozialen Grundrechte*).

Com a constitucionalização do modelo de Estado Social, os direitos que antes eram considerados simples direitos sociais ou direitos sociais ordinários passaram a integrar o grupo dos direitos fundamentais, ao lado dos direitos e liberdades clássicos (civis e políticos).¹²⁴

Trata-se aqui do advento de um novo modelo de direitos fundamentais, os direitos fundamentais sociais (*Sozialen Grundrechte*), cuja estrutura, significativamente diversa daquela dos direitos fundamentais clássicos, acaba por provocar uma revolução na concepção e na compreensão dos direitos fundamentais e, em última análise, do próprio Direito Constitucional.

Inicialmente, impõe-se uma incursão acerca do denominado carácter duplo dos direitos fundamentais, consagrado na dogmática jusfundamental contemporânea, para, em seguida, valendo-se das compreensões preliminares acerca dos direitos fundamentais, buscar compreender o alcance da elevação dos direitos sociais à categoria de direitos fundamentais.

Tal carácter duplo assenta-se em que na atualidade os direitos fundamentais são considerados, por um lado, como *direitos subjetivos do indivíduo* e, por outro, como *elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade*.¹²⁵

¹²¹ SANTOS, B. de S. Op. cit. p. 149.

¹²² Nesse sentido Hesse: “Os estabelecimentos de objetivos fixados jurídico-constitucionalmente obtém, com isso, primazia sobre estabelecimentos de objetivos políticos; nisso a liberdade conformadora do legislador é restringida”. HESSE, K. Op. cit. p. 171.

¹²³ Importante ressaltar que o direito, de *princípio legitimador* da dominação política estatal, na perspectiva da racionalidade jurídico-formal, conforme demonstrado por Max Weber, passa a ser *instrumento de legitimação*. Ou seja, nas palavras de Boaventura Santos, “enquanto o Estado liberal se legitimou através da racionalidade jurídico-formal do seu funcionamento, o Estado-providência procurou a sua legitimação no tipo de desenvolvimento económico e na forma de sociabilidade que julgava fomentar.” SANTOS, B. de S. Op. cit. p. 152. Assim verificou-se a instrumentalização do direito, que significou sua banalização, na ótica do autor lusitano. Ibidem.

¹²⁴ Conforme observa Canotilho, após à positivação dos outrora considerados direitos naturais do indivíduo segue-se sua constitucionalização. De acordo com o constitucionalista lusitano, não é suficiente qualquer positivação, sendo necessária sua inserção no sistema jurídico como *fundamental rights*, isto é, com preponderância nas fontes do direito, o que nada mais significa do que sua constitucionalização. CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 377.

Desse modo, no primeiro plano, como afirma Konrad Hesse, os direitos fundamentais (*Grundrechte*) constituem “direitos subjetivos, fundamentadores de *status*, os direitos fundamentais são *derechos básicos jurídico-constitucionais* do particular, como homem e como cidadão.”¹²⁶

Já no segundo plano, Hesse assevera que, como “elementos da ordem objetiva, determinante de *status*, limitadora de *status* e asseguradora de *status*, que inserem o particular na coletividade, os direitos fundamentais constituem bases da ordem jurídica da coletividade.”¹²⁷

José Joaquim Gomes Canotilho define os direitos fundamentais como “os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos elimitados espacio-temporalmente”¹²⁸, definição esta que possui o condão de ressaltar a historicidade de tais direitos.

Ingo Wolfgang Sarlet define os direitos fundamentais como sendo aqueles “reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado”¹²⁹, ressaltando, portanto, a dimensão do plano de positivação constitucional, outorgador da constitucionalidade formal e da nota fundamentalidade atribuída aos direitos constantes da Carta Política pelo Poder Constituinte.

Robert Alexy, por sua vez, define os direitos fundamentais como “posições tão importantes que sua outorga ou não outorga não pode restar nas mãos da simples maioria parlamentar”.¹³⁰ Tal conceito formal, apesar das críticas que lhe podem ser opostas, tem o condão de pôr em relevo a dimensão garantista da indisponibilidade dos direitos fundamentais pelo legislador ordinário.

Se se pode afirmar que a constitucionalização e conseqüente “fundamentalização” dos direitos sociais importa em que estes partilhem as características dos direitos fundamentais clássicos, como a supremacia e a fundamentalidade, é de rigor se reconhecer que tais direitos possuem estrutura diversa daqueles. Nesse sentido, é o magistério de Konrad Hesse, que observa que

Direitos de tal índole, como, por exemplo, o direito ao trabalho, a uma remuneração adequada ou o direito à habitação são, todavia, de estrutura totalmente diferentes como aquela dos direitos fundamentais clássicos. Eles não se deixam realizar já por ele serem organizados, respeitados e protegidos, senão pedem ações estatais para a realização do programa social contido neles, que requerem regularmente um tornar-se ativo não só do legislador, mas também da administração.¹³¹

¹²⁵ HESSE, K. Op. cit. p.228.

¹²⁶ HESSE, K. Idem, p. 232.

¹²⁷ HESSE, K. Idem, p. 239.

¹²⁸ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 393.

¹²⁹ SARLET, I. W. *A Eficácia* cit., p. 36.

¹³⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales* cit.,p. 432. Tradução livre do autor. Texto original: “posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar em manos de la simple mayoría parlamentaria.”

¹³¹ HESSE, K. Op. cit. p. 170.

Trata-se da mesma distinção de estrutura já referida no âmbito dos ditos direitos de defesa ou direitos a prestações em âmbito ordinário. No entanto a diferença agora resta introduzida em sede de direitos fundamentais, o que reclama, ao final, uma releitura do próprio Direito Constitucional.

O advento dessa nova categoria de direitos fundamentais – direitos sociais constitucionalizados – acaba por evidenciar os aspectos prestacionais e a necessária postura predominantemente ativa do Estado para a efetivação dos direitos. Ainda segundo Hesse,

(...) isso significa, que as *tarefas do Estado* não mais se esgotam na proteção, conservação, só ocasionalmente, intervenção. O Estado da Lei Fundamental é Estado que planifica, guia, presta, distribui, possibilita primeiro a vida individual como social e isso é posto para ele, pela fórmula do estado de direito social, por causa da Constituição, como tarefa.¹³²

Assim, tendo em vista desempenharem os direitos fundamentais diversificadas funções, no que se refere à maioria dos direitos fundamentais sociais e, particularmente, dos direitos sociais prestacionais, destaca-se a dimensão da função de prestação social.

Conforme observa José Joaquim Gomes Canotilho, os direitos a prestações “significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social).”¹³³

É exatamente tal diferença crucial entre os direitos fundamentais em geral e os direitos fundamentais sociais e sua relação de tensão para com o princípio democrático e para com a liberdade de conformação do legislador e do administrador que levarão, ao fim e ao cabo, à crise de inefetividade das disposições jusfundamentais sociais, a qual se encontra, em última análise, no centro do objeto do presente trabalho, através da *reserva do possível*.

Antes de se prosseguir com o estudo faz-se necessária a incursão na temática do advento dos direitos sociais ordinários e dos direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico brasileiro, através de um breve esboço histórico do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

¹³² HESSE, K. Idem, p. 175. Recordando-se, por relevante, que embora a Constituição da República Federal da Alemanha de 1949 não tenha incorporado um rol de direitos sociais, diferentemente da Constituição de Weimar de 1919, a doutrina e a jurisprudência constitucionais desenvolveram uma interpretação constitucional conducente ao reconhecimento de diversos direitos sociais, com base na cláusula do Estado de Direito Social (*Sozialstaatspostulat*) e da dignidade da pessoa, bem como dos direitos de liberdade, como se verá. Não obstante, os direitos fundamentais sociais são assegurados em diversas constituições alemãs estaduais da Federação alemã, como a da Baviera (art. 166 e ss.) e a de Hessen (art. 27 e ss.). HESSE, K. Idem, p. 170.

¹³³ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 408.

3.3. Os direitos sociais no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Cabe historiar, ainda que rapidamente, a existência de direitos sociais nas Constituições brasileiras, para melhor compreensão da feição da atual Carta Política no particular, através de uma interpretação histórico-constitucional adequada.

Constituição de 1824

A *Constituição Política do Império*, outorgada em 25.03.1824 representou, segundo Jorge Miranda, um compromisso entre as idéias liberais e a tradição monárquica européia.¹³⁴ Conforme historia Alessandra Gotti Bontempo, a Constituição do Império encontra-se informada pelo ciclo constitucional que se seguiu às grandes declarações de direitos do século XVIII, caracterizada, a um mesmo tempo, pela positivação dos direitos fundamentais e pela influência liberal.¹³⁵

Como observa a autora, “inspirada na experiência franco-americana do século XVIII, a Constituição de 1824 delineava um Estado genuinamente liberal”, pelo que, no se que se refere aos direitos e garantias previstos em seu Título 8º, no artigo 179, em trinta e cinco incisos, consagrava essencialmente direitos individuais para tutelar a liberdade, a propriedade e a segurança.¹³⁶ No dizer de Miranda, em tal carta, “o catálogo de direitos individuais era também idêntico aos das Constituições liberais.”¹³⁷

No que diz respeito aos direitos sociais, apesar de avançada para seu tempo, a Constituição Brasileira de 1824 foi parcimoniosa, prevendo apenas a *garantia aos socorros públicos* (art. 179, XXXI)¹³⁸, o direito de todos os cidadãos à *instrução primária gratuita* (art. 179, XXXII) e a *manutenção de colégios e universidades onde seriam ministrados os conhecimentos em ciências, belas artes e artes* (art. 179, XXXIV).¹³⁹

No que tange ao Direito do Trabalho, inexistia qualquer disposição constitucional regulamentando as relações capital-trabalho, segundo Amador Paes de Almeida.¹⁴⁰ No âmbito

¹³⁴ MIRANDA, J. Op. cit. p. 226.

¹³⁵ BONTEMPO, A. G. **Direitos Sociais**. Eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988. Curitiba: Juruá, 2008, p. 29.

¹³⁶ BONTEMPO, A. G. Idem, pp. 29-30.

¹³⁷ MIRANDA, J. Op. cit. p. 227.

¹³⁸ MARTINS, S. P. **Direito da Seguridade Social**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 32.

¹³⁹ BONTEMPO, A. G. Op. cit. pp. 31-32. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma: „Schon die monarchistische Verfassung von 1824, trotz ihrer vorwiegend liberalen Prägung, beinhaltete einige soziale Rechte, wie z.B. ein Recht auf soziale Unterstützung für Arme und ein Recht auf Erziehung.“ Ou seja, “Mesmo a Constituição Monárquica de 1824, não obstante seu caráter predominantemente liberal, incluía alguns direitos sociais, tais como, por exemplo, o direito de assistência dos necessitados e o direito à educação.” Tradução livre do autor. SARLET, I. W. Rechtsschutz und Soziale Rechte in Südamerika – ein Überblick, behandelt an einigen Beispielen. Disponível em: <<http://www.issa.int/pdf/initiative/reports/4Brasilien.pdf>>. Acesso em: 28.09.2008, p. 03, nota de rodapé n. 05.

¹⁴⁰ ALMEIDA, A. P. de. **CLT comentada**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 04. Segundo o autor excetua-se apenas uma disposição, consistente no art. 179, § 24, que “proclamava que nenhum gênero de trabalho podia ser proibido. Contudo, contraditoriamente, no § 25 do mesmo artigo, abolia as corporações de ofício,

infraconstitucional, poucas leis esparsas versaram sobre temas justralhistas, como, por exemplo, a concessão de férias anuais aos funcionários da Estrada de Ferro Central do Brasil, no ano de 1889.¹⁴¹

No período da vigência da Carta Política imperial, Sérgio Pinto Martins historia o surgimento do primeiro sistema de mutualismo no país, consistente no Montepio Geral dos Servidores do Estado – Mongeral, criado em 22.06.1835.¹⁴²

Historia o autor, ainda, as disposições do Código Comercial de 1850, assegurando aos trabalhadores a percepção dos vencimentos por até três meses em caso de acidente imprevisto e sem culpa que inabilitasse ao trabalho (art. 79), assim como o respectivo regulamento (Regulamento n. 737, de 25.11.1850), o Decreto n. 2.711, de 1860 (regulamentador do financiamento de montepios e de sociedades de socorros mútuos) e, por fim, os Decretos n. 3.397, de 24.11.1888 (instituidor da Caixa de Socorro para o pessoal das Estradas de Ferro do Estado), n. 9.212, de 26.03.1889 (instituidor do montepio obrigatório para os empregados dos Correios) e n. 10.269, de 20.07.1889 (estatuidor do fundo especial de pensões para trabalhadores das Oficinas da Imprensa Real).¹⁴³

Constituição de 1891

A *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, promulgada em 24.02.1891, acabou com o regime monárquico, instituiu o modelo da tripartição dos Poderes, afastando o Poder Moderador, instituiu o federalismo e o forma de governo presidencialista.¹⁴⁴

Os direitos e garantias fundamentais encontravam doravante seu assento no Título IV, Seção II da Carta Política, intitulada *Declaração de Direitos*, e nesta manteve-se a ênfase sobre a liberdade, a propriedade e a segurança já existente na Constituição precedente.¹⁴⁵

A despeito de alguns avanços em matéria de direitos e garantias fundamentais, como a inclusão do direito à livre associação, a previsão do direito à ampla defesa, a prescrição das

consagrando, de modo inequívoco, o liberalismo não intervencionista, proclamado pelos revolucionários franceses de 1789.” Ibid.

¹⁴¹ ALMEIDA, A. P. de. Ibidem. Conforme observa Maurício Godinho Delgado, “em país de formação colonial, de economia essencialmente agrícola, com um sistema econômico construído em torno da relação escravista de trabalho – como o Brasil até fins do século XIX –, não cabe se pesquisar a existência desse novo ramo jurídico [i.e., do Direito do Trabalho] enquanto não consolidadas as premissas mínimas para a afirmação socioeconômica da categoria básica do ramo justralhista, a relação de emprego.” DELGADO, M. G. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 105.

¹⁴² MARTINS, S. P. Op. cit. p. 32.

¹⁴³ MARTINS, S. P. Ibidem.

¹⁴⁴ BONTEMPO, A. G. Op. cit. pp. 34-35. Segundo Jorge Miranda, “a Constituição de 1891 adaptou ao Brasil o sistema constitucional de modelo norte-americano, à semelhança do que já tinham feito o México e a Argentina.” MIRANDA, J. Op. cit. p. 228.

¹⁴⁵ BONTEMPO, A. G. Op. cit. pp. 35-36. Sobre o particular, observa o constitucionalista lusitano Jorge Miranda: “Quanto aos direitos fundamentais (art. 72º), ressaltavam como fundamentos ideológicos uma maior exigência de igualitarismo jurídico-formal e tendências laicistas. O igualitarismo jurídico-formal traduzia-se num princípio de equiparação de direitos de brasileiros e estrangeiros (corpo do art. 72º) e na abolição das ordens honoríficas e dos títulos de realeza (§ 2º).” MIRANDA, J. Op. cit. p. 229.

penas de galés e banimento e da pena de morte, ressalvadas as disposições do direito militar de guerra, assim como a instituição do *habeas corpus*, no que se refere aos direitos sociais verificou-se um retrocesso, haja vista um aumento do caráter liberal da nova Carta, através da supressão das disposições do ordenamento constitucional precedente relativas aos socorros e à instrução públicos.¹⁴⁶

Igualmente ao que se verificou em relação à Constituição precedente, a Carta de 1891 não regulamentou as relações trabalhistas.¹⁴⁷ De forma semelhante ao panorama anterior, no que diz respeito à legislação infraconstitucional, apenas algumas iniciativas legislativas lograram êxito em regular as relações entre capital e trabalho, como, por exemplo, a Lei n. 1.637, de 05.01.1907, que criou a primeira legislação sindical rural do país.¹⁴⁸

São outros exemplos de legislação esparsa sobre a questão social o advento do Decreto n. 439, de 31.05.1890, que versava sobre a organização da assistência à “infância desvalida”, o Decreto n. 1.313, de 17.01.1891, regulamentador do trabalho do menor, o Decreto legislativo n. 1.637, de 05.01.1907, que facultava a criação de sindicatos e cooperativas. Na seara trabalhista, de se destacar, ainda, o estabelecimento de idade mínima para o trabalho – 12 anos – bem como a proibição de trabalho noturno e em minas para os menores, dentre outras disposições protetivas decorrentes da promulgação do Decreto n. 17.934-A, o “Código de menores”.¹⁴⁹ O Código Civil de 01.10.1916 – Lei n. 3.071 –, por sua vez, regulamentou, em seus artigos 1.216 a 1.247, os contratos de locação de serviços e de empreitada.¹⁵⁰

Ainda no que tange à legislação infraconstitucional, foi regulamentado o horário de trabalho dos comerciários e dos industriários, pelo Decreto n. 21.186, de 22.03.1932 e pelo Decreto n. 2.364, de 04.05.1932, respectivamente, assim como o foi regulamentado o trabalho das mulheres nos ramos da indústria e do comércio, pelo Decreto n. 21.417-A, de 17.05.1932 e, ainda, foram estabelecidas as férias para a categoria dos bancários, pelo Decreto n. 23.103, de 19.08.1933.¹⁵¹

Criaram-se o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (Decreto n. 19.443, de 26.11.1930), o Departamento Nacional do Trabalho (Decreto n. 19.671-A), as Comissões Mistas de Conciliação, com o Decreto n. 21.369, de 12.05.1932, e as Inspetorias Regionais do Trabalho, pelo Decreto n. 21.690, de 12.05.1932.¹⁵²

¹⁴⁶ BONTEMPO, A. G. Idem, pp. 36-37.

¹⁴⁷ ALMEIDA, A. P. de. Op. cit., p. 04.

¹⁴⁸ ALMEIDA, A. P. de. Ibidem. Trata-se, com efeito, de regime jurídico pertencente ao período denominado *fase de manifestações incipientes ou esparsas* da regulamentação justabalhista, conforme ensina Maurício Godinho Delgado, período este que se estende de 1888 (abolição da escravatura) a 1930. DELGADO, M. G. Op. cit. p. 106. Explica o autor: “É que prepondera [então] no Estado brasileiro uma concepção liberal e não intervencionista clássica, inibidora da atuação normativa heterônoma no mercado de trabalho.” DELGADO, M. G. Idem, p. 107.

¹⁴⁹ DELGADO, M. G. Idem, pp. 108-109. Godinho ainda sublinha a alteração da Lei de Falências pelo Decreto n. 5.746, de 09.12.1929, instituindo privilégio aos créditos de “prepostos, empregados e operários” em caso de concurso universal de credores. Idem, p. 109.

¹⁵⁰ ALMEIDA, A. P. de. Op. cit., p. 04.

¹⁵¹ DELGADO, M. G. Op. cit. p. 112.

¹⁵² ALMEIDA, A. P. de. Op. cit., p. 04. DELGADO, M. G. Op. cit. pp. 110-111.

No âmbito sindical, a legislação institui uma estrutura sindical oficial, informada pelo princípio da unicidade e compreendida em uma perspectiva de colaboradora para com o Estado (Decreto n. 19.770, de 19.03.1931).¹⁵³

Sérgio Pinto Martins historia a instituição de aposentadoria – até então chamada pensão – em benefício dos funcionários públicos apenas em caso de invalidez, inexistindo previsão de contribuição específica para o custeio (art. 75).¹⁵⁴

Sempre na esteira da doutrina de Martins, insta destacar uma regulamentação mais pormenorizada dos acidentes de trabalho, levada a cabo pelo Decreto-legislativo n. 3.724, de 15.01.1919 e, sobretudo, o advento da lei apelidada “Lei Eloy Chaves”.¹⁵⁵

Referido diploma legislativo (Decreto n. 4.682, de 24.01.1923) é reconhecido como sendo a primeira norma a instituir a previdência social no país, criando as Caixas de Aposentadorias e Pensões para os ferroviários em âmbito nacional, instituindo os benefícios da aposentadoria por invalidez, a dita aposentadoria ordinária (equivalente à antiga aposentadoria por tempo de serviço), pensão em caso de morte e assistência médica.¹⁵⁶

Segundo Martins, em face do caráter residual da proteção – ressaltando-se que a “Lei Eloy Chaves” restringia-se aos ferroviários, sendo posteriormente estendida aos empregados das empresas de serviços telegráficos e radiotelegráficos pela Lei n. 5.485 de 30.06.1928 – prosseguia o mutualismo, associando-se as pessoas por grupo profissional, através de cotizações, com vistas à formação de fundos para suportar os encargos oriundos da cobertura de determinados riscos.¹⁵⁷

Já de acordo com Maurício Godinho Delgado, “o sistema previdenciário, também de formação corporativa, vinculado às respectivas áreas profissionais e aos correspondentes sindicatos oficiais, começou a ser estruturado logo após 1930, do mesmo modo que as demais instituições do modelo justabalhista.”¹⁵⁸

O Decreto n. 19.497 de 17.12.1930 criou Caixas de Aposentadorias e Pensões para os empregados em serviços de força, luz e bondes, posteriormente estendidas a outros serviços públicos, tais quais telégrafos, água, portos e outros e cuja regulamentação foi reformulada pelo Decreto n. 20.465, de 01.10.1931. É Martins, ainda, quem observa a influência do modelo corporativista italiano a partir da década de 30 do Século XX:

Os Institutos e Pensões surgiram nos moldes italianos. Cada categoria profissional passava a ter um fundo próprio. Havia tríplice contribuição: do empregado, do empregador, do governo. A contribuição dos empregadores incidia sobre a folha de pagamentos. O Estado financiava o sistema por meio de uma taxa cobrada dos artigos importados. A gerência era exercida por um representante dos empregados, um

¹⁵³ DELGADO, M. G. Ibidem.

¹⁵⁴ MARTINS, S. P. Op. cit. p. 32.

¹⁵⁵ MARTINS, S. P. Ibidem.

¹⁵⁶ MARTINS, S. P. Op. cit. p. 33.

¹⁵⁷ MARTINS, S. P. Ibidem.

¹⁵⁸ DELGADO, M. G. Op. cit. p. 111.

representante dos empregadores e um do governo. Além dos benefícios de aposentadorias e pensões, o instituto prestava serviços de saúde, internação hospitalar e atendimento ambulatorial.¹⁵⁹

Outras inovações a destacar no período constitucional em comento é a criação do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos – IAPM pelo Decreto n. 22.872, de 29.06.1933, do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Comerciantes – IAPC com o Decreto n. 24.273 de 22.05.1934 e, por fim, a criação do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Bancários – IAPB, através do Decreto n. 24.615, de 09.06.1934.¹⁶⁰

Constituição de 1934¹⁶¹

A *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, promulgada em 16.07.1934 é apontada como aquela que promove a ruptura com o modelo de Estado liberal, adotando pela primeira vez um modelo de Estado Social no Brasil, sob influência, notadamente, da Constituição mexicana de 1917¹⁶², da Constituição de Weimar, de 1919¹⁶³, e da Constituição espanhola de 1931.¹⁶⁴ Segundo Jorge Miranda

A Constituição de 1934 consagrou a justiça eleitoral (criada em 1932), reforçou os poderes do Congresso (em especial, da Câmara dos Deputados, eleita pelo povo e pelas organizações profissionais); previu formas de intervenção do Estado na economia e direitos sociais, na linha da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar; introduziu o mandado de segurança, para garantia de direitos certos e incontestáveis contra actos inconstitucionais ou ilegais.¹⁶⁵

É, portanto, com a Constituição de 1934 que se dá a *constitucionalização dos direitos sociais*, pois, conforme observa Alessandra Gotti Bontempo, é ela que acrescenta aos direitos e

¹⁵⁹ MARTINS, S. P. Op. cit. p. 33.

¹⁶⁰ MARTINS, S. P. Op. cit. p. 34. DELGADO, M. G. Op. cit. p. 111.

¹⁶¹ De se consignar que a Constituição de 1934 sequer chega a efetivamente entrar em vigor, sendo revogada por Getúlio Vargas em 1937, com a promulgação da Carta Constitucional em 10 de novembro daquele mesmo ano. SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 84.

¹⁶² Conforme ensina Amador Paes de Almeida, “a 31 de janeiro de 1917 a Constituição mexicana estabelecia, pela primeira vez, normas constitucionais de proteção do trabalhador, limitando a jornada diária em oito horas, vedando o trabalho insalubre às mulheres e aos menores de dezesseis anos. Estabelecia, como predecessor do repouso semanal remunerado, um dia de descanso, para cada seis dias de trabalho. Assegurava à gestante, nos três meses anteriores ao parto, trabalho que não exigisse considerável esforço físico. E pioneiramente estabelecia o salário mínimo vital à sobrevivência do trabalhador.” ALMEIDA, A. P. de. Op. cit. p. 03.

¹⁶³ Ainda Amador Paes de Almeida: “Segue-se-lhe a Constituição de *Weimar*, de 11-8-1919, que colocava o trabalho sob a proteção do Estado, assegurando liberdade de associação para a defesa e melhoria das condições de vida do trabalhador. Instituiu, outrossim, um sistema de seguro de vida para a proteção à maternidade e previdência contra as consequências econômicas da viuvez, da velhice, da invalidez e dos acidentes, proclamando, outrossim, que a todo trabalhador dar-se-ia a oportunidade de adquirir, mediante seu trabalho, o necessário à subsistência.” ALMEIDA, A. P. de. Ibidem. (itálicos do original).

¹⁶⁴ BONTEMPO, A. G. Op. cit. pp. 38-39.

¹⁶⁵ MIRANDA, J. Op. cit. p. 232.

garantias fundamentais clássicos, contemplados em seu Título III, a declaração de direitos, os novos direitos sociais, contidos no Título IV, intitulado “Da Ordem Econômica e Social.”¹⁶⁶

O artigo 113 da nova Carta contemplava, já em seu *caput*, de maneira inovadora, o *direito à subsistência*, dispondo o inciso 34 que seria garantido a todos o direito de prover sua subsistência por meio do trabalho honesto, bem como o amparo do Estado em relação aos que se encontrassem em situação de indigência.¹⁶⁷

É nessa Carta, ainda, que surge a relativização do clássico direito de propriedade, que passava a se subordinar ao interesse social ou coletivo, na dicção do art. 113 (17), ficando a ordem econômica subordinada aos princípios da justiça e da existência digna.¹⁶⁸

Foi ainda a Constituição de 1934 que, pela primeira vez, constitucionalizou plúrimas disposições justralhistas em seu artigo 121. Dispôs, outrossim, acerca do amparo a ser conferido pelos entes federativos – União, estados e municípios – aos desvalidos.¹⁶⁹ Inscreve-se a carta no ciclo referido como o de *institucionalização ou oficialização do Direito do Trabalho*, segundo Delgado.¹⁷⁰

O parágrafo 1º do art. 121 da Carta Política de 1934 instituiu o salário mínimo “capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador”. A Carta estabeleceu ainda a jornada laboral de oito horas diárias, o repouso semanal remunerado e as férias anuais remuneradas, assim como criou a Justiça do Trabalho, em seu artigo 122¹⁷¹, inicialmente integrante do Poder Executivo.

A Carta Política em comento estabeleceu o custeio do amparo à maternidade e à infância por um por cento das rendas tributárias dos três entes da Federação, tornando-o obrigatório em todo o território nacional (art. 141). Dispôs, ainda, acerca do direito de todos à educação (art. 149), bem como vinculou receitas da União, dos estados e dos municípios (dez por cento da renda oriunda de impostos, no caso da primeira, e vinte por cento, no caso dos estados, no mínimo) ao desenvolvimento da educação, bem como a vinculação de vinte por cento das verbas destinadas à educação ao desenvolvimento de programas na zona rural (art. 156 e parágrafo único).¹⁷²

¹⁶⁶ BONTEMPO, A. G. Idem, p. 40. Segundo Bontempo: “Sob a inspiração da ‘Quinta Seção – A Vida Econômica’, da Constituição de Weimar, a Constituição de 1934 estabeleceu, pela primeira vez na história constitucional brasileira, um título especial sobre a ordem econômica e social. O primeiro artigo deste Título (art. 115) transcrevia quase que literalmente o art. 151 da Constituição alemã de 1919, subordinando a ordem econômica ao princípio da justiça e da existência digna.” Ibid.

¹⁶⁷ BONTEMPO, A. G. Ibidem.

¹⁶⁸ BONTEMPO, A. G. Ibidem.

¹⁶⁹ BONTEMPO, A. G. Idem, pp. 40-41.

¹⁷⁰ DELGADO, M. G. Op. cit. p. 109. O autor contextualiza o início da referida fase: “O Estado largamente intervencionista que ora se forma estende sua atuação também à área da chamada *questão social*. Nesta área implementa um vasto e profundo conjunto de ações diversificadas, mas nitidamente combinadas: de um lado, através de rigorosa repressão sobre quaisquer manifestações autonomistas do movimento operário; de outro lado, através de minuciosa legislação instaurando um novo e abrangente modelo de organização do sistema justralhista, estreitamente controlado pelo Estado.” DELGADO, M. G. Idem, p. 110.

¹⁷¹ ALMEIDA, A. P. de. Op. cit., pp. 04-05.

¹⁷² BONTEMPO, A. G. Op. cit. pp. 41.

Afetou parte do patrimônio da União, Estados e Distrito Federal aos fundos de educação, cuja manutenção visaria a outorga de auxílios a alunos necessitados, consistentes em material escolar, bolsas, assistência alimentar, assim como médica e odontológica (art. 157 § 2º).¹⁷³

A Constituição de 1934 estabeleceu a obrigatoriedade de toda empresa, industrial ou agrícola com mais de cinquenta empregados proporcionar-lhes ensino primário gratuito (art. 139). Previu, ainda, a assistência judiciária para os necessitados, em seu artigo 113 (32).¹⁷⁴

Segundo Sérgio Pinto Martins, a Carta Política de 1934 já adotava a forma tríplice de custeio da seguridade social, em seu artigo 121, § 1º, alínea *h*, bem como as contribuições obrigatórias.¹⁷⁵

Em matéria de aposentadoria, a Lei Fundamental de 1934 estabelecia aposentadoria compulsória para funcionários públicos aos 68 anos de idade, aposentadoria por invalidez integral para funcionários públicos com mais de trinta anos de trabalho, benefícios integrais para o funcionário público vitimado por acidente de trabalho.¹⁷⁶ Insta rememorar, no entanto, com Alessandra Gotti Bontempo, que

Não obstante todas essas abundantes e importantes inovações que representaram um marco na história constitucional brasileira, a Constituição de 1934 teve vida curta, em razão do agravamento das condições políticas do País, principalmente com a aproximação da sucessão presidencial, tendo sido logo tolhida pelo golpe de Estado de 10.11.1937.¹⁷⁷

É, portanto, tal nova ordem constitucional e os regressos em matéria social por ela promovidos que se deve abordar no item sucessivo.

Constituição de 1937

A *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, outorgada em 10.11.1937, alcunhada “Polaca”, por sua franca inspiração na Constituição da Polônia de 1935, ostentava um caráter autoritário, encontrando-se influenciada pelo pensamento facista e nacionalista, fortalecendo o Poder Executivo e restringindo as prerrogativas do Legislativo.¹⁷⁸

Os direitos e garantias fundamentais sofreram um significativo retrocesso, sendo abolidas do texto constitucional as disposições que estabeleciam o princípio da legalidade, o princípio da irretroatividade legislativa, o mandado de segurança e a ação popular (ambos

¹⁷³ BONTEMPO, A. G. Ibidem.

¹⁷⁴ BONTEMPO, A. G. Ibidem.

¹⁷⁵ MARTINS, S. P. Op. cit. p. 34.

¹⁷⁶ MARTINS, S. P. Ibidem.

¹⁷⁷ BONTEMPO, A. G. Op. cit. p. 42.

¹⁷⁸ BONTEMPO, A. G. Op. cit. p. 43.

instituídos pela Constituição de 1934), e ainda deixando de prever “ao lado dos direitos de liberdade, segurança e propriedade, o direito à subsistência.”¹⁷⁹

A nova carta constitucional não apresentou avanço, mas sim retrocesso, como já asseverado, em matéria previdenciária, comparativamente às anteriores, segundo Sérgio Pinto Martins.¹⁸⁰

Além disso, a Lei Fundamental de 1937 condicionou o exercício dos direitos e garantias fundamentais ao bem público e às necessidades de defesa, bem-estar, paz e ordem coletiva, assim como à segurança do Estado.¹⁸¹

Os direitos do trabalhador foram mantidos, *grosso modo* (art. 137), constituindo inovações a previsão de remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, bem como a instituir o dever de as associações de trabalhadores assistirem seus membros naquilo que diz respeito aos procedimentos judiciais ou administrativos referentes a seguros acidentários ou sociais.¹⁸² Alessandra Gotti Bontempo observa que a Carta de 1937

(...) relativamente ao direito do trabalho, previsto no verbete “Da Ordem Econômica”, estabeleceu no art. 136, que o trabalho é um dever social, enunciando que o trabalho intelectual, técnico e manual tem o mesmo direito à proteção e solicitude especiais do Estado. Previu, ainda, no mesmo artigo, que a todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto, e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.¹⁸³

Quanto ao direito de associação e sindicalização, o restringiu aos sindicatos reconhecidos pelo Estado, bem como, quanto ao direito de greve, o proscreveu, atribuindo-lhe a pecha de recurso anti-social nocivo ao trabalho e ao capital, incompatível, de resto, com os “superiores interesses de produção nacional” (arts. 137, 138 e 139).¹⁸⁴

No âmbito da legislação infraconstitucional, da máxima importância destacar no período constitucional em comento o advento da Consolidação das Leis Trabalhistas, através do Decreto-lei n. 5.452, de 01.05.1943.¹⁸⁵

Manteve a Carta de 1937, de modo geral, o direito à educação primária e o estímulo ao desenvolvimento artístico e científico (art. 130), e previu a outorga de cuidados e garantias

¹⁷⁹ BONTEMPO, A. G. Ibidem.

¹⁸⁰ MARTINS, S. P. Op. cit. p. 35.

¹⁸¹ BONTEMPO, A. G. Op. cit. p. 44.

¹⁸² MARTINS, S. P. Op. cit. p. 35. BONTEMPO, A. G. Op. cit. p. 44.

¹⁸³ BONTEMPO, A. G. Ibidem. No mesmo sentido ALMEIDA, A. P. de. Op. cit. p. 05.

¹⁸⁴ ALMEIDA, A. P. de. Ibidem. BONTEMPO, A. G. Op. cit. p. 44.

¹⁸⁵ ALMEIDA, A. P. de. Op. cit. p. 05. DELGADO, M. G. Op. cit. p. 112: “O modelo justralhista então estruturado reuniu-se, anos após, em um único diploma normativo, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452, de 1.5.1943). Embora o nome reverenciasse a obra legislativa anterior (*consolidação*), a CLT, na verdade, também alterou e ampliou a legislação trabalhista existente, assumindo, desse modo, a natureza própria a um *código do trabalho*. (itálicos do original).

especiais em relação à infância e à juventude (art. 127).¹⁸⁶ De se ressaltar, porém, que, conforme observa Alessandra Gotti Bontempo

A Constituição de 1937, todavia, nunca chegou a ser propriamente aplicada. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta, pois, dependia, nos termos do art. 187, para que entrasse em vigor, da realização de um plebiscito que nunca chegou a ser realizado. Houve ditadura pura e simples, sem programa, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos de uma única pessoa – Getúlio Vargas.¹⁸⁷

Constituição de 1946

A *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, promulgada em 18.09.1946, marcou a reconstitucionalização e redemocratização do país, influenciada pelo ambiente político internacional nascido com o fim da Segunda Guerra Mundial e com a derrota do nazi-fascismo.¹⁸⁸

Tal Carta Constitucional, de caráter republicano, federativo e democrático, pôs fim ao Estado autoritário, representando, em certa medida, um retorno ao modelo instituído com a efêmera Constituição de 1934.¹⁸⁹ Segundo Alessandra Gotti Bontempo

No campo dos direitos sociais e garantias fundamentais, disciplinados no Título IV – Da Declaração de Direitos, a Constituição de 1946 retomou o rol já constante da Constituição de 1934, conjugando os direitos civis e políticos aos econômicos, sociais e culturais.¹⁹⁰

Portanto, no que diz respeito aos direitos sociais, a Constituição de 1946 seguiu a tradição de Weimar, dando proeminência ao social, ampliando o constitucionalismo social com vistas ao fortalecimento e à legitimação das instituições e ao incremento da democracia. O novo texto constitucional buscou fazê-lo através de uma conciliação entre os princípios da livre-iniciativa e da justiça social, no seio de seu Título V, que tratava da “Ordem Econômica e Social”.¹⁹¹

Direitos trabalhistas e previdenciários foram assegurados na nova ordem constitucional (art. 157)¹⁹², sendo novidades a participação dos trabalhadores nos lucros (“nos termos da lei”), o seguro obrigatório contra acidentes de trabalho, pelo empregador¹⁹³, e na consagração

¹⁸⁶ BONTEMPO, A. G. Op. cit. p. 44.

¹⁸⁷ BONTEMPO, A. G. Op. cit. p. 45. Martins narra a pretensão de se instituir, sob a égide da Constituição de 1937, por meio do Decreto n. 7.526, de 07.05.1945, o Instituto de Seguros Sociais do Brasil – ISSB, uma instituição única de previdência social nacional, unificando os recursos existentes em um único fundo, o qual nunca foi implementado na prática. MARTINS, S. P. Op. cit. p. 35.

¹⁸⁸ BONTEMPO, A. G. Op. cit. p. 46.

¹⁸⁹ BONTEMPO, A. G. Idem. p. 47. Nesse sentido, Miranda: “A Constituição de 1946 retomou o rumo da de 1934, conjugando a democracia liberal e a institucionalização dos partidos com aquisições sociais (como o direito de greve e a participação dos trabalhadores nos lucros das empresas). MIRANDA, J. Op. cit. p. 232.

¹⁹⁰ BONTEMPO, A. G. Op. cit. p. 47.

¹⁹¹ BONTEMPO, A. G. Idem. pp. 48-49.

¹⁹² MARTINS, S. P. Op. cit. p. 35.

¹⁹³ MARTINS, S. P. Idem, p. 36.

constitucional, pela primeira vez, do direito de greve (art. 158). Tratava, ainda, em seu Título VI, da família, educação e cultura.¹⁹⁴

A Constituição de 1946, em seu artigo 94, içou a Justiça do Trabalho, até então integrante do Poder Executivo, à condição de órgão do Poder Judiciário, reafirmando o poder normativo de tal justiça especializada, já consagrado na legislação infraconstitucional.¹⁹⁵

De se destacar que sob a égide da Carta Política de 1946 o sistema assistencial foi padronizado pela Lei n. 3.807, de 26.08.1960, a Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, a qual “ampliou os benefícios, tendo surgido vários auxílios, como: auxílio-natalidade, auxílio-funeral, auxílio-reclusão, e ainda estendeu a área de assistência social a outras categorias profissionais.”¹⁹⁶

Ainda são merecedoras de nota a Lei n. 3.841, de 15.12.1960 (contagem recíproca), a Lei n. 4.214, de 02.03.1963 (instituidora do Fundo de Assistência do Trabalhador Rural), a Lei n. 4.266, de 03.10.1963 (criadora do benefício do Salário-família), a Emenda Constitucional n. 11, de 31.03.1965 (introdução do princípio da precedência da fonte de custeio) e, finalmente, o Decreto-lei n. 72, de 21.11.1966, que, unificando os institutos de aposentadorias e pensões até então existentes e centralizando a organização previdenciária criou o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, implantado em 02.01.1967.¹⁹⁷

Constituição de 1967

A *Constituição do Brasil*, promulgada em 24.01.1967, é fruto da ordem instaurada por ocasião do golpe militar havido no Brasil em 1964, tendo sido parcialmente suspensa a Constituição de 1946 pelo Ato Institucional n. 1, de 09.04.1964. A Carta de 1967, promulgada em 24.01.1967, entrou em vigor em 15.03.1967.¹⁹⁸

Tal Carta Política foi significativamente influenciada pela de 1937, notadamente no que concerne à doutrina da segurança nacional, que vigia como um valor supraconstitucional de exceção. Caracterizou-se pela concentração e centralização do poder, com a prevalência do Executivo e a redução de competências estaduais e municipais.¹⁹⁹

Os direitos individuais sofreram uma significativa relativização, em virtude da previsão, contida no art. 151 da nova Carta, no sentido de que o “abuso” do direito de livre-manifestação do pensamento, do exercício de qualquer profissão, da liberdade de reunião e da liberdade de

¹⁹⁴ BONTEMPO, A. G. Op. cit. p. 49.

¹⁹⁵ ALMEIDA, A. P. de. Op. cit. p. 06.

¹⁹⁶ MARTINS, S. P. Op. cit. p. 36.

¹⁹⁷ MARTINS, S. P. Idem, pp. 36-37.

¹⁹⁸ MARTINS, S. P. Idem, p. 37. BONTEMPO, A. G. Op. cit. p. 51.

¹⁹⁹ BONTEMPO, A. G. Idem, p. 52. A concentração de poder conheceu seu ápice com a edição do Ato Institucional n. 5, em 13.12.1968. BONTEMPO, A. G. Idem, p. 53.

associação, assim como dos direitos políticos, com vistas a “atentar contra a ordem democrática”, importaria em suspensão dos direitos políticos, de dois a dez anos.²⁰⁰

Conforme observa Amador Paes de Almeida, a prevalência dos atos da “revolução” significou reiteradas intervenções nas entidades sindicais, com forte inibição dos pleitos por melhorias trabalhistas e das greves, combatidas freqüentemente com o uso do aparato repressivo policial. Limitou-se, ainda, o poder normativo da Justiça do Trabalho, condicionando-o à observância da “política salarial do governo”.²⁰¹ Segundo Alessandra Bontempo

A ordem econômica e social, disciplinada no Título III da Constituição de 1967, recebeu um tratamento mais liberal, restringindo as hipóteses de intervenção no domínio econômico. Inovou, porém, ao possibilitar a desapropriação, mediante pagamento de prévia e justa indenização por títulos da dívida pública, para fins de reforma agrária.²⁰²

Por outro lado, conforme observa a autora, o art. 158 da nova Constituição ampliou o elenco dos direitos dos trabalhadores, garantindo o salário-família a ser pago aos seus dependentes, prevendo colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e repouso a serem mantidas pela União (!), e a aposentadoria com proventos integrais para a mulher aos 30 anos de trabalho.²⁰³ Manteve o direito à educação (arts. 167 § 4º, 168, *caput* e § 1º e 170), o incentivo à pesquisa científica e tecnológica e o amparo à cultura (arts. 171, parágrafo único e 172).

Com a edição, em 13.12.1968, do Ato Institucional n. 05, os direitos e garantias fundamentais experimentaram um significativo revés, eis que o mesmo possibilitava ao governo a suspensão de garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, suspendia a garantia do *habeas corpus* em casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular, excluindo, ainda, da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados com base nele e outros atos complementares (arts. 6º, 10 e 11).

Em matéria previdenciária não houve inovações significativas pela Constituição de 1967, repetindo seu artigo 158 o art. 157 da Carta Política anterior. De se destacar apenas a previsão de repouso remunerado à gestante, anterior e ulterior ao parto (inciso XI) e a previsão do seguro-desemprego (inciso XVI), ulteriormente regulamentado pela Lei n. 4.923 de 1965 com a denominação auxílio-desemprego.²⁰⁴

No que se refere à legislação infraconstitucional do período, de se destacar a integração do seguro de acidente de trabalho no sistema previdenciário, levada a cabo pela Lei n. 5.316, de 14.09.1967, a extensão da previdência social ao trabalhador rural, feita pelo Decreto-lei n. 564,

²⁰⁰ BONTEMPO, A. G. *Idem*, p. 52.

²⁰¹ ALMEIDA, Amador Paes de... p. 06.

²⁰² BONTEMPO, A. G. *Op. cit.* p. 52.

²⁰³ BONTEMPO, A. G. *Idem*, p. 53.

²⁰⁴ MARTINS, S. P. *Op. cit.* p. 37.

de 01.05.1969, e a ulterior complementação e ampliação do Plano Básico de Previdência Social Rural, efetivada pelo Decreto-lei n. 704, de 24.07.1969.²⁰⁵

Emenda Constitucional n. 1, de 1969.

A *Emenda Constitucional n. 01* de 17.10.1969 é interpretada por parte considerável da doutrina constitucionalista uma Carta Constitucional, verdadeira expressão do Poder Constituinte originário, haja vista não ter respeitado os limites traçados pela Constituição de 1967.²⁰⁶

Sua origem castrense, eis que consistia em fruto da ditadura militar então instaurada no país, teve por consequência que a Carta aportasse inúmeras restrições a direitos civis e políticos e, embora não tenha tido maiores repercussões sobre os direitos sociais, reduziu o grau de intervenção do Estado na economia.²⁰⁷

A previdência social e o direito do trabalho foram regulados pelo artigo 165 da nova Constituição, o qual praticamente repetia o disposto sobre a matéria pela Constituição de 1967, segundo Martins.²⁰⁸

A Emenda n. 01 de 1969 manteve o condicionamento do poder normativo da justiça especializada laboral à política salarial governamental, instaurado com a Carta de 1967, bem como consagrou, embora apenas nominal e simbolicamente, o direito de greve, cujo exercício restava obstaculizado em virtude da normativa draconiana que o regulava.²⁰⁹

De se destacar, no período constitucional em referência, o advento da Emenda Constitucional n. 11, de 25.05.1971, que introduziu no ordenamento jurídico-constitucional pátrio a aposentadoria integral para o magistério aos 30 e 25 anos de exercício efetivo, para homens e mulheres, respectivamente.²¹⁰

Também merecem destaque a inclusão dos empregados domésticos na categoria de segurados obrigatórios da Previdência Social, o que foi feito pela Lei n. 5.859, de 08.07.1973, a criação do benefício previdenciário do salário-maternidade pela Lei n. 6.136, de 07.11.1974, a criação do benefício do amparo aos maiores de 70 anos ou inválidos pela Lei n. 6.179, de 11.12.1974, o estabelecimento da contagem recíproca de tempo de serviço em relação ao serviço público federal e atividade privada pela Lei n. 6.226, de 14.07.1975, a instituição de benefícios previdenciários para trabalhadores rurais e seus dependentes pela Lei n. 6.260, de

²⁰⁵ MARTINS, S. P. Ibidem.

²⁰⁶ BONTEMPO, A. G. Op. cit. p. 54. MIRANDA, J. Op. cit. pp. 232-233.

²⁰⁷ BONTEMPO, A. G. Op. cit. p. 58.

²⁰⁸ MARTINS, S. P. Op. cit. p. 37.

²⁰⁹ ALMEIDA, A. P. de. Op. cit. p. 06.

²¹⁰ MARTINS, S. P. Op. cit. p. 38.

06.11.1975 e a instituição do seguro-desemprego, pelo Decreto-lei n. 2.283, de 27.02.1986, dentre outras inovações.²¹¹

Constituição de 1988

A *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada pela Assembléia Nacional Constituinte em 05.10.1988 representou o ápice do novo processo de redemocratização do país.²¹²

No Título I da nova Carta, intitulado *Dos Princípios Fundamentais*, composto de quatro artigos (1º a 4º), estabelece a Constituição vigente que são fundamentos da República, dentre outros, a dignidade da pessoa (art. 1º, III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), assim como institui como finalidades da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), e ainda a promoção do bem de todos, sem discriminação (art. 3º, IV).²¹³

Ainda no Título I, institui como princípio regente das relações internacionais do país, dentre outros, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), a autodeterminação dos povos (art. 4º, III), bem como a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, IX).²¹⁴ Ressalta Jorge Miranda que “diversamente de todas as anteriores Constituições, a de 1988 ocupa-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação às demais matérias.”²¹⁵

O longo rol de direitos e garantias fundamentais da Carta Política de 1988 inicia-se em seu artigo 5º, o qual conta, atualmente, com setenta e oito incisos, prolongando-se as disposições jusfundamentais para os artigos 6º, que versa sobre direitos sociais, e 7º, que versa sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais em seus trinta e quatro incisos.²¹⁶

²¹¹ MARTINS, S. P. Idem, p. 38-39. Evidentemente merecem destaque as alterações promovidas pela Lei n. 6.439, de 01.07.1977, instituidora do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS, constituído da integração das atividades da previdência social, da assistência médica e da assistência social, através dos seguintes órgãos componentes: Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, a Fundação Legião Brasileira de Assistência – LBA, a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM, a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social – DATAPREV, o Instituto de Administração Financeira da Previdência Social – IAPAS e, finalmente, a Central de Medicamentos – CEME. MARTINS, S. P. Idem, p. 39.

²¹² BONTEMPO, A. G. Op. cit. p. 59. Sobre as semelhanças entre a Constituição brasileira de 1988 e a Constituição lusitana de 1976, Jorge Miranda: “Em contrapartida, ultrapassando o autoritarismo, as Constituições actuais de ambos os países – a de 1976 em Portugal e a de 1988 no Brasil – apresentam muitos traços em comum: a extensão das matérias de relevância constitucional, o cuidado posto na garantia dos direitos de liberdade, a promessa de numerosos direitos sociais, a descentralização, a abundância das normas programáticas.” MIRANDA, J. Op. cit. p. 225.

²¹³ MIRANDA, J. Idem, p. 234. BONTEMPO, A. G. Op. cit. pp. 62-63.

²¹⁴ BONTEMPO, A. G. Idem, p. 63.

²¹⁵ MIRANDA, J. Op. cit. p. 235. No mesmo sentido, Alessandra Bontempo: “a Constituição de 1988 privilegia a temática dos direitos e garantias fundamentais, inserindo-os, ao contrário das constituições anteriores, logo no início da Carta (...) além de inclui-los dentre as cláusulas pétreas, isto é, dentre o núcleo imodificável da Constituição.” BONTEMPO, A. G. Ibidem.

²¹⁶ BONTEMPO, A. G. Idem, p. 63 e seguintes. MIRANDA, J. Op. cit. p. 235.

Consagra a liberdade de organização profissional e sindical em seu artigo 8º, assegura o direito de greve em seu artigo 9º, bem como a representação dos trabalhadores e empregadores em órgãos colegiados públicos que discutam ou deliberem acerca de seus interesses profissionais e previdenciários, no artigo 10, bem como a eleição de representante dos empregados nas empresas com mais de 200 assalariados em seu artigo 11. Sobre o tema dos direitos sociais fundamentais da Constituição brasileira de 1988, observa Jorge Miranda que

Os direitos sociais abrangem tanto a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desempregados como os direitos dos trabalhadores atinentes à segurança do emprego, ao salário, à associação sindical, à greve e à participação (arts. 6º a 11º).²¹⁷

Alessandra Gotti Bontempo, por sua vez, destaca que

Ao conjugar direitos civis e políticos aos direitos econômicos, sociais e culturais, a Carta de 1988 endossa a concepção contemporânea de direitos humanos, demarcada pela Declaração Universal de 1948, e reafirmada pela Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, acolhendo, por conseguinte, o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade.²¹⁸

Do conjunto das disposições constitucionais jusfundamentais depreende-se a adoção, pelo Poder Constituinte originário, de um modelo de Estado Social, nas palavras de Bontempo “necessariamente intervencionista e planejador, com objetivos expressos de realizar a promoção da justiça social no País”, de caráter nitidamente dirigente.²¹⁹ Nesse sentido, constata Luciano Benetti Timm que

Não há como negar que a Constituição obriga a implementação pelo Estado de direitos sociais de natureza fundamental como educação, saúde e mesmo um certo grau de assistencialismo social. Nem poderia ser diferente diante da preocupação do constituinte com a justiça social e da adoção de um modelo social de Estado (*Welfare State*).²²⁰

De se repisar que o Constituinte de 1988, cioso da necessidade de propiciar meios de efetivação do modelo de Estado Social constitucionalmente delineado e da histórica síndrome de ineficácia das disposições jusfundamentais sociais contidas em Cartas Constitucionais anteriores, como as de 1934 e 1946, em face da ausência de previsão de tais mecanismos, instituiu novos instrumentos, como o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.²²¹

²¹⁷ MIRANDA, J. Ibidem.

²¹⁸ BONTEMPO, A. G. Op. cit. p. 64. Os argumentos da interdependência e da indivisibilidade serão aprofundados adiante.

²¹⁹ BONTEMPO, A. G. Op. cit. p. 66.

²²⁰ TIMM, L. B. Op. cit. p. 61.

²²¹ BONTEMPO, A. G. Op. cit. pp. 66-67.

Além dos direitos sociais elencados dos artigos 6º a 11, a matéria encontra disposições importantes nos Títulos VII e VIII da Carta Política, a versarem, respectivamente, sobre a *ordem econômica e financeira* e sobre a *ordem social*.²²²

Detendo-se com atenção um pouco maior no art. 6º, de se frisar que o mesmo contempla, como direitos sociais, o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade, a proteção à infância e a assistência aos desamparados.²²³

Particularmente relevantes, no particular, são as disposições constantes no Título VIII, disciplinador da ordem social, notadamente aquelas insertas no Capítulo II, voltado à seguridade social, no Capítulo III, dedicado à educação, à cultura e ao desporto e no Capítulo VII, dedicado à temática da família, da criança, do adolescente e do idoso.²²⁴

No âmbito das disposições constitucionais justralhistas, a Constituição Federal de 1988 trouxe significativas inovações, merecendo destaque a garantia do salário mínimo familiar, a garantia da irredutibilidade salarial, o adicional de cinquenta por cento sobre o valor da hora normal para remuneração do trabalho noturno, licença estável e remunerada à gestante de 120 dias, décimo terceiro salário integral, redução da carga horária semanal para 44 horas, redução da jornada diária de 8 para 6 horas, na hipótese de trabalho desenvolvido em regime de turnos ininterruptos de revezamento, elevação da prescrição dos créditos trabalhistas para cinco anos, extinção da estabilidade empregatícia, já substituída pelo regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, dentre outras alterações.²²⁵

No que se refere à questão sindical, houve progresso significativo, consistente na introdução, pela nova ordem constitucional, do princípio da liberdade sindical, conforme disposição contida no inciso I do artigo 8º da nova Carta, bem como pela valorização da atuação sindical e da negociação coletiva.²²⁶

Maurício Godinho Delgado destaca, ainda, dentre as inovações e os traços marcantes da nova ordem jurídico-constitucional instaurada em 1988, a pronunciada linha isonômica propugnada pela nova Carta (art. 7º, *caput* e XXXIV), a ampliação da dita “licença paternidade”, a ampliação do aviso-prévio de 8 para 30 dias, bem como o aumento do acréscimo rescisório sobre os valores depositados em conta vinculada do empregado a título de FGTS.²²⁷

Em matéria de seguridade social, tratada pela nova Constituição em seus artigos 192 a 204, foram reunidas sob a referida expressão a Previdência Social, a Assistência Social e a

²²² BONTEMPO, A. G. Idem, p. 72.

²²³ BONTEMPO, A. G. Idem, pp. 71-72. A autora recorda, ainda, que o direito à moradia foi acrescentado ao rol de direitos sociais do art. 6º pelo Poder Constituinte derivado, através da Emenda Constitucional n. 26, de 14.02.2000. BONTEMPO, A. G. Idem, p. 72.

²²⁴ BONTEMPO, A. G. Ibidem.

²²⁵ ALMEIDA, A. P. de. Op. cit. pp. 06-07.

²²⁶ ALMEIDA, A. P. de. Op. cit. pp. 07. DELGADO, M. G. Op. cit. p. 124.

²²⁷ DELGADO, M. G. Idem, p. 127.

Saúde.²²⁸ Dispôs o art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias sobre a revisão dos valores dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social, para a manutenção de seu poder aquisitivo, estabelecendo prazo para a apresentação de projetos de lei relativos ao custeio e aos planos de benefícios no art. 59 do Ato.²²⁹

No plano infraconstitucional, em matéria de seguridade social, sob a nova Carta foram fusionados o Instituto de Administração Financeira da Previdência Social – IAPAS e o Instituto Nacional da Previdência Social- INPS, dando lugar ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia federal vinculada ao Ministério do Trabalho e Previdência Social (Lei n. 8.029, de 12.4.1990).²³⁰

A lei n. 8.080, de 19.9.1990 regulou a saúde, ao passo que as leis n. 8.212 e 8.213 passaram a regular, respectivamente, o custeio da seguridade social e os benefícios da Previdência Social, e a Lei n. 8.742, de 7.12.1993 regulou a assistência social.²³¹

Diversas leis e reformas constitucionais alteraram significativamente o sistema previdenciário, notadamente as leis ns. 9.701, 9.703, 9.711, 9.715, 9.718, 9.720, 9.732, 9.876, bem como as Emendas Constitucionais ns. 20/1998 e 29/2000.²³²

Dentre esta legislação, cabe ressaltar a Lei n. 9.876, de 26.11.1999, a qual, através da criação do denominado “fator previdenciário” incluiu a expectativa de vida do beneficiário no cálculo dos benefícios previdenciários, bem como a Emenda Constitucional n. 20/1998, que alterou o sistema previdenciário, e, enfim, a Emenda Constitucional de n. 29/2000, que estabeleceu o mínimo de recursos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde.²³³

Elaborado o presente esboço que explicita os avanços e retrocessos sofridos pela política social ao longo do processo histórico, culminando com a constitucionalização dos direitos sociais e sua conseqüente fundamentalização na Carta Política de 1988, inserindo tal diploma no ciclo do constitucionalismo social, de se investigar o advento do movimento teórico, político e filosófico denominado neoliberalismo, e seu impacto em relação à compreensão acerca do Estado Social.

3. A virada neoliberal e o refluxo ao Estado Mínimo.

3.1. O advento do pensamento neoliberal e da globalização econômica: ou do Estado-providência ao Mercado-providência.²³⁴

²²⁸ MARTINS, S. P. Op. cit. p. 39.

²²⁹ MARTINS, S. P. Idem, p. 40.

²³⁰ MARTINS, S. P. Ibidem.

²³¹ MARTINS, S. P. Ibidem.

²³² MARTINS, S. P. Idem, p. 41.

²³³ MARTINS, S. P. Ibidem.

²³⁴ A expressão « mercado-providência » aqui adotada advém de Rosanvallon: “Poderíamos igualmente desenvolver aqui toda a ambiguidade do termo providência adotado por Smith, o qual oscila, na *Teoria dos sentimentos morais*, entre uma concepção religiosa e artificialista e uma concepção mecânica. Este problema situa-se no centro da

Preliminarmente à abordagem do tema do pensamento neoliberal propriamente dito, insta visitar o magistério de Nicholas Barr, citado por Robert Holcman, com relação às correntes teóricas relevantes para a compreensão do Estado Social. O autor afirma que “para analisar o Estado-providência afigura-se útil distinguir três grandes correntes teóricas, a individualista, a liberal e a coletivista.”²³⁵

Segundo o autor, a corrente que denomina *individualismo* se inscreve na linhagem da *liberalismo puro* novecentista, dividindo-se entre os *individualistas partidários dos direitos naturais* e os *individualistas ditos empíricos*.²³⁶

Conforme esclarece o autor, os primeiros julgam a intervenção estatal *moralmente* contra-indicada, ressaltando situações muito excepcionais, inscrevendo-se em tal linha de pensamento, dentre outros, Robert Nozick, que defende a idéia de propriedade como direito natural, considerando a tributação um roubo e combatendo a função redistributiva do Estado.

Os segundos, sendo os “herdeiros modernos da tradição liberal clássica”, não se opõem à intervenção estatal com fundamento em razões morais, mas porque tal intervenção conduziria, em sua opinião, a uma redução do bem estar global. Nesta linha se inserem nomes como os de Friedrich August Von Hayek e Milton Friedman.²³⁷ O traço comum a ambas as correntes é assim descrito pelo autor:

Em ambos os casos, eles analisam a sociedade considerando seus membros isoladamente (e não em termos de grupo ou de classe social), dão um largo espaço à liberdade individual e sustentam resolutamente a propriedade privada e os mecanismos de mercado. O papel do Estado em matéria de fiscalidade e de redistribuição encontra-se, assim, estreitamente circunscrito.²³⁸

É ainda Nicolas Barr quem define as teorias liberais como a variante moderna do “liberalismo reformista”, vinculadas, no âmbito filosófico, ao utilitarismo e a teóricos tais quais Beveridge e Keynes. Segundo Barr, cujas lições são sumarizadas por Holcman

Esta teoria comporta três características determinantes. Primeiramente, a análise das sociedades privilegia os indivíduos que são membros destas. Em segundo lugar, “a propriedade privada dos meios de produção, de distribuição e de intercâmbio é um

evolução do conceito de ‘mão invisível’ no autor. De tal ponto de vista seria legítimo distinguir duas representações paralelas : o mercado-providência e o Estado-providência.” Tradução livre do autor. Texto original : «On pourrait également développer ici toute l’ambiguïté du terme providence chez Smith qui oscille, dans la *Théorie des sentiments moraux*, entre une conception religieuse et artificialiste, et une conception mécanique. Ce problème est au centre de l’évolution du concept de ‘main invisible’ chez lui. De ce point de vue il serait légitime de distinguer deux représentations parallèles : le marché-providence et l’État-providence.» ROSANVALLON, P. Op. cit. p. 26.

²³⁵ HOLCMAN, R. Op. cit. p. 29. Tradução livre do autor. Texto original: « pour analyser l’Etat-providence, il est utile de distinguer trois grands courants théoriques, individualiste, libéral et collectiviste. »

²³⁶ HOLCMAN, R. Idem, p. 29.

²³⁷ HOLCMAN, R. Idem, pp. 29-30.

²³⁸ HOLCMAN, R. Idem, p. 30. Tradução livre do autor. Texto original: “Dans les deux cas, ils analysent la société en considérant ses membres isolément (et non en termes de groupe ou de classe sociale), donnent une large place à la liberté individuelle et soutiennent résolument la propriété privée et les mécanismes du marché. Le rôle de l’Etat en matière de fiscalité et de redistribution se trouve ainsi étroitement circonscrit. »

aspecto contingente e não essencial à doutrina”; ou, dito de outro modo, o estatuto da propriedade privada é expressamente definido não como sendo um fim em si, mas um meio de se chegar a objetivos estratégicos. Em último lugar, as teorias liberais comportam “um princípio de distribuição que, interpretado como convém e levando em conta certas hipóteses concretas, reveste-se de aspectos igualitários”, em outros termos, em certos casos, a redistribuição das rendas é uma função legítima do Estado.²³⁹

Por fim, Holcman sumariza as lições de Barr sobre as múltiplas e variadas teorias coletivistas, examinando mais detidamente, por razões evidentes, as correntes marxistas. Discorrendo sobre o pensamento de Marx, o autor assevera que

Ele supõe que a sociedade industrial compõe-se de classes sociais estreitamente definidas por sua relação para com os meios de produção. A propriedade privada não desempenha senão um papel limitado, a alocação e a repartição dos recursos encontrando-se no primeiro plano das preocupações do Estado.²⁴⁰

Aqui serão objeto de análise as teorias que se inscrevem na linha teórica classificada como individualismo por Nicholas Barr, mas que mais comumente são referenciadas como teorias *neoliberais* na contemporaneidade.²⁴¹

O advento do modelo de Estado Social, que em sua forma plena efetivamente existiu em um pequeno número de países desenvolvidos ou centrais²⁴², é de ser atribuído a uma conjunção específica de fatores, dentre os quais o nível de desenvolvimento industrial, tecnológico e econômico, o ambiente político-filosófico e, notadamente, a repartição das forças políticas entre as classes sociais.²⁴³

²³⁹ HOLCMAN, R. Ibidem. Tradução livre do autor. Texto original: “Cette théorie comporte trois caractéristiques déterminantes. Premièrement, l’analyse des sociétés privilégie les individus qui en sont membres. Deuxièmement, ‘la propriété privée des moyens de production, de distribution et d’échange est un aspect contingent et non essentiel à la doctrine’ ; autrement dit, le statut de la propriété privée est expressément défini comme étant non pas une fin en soi, mais un moyen de parvenir à des objectifs stratégiques. En dernier lieu, les théories libérales comportent ‘un principe de distribution qui, interprété comme il convient et compte tenu de certaines hypothèses concrètes, revêt des aspects égalitaires’, en autres termes, dans certains cas, la redistribution des revenus est une fonction légitime de l’Etat. »

²⁴⁰ HOLCMAN, R. Ibidem. Tradução livre do autor. Texto original: “Il [Marx] suppose que la société industrielle se compose de classes sociales étroitement définies par leur rapport aux moyens de production. La propriété privée ne joue qu’un rôle limité, l’allocation et la répartition des ressources figurant au premier plan des préoccupations de l’Etat. »

²⁴¹ À guisa de esclarecimento e seguindo a lição de Ana Cristina Laurell, a expressão polissêmica *neoliberalismo* pode significar: a) uma política econômica com características específicas, como redução de despesas e de déficits públicos, congelamento e queda salariais, liberação de preços, restrições creditícias, elevação da taxa de juros, desvalorização da moeda, liberalização do comércio exterior, dentre outros; b) uma “ideologia ou filosofia econômica, cujo conteúdo básico reside numa visão (e pregação) ultra-apologética do mercado”, sustentando-se que este, através da lei do valor, garante o pleno e eficiente aproveitamento dos recursos econômicos; e, finalmente, c) um certo padrão de acumulação, vigente *hic et nunc*. Proveitosa, ainda, de definição de Göran Therborn, segundo o qual o neoliberalismo consiste em uma “estrutura ideológica e política que acompanha uma transformação histórica do capitalismo moderno.” Ambos citados por LIMA, A. L. C. de. Op. cit. p. 162, nota de rodapé n. 364.

²⁴² A despeito da ampla circulação do modelo em nível constitucional referida precedentemente, a implementação efetiva do Estado Social deu-se em um número relativamente reduzido de países desenvolvidos.

²⁴³ Boaventura de Sousa Santos destaca que “o alargamento do direito de voto e a organização dos interesses sociais sectoriais (muitas vezes antagônicos) em organizações patronais e sindicatos evidenciaram ainda mais o carácter classista da dominação política. À medida que as práticas de classe se traduziram em política de classe, os sindicatos e os partidos operários entraram na cena política, até então exclusivamente ocupada pelo partidos oligárquicos e pelas organizações burguesas.” SANTOS, B. de S. Op. cit. p. 147.

Compreende-se no último item, sobretudo, a força dos partidos operários e do movimento sindical em geral em dado momento histórico, fatores estes decisivos ao *pacto entre classes sociais* que caracterizou a adoção do que se compreende como Estado Social em diversos países.

Daí que a manutenção do Estado Social esteja intimamente relacionada com a permanência de uma situação de equilíbrio – sempre instável e relativo –, situação esta que, além de não ter existido em todos os países, veio, ao final, a sofrer severos reveses em virtude de alterações no mercado mundial, na relação de forças entre classes no interior dos Estados nacionais e de outros fatores, o que deflagrou a propalada *crise do Estado-providência*, a qual, segundo Pierre Rosanvallon, possui uma triplíce dimensão *financeira, de eficácia econômica e social-cultural*.²⁴⁴

No presente tópico analisar-se-á, em primeiro lugar, o pensamento hegemônico da contemporaneidade denominado *neoliberalismo*. Em seguida, buscar-se-á averiguar o impacto do fenômeno da *globalização neoliberal* na situação que permitia a manutenção do Estado Social.

A intervenção estatal na economia, os modelos e tipo keynesiano e do Estado Social – intimamente vinculados – geraram descontentamento em determinados segmentos da sociedade e constituíram alvo de críticas por parte de tais setores, notadamente as elites econômicas, especialmente em virtude da regulação do mercado.²⁴⁵ Segundo Pierre Rosanvallon, a crise do Estado Social e o neoliberalismo são fenômenos tão estreitamente relacionados que o “retorno do liberalismo e a crise do keynesianismo são as duas faces complementares de um mesmo movimento.”²⁴⁶

Como reação ao Estado Social surgiu, já em meados da década de quarenta do século passado, um amplo *movimento político, econômico e filosófico* que apregoava um retorno ao absenteísmo estatal, pelo que passou a se denominar *neoliberalismo*²⁴⁷, significativamente apelidade por António José Avelãs Nunes de *contra-revolução monetarista*²⁴⁸. Segue-se aqui a lição de Abili Lázaro Castro de Lima, com esboço em Perry Anderson:

²⁴⁴ ROSANVALLON, P. Op. cit. p. 13. No presente estudo serão de maior relevo a compreensão de elementos da primeira e da última dimensões.

²⁴⁵ Do mesmo modo que, em períodos históricos mais remotos, as *Poor laws* inglesas já haviam sido objeto de acirradas críticas, como entraves ao mercado, por parte de teóricos como Smith, Malthus e Ricardo. ROSANVALLON, P. Op. cit. p. 144.

²⁴⁶ ROSANVALLON, P. Op. cit. p. 59. Tradução livre do autor.

²⁴⁷ Nesse sentido, tal corrente de pensamento não se caracteriza como conservadora, mas como verdadeiramente reacionária, eis que prega um retorno ao liberalismo, superado pelo advento do Estado Social. Verifica-se uma verdadeira inversão no processo histórico. Conforme observa Gilmar Antonio Bedin em seu artigo *Hayek, o direito e a justiça. O (Neo)Liberalismo Avançando para o passado*, publicado no livro **Os Direitos do Homem e o neoliberalismo**, do mesmo autor, “as idéias que eram consideradas modernas até a década passada, hoje são vistas como símbolo do atraso. As idéias que eram consideradas como o símbolo do atraso até a década passada, hoje são veiculadas como sendo o emblema da mais perfeita e desejada modernidade. Assim, o velho, num passe de mágica, ficou novo e o novo, num piscar de olhos, ficou velho, dando o mundo um giro, em poucos anos, de 180 graus.”

BEDIN, G. A. Op. cit. p. 151.

²⁴⁸ NUNES. A. J. A. Op. cit., p. 9.

O neoliberalismo nasceu após o término da Segunda Guerra Mundial, nos países europeus e nos Estados Unidos, onde prevalecia o capitalismo. Trata-se de um **movimento de reação**, em âmbito teórico e político, **ao Estado Social**, o qual implementava medidas intervencionistas na sociedade e no mercado, garantindo e tutelando os direitos sociais e o bem-estar da população.²⁴⁹ (destaques ausentes do original).

O elemento seminal do neoliberalismo, no âmbito teórico, foi o escrito intitulado *O Caminho da Servidão*, de 1944, da autoria de Friedrich August Von Hayek, texto no qual o autor critica a regulação estatal do mercado, defendendo constituir a mesma uma ameaça para a liberdade, tanto econômica quanto política.²⁵⁰

O autor publicou ainda, ulteriormente, as obras *Os Fundamentos da Liberdade*, publicado em 1960, e *Direito, legislação e liberdade*, cujos volumes I a III foram originalmente publicados, respectivamente, em 1973, 1976 e 1979.²⁵¹

Para Friedrich August Von Hayek a supressão dos obstáculos à liberdade humana é conducente à satisfação do crescente número de desejos do ser humano, pelo que reputava o teórico ser desejável reduzir as regulações e restrições do mercado, deixando fluir as forças espontâneas da sociedade.²⁵²

Segundo o autor, o socialismo não consistia no caminho para a liberdade, mas sim no caminho para a servidão, razão do título de seu livro de 1944. Seu pensamento era favorável à *concorrência* como instrumento de auto-regulação do mercado e, portanto, revela-se fortemente refratário à substituição do mecanismo da concorrência por outros mecanismos menos *eficazes* na coordenação dos esforços individuais.²⁵³

No pensamento neoliberal propugnado por Hayek a concorrência passa a ser compreendida como verdadeiro princípio de organização social.²⁵⁴ Para Friedrich Hayek o direito desempenharia um papel importante na medida em que propiciaria um sistema legal apropriado para a tutela da concorrência e das instituições sobre as quais se baseia o mercado, como a moeda.²⁵⁵

²⁴⁹ LIMA, A. L. C. de. Op. cit. pp. 157-158. O caráter de movimento de combate ao estado interventor era assumido claramente: “Em 1947, Hayek convocou um grupo de economistas, cientistas políticos e filósofos (dentre eles adversários do Estado Social europeu e do *New Deal* norte-americano) que comungavam do seu pensamento para uma reunião em Mont Saint Pèlerin, na Suíça, oportunidade na qual foi fundada a Sociedade de Mont Pèlerin, que se reunia a cada dois anos, cujo ‘[...] propósito era combater o keynesianismo e o solidarismo reinantes e preparar as bases para um outro tipo de capitalismo, duro e livre de regras para o futuro’”. (itálicos do original). LIMA, A. L. C. de. Idem, pp. 159-160.

²⁵⁰ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 158. Tal corrente de pensamento tornar-se-á, adiante, verdadeiramente hegemônica. BEDIN, G. A. Op. cit., p. 151. Friedrich Hayek era membro de uma família com forte tradição intelectual na área das ciências da natureza, o que explicaria em certo grau, segundo Gilmar Bedin, um traço evolucionista que revela-se como estruturante de seu pensamento. BEDIN, G. A. Idem, p. 154.

²⁵¹ BEDIN, G. A. Idem, p. 155.

²⁵² LIMA, A. L. C. de. Op. cit. pp. 165-166.

²⁵³ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 166.

²⁵⁴ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 167.

²⁵⁵ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 168.

Embora não se afigure totalmente refratário a qualquer regulação, como já visto, o pensador subordina a regulação à concorrência, conferindo primazia a esta última, enunciando seu princípio em defesa da concorrência e pela ausência de regulação do mercado, segundo o qual “*uma política de liberdade para o indivíduo é a única que de fato conduz ao progresso*”.²⁵⁶

São chaves para compreender o pensamento de Hayek algumas dicotomias estruturantes de suas teorizações, quais sejam, a distinção entre racionalismo evolucionista e racionalismo construtivista e, como conseqüências, o par *kosmos* e *taxis*, o par *nomos* e *thesis* – equivalente ao par *direito* e *legislação* –, a díade *catalaxia* e justiça social e, por fim, como desdobramento último sociedades abertas e sociedades planificadas.²⁵⁷

August Friedrich Von Hayek combate duramente o *racionalismo construtivista*, que compreende as instituições sociais como deliberadamente criadas pelo homem e, portanto, dotadas de uma teleologia específica, bem como a distinção entre *fenômenos naturais* e *fenômenos artificiais*, baseada naquele.²⁵⁸

Distinguindo, por sua vez, *fenômenos naturais*, *fenômenos artificiais* – estes criados pelo desígnio humano – e *fenômenos resultantes da ação humana* – estes não criados deliberadamente pelo desígnio humano, embora decorrentes das ações dos homens – Hayek defende o *racionalismo evolucionista*, segundo o qual tal terceira espécie de fenômenos sociais obedeceria a uma lógica própria, tendo sido criada pelo processo da evolução e sendo, portanto, independente de qualquer teleologia.²⁵⁹

Segundo Hayek, o racionalismo construtivista, em sua ótica equivocado, encontra-se à base de todas as propostas de reformas sociais, de modo que reúne, em uma única rubrica de *tendências totalizantes*, regimes tão diversos quanto os comunistas, nazistas, fascistas e as democracias modernas de caráter social.²⁶⁰

Hayek apoia-se no racionalismo evolucionista para refutar a base do racionalismo construtivista, segundo a qual as instituições sociais, por serem criadas pela vontade humana, por ela poderiam ser modificadas.²⁶¹ O evolucionismo, em Hayek, é o fator determinante para a negação da possibilidade de alteração deliberada da sociedade pela ação humana.

Da dicotomia entre racionalismo construtivista e racionalismo evolucionista decorrem as demais dicotomias estruturantes do pensamento do autor, conforme observa Gilmar Antonio Bedin. A primeira delas é constituída pelo par *kosmos* e *taxis*, ou seja, *ordem resultante da evolução* e *ordem feita* ou fabricada.²⁶²

²⁵⁶ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 169.

²⁵⁷ BEDIN, G. A. Op. cit. p. 136.

²⁵⁸ BEDIN, G. A. Ibidem.

²⁵⁹ BEDIN, G. A. Ibidem.

²⁶⁰ BEDIN, G. A. Op. cit. p. 137.

²⁶¹ BEDIN, G. A. Ibidem.

²⁶² BEDIN, G. A. Idem. p. 138. Conforme esclarece Bedin, para Hayek, ordem deve ser compreendida como “uma condição em que múltiplos elementos de vários tipos se encontram de tal maneira relacionados entre si que, a partir

O racionalismo construtivista serve de base, a toda evidência, à idéia de *taxis* ou ordem feita, isto é, deliberadamente fabricada pelo desígnio humano e, portanto, por ele modificável, além de ser dirigida a fins. Já o racionalismo evolucionista fundamenta a compreensão de *kosmos* ou ordem decorrente da evolução, que prega radicar a origem das instituições no interior do sistema, a partir de um processo evolutivo independente de propósitos e da intenção humana, constituindo, nas palavras de Bedin, ordens não dirigidas a finalidades.²⁶³ Para Hayek prevalece a ordem decorrente da evolução ou *kosmos*, ordem espontânea e não finalista esta que não deve sofrer ingerências, por não ser modificável pela vontade humana.²⁶⁴

O próximo par hayekiano é aquele formado pela oposição entre *normas de conduta justa – nomos* – e *normas de organização – thesis* –, igualmente correlatas ao par racionalismo evolucionista e racionalismo construtivista, respectivamente. O par em questão constitui a base da distinção de Hayek entre *direito e legislação*.²⁶⁵

Para Hayek o direito, constituindo um conjunto de normas de conduta justa, e sendo tão antigo quanto as sociedades humanas, é decorrente da evolução da sociedade e, portanto, fruto espontâneo e não intencionalmente criado, ao passo que a legislação é recente e decorre da intenção humana, voltando-se a finalidades específicas e nela se baseando qualquer intento de promover justiça social.²⁶⁶

Segundo o autor, a dicotomia entre direito e legislação pode ser associada à dicotomia entre direito privado e direito público, respectivamente. Defende Hayek que, inversamente à concepção normal, não seriam as normas do direito público que fundariam o bem-estar geral e as normas de direito privado que fundariam o bem-estar individual, mas sim a ordem espontaneamente gerada na sociedade – direito privado – é que seria a responsável pelo bem-estar geral.²⁶⁷

Para Hayek, portanto, deve prevalecer o *direito*, constituído de *nomos* – normas de conduta justa criadas evolutivamente, normas comutativas, como se verá – em face da *legislação*, constituída de *thesis* – normas de organização, decorrentes das intenções humanas, de natureza distributiva.²⁶⁸

A dicotomia hayekiana seguinte é aquela entre *ordem de mercado* ou *catalaxia* e *justiça social*, sempre na esteira da distinção primordial de seu pensamento entre racionalismo evolucionista e racionalismo construtivista e da apologia ao primeiro e seus corolários.

A ordem de mercado – *catalaxia* – é a expressão do racionalismo evolucionista, sendo uma ordem resultante da evolução – *kosmos* – constituída de *nomos* ou normas de conduta

de nosso contato com uma parte especial (sic) ou temporal do todo, podemos aprender a formar expectativas corretas em relação ao restante ou, pelo menos, expectativas que tenha probabilidade de se revelar corretas.” Ibidem.

²⁶³ BEDIN, G. A. Ibidem.

²⁶⁴ BEDIN, G. A. Idem, pp. 138-139.

²⁶⁵ BEDIN, G. A. Idem, p. 139.

²⁶⁶ BEDIN, G. A. Ibidem.

²⁶⁷ BEDIN, G. A. Op. cit. p. 140.

²⁶⁸ BEDIN, G. A. Idem, p. 139.

justa.²⁶⁹ Assim, para Hayek, a justiça por excelência é apenas e tão-somente a *justiça comutativa, formal*, estabelecadora de *normas de conduta abstratas* e estabelecidas para *todos* espontaneamente, a partir da evolução da sociedade.²⁷⁰

Já a justiça social ou distributiva é fruto do racionalismo construtivista, constituindo-se em ordem feita ou fabricada – *taxis* - composta por *thesis* ou normas de organização finalisticamente orientadas, visando à distribuição eqüitativa da riqueza.²⁷¹

Para Hayek a superioridade da *catalaxia* é intrínseca. Nela, indivíduos voltados unicamente para seus interesses favorecem as finalidades dos demais, beneficiando-se todos os membros dos esforços mútuos. Ele encara a *catalaxia* como um jogo gerador de riqueza – por oposição aos jogos de soma zero²⁷² – um jogo que, nas palavras de Gilmar Bedin, aumenta o fluxo de bens e as perspectivas de seus participantes em satisfazerem suas respectivas necessidades.²⁷³

E, como jogo que é, ou seja, uma competição disputada segundo normas e decidida pela maior habilidade, força ou sorte dos jogadores, conforme observa Bedin, o resultado da ordem de mercado ou *catalaxia* hayekiana será definido necessariamente segundo *força, habilidade* ou *sorte* dos competidores.²⁷⁴ Portanto, prevalecerá em tal ordem, segundo o *direito* – na acepção de Hayek – o mais forte, o mais hábil ou aquele para quem a sorte sorriu.

Assim, para Hayek a ordem de mercado se coaduna com a justiça formal e é inconciliável com a justiça social, na medida em que a primeira preserva apenas as *regras do jogo*, constituindo uma *justiça de meios*, e não de resultados, como a segunda, *justiça de fins* por definição.²⁷⁵

Tal compreensão conduz, ao final, às *duas teses de Hayek sobre a justiça social*. A primeira delas afirma que *a justiça social constitui uma miragem*, ou seja, não existe, haja vista que a justiça propriamente dita é apenas e tão-somente a justiça formal²⁷⁶, e que o racionalismo

²⁶⁹ A crítica a tal concepção de mercado como ordem natural encontra-se, entre outros, em Avelãs Nunes, que afirma: “A nosso ver, a história das sociedades humanas mostra que o mercado não é um puro *mecanismo natural* de afectação *eficiente* e *neutra* de recursos escassos e de *regulação automática* da economia. O mercado deve antes considerar-se, como o estado, uma *instituição social*, um produto da história, uma *criação histórica* da humanidade, que surgiu em determinadas circunstâncias económicas, sociais, políticas e ideológicas. Uma instituição que veio servir (e serve) os interesses de uns (mas não os interesses de todos), uma *instituição política* destinada a regular e manter determinadas *estruturas de poder* que asseguram a prevalência dos interesses de certos grupos sociais sobre o interesse de outros grupos sociais. ‘Longe de serem ‘naturais’ os mercados são políticos’, sustenta David Miliband. Quer dizer, o mercado e o estado são ambos *instituições sociais*, que não só coexistem como são interdependentes, construindo-se e reformando-se um ao outro no processo de sua interacção.” (itálicos do original). NUNES, A. J. A. Op. cit. p. 64.

²⁷⁰ BEDIN, G, A. Idem, p. 141. Conforme esclarece Bedin, para Hayek a *catalaxia* ou ordem de mercado constitui-se em uma rede de diversas economias interligadas, não informada e tampouco regida por uma escala hierárquica única de fins, servindo a plúrimas finalidades incomensuráveis de cada um de seus membros individuais. Ibidem.

²⁷¹ BEDIN, G, A. Ibidem.

²⁷² Conforme ensina Ronaldo Fiani, “jogos em que as recompensas dos jogadores estão relacionadas de forma inversa, em que o que é ganho para um dos jogadores é perda para o outro, e vice-versa, constituem uma classe especial de jogos (...) os jogos estritamente competitivos ou jogos de soma zero.” FIANI, R. Op. cit. p. 173.

²⁷³ BEDIN, G, A. Op. cit. p. 142.

²⁷⁴ BEDIN, G, A. Ibidem.

²⁷⁵ Ibidem.

²⁷⁶ BEDIN, G, A. Idem. p. 143.

construtivista, base da justiça social, busca o impossível, ou seja, busca alterar intencionalmente a ordem espontânea e inexorável oriunda da evolução na sociedade.

A segunda tese, denominada *tese do efeito perverso*, afirma que o reconhecimento da justiça social é conducente ao totalitarismo, haja vista que a interferência por ela preconizada na ordem harmônica e espontânea do mercado o desorganiza, perturbando tal ordem, destruindo e desagregando e causando “mais sofrimento e pobreza do que se tivesse deixado o mercado funcionar livremente”, nas palavras de Gilmar Antonio Bedin.²⁷⁷ Hayek refuta, portanto, categoricamente, a justiça social.²⁷⁸

A última dicotomia de Hayek e, ao mesmo tempo, desdobramento último da distinção entre racionalismo evolucionista e racionalismo construtivista, consiste no par sociedades abertas e sociedades planificadas. As primeiras seriam constituídas pelas sociedades liberais, informadas pela liberdade de mercado, pelo Estado limitado e pelo Estado de Direito. Já as segundas, de acordo com Bedin, seriam, para Hayek, todas aquelas em que ele vislumbrava a presença de tendências totalizantes, como as comunistas, nazistas, fascistas e as sociedades democráticas nas quais o Estado seja intervencionista.²⁷⁹

Para Hayek, somente as sociedades abertas proporcionam, com uma coerção mínima, a expectativa de uma ordem universal de paz, na medida em que nelas todos contribuem para a satisfação de necessidades desconhecidas por cada um e mesmo de fins que, se fossem conhecidos, poderiam ser desaprovados. É de tal característica, oriunda ela mesma da busca estrita da satisfação dos próprios objetivos, que decorreria, segundo Hayek, a coesão social, condição para a paz.²⁸⁰

Outro teórico central do neoliberalismo, ao lado de Hayek, é o economista norte-americano Milton Friedman, cuja obra principal é o livro *Free to Choose*, ou *Liberdade de Escolher*, de 1980.²⁸¹ Friedman considera que tanto o sistema político quanto o sistema econômico constituem *mercados*, cujo resultado é determinado pela interação de indivíduos que perseguem seus próprios interesses. Friedman condiciona a *liberdade política* à *liberdade econômica*, conferindo, portanto, primazia à última.²⁸²

Abraçando uma *concepção minimalista de Estado*, Milton Friedman, com base em Adam Smith, admite como funções legítimas deste a proteção dos indivíduos da violência, a

²⁷⁷ BEDIN, G. A. Ibidem.

²⁷⁸ Assim, Gilmar Antonio Bedin: “Em síntese, para Hayek, justiça é justiça formal (observação de regras de conduta justa) e justiça social e ordem de mercado ou catálaxia são incompatíveis, pois a justiça social exige a intervenção do Estado no mercado e, com isso, argumenta o autor, há a destruição do mesmo e, como consequência, a construção do caminho da servidão.” BEDIN, G. A. Idem, p. 144.

²⁷⁹ BEDIN, G. A. Ibidem.

²⁸⁰ BEDIN, G. A. Idem, pp. 144-145. Assim, Hayek retorna a Smith, com percurso teórico diverso, e à mão invisível do mercado. Conforme observa Bedin, “propugna Hayek a supremacia das Sociedades Abertas, com todos os seus adornos, ou seja, com a preponderância do individualismo, da liberdade, do mercado, da divisão dos poderes e do Estado de Direito.” BEDIN, G. A. Idem, p. 145.

²⁸¹ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 170.

²⁸² LIMA, A. L. C. de. Ibidem.

aplicação exata da administração da justiça, a realização e conservação de determinadas obras e instituições de caráter público, bem como a proteção dos indivíduos que não se possa considerar auto-responsáveis.²⁸³

Elaborando uma defesa da *globalização econômica*, Friedman sustenta constituir o comércio internacional um elemento promotor de harmonia entre os Estados, além de sustentar encontrar-se a mesma baseada na interdependência característica da modernidade.²⁸⁴

Defendendo acima de tudo a liberdade econômica, entendida como livre disposição dos haveres, Friedman defende que restrições à mesma importam, em última análise, em restrições à liberdade geral, nela compreendidas as liberdades de imprensa e de expressão.²⁸⁵

Segundo António José Avelãs Nunes, “o liberalismo de Friedman assenta na confiança absoluta no mercado livre e no mecanismo dos preços”, pelo que, conforme observa o autor lusitano, J. K. Galbraith o enquadrado como um economista do século XVIII.²⁸⁶

Milton Friedman repudia, por outro lado, os direitos sociais, alegando serem negativos para seus próprios titulares, na medida em que estes deixariam de serem cidadãos por deles usufruírem, reprovando severamente os “programas de bem-estar”, imputando-lhes a pecha de serem *geradores de dependência* da tutela estatal.²⁸⁷

Concluindo a tríade teórica neoliberal, insta visitar as construções teóricas de Robert Nozick, especialmente aquelas de sua obra principal, *Anarchy, State and Utopia*, de 1974, cujo impacto, notadamente nos Estados Unidos da América, foi enorme.²⁸⁸

É Pierre Rosanvallon quem, após demonstrar as dificuldades teóricas em que se debateram pensadores tais quais Adam Smith, Jeremy Bentham, Edmund Burke e Wilhelm de Humboldt para fundar uma teoria do Estado mínimo²⁸⁹, expõe o pensamento do teórico do “não-Estado”. Trata-se, aqui, do (neo)*liberalismo utópico*, libertário e anarquista, fundado na negação radical do Estado e na imanência do social²⁹⁰, linha na qual se insere o pensamento de Nozick.

Robert Nozick, embora parta da idéia de *estado de natureza*, à moda de Thomas Hobbes e John Locke, refuta a idéia de contrato social, buscando demonstrar a possibilidade de se

²⁸³ LIMA, A. L. C. de. Idem, pp. 170-171.

²⁸⁴ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 171. Friedman atribui, ademais, o advento de conflitos às restrições impostas pelo Estado aos mercados. LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 172.

²⁸⁵ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 170.

²⁸⁶ NUNES, A. J. A. Op. Cit., p. 43.

²⁸⁷ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 173.

²⁸⁸ ROSANVALLON, P. Op. cit. p. 81.

²⁸⁹ Rosanvallon demonstra, interessantemente, que todos estes autores falharam ao tentar fixar os limites de atuação do Estado, deixando brechas à sua expansão, razão pela qual suas produções teóricas fundaram a crítica ao Estado Social e construíram uma teoria econômica da auto-regulação do social pelo mercado, mas não conseguiram fundar uma verdadeira teoria do Estado mínimo. ROSANVALLON, P. Idem, p. 78.

²⁹⁰ ROSANVALLON, P. Idem, p. 80. Segundo Rosanvallon, “Nozick inscreve-se na perspectiva anarquista e libertária, contestando a refutação final da legitimidade de qualquer forma de Estado.” Tradução livre do autor. Texto original : « Nozick s’inscrit dans la perspective anarchiste et libertarienne, tout en en contestant la réfutation finale de la légitimité de toute forme d’État. » ROSANVALLON, P. Idem, p. 81.

pensar uma origem alternativa de um Estado mínimo, não baseada no contratualismo, mas em uma “compreensão estritamente econômica do social”.²⁹¹

Segundo o pensamento de Nozick, o estado apolítico de natureza, carregado de incertezas e riscos aos indivíduos quanto à proteção de sua pessoa e de seus bens, teria feito com que estes se organizassem em *associações de proteção mútua*.²⁹²

Devido às precariedades das associações, cujo funcionamento pressuporia a capacidade permanente de mobilização e revelar-se-ia incapaz de resolver conflitos entre os membros das próprias associações, teria se verificado uma *divisão do trabalho*, a qual consistiria a origem das *agências de proteção*.²⁹³

Estas teriam passado a comercializar a proteção, na condição de fornecedoras de tal serviço, mediante pagamento, sendo que diferentes opções de proteção, a diferentes preços, teriam sido ofertadas aos consumidores em tal “mercado”.²⁹⁴

Alguns problemas se perpetuariam, como na hipótese de conflito entre as agências de proteção, o que poderia desembocar, segundo o pensamento de Nozick, em um conflito aberto, do qual sairia vencedora a agência mais forte, ou no surgimento de conflitos acerca da delimitação de territórios nos quais as agências atuariam com exclusividade, ou ainda o advento de um sistema de “cortes de recurso ou apelação”.²⁹⁵

Nozick conjectura que ao longo de tal processo teria surgido uma *agência de proteção dominante*, uma espécie de monopólio, e é assim que o autor avança em direção a seu conceito de *Estado ultra-mínimo*:

Para sair da anarquia, sob a pressão dos agrupamentos espontâneos, das associações de proteção mútua, da divisão do trabalho, das economias de escala e do interesse racional, emerge assim algo que lembra muito um Estado mínimo ou um grupo de Estados mínimos geograficamente distintos.²⁹⁶

²⁹¹ ROSANVALLON, P. Ibidem. Evidentemente o pensamento de Nozick é contrafático, e não se pretende histórico quanto ao particular. Ibidem, nota de rodapé n. 01.

²⁹² ROSANVALLON, P. Ibidem.

²⁹³ ROSANVALLON, P. Op. cit. p. 82. A divisão do trabalho referida consubstancia-se na distinção entre aqueles que oferecem proteção no mercado e aqueles que a consomem. Nas hipotéticas associações tal distinção inexistia, eis que os membros protegiam uns aos outros.

²⁹⁴ ROSANVALLON, P. Ibidem.

²⁹⁵ ROSANVALLON, P. Ibidem.

²⁹⁶ ROSANVALLON, P. Idem, pp. 82-83. Tradução livre do autor. Texto original: “Pour sortir de l’anarchie, sous la pression des regroupements spontanés, des associations de protection mutuelle, de la division du travail, des économies d’échelle et de l’intérêt rationnel, émerge ainsi quelque chose qui ressemble beaucoup à un État minimal ou à un groupe d’États minimaux géographiquement distincts.” Rosanvallon observa que ao inconveniente do desenvolvimento do pensamento de Nozick, que acaba por demonstrar o surgimento de um monopólio – sempre considerado uma violência à ordem natural da concorrência, dos proto aos neoliberais – este procura responder com a especificidade do “mercado da proteção”, haja vista que o produto “proteção” não possuiria senão um valor relativo, e não intrínseco, como as mercadorias, avaliado, portanto, comparando-se os serviços oferecidos pelas diversas agências, constituindo-se, por isso, “no único caso em que a concorrência traduz-se imediatamente em um conflito aberto, em uma forma de violência”. Eis, portanto, a justificativa econômica de Nozick à emergência do monopólio da agência dominante, segundo Rosanvallon. ROSANVALLON, P. Idem, p. 83.

Mas Nozick reconhece, apesar da semelhança, que tal agência *não* constitui, ainda, um Estado, haja vista não gozar do monopólio da violência em um território. De outro lado, um Estado protege a *todos* os indivíduos em seu território, o que não se verifica ainda em relação à agência dominante, que protegeria apenas seus clientes.²⁹⁷

Aqui emerge a *teoria da legitimação do monopólio da força*. Primeiramente insta observar, sempre com base nas considerações de Rosanvallon, que Nozick raciocina a partir de uma *analogia territorial*, a partir da qual se concebe cada indivíduo como que circundado por um “espaço moral” infranqueável, constitutivo do indivíduo, onde se encontram seus direitos “naturais” e que se consideram violados na hipótese de intervenções em tal esfera.²⁹⁸

De acordo com um princípio econômico elementar, o indivíduo que sofra tais intervenções tem o direito, portanto, de perceber uma indenização proporcional ao dano, uma espécie de pedágio, segundo o autor.²⁹⁹ Trata-se do gérmen da *teoria da compensação*, essencial na teorização nozickiana.

Havendo, no entanto, danos não compensáveis, como, por exemplo, o medo de uma ameaça virtual permanente de morte – o exemplo aqui é exatamente o de Rosanvallon – a agência de segurança dominante se encontra autorizada a intervir nas atividades dos independentes, ou seja, daqueles que não são seus clientes, a fim de prevenir as atividades de risco não compensáveis.³⁰⁰

Assim, a agência dominante acaba por transformar-se em *Estado ultra-mínimo*, na medida em que assume o monopólio do uso da força, excetuada apenas a auto-defesa imediata, excluindo toda e qualquer ação de vingança privada, embora ainda não ofereça seus serviços de proteção e de restabelecimento dos direitos violados senão a seus clientes.³⁰¹

É, pois, ensina Rosanvallon, a *teoria da compensação* que viabiliza a passagem do Estado ultra-mínimo ao Estado-mínimo, na medida em que se impõe a redistribuição dos serviços de proteção mesmo àqueles que por eles não pagaram, eis que se encontram impedidos de fazer valer suas razões através de seus próprios meios.³⁰² Assim raciocina Nozick:

Os clientes da agência protetora devem compensar as desvantagens impostas aos independentes ao proibir-lhes de colocar em ação processos privados para fazer valer seus próprios interesses junto aos clientes da agência. A maneira menos custosa de compensar os independentes seria, sem dúvida nenhuma, fornecer-lhes serviços de

²⁹⁷ ROSANVALLON, P. Ibidem. Nesse sentido, mesmo o Estado mínimo é *redistributivo*, na medida em que “o Estado guarda-noturno obriga necessariamente certas pessoas a pagar mais do que outras ou mesmo a pagar pela proteção dos demais.” Tradução livre do autor. Texto original: « l’État veilleur de nuit contraint nécessairement certaines personnes à payer plus que d’autres ou même à payer la protection des autres. » ROSANVALLON, P. Ibidem.

²⁹⁸ ROSANVALLON, P. Idem, p. 84.

²⁹⁹ ROSANVALLON, P. Ibidem.

³⁰⁰ ROSANVALLON, P. Ibidem.

³⁰¹ ROSANVALLON, P. Op. cit. p. 85.

³⁰² ROSANVALLON, P. Ibidem.

proteção [...]. Isso seria menos custoso do que lhes deixar sem proteção contra as violações de seus direitos e de tentar, em seguida, pagar-lhes perdas e danos.³⁰³

Eis instituído o *Estado mínimo*, no pensamento de Nozick, posto que a outrora agência dominante detém, doravante, o monopólio do uso da força no território, *legitimando-se pela teoria econômica da compensação*.

Tal *démarche* teórica permite a Nozick permanecer fiel “ao princípio anarquista de recusa a toda violação do território individual”, além de ter definido o Estado mínimo a partir de uma *invisible hand explanation*, sendo compreendido “a partir de um pensamento estritamente econômico e individualista das relações sociais.”³⁰⁴

Além disso, complementa Rosanvallon, Robert Nozick “chega a definir logicamente um Estado mínimo que seja um não-Estado, no sentido contratualista e político do termo : ele não é exterior à sociedade e não produz nenhum direito próprio.”³⁰⁵

A principal contribuição teórica de Nozick ao pensamento neoliberal é, portanto, apesar de suas fragilidades, a de ter elaborado uma teoria do Estado mínimo que soluciona as contradições do pensamento liberal clássico, como o de Smith, Ricardo, Malthus e Humboldt, acerca da definição dos limites do Estado, segundo Pierre Rosanvallon.³⁰⁶

É particularizando a redistribuição³⁰⁷ de proteção feita pelo Estado mínimo, reduzindo-a de princípio geral a exceção, através do recurso à teoria da compensação, que Nozick prover a base da crítica ao Estado Social.³⁰⁸

Como visto, portanto, as correntes teóricas neoliberais ora sumamente revisitadas inscrevem no espectro de um amplo movimento intelectual que analisa a sociedade a partir dos indivíduos isolados, conferindo primazia à liberdade individual e à propriedade privada e buscando afirmar a auto-regulação da sociedade a partir do princípio do mercado, isto é, da livre concorrência, pregando, para tanto, a redução máxima da regulação estatal na economia e das prestações sociais estatais – dependentes daquela intervenção e reputadas perturbadoras do livre mercado.

³⁰³ NOZICK, Robert, *apud* ROSANVALLON, P. Ibidem. Tradução livre do autor. Texto original : “Les clients de l’agence protectrice, doivent compenser les désavantages imposés aux indépendants en leur interdisant de mettre en oeuvre des procédures privées pour faire valoir leurs propres droits auprès des clients de l’agence. La façon la moins coûteuse de compenser les indépendants serait sans aucun doute de leur fournir les services de protection [...]. Ce serait moins coûteux que de les laisser sans protection contre les violations de leurs droits et d’essayer ensuite de leur payer des dommages et intérêts ».

³⁰⁴ ROSANVALLON, P. Idem, pp. 85-86.

³⁰⁵ ROSANVALLON, P. Idem, p. 86. Tradução livre do autor. Texto original: “parvient à définir logiquement un État minimal qui soit un non-État, au sens contractualiste et politique du terme : il n’est pas extérieur à la société et ne produit aucun droit propre. »

³⁰⁶ ROSANVALLON, P. Ibidem.

³⁰⁷ Que constituía princípio tanto do Estado protetor clássico quanto do Estado Social, ROSANVALLON, P. Idem, p. 87.

³⁰⁸ ROSANVALLON, P. Ibidem.

Como visto, o movimento neoliberal não se limita ao âmbito teórico ou filosófico, mas avança até o político, eis que visa combater a intervenção estatal na economia e, por conseguinte, o Estado Social.

Assim se dá, portanto, ainda no ano de 1944, uma série de encontros entre 44 países, encontros esses promovidos pelos aliados, na iminência da vitória na Segunda Guerra Mundial e que culminam nos *acordos de Bretton Woods*, cuja ambição era a de definir o neoliberalismo como o novo paradigma político-econômico.³⁰⁹ São os acordos de Bretton Woods que fundam o denominado *Consenso de Washington*. Mais uma vez quem ensina é Abili Lázaro Castro de Lima:

Os acordos de *Bretton Woods* instauraram, na nova ordem global, o denominado *Consenso de Washington*, que se consubstancia basicamente três medidas: 1) acabar com a inflação, 2) privatizar e 3) deixar o mercado regular a sociedade, através da redução do papel do Estado, sendo os seus principais protagonistas as grandes corporações internacionais, sobretudo as norte-americanas.³¹⁰ (itálicos do original).

Assim, em um primeiro momento, as teorias neoliberais prepararam as bases político-filosóficas e teóricas para o desmantelamento do Estado Social que se verificou, sobretudo, a partir do final da década de 70 do século passado³¹¹ e, com força ainda maior, nas sucessivas décadas de 80 e 90.

A fase excepcional experimentada pelo capitalismo organizado nas décadas de 50 e 60 do século passado diferiram os efeitos políticos concretos do ideário neoliberal, eis que é a partir da década de 70 do século XX, com a denominada *crise do petróleo* e o período de recessão decorrente a assolar o capitalismo que o pensamento neoliberal passa a ganhar espaço político e engendrar mudanças na realidade concreta.³¹²

O fim da conjunção de fatores socioeconômicos e políticos que viabilizavam a existência do Estado Social, juntamente com os efeitos filosófico-políticos, culturais e teóricos levados a cabo pelo pensamento neoliberal, constituíram as causas do desmantelamento efetivo do Estado Social, iniciado no Reino Unido, sob o governo da Primeira Ministra Margaret Thatcher (1979) e, nos Estados Unidos, sob o governo do Presidente Ronald Reagan (1980),

³⁰⁹ LIMA, A. L. C. de. Op. cit. p. 158. É ainda Abili Lima quem sublinha sobre o consenso então existente no sentido de que o protecionismo comercial do pós-Primeira Guerra Mundial havia constituído o fator responsável pelo advento da Segunda Grande Guerra, argumento esse cujo poder persuasivo parece evidente.

³¹⁰ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 159. Segundo Abili Lázaro Castro de Lima resultou na criação de mecanismos como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional – FMI (1945) e o GATT – General Agreement on Trade and Tariffs (1947). LIMA, A. L. C. de. Ibidem.

³¹¹ É na década de 70 que se inicia o terceiro período do capitalismo, a saber, aquele do *capitalismo desorganizado*. SANTOS, B. de S. Op. cit. p. 153.

³¹² LIMA, A. L. C. de. Op. cit. p. 160. O autor, citando Perry Anderson, destaca que os teóricos neoliberais atribuíram a crise ao poder excessivo dos grandes sindicatos e do movimento operário, cujas demandas por direitos trabalhistas e sociais teriam destruído os necessários níveis de lucro das empresas, deflagrado processos inflacionários e gerado a crise das economias de mercado. Donde as metas propostas: combater o sindicalismo, diminuir os gastos sociais do Estado e suas intervenções econômicas, promover, acima de todas as coisas, a estabilidade monetária e uma rigorosa disciplina orçamentária. O meio de enfraquecer os sindicatos seria a “restauração da taxa ‘natural’ de desemprego”, criando assim um exército de reserva de mão-de-obra. LIMA, A. L. C. de. Op. cit. p. Idem, pp. 160-161.

inicialmente, notadamente através da criação de altos níveis de desemprego, da redução de gastos sociais e da implementação de um amplo programa de privatização.³¹³

A partir de tal momento histórico, um movimento de retração do Estado Social em todos os âmbitos (político-filosófico, cultural e social) se verificou e se expandiu ao redor do mundo, alastrando-se pela Europa ocidental e chegando, ulteriormente, à América Latina, inaugurando-se uma fase de redimensionamento do Estado (miniaturização), consistente em uma sensível redução da intervenção estatal na economia, de um lado, e de outro, na redução drástica das prestações sociais estatais.³¹⁴

Trata-se do início do período do denominado *capitalismo desorganizado*, o qual, esclarece Boaventura de Sousa Santos, significa, em primeiro lugar, “que as formas de organização típicas do segundo período [i.e., do capitalismo organizado] estão a ser gradualmente desmanteladas ou reconstituídas num nível de coerência muito mais baixo.”³¹⁵

Suas origens encontram-se no fenômeno que Pierre Rosanvallon denominou *modificação da equação keynesiana*, sob cujos auspícios teria se desenvolvido o Estado Social durante quase quarenta anos.³¹⁶

Contextualizando as teorizações de Keynes no período de crise dos anos trinta do Século XX, Rosanvallon observa que os estudos do economista investigavam os fatores que determinam o emprego, o que o conduz ao conceito de *demanda efetiva*, compreendendo o desemprego como o fruto da deficiência no consumo combinada com a insuficiência no investimento.³¹⁷

Assim, para Keynes, “o Estado deve desempenhar, portanto, um papel para estimular essas duas funções, seja diretamente (despesas públicas), seja indiretamente (notadamente através da política fiscal e da política do crédito).”³¹⁸

³¹³ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 161. Inicia-se, portanto, o período do *capitalismo desorganizado*, que sucede às duas fases precedentes. Nesse sentido, SANTOS, B. de S. Op. cit. p. 139, e ainda BEDIN, G. A. Op. cit. p. 152. Segundo o último autor, as vitórias de Thatcher e Reagan foram fundamentais para a consolidação do ideário neoliberal crescente. BEDIN, G. A. Ibidem.

³¹⁴ Evidentemente a causa da crise do Estado Social não se deve exclusivamente a fatores externos a ele, tais quais sua deslegitimação pelo discurso neoliberal. Além da perda da base keynesiana sobre a qual se estruturava, a ser vista adiante, detectam-se fatores tais quais a presença de burocracias pesadas, ineficácia devida ao monopólio, corrupção crescente, controle social sobre os cidadãos dependentes, o fardo financeiro crescente a ser suportado pelo Erário, o enfraquecimento e a ineficácia da Administração Pública sem redução do peso burocrático, a especificidade das circunstâncias históricas que possibilitaram seu advento, seu crescimento até os limites, dentre inúmeros outros fatores. SANTOS, B. de S. Op. cit. pp. 155-157.

³¹⁵ SANTOS, B. de S. Op. cit. p. 153.

³¹⁶ ROSANVALLON, P. Op. cit. p. 49. Conforme observa Rosanvallon, o Estado Social encontrava-se assentado sobre o princípio keynesiano da correspondência global entre os imperativos do crescimento econômico e a exigência de uma maior igualdade social no âmbito de um Estado econômica e socialmente ativo. ROSANVALLON, P. Ibidem.

³¹⁷ ROSANVALLON, P. Ibidem.

³¹⁸ ROSANVALLON, P. Ibidem. Ensina António José Avelãs Nunes que “Desde a famosa conferência de 1924 sobre ‘The End of Laissez-faire’ que Keynes advogou a necessidade de uma certa coordenação pelo estado do aforro e do investimento de toda a comunidade: porque as questões relacionadas com a distribuição do aforro pelos canais nacionais mais produtivos ‘não devem ser deixadas inteiramente à mercê de juízos privados e dos lucros privados’ e porque ‘não se pode sem inconvenientes abandonar à iniciativa privada o cuidado de regular o fluxo corrente do investimento’.” NUNES, A. J. A. Op. cit., p. 06.

As políticas keynesianas somente foram adotadas efetivamente após a Segunda Guerra Mundial, e ainda parcialmente – essencialmente no que se refere à intervenção econômica e industrial do Estado –, como pelo *New Deal*, do presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt.³¹⁹

Diferentemente das análises marxistas do Estado Social, que o compreendiam como funcional ao capitalismo, para Keynes este resulta de um *compromisso social*, explícito ou implícito, o que aproxima o keynesianismo do pensamento social-democrata.³²⁰

Segundo Rosanvallon, a idéia de tal compromisso social, celebrado entre o Estado, o patronato e o proletariado, consistia em aceitar a classe operária “não contestar as realções de produção (a propriedade privada) em troca de um Estado Social redistributivo e da existência de um sistema ativo de negociações sociais.”³²¹

Segundo Pierre Rosanvallon, a *equação keynesiana* entra em crise, uma vez que suas “receitas” ou fórmulas não mais se mostram aptas a reduzir o desemprego, bem como pelo fato de que a teoria keynesiana não mais conseguiria dar conta de determinados fenômenos.³²² Segundo o autor, as causas da falência do keynesianismo radicam na

(...) redução considerável dos efeitos das políticas de estímulo para a manutenção do investimento ou do consumo, redução ligada à abertura das economias que faz do “constrangimento exterior” a variável chave da gestão econômica. Ora, nesse contexto, a eficiência econômica (a competitividade) e o progresso social (redução das desigualdades e socialização crescente da demanda) voltam a ser contraditórios a curto prazo.³²³

Portanto, aqui já se manifestam alguns dos efeitos da *globalização econômica* sobre o modelo do Estado Social. Boaventura de Sousa Santos se refere, por sua vez, à crise do paradigma reformista e de suas formas políticas, a saber, o keynesianismo e o Estado Social.³²⁴ Tal crise deve-se, em grande parte, segundo o autor lusitano, à hegemonia do princípio do mercado, que tende a dominar a regulação e, portanto, o Estado e a comunidade.³²⁵ Santos afirma que

³¹⁹ ROSANVALLON, P. Idem, p. 52.

³²⁰ ROSANVALLON, P. Idem, p. 53.

³²¹ ROSANVALLON, P. Ibidem.

³²² Ensina Nunes que “Os neoliberais souberam aproveitar o desnorte dos keynesianos, surpreendidos com o ‘paradoxo da estagflação’ (J. Stein), confusos perante o ‘dilema da estagflação’ (Samuelson).” NUNES, A. J. A. Op. cit. p. 10. Com efeito, a estagflação é o fenômeno que põe em xeque as premissas do keynesianismo. É ainda Nunes quem ensina que “no início da década de 1970, porém, começaram a verificar-se situações caracterizadas por um ritmo acentuado de subida de preços (inflação crescente), a par de (e apesar de) uma taxa de desemprego relativamente elevada e crescente e de taxas decrescentes (por vezes nulas) de crescimento do PNB. Começava a era da *estagflação*.” NUNES, A. J. A., Idem, p. 09.

³²³ ROSANVALLON, P. Idem, p. 55. Tradução livre do autor. Texto original: “réduction considérable des effets sur la croissance des politiques de relance par le soutien de l’investissement ou de la consommation, réduction liée à l’ouverture des économies qui fait de la ‘contrainte extérieure’ la variable clef de la gestion économique. Or, dans ce contexte, l’efficacité économique (la compétitivité) et le progrès social (réduction des inégalités et socialisation croissante de la demande) redeviennent contradictoires à court terme. »

³²⁴ SANTOS, B. de S. Op. cit. p. 154.

³²⁵ SANTOS, B. de S. Op. Ibidem.

A ideologia e a prática do neoliberalismo, em combinação com as operações transnacionais das grandes empresas e das agências internacionais, conduziram a um certo esbatimento do protagonismo do Estado-nação como actor no sistema mundial.³²⁶

Devido à influência política concreta da ideologia neoliberal na contemporaneidade e do advento da globalização econômica, segundo Rosanvallon

As políticas de “desregulação” encontram-se na ordem do dia em numerosos países. A liberação dos preços, a redução da intervenção pública, o diminuição das regulamentações constituem os principais fundamentos das tentativas que visam definir uma alternativa ao modelo keynesiano clássico.³²⁷

A perda de protagonismo do Estado-nação, no contexto político, por força do fenómeno da globalização econômica³²⁸, é esclarecida por Abili Lázaro Castro de Lima. Observa o autor que o fenómeno assenta-se na relativização ou eliminação de fronteiras em prol do livre comércio mundial, o que evidentemente afeta a soberania dos Estados-nação e implica em aumento da interdependência das economias em nível global.³²⁹

A efetividade dos mecanismos de regulação nacionais é fortemente mitigada pelo carácter transnacional ou multinacional do capital contemporâneo e por sua mobilidade, sendo que as empresas transnacionais e multinacionais conseguem impor constrangimentos aos Estados nacionais, seja por seu poder financeiro, seja pela repercussão pública de suas decisões privadas.³³⁰

³²⁶ SANTOS, B. de S. Idem, p. 155.

³²⁷ ROSANVALLON, P. Op. cit. p. 59. Tradução livre do autor. Texto original : “Les politiques de ‘dérégulation’ sont dans de nombreux pays à l’ordre du jour. La libération des prix, la réduction de l’intervention publique, l’allègement des réglementations constituent les principaux fondements des tentatives visant à définir une alternative au modèle keynésien classique. » Nesse sentido também Santos: “Esta perda relativa de protagonismo do Estado nos países centrais tem tido um papel determinante nas políticas sociais. Desregulação, privatização, mercado interno do Estado, comparticipação nos custos, mercadorização, cidadania activa, ressurgimento da comunidade são algumas das denominações do variado conjunto de políticas estatais com o objectivo comum de reduzir a responsabilidade do Estado na produção do bem-estar social.” SANTOS, B. de S. Op. cit. p. 155.

³²⁸ Aqui pode-se adotar o tipo ideal de globalização descrito por Abili Lázaro Castro de Lima, qual seja, o fenómeno da “crescente interconexão em vários níveis da vida cotidiana a diversos lugares longínquos do mundo.” LIMA, A. L. C. de. Op. cit. p. 138. Conforme observa o autor, com esboço em John Gray, o que distingue a globalização de outros intercâmbios internacionais já existentes desde épocas imemoriais é a magnitude e a intensidade do fenómeno na contemporaneidade. Idem, p. 140.

³²⁹ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 145.

³³⁰ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 145 e 155. A nova economia globalizada revela-se incompatível e intolerante com o que se reputa arcaísmo protecionista típico dos Estados-nação em cujo âmbito Keynes situa suas teorizações. ROSANVALLON, P. La performance économique contre le social. In : HOLCMAN, Robert (org.). **La protection sociale : principes, modèles, nouveaux défis**. Paris : La Documentation Française, 1997, p. 61. Em um mercado globalizado, as regulações que podem afugentar o capital volátil passam a ser consideradas um problema para a competitividade. Nesse sentido, SANDRETTO, R. La protection sociale contre l’économie? Um handicap pour la compétitivité. La performance économique contre le social. In : HOLCMAN, Robert (org.). **La protection sociale : principes, modèles, nouveaux défis**. Paris : La Documentation Française, 1997, pp. 66-67. Pierre Bourdieu constata que a internacionalização do trabalho implicou um nivelamento do custo do trabalho por baixo, proporcionado graças à concorrência mundial entre os trabalhadores por aquela instaurada, resultando na *flexploração* (flexibilização-exploração) através da gestão racional da insegurança. LIMA, A. L. C. de. Op. cit. p. 151, nota de rodapé n. 362.

Ademais, organismos internacionais, tais quais o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, conseguem impor condicionamentos crescentes às opções políticas dos Estados nacionais, notadamente dos Estados dependentes de auxílios financeiros da parte de tais instituições, através de mecanismos como o *princípio da condicionalidade*³³¹ e os *ajustes estruturais*.³³²

O fenômeno da globalização econômica acaba por significar a instauração daquela que Riccardo Petrella denominou a *era da economia pós-nacional*, portanto e, na dicção de José Eduardo Faria, na substituição do paradigma fordista pelo novo *paradigma da especialização flexível da produção*.³³³

Como conseqüências do novo quadro político institucional, instauram-se a descontinuidade nas conquistas e nos avanços proporcionados pelo Estado Social, concretizada notadamente em países centrais desenvolvidos, mais tímidas no que se refere aos estados periféricos, e verifica-se uma sensível deterioração do quadro social, através do recrudescimento da pobreza, do surgimento dos ditos “terceiros mundos interiores”³³⁴, da redução dos recursos orçamentários destinados à implementação de políticas sociais e, sobretudo, na deslegitimação ideológica do Estado Social, conforme constata Boaventura de Sousa Santos.³³⁵

A desregulamentação atinge pesadamente setores como o das relações juslaborais, através de expedientes como a reengenharia, as novas tecnologias e, notadamente, a “flexibilização” – i.e., precarização – das relações salariais, o que é, simultaneamente, efeito e

³³¹ Conforme ensina Abili Lázaro Castro de Lima, de acordo com tal princípio, os auxílios financeiros concedidos pelo Fundo Monetário Internacional são submetidos a condições específicas, as quais “restringem sobremaneira a capacidade dos Estados definirem as suas políticas, ou seja, cerceando ou restringindo a participação dos cidadãos na definição dos destinos da sociedade, colocando, inclusive, em risco as instituições que promovem o bem-estar da população e ameaçando a soberania do Estado.” LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 216. São exemplos de tais condições, elencadas por David Held, a *redução do gasto público*, a *limitação de salários e empregos do setor público*, a *desvalorização monetária*, a *diminuição de programas de assistência social*.

³³² Ainda na esteira das lições de Abili Lázaro Castro de Lima, de se registrar que, quanto ao Banco Mundial, “nos anos oitenta sua política de assistência financeira estava atrelada a ‘ajustes estruturais’, obediência a parâmetros de austeridade monetária e fiscal, ‘maior abertura da economia ao setor privado’, supressão de barreiras nacionais ao comércio internacional e aceitação dos mecanismos de mercado como critério para solução dos problemas produtivos e distributivos.” LIMA, A. L. C. de. Idem, pp. 217-218. Lembrando-se que, em estando o controle do FMI e do BM nas mãos dos Estados mais poderosos economicamente, através do direito de voto monetário, há quem vislumbre em suas imposições uma estratégia de recolonização, pela imposição aos países periféricos dos denominados “critérios do Norte”, e pela conseqüente perda de autonomia dos países do Sul, numa situação de *neocolonialismo*. LIMA, A. L. C. de. Idem, pp. 218-219.

³³³ LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 150, nota de rodapé n. 361 e pp. 228-229, respectivamente.

³³⁴ Andreas J. Krell alude ao problema crônico do desemprego e da falta de moradia que assola os países centrais, afirmando ainda que “existem milhões de pessoas no Primeiro Mundo que vivem em prédios antigos, nos chamados ‘bairros de saneamento’ (*Sanierungsviertel*) que não correspondem mais às exigências de conforto e higiene”. KRELL, A. J. **Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 55. A falácia da auto-regulação do Estado pelo princípio do mercado é denunciada por essa e por outras situações, pois, segundo Krell, e tal quadro “a iniciativa privada não se interessa em construir casas ou prédios para pessoas de baixo poder aquisitivo.” KRELL, A. J. Ibidem. Outro exemplo recente da insuficiência do mercado é a intervenção dos Governos na crise financeira ora em curso.

³³⁵ SANTOS, B. de S. Op. cit. p. 154. O autor aponta ainda que as transformações políticas ocorridas na Europa do leste acarretaram uma “naturalização” do capitalismo. SANTOS, B. de S. Ibidem.

causa da perda de poder dos mecanismos corporativos e das organizações de classe, conforme observa Boaventura de Sousa Santos.³³⁶

A representação obreira não apenas sindical, mas também político-parlamentar sofreu reveses significativos, dentre os quais a descaracterização dos partidos operários e sua transformação em partidos transclassistas ou *catchall parties*.³³⁷

A consequência da fragilização dos direitos e do arrefecimento da proteção social estatal em nome de princípios econômicos e financeiro-atuariais é um reavivamento ou um crescimento das desigualdades sociais e das situações de marginalização e exclusão social de contingentes humanos inteiros.

Verifica-se o que Boaventura de Sousa Santos denomina *predominância estrutural dos processos de exclusão sobre os processos de inclusão*, manifestados no que o autor lusitano denomina *pós-contratualismo e pré-contratualismo*.³³⁸

Boaventura constata, ainda, um renascimento do apelo à solidariedade horizontal através da ressuscitação das *Gemeinschaft*, redes tradicionais de solidariedade, reciprocidade e auxílio mútuo, existentes no ambiente político liberal que antecedeu o advento do Estado Social, ou seja, a (re)privatização das redes de segurança individual,³³⁹ o que evidencia ainda mais o caráter reacionário do pensamento neoliberal³⁴⁰ e das consequências engendradas pela globalização econômica nos âmbitos político e jurídico.

É importante repisar, portanto, que as teorias neoliberais, engendradas e popularizadas por intelectuais como Hayek, Friedman e Nozick foram, assumidamente, um movimento de reação política, filosófica e teórica contra Estado Social e, o qual, ao que parece até o presente momento, atingiu em larga escala seu intuito político de reengenharia estatal e de liberalização do mercado, favorecido pelo enfraquecimento dos Estados nacionais em virtude do processo de globalização econômica.

³³⁶ SANTOS, B. de S. Idem, p. 156. Santos aponta, ainda, a afetação das políticas de classe por fenômenos diversificados, tais quais a segmentação nacional e transnacional do mercado de trabalho, o aumento da diferenciação interna da classe operária industrial, o recrudescimento do desemprego e do sub-emprego estruturais, assim como da informalidade, dentre outros fatores. SANTOS, B. de S. Ibidem.

³³⁷ SANTOS, B. de S. Ibidem.

³³⁸ Segundo Boaventura, o *pós-contratualismo* pode ser definido como “o processo pelo qual grupos e interesses sociais até agora incluídos no contrato social são dele excluídos sem qualquer perspectiva de retorno”, processo este que, segundo o autor, dá-se através do confisco de direitos outrora considerados inalienáveis. Já o *pré-contratualismo* é definido por Santos como “o bloqueamento do acesso à cidadania por parte dos grupos sociais que anteriormente se consideravam candidatos à cidadania e tinham a expectativa fundada de a ela aceder.” LIMA, A. L. C. de. Op. cit. p. 231.

³³⁹ SANTOS, B. de S. Op. cit. p. 156. No mesmo sentido, Milton Santos, citado por Abili de Lima: “Mas se o Estado não pode ser solidário e a empresa não pode ser altruísta, a sociedade como um todo não tem quem a valha. Agora se fala muito num terceiro setor, em que as empresas privadas assumiriam o trabalho de assistência social antes deferido ao poder público. Caber-lhes-ia, desse modo, escolher quais os beneficiários, privilegiando uma parcela da sociedade e deixando a maior parte de fora.” LIMA, A. L. C. de. Op. cit. p. 232.

³⁴⁰ De se observar que corrobora tal caráter reacionário a afirmação de Avelãs Nunes, no sentido de que “os monetaristas e os ‘novos economistas clássicos’ vão mais longe, no seu radicalismo, do que tinham ido os próprios ‘clássicos’, perdendo aqueles o realismo de que deram provas alguns destes últimos, entre os quais se sobressai A. C. Pigou, que nunca defendeu uma política de redução dos salários nem sequer a anulação ou a redução do subsídio de desemprego.” NUNES, A. J. A. Op. cit. p. 21. É exatamente a Pigou que se atribui, conforme visto, a utilização, pela primeira vez, do termo *externalidade* com o sentido como é compreendida atualmente.

3.2. Minimalismo prestacional e maximalismo penal e militar.

Contraditoriamente, o minimalismo estatal apregoadado pelas correntes neoliberais restringe-se a determinados aspectos da estatalidade, frise-se, à intervenção na economia – notadamente a regulamentação legal da força de trabalho e às barreiras ao comércio internacional – e à outorga de prestações sociais, não se estendendo a outras áreas com semelhante intensidade. Trata-se, portanto, de um minimalismo altamente seletivo.³⁴¹

Na realidade, a democracia em si mesma não constitui um valor do neoliberalismo, e este, por sua vez, não preconiza apenas a primazia do econômico – logo, da liberdade de mercado – sobre o social, mas igualmente sobre o político e sobre a democracia.³⁴² Isso explica, por exemplo, as combinações de liberalismo econômico e autoritarismo político e institucional havidas, por exemplo, no Chile, sob a ditadura de Augusto Pinochet, de 1973 a 1990.³⁴³

Quanto a outros aspectos, mesmo nos países precursores das maiores reformas neoliberais, o que se observa, de outro lado, é um significativo aumento do aparato repressivo estatal, seja este compreendido como forças de segurança interna, seja compreendido como as Forças Armadas. Aliás, a necessidade de um Estado com instituições policiais e militares fortes é expressamente admitida por alguns dos principais teóricos representantes do pensamento neoliberal.

Afinal, como é sabido, o funcionamento do mercado produz externalidades negativas, dentre as quais a exclusão social, a miséria e a pobreza, as quais, por sua vez, também produzem externalidades negativas, como o aumento da criminalidade. Esta, por sua vez, gera um aumento de insegurança e, logo, um aumento da demanda por segurança que redunde, ao final, exatamente no recrudescimento do aparato repressivo estatal, a par de outras manifestações, como o crescimento do mercado da segurança privada.

³⁴¹ WANG, D. W. L. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers. University of California, Berkeley, 2007, paper 050207-16. Disponível em: <http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=bple>>. Acesso em: 04 jan. 2009, p. 05. Conforme observa Daniel Wei Liang Wang, “também o modo de produção capitalista, fundado na prevalência do mercado e que prega a não interferência do Estado na livre atuação econômica dos agentes privados, teve como pressuposto para se desenvolver o advento do Estado Moderno, que garantiu para os indivíduos a liberdade, a igualdade formal (por meio da dissolução das relações hierárquicas) e a institucionalização jurídica do direito de propriedade, todos eles garantidos pelo Estado contra o próprio Estado e contra os outros indivíduos. E a realização de tais tarefas só foi possível graças a um enorme aparato militar e burocrático.”

³⁴² LIMA, A. L. C. de. Op. cit. pp. 164-165. Conforme observa Enrique de la Garza Toledo, o neoliberalismo é, ainda, crítico à democracia como igualdade, na medida em que esta implica na participação dos economicamente improdutivos nas decisões políticas, donde não é contraditório para com a ideologia neoliberal a combinação de liberdade econômica e restrição à liberdade política de massas. Ademais, Hayek reconhecia a virtual incompatibilidade entre democracia e liberdade, na medida em que as decisões políticas poderiam pretender se imiscuir na liberdade econômica, isto é, na liberdade de disposição da propriedade individual. LIMA, A. L. C. de. Idem, p. 165.

³⁴³ LIMA, A. L. C. de. Idem, pp. 162-163.

A resposta às externalidades do mercado em referência resposta tem se alternado, ao longo da história, entre dois pólos opostos, sobre os quais a ênfase recai, alternadamente, a saber, a “piedade” (proteção social sentido amplo) e a potência (repressão em sentido amplo), na expressão consagrada por Bronislaw Geremek³⁴⁴, verificando-se ainda, comumente, uma síntese, um amálgama de assistência e de repressão, como, por exemplo, no caso das *Poor Laws* inglesas, as quais, se de um lado estabeleciam a assistência, por outro, obrigavam ao trabalho e puniam os recalcitrantes assim como os indigentes errantes que se recusavam a permanecer em suas paróquias de origem e preferiam vagar em busca de melhores oportunidades de sobrevivência.

Parece ser lícito conjecturar, com base nos dados históricos e socioeconômicos, que a abstinência da sociedade, diretamente ou através do estado, no sentido de conferir proteção às pessoas afetadas pelas externalidades negativas do mercado – como os desempregados, por exemplo – vem acompanhada por uma legislação penal socialmente seletiva.

Ocupa-se o presente tópico, portanto, de verificar *se* e, em caso afirmativo, *em que medida* a retração do Estado Social, preconizada pelo neoliberalismo e que obtém vazão pelas mais variadas vias – dentre elas por elaborações teóricas como a reserva do possível, como visto – vem acompanhada por uma *gestão da miséria* através do direito repressivo estatal.

Particularmente interessantes afiguram-se as relações entre retração do Estado Social e crescimento do Estado penal nos Estados Unidos da América, fenômeno que interessa mais de perto para o presente estudo. Nesse diapasão, de se referenciar os trabalhos de Loïc Wacquant e Elisabetta Grande.³⁴⁵

³⁴⁴ GEREMEK, B. **La potence ou la pitié**. L'Europe et les pauvres du Moyen Âge à nos jours. Trad. Joanna Arnold-Moricet. Paris: Éditions Gallimard, 1987.

³⁴⁵ As teorizações de ambos os autores partem da realidade norte-americana, por uma razão que Wacquant explicita: “(...) dissecar o Estado penal nos Estados Unidos significa fornecer materiais indispensáveis para uma antropologia histórica *da invenção em ato do neoliberalismo*. Isso tanto é verdade que, desde a ruptura de meados dos anos 1970, este país tem sido o motor teórico e prático da elaboração e da disseminação planetária de um projeto político que visa submeter o conjunto das atividades humanas à tutela do mercado. Longe de ser um acontecimento acidental ou anormal, a expansão hipertrofiada do setor repressivo do campo burocrático, é um componente essencial da sua nova anatomia na era do neodarwinismo econômico.” (itálicos do original) WACQUANT, L. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. A onda punitiva. 3. ed. rev. e ampl. Trad: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 49. Mais adiante, afirma o autor: “Nessa perspectiva, os Estados Unidos aparecem como uma espécie de refinaria histórica na qual se pode observar, em escala natural, e antecipar, por transposição estrutural, as consequências sociais, políticas e culturais do advento da penalidade neoliberal numa sociedade submetida ao império conjunto da mercadoria e do individualismo moralizante.” Ibidem. O título da obra de Elisabetta Grande faz referência à expressão oriunda do baseball “*Three Strikes and You're Out*”, ou seja, “Três Strikes e você está fora”, como ensina Wacquant: “Esta expressão – tomada emprestada do ‘passatempo nacional’, o beisebol (esporte no qual o bateador que perde a bola três vezes que lhe é arremessada numa sequência fica temporariamente fora do jogo) – refere-se ao drástico e mecânico agravamento das sanções infringidas (sic) em caso de recidiva e à implementação de sentenças de prisão perpétua (ou ‘25 anos até prisão perpétua’), quando o acusado cometeu três atos criminosos graves. Essas leis foram adotadas por 24 estados e pelo governo federal nos anos 1990. Elas variam significativamente, de acordo com a jurisdição. A Califórnia põe em prática uma versão particularmente brutal, pela qual mais de 500 infrações (incluindo faltas menores, como um simples furto numa loja) qualificam como ‘teceiro

Loïc Wacquant, em sua obra *Punir os Pobres*, analisa, conforme se depreende do subtítulo, a onda punitiva decorrente da nova gestão da miséria nos Estados Unidos. A proximidade do tema da *política social* com a *política penal* é assumida expressamente por Wacquant³⁴⁶, o que evidencia a pertinência de tal abordagem no presente trabalho.

Analisando a generalização da insegurança social, com a declaração de um “estado de emergência” policial nos EUA a partir da década de sessenta do século passado – fenômeno este que, segundo o autor, décadas depois atinge também a Europa – Wacquant afirma:

Não foi tanto a criminalidade que mudou no momento atual, mas sim *o olhar que a sociedade dirige para certas perturbações da via pública*, isto é, em última instância, *para as populações despossuídas e desonradas* (pelo seu estatuto ou por sua origem) que são os seus supostos executores, para o local que elas ocupam na Cidade e para os usos aos quais essas populações podem ser submetidas nos campos político e jornalístico.³⁴⁷

A relação da criminalização com as classes sociais e o mercado de trabalho também são evidenciadas por Loïc Wacquant. Segundo o autor, detendo-se sobre as referidas populações despossuídas ou desonradas,

Estas categorias – refugos – jovens desempregados, deixados à sua própria sorte, mendigos e “sem teto”, nômades e toxicômanos à deriva, imigrantes pós-coloniais sem documentos ou amparo – tornaram-se muito evidentes no espaço público, sua presença indesejável e seu comportamento intolerável por que são *a encarnação viva e ameaçadora da insegurança social generalizada*, produzida pela erosão do trabalho assalariado estável e homogêneo (promovido à condição de paradigma do emprego durante décadas de expansão fordista entre 1945 e 1975), e pela decomposição das solidariedades de classe e de cultura que ele apoiava num quadro nacional claramente circunscrito.³⁴⁸ (itálicos do original).

strike’, determinando a prisão perpétua, e a Geórgia aplica o “Two Strikes and You’re Out” para sete crimes violentos.” WACQUANT, L. Op. cit. pp. 122-123

³⁴⁶ “A tese central do presente livro reside em sua própria arquitetura, ou seja, na aproximação empírica e analítica que efetua entre política social e política penal. Esses dois domínios da ação pública continuam a ser abordados separadamente, de modo a isolar um do outro, tanto pelos cientistas sociais quanto por políticos, profissionais e ativistas que pretendem reformá-los, enquanto na realidade eles já funcionam em conjunto, na base da estrutura de classes e lugares.” WACQUANT, L. Idem, p. 42.

³⁴⁷ WACQUANT, L. Idem, p. 29.

³⁴⁸ WACQUANT, L. Ibidem. Elisabetta Grande, ao explorar as relações entre repressão e classe social, além de apontar para o grande percentual de afro-descendentes no sistema carcerário norte-americano – 40,7% dos condenados a uma pena privativa de liberdade superior a um ano, contra 34,3% de brancos e 19,2% de hispânicos – (op. cit., p. 84), esclarece dados que evidenciam a seletividade social perversa daquele sistema penal: “È significativa e conclusiva direi, in secondo luogo, la percentuale degli imputati che negli Stati Uniti chiede di essere difesa a spese dello Stato perché indigente: essa oscilla fra l’80% e il 90%. Il 90% degli accusati di reati, dice Peter Neufeld nel suo rapporto alla Commissione legislativa ‘sui reati, il terrorismo e la sicurezza interna del 2003’ è povero. Studi relativi al 1997, condotti in particolare sulle donne carcerate, indicano inoltre – e il dato chiarisce con precisione il tasso di povertà di chi finisce in prigione – come l’80% nell’anno precedente all’arresto guadagnasse meno di 2.000 dollari l’anno (ovvero circa 5 dollari al giorno) e il 92% avesse, nel medesimo periodo, un introito inferiore ai 10.000 dollari (equivalente a circa 25 dollari al giorno). Il rapporto, infine, del ministero della giustizia americano del 1995 fa sapere

Loïc Wacquant constata a co-relação entre a retração ou atrofia das atividades prestacionais do estado e o recrudescimento ou hipertrofia da atividade repressiva estatal, sempre mantendo em sua perspectiva as múltiplas e complexas relações entre a responsividade penal do estado e as mudanças sociais relativas ao mercado de trabalho:

De fato, o endurecimento generalizado das políticas sociais, judiciárias e penitenciárias que se observa na maioria dos países do Primeiro Mundo nas duas últimas décadas faz parte de uma *tríplice transformação do Estado*, que contribui, simultaneamente, para acelerar e confundir, aliando a amputação de seu braço econômico à retração de seu regaço social e à maciça expansão de seu punho penal. Essa transformação é a resposta burocrática das elites políticas às mutações do assalariamento (passagem para os serviços e a polarização das ocupações, flexibilização e intensificação do trabalho, individualização dos contratos de emprego, descontinuidade e dispersão dos trajetos profissionais) e a seus efeitos devastadores nos escalões inferiores da estrutura social e espacial.³⁴⁹ (itálicos do original).

Donde parece ser lícito se inferir que o agravamento dos problemas sociais decorrentes das modificações radicais pelas quais passou o mercado de trabalho, de um lado, e da abstenção estatal crescente no âmbito da proteção social, por outro, passa a ser respondido pela sociedade e pelo estado através da repressão.

Observando que a “mão invisível” do mercado encontra seu prolongamento ideológico e seu complemento institucional necessário no “punho de ferro” do Estado penal, Wacquant observa como tal processo representa o ápice de um processo de superação – nos EUA – e de suplementação – na Europa – da “mão esquerda” do Estado, na expressão de Pierre Bourdieu – compreendida como aquela que protegia e melhorava as oportunidades de vida, através das políticas sociais – por sua “mão direita” – ou seja, aquela que representa metaforicamente a atividade policial, judicial e prisional da estatalidade.³⁵⁰⁻³⁵¹

come man mano che si scende nella scala sociale, la percentuale di persone condannate deternute aumenti esponenzialmente.” GRANDE, E. **Il terzo strike**: la prigionia in America. Palermo: Sellerio, 2007, p. 86.

³⁴⁹ WACQUANT, L. Op. cit. p. 30.

³⁵⁰ WACQUANT, L. Op. cit. p. 32. Referindo-se à experiência norte-americana, assim se pronuncia, a certa altura, o autor: “A atrofia planejada do Estado Social, culminando com a lei de 1996 sobre a ‘responsabilidade pessoal e o trabalho’ que substituiu o direito à assistência social (*welfare*) pela obrigação ao trabalho sub-remunerado (*workfare*), e a súbita hipertrofia do Estado penal são dois movimentos concomitantes e complementares (Capítulo 3).” Idem, p. 40. Sobre a lei de 1996 referida no excerto, que reformou o auxílio-social estadunidense, ainda o autor: “Hipocritamente intitulada ‘Lei sobre a responsabilidade individual e o trabalho’, ela redundou na supressão do direito à assistência e na instituição do assalariamento forçado desqualificado como o único meio de sobrevivência, sob o pretexto de recolocar os indigentes no caminho da ‘independência’.” WACQUANT, L. Idem, p. 110. Mais uma vez ficam claras as analogias das “novas” leis norte-americanas com a arcaica legislação inglesa sobre os pobres, e uma vez mais, restam evidenciadas as relações entre mercado de trabalho e recrudescimento da repressão estatal, bem como resta evidenciado, ainda, o caráter *reacionário* do “neo”liberalismo.

³⁵¹ GRANDE, Elisabetta. Op. cit. p. 117. A repressão como complemento do recuo nas prestações sociais é perfeitamente explicável, conforme observa Elisabetta Grande, “a ausência de intervenções e proteções sociais, por

Segundo Wacquant, na era pós-keynesiana, o aparelho penal tem sua utilidade renovada em um tríptico aspecto, qual seja, em subjugar as frações operárias que tentam reagir à nova disciplina do assalariamento; em promover a recomposição e “armazenamento” daqueles elementos mais desagregadores ou tornados supérfluos pela reformulação da demanda por força de trabalho – rememore-se Rusche e Kirchheimer – e, por fim, na reafirmação do Estado na vida cotidiana, ainda que apenas em seu novo domínio restrito – o repressivo.³⁵²

Os problemas engendrados pela desregulamentação da economia e pela retração da proteção social são ocultados pela exploração da insegurança generalizada e pela condução ideológica de todas as expectativas de solução dos problemas correlatos para o campo penal, o que representa, ao fim e ao cabo, a fragilização de direitos e garantias individuais decorrentes da retórica do medo e da conseqüente expansão, doravante sem limites, da repressão penal. Wacquant assim aborda o aparente paradoxo acerca do caráter ambíguo das teorias neoliberais em relação ao minimalismo/maximalismo estatal, afirmando que

Se as mesmas pessoas que exigem um Estado mínimo, a fim de “liberar” as “forças vivas” do mercado e de submeter os mais despossuídos ao estímulo da competição, não hesitam em erigir um Estado máximo para assegurar a “segurança” no quotidiano, é porque a *pobreza do Estado Social sobre o fundo da desregulamentação suscita e necessita da grandeza do Estado penal*.³⁵³

Segundo Wacquant, quanto mais o Estado exime-se de qualquer responsabilidade econômica, tolerando, poranto, um alto nível de pobreza e desigualdade, tanto mais se faz necessária a manifestação de tal grandeza repressiva.³⁵⁴

Trata-se, portanto, de uma transição da *guerra contra a pobreza* para a *guerra contra os pobres*, segundo o autor, sendo estes últimos convertidos em bodes expiatórios de todos os males e “intimados a assumir a responsabilidade por si próprios, sob pena de se verem atacados por uma batelada de medidas punitivas e vexatórias”, destinadas a reconduzí-los ao emprego precário ou diminuir suas demandas sociais.³⁵⁵

sua vez, como se viu, incrementa o número de pobres e assum contribui para criar as condições que conduzem a um forte encarceramento.” Tradução livre do autor. Texto original: “l’assenza di interventi e protezioni sociali a sua volta, lo si è visto, incrementa il numero dei poveri e contribuisce così a creare le condizioni che conducono alla forte incarcerazione.”

³⁵² WACQUANT, L. Op. cit. p. 33.

³⁵³ WACQUANT, L. Idem, p. 48.

³⁵⁴ WACQUANT, L. Ibidem.

³⁵⁵ WACQUANT, L. Idem, p. 96.

O declínio do *Estado caritativo*, na expressão de Loïc Wacquant, vem, portanto, necessariamente acompanhado do avanço do *Estado penal*. Trata-se, como já visto, de uma resposta alternativa à assistência, em face das externalidades negativas.³⁵⁶

Em síntese, pode-se afirmar que a contradição neoliberal resta evidenciada por sua postura ambígua em relação às dimensões estatais em diversas de suas funções, restando demonstrado, outrossim, que a defesa neoliberal do valor liberdade é em grande medida retórica, na medida em que o neoliberalismo permanece indiferente à democracia e convive bem com regimes autoritários e repressivos.

Examinadas as principais expressões teóricas neoliberais bem como evidenciada a seletividade de tais teorias no que se refere ao processo de miniaturização estatal, de se examinar como se deu o impacto de tais abordagens teóricas e político-filosóficas nos países periféricos, dentre os quais o Brasil, onde o Estado Social não chegara a ser significativamente implantado por ocasião do revés neoliberal.

4. Contextualização socioeconômica e histórica.

4.1. A situação peculiar dos Estados de capitalismo tardio

Abordando a situação peculiar dos Estados de capitalismo tardio por ocasião da onda neoliberal, nos deteremos especificamente sobre o caso dos países latinoamericanos e do Brasil, que interessam mais particularmente no presente trabalho, abstendo-se de fazer considerações acerca de países africanos, asiáticos e do leste europeu, o que ultrapassaria o escopo do estudo.

4.1.1. América Latina e Brasil.

Dentro de tal panorama histórico, insta deter-se um pouco mais sobre a situação peculiar dos Estados de capitalismo tardio, notadamente sobre os países latino-americanos e sobre o Brasil.

É sabido que, nas mais diversas áreas, os países periféricos, notadamente as ex-colônias dos países europeus, são acometidos pelo mal crônico do desenvolvimento retardado, fruto dos mais diversos fatores. A América Latina, assim como a África e a Ásia, são exemplos disso. Na

³⁵⁶ Questiona o autor: “Como conter o fluxo crescente de famílias deserdadas, marginais das ruas, jovens desempregados e alienados, desesperança e a violência que se intensificam e se acumulam nos bairros segregados das grandes cidades? Nos três níveis do campo burocrático – o dos condados, o estadual e o federal –, as autoridades estadunidenses responderam à escalada das desordens urbanas – pelas quais, paradoxalmente, são em grande parte responsáveis – desenvolvendo, até a hipertrofia, suas funções repressivas.” WACQUANT, L. Idem, p. 110.

maioria dos países pertencentes a tais continentes o Estado Social jamais foi plenamente implementado.

Quanto à América Latina, especificamente, a questão social é pungente. De acordo com o relatório da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL, órgão da Organização das Nações Unidas – ONU, relativo ao ano de 2002, a pobreza e a indigência atingiam nada menos do que 44% e 19,4% da população latino-americana, respectivamente, totalizando, portanto, 63,4% da população na condição de pobres ou indigentes.³⁵⁷

Em números absolutos, isso corresponde a 221 milhões de pessoas na pobreza e 97 milhões na indigência, um aumento de 21 milhões de pobres e de 4 milhões de indigentes em relação aos dados do ano de 1990.³⁵⁸

Utilizando-se do indicador intitulado NBI, ou *Necesidades Basicas Insatisfechas*, já utilizado na América Latina há décadas e mais adequado para a mensuração da exclusão social do que a simples análise da renda média, se avalia o nível de acesso a bens de primeira necessidade, como habitação, educação, água potável e saneamento básico.³⁵⁹

Valendo-se de tal instrumento, se observa que em países latino-americanos como a Bolívia, a Colômbia e El Salvador, por exemplo, mais de 40%, ou um percentual que varia de 5 a 9,9% e, finalmente, de 10 a 19,9% de sua população em idade de 07 a 12 anos, respectivamente, não tinha acesso a um estabelecimento escolar. Nos demais países esse índice ficou, no mesmo período (2002), em até 5%.³⁶⁰

Em países como o Brasil, a Colômbia, El Salvador, o México e a Venezuela, de 5 a 9,9% da população não tinha acesso à rede de saneamento básico. Na Nicarágua e no Peru tal índice variava de 10 a 19,9%, em Honduras de 20 a 29,9% e na Bolívia, de 30 a 39,9%, segundo o relatório da CEPAL.³⁶¹

Na Bolívia, em Honduras e na Nicarágua, o índice de pessoas sem acesso à energia elétrica variava entre 30 a 39,9% no período compreendido pelo relatório. Na Guatemala e no Perú, tal índice atingia entre 20 e 29,9% da população. Em El Salvador o índice ficava entre 10 a 19,9% da população, ao passo que na Colômbia e no Paraguai o índice se situava entre 5 a 9,9% da população.³⁶²

A parcela da população sem acesso a uma fonte adequada de água potável era de 20 a 29,9% na Bolívia, em El Salvador, na Nicarágua e no Peru, ao passo que no Equador, em Honduras e no Paraguai tal índice variava entre 10 e 19,9%, de acordo com a CEPAL.³⁶³

³⁵⁷ La pauvreté dans la région. Rapport de la CEPAL. Trad. François Boisivon. **Problèmes économiques : l'Amérique Latine après la tourmente**, Paris: La documentation française, n. 2.899, 10 de maio de 2006, p. 08.

³⁵⁸ **Problèmes économiques**. Idem, p. 09.

³⁵⁹ **Problèmes économiques**. Ibidem.

³⁶⁰ Isto é: Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Equador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Perú, Uruguai e Venezuela. **Problèmes économiques**. Idem, p. 10.

³⁶¹ **Problèmes économiques**. Idem, p. 10.

³⁶² **Problèmes économiques**. Ibidem.

³⁶³ **Problèmes économiques**. Ibidem.

Quanto à habitação, o relatório dá conta de que residiam em situações precárias, em habitações de chão batido, mais de 40% da população nicaragüense e peruana, de 30 a 39,9% dos bolivianos e hondurenhos, de 20 a 29,9% dos salvadorenhos e paraguaios, de 10 a 19,9% dos mexicanos e de 5 a 9,9% dos colombianos.³⁶⁴

Quanto à escolaridade, entre adultos com idade superior a 18 anos, tinha 5 anos de estudo ou menos um contingente representativo de 30 a 39,9% da população brasileira e guatemalteca. Na Bolívia, na Colômbia, em El Salvador, em Honduras, na Nicarágua, no Paraguai, no Perú e na República Dominicana tal índice ficava entre 20 a 29,9% da população.³⁶⁵ Em países como o Chile, Costa Rica, o Panamá, o Uruguai e a Venezuela, de 10 a 19,9% da população com mais de 18 anos tinha freqüentado a escola por 5 anos ou menos.³⁶⁶

Quanto ao Brasil, especificamente, dos dados geral do relatório da CEPAL para 2002, de acordo com o método NBI, depreende-se que até 5% da população entre 7 e 12 anos de idade não freqüentava um estabelecimento escolar, que de 5 a 9,9% da população não contava com saneamento básico, que até 4,9% da população não tinha acesso a energia elétrica, que de 30 a 39,9% da população com idade superior a 18 anos tinha escolaridade igual ou inferior a 5 anos, que de 20 a 29,9% da população vivia em situação de promiscuidade.³⁶⁷

Em termos de desigualdade social, levando-se em consideração, dentre outros, o Índice de Desenvolvimento Humano ou IDH do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD e o coeficiente Gini³⁶⁸, a Venezuela é o menos desigual e o Brasil é o mais desigual dos países latino-americanos.³⁶⁹

O Brasil possui um dos coeficientes de Gini mais elevados do mundo, a saber, 0,59 (2004), estando, em termos de desigualdade social, em situação pior do que países como a Colômbia, o México, o Uruguai, a China, a Índia e a Coréia, o que lhe rendeu a reputação de um dos países mais desiguais do mundo.³⁷⁰

Pior ainda, a desigualdade no Brasil é estável, conforme relatório do Banco Mundial, no qual se observa que no longo período que vai de 1977 a 1999 o coeficiente de Gini manteve-se

³⁶⁴ **Problèmes économiques.** Ibidem.

³⁶⁵ **Problèmes économiques.** Ibidem.

³⁶⁶ **Problèmes économiques.** Ibidem.

³⁶⁷ **Problèmes économiques.** Ibidem.

³⁶⁸ O coeficiente de Gini, desenvolvido pelo estatístico italiano Corrado Gini em seu estudo intitulado “Variabilità e mutabilità”, de 1912, é a representação algébrica da desigualdade na distribuição da renda. A representação gráfica é denominada *curva de Lorenz*. NUSDEO, F. **Curso de Economia.** Introdução ao Direito Econômico. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 348. O coeficiente de Gini varia entre 0 e 1, escala na qual o 0 representaria a perfeita igualdade de rendas e o 1 a máxima desigualdade, em que um indivíduo seria detentor da integralidade da renda nacional. Banco Mundial. *Inequality and Economic Development in Brazil. A World Bank Country Study. Why is Brazil Such an Unequal Society.* **Problèmes économiques : le Brésil – les défis d’une puissance émergente**, Paris : La documentation française, n. 2.871, 16 de março de 2005, p. 09.

³⁶⁹ QUENAN, Carlos. *Une croissance retrouvée... mais quelques signes d’essoufflement.* **Problèmes économiques : l’Amérique Latine après la tourmente**, Paris : La Documentation française, n. 2.899, 10 de maio de 2006, p. 04.

³⁷⁰ Banco Mundial. *Inequality and Economic Development in Brazil. A World Bank Country Study. Why is Brazil Such an Unequal Society.* **Problèmes Économiques** n. 2.871 cit., p. 09.

constantemente no intervalo entre 0,58-0,62, excepcionado apenas o ano de 1989, em que subiu para 0,64.³⁷¹

A taxa de mortalidade infantil no Brasil é de 38,4% para o período entre 2000-2005. Em termos de Índice de desenvolvimento Humano, o Brasil encontra-se em 72º lugar no *ranking* mundial. A taxa de analfabetismo em 2003 era de 13,9% entre os homens e 13,4% entre as mulheres.³⁷²

Conforme ensina Fábio Nusdeo, em termos de desenvolvimento é irrelevante o tamanho absoluto da economia de um país, sendo o subdesenvolvimento caracterizado, dentre outros fatores, por indicadores tais quais baixa renda per capita (um décimo ou menos da renda média dos países desenvolvidos, entre US\$ 20,000 e US\$ 25,000 em 2001), grande desigualdade na distribuição da renda, taxas de natalidade e mortalidade elevadas, preponderância do setor primário da economia na composição da renda, baixos padrões médios de consumo e qualidade de vida (instrução, saneamento, adequação alimentar), dentre outros fatores.³⁷³ Segundo o autor

O PIB brasileiro estava em 1998 ao redor de US\$ 700 bilhões, situando-se entre o 9º e o 10º lugar no mundo. No entanto, em termos *per capita* estava além do 60º posto e quanto à distribuição de renda além do 100º. Os 20% mais ricos abarcavam 63% da renda nacional e os 20% mais pobres, 3%.³⁷⁴ (itálicos do original).

Seja por questões de atraso industrial, seja por questões de déficit financeiro do Estado, seja pela ausência das condições filosófico-políticas e sociais necessárias à efetiva implementação do Estado Social – notadamente uma democracia efetiva, a presença de partidos políticos operários fortes e de organizações sindicais igualmente fortes – a maioria dos países periféricos, dentre os quais os latino-americanos em geral, jamais conheceram um Estado Social nos moldes dos existentes nos Estados ricos do Norte.

Tal situação vem se agravando em virtude do atingimento da hegemonia neoliberal nos países latino-americanos subdesenvolvidos³⁷⁵, bem como pelo enfraquecimento dos Estados nacionais em virtude da globalização econômica e da dependência internacional. Nesse sentido, constata Boaventura de Sousa Santos:

A relativa perda de protagonismo do Estado, sendo embora um fenômeno generalizado, tem implicações muito diferentes conforme se trate de Estados do centro, da semiperiféria ou da periferia do sistema mundial. Num contexto de

³⁷¹ Banco Mundial. Inequality and Economic Development in Brazil. A World Bank Country Study. Why is Brazil Such an Unequal Society. *Problèmes Économiques* n. 2.871 cit., p. 10.

³⁷² MOCLAIRE, Stéphane. Un premier bilan de l'action du gouvernement Lula... *Problèmes Économiques* n. 2.871 cit., p. 04. Para outros índices de desenvolvimento humano relativos ao Brasil e a outros países latinoamericanos v. SARLET, I. W. Rechtsschutz und Soziale Rechte in Südamerika cit., pp. 36-37.

³⁷³ NUSDEO, F. Op. cit. pp. 346-347.

³⁷⁴ NUSDEO, F. Idem, p. 347.

³⁷⁵ Abili Lázaro Castro de Lima: "A América Latina recebeu a influência destas idéias um pouco mais tarde, nas experiências da Bolívia, do Peru, do México, da Argentina e do Brasil, dentre outros. Todavia, um de seus países pode ser considerado o verdadeiro pioneiro, uma experiência piloto, da implementação da ideologia neoliberal: o Chile, sob a ditadura de *Pinochet*." LIMA, A. L. C. de. Op. cit. pp. 162-163.

crescente desigualdade entre o Norte e o Sul, os Estados periféricos e semiperiféricos estão a ficar cada vez mais limitados – como vítimas ou parceiros – ao cumprimento das determinações do capital financeiro e industrial transnacional, determinações, por sua vez, estabelecidas pelas organizações internacionais controladas pelos Estados centrais. Essas determinações, frequentemente apresentadas em combinações estranhas de liberalismo económico e de protecção dos direitos humanos, abalam a tal ponto a já de si frágil componente social do Estado, que esses países assumem a ideia da crise do Estado-Providência sem nunca terem usufruído verdadeiramente deste.³⁷⁶

Assim, a implementação do Estado Social, preconizada pela generalidade das Cartas Constitucionais latino-americanas, incluída a brasileira de 1988, que nunca chegou a ser ultimada³⁷⁷, passa a sofrer os reveses da ideologia e dos programas neoliberais e a fragilização advinda da globalização económica neoliberal, o que representa, ao fim e ao cabo, o arrefecimento de uma atuação já tímida no sentido da implementação dos direitos sociais e o desmantelamento das conquistas já consolidadas.

Verifica-se, portanto, na periferia do capitalismo mundial, aquela situação severa que Boaventura de Sousa Santos denomina *pré-contratualismo*, consistente em um processo de exclusão preliminar, consistente em bloqueio do acesso à cidadania em relação a grupos sociais que a ela ansiavam e que tinham uma expectativa de a ela aceder.³⁷⁸

No Brasil, assim como nos países periféricos em geral, o advento da vaga neoliberal revelou-se, portanto, de efeitos devastadores, eis que antes mesmo da implantação e do funcionamento por um tempo razoável de um sistema de proteção social mais próximo daquele outrora existente nos países centrais, os primeiros sofreram toda a influência cultural, política e filosófica do pensamento neoliberal, a qual veio por se revelar, ao fim e ao cabo, em fator eficiente de arrefecimento das instituições e dos direitos sociais, natimortos, portanto, porquanto nunca inteiramente implementados.

Percorrido o iter introdutório de contextualização proposto para o presente capítulo, impõe-se a investigação do construto teórico de que nos ocupamos e, sucessivamente, sua eventual aproximação com relação ao pensamento neoliberal, ora explorado, o que se passa a fazer no capítulo seguinte, a tal temática dedicado.

³⁷⁶ SANTOS, B. de S. Op. cit. p. 155. Segundo o autor, “Em consequência destas alterações, o princípio, nunca acabado, da comunidade, retrocedeu para um estado de marginalização ainda maior.” SANTOS, B. de S. Ibidem.

³⁷⁷ KRELL, A. J. Op. cit. p. 54.

³⁷⁸ A categoria contrapõe-se, como já visto, ao *pós-contratualismo*, que Santos define como o processo de exclusão de grupos e interesses sociais do contrato social, sem perspectiva de retorno, conforme já visto. SANTOS, Boaventura de Souza... p. 231.

CAPÍTULO II – A “RESERVA DO POSSÍVEL.” ANTECEDENTES HISTÓRICOS, ORIGENS E PROPAGAÇÃO.

1. Antecedentes históricos próximos e remotos da reserva do possível.

“*Ut unaquaque civitas pauperes et egenos incolas alimentis congruentibus pascat secundum vires.*”³⁷⁹ (II Concílio de Tours – França – 576 d.C.).

O presente trabalho busca analisar a racionalidade que se encontra à base da recepção e utilização da construção denominada reserva do possível no Brasil, que nada mais é, nos termos em que vem sendo compreendida entre nós, do que a tradução moderna do princípio medieval do *secundum vires* ou *nec ultra vires*, segundo o entendimento aqui esposado.

Desse modo, faz-se necessário buscar os antecedentes históricos e as origens da *reserva do possível*, para melhor poder compreendê-lo e fazer-lhe a crítica.

As origens da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) comumente apontadas pela doutrina constitucionalista remontam a uma série de decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, notadamente ao célebre caso do *numerus clausus* I (BVerfGE 33, 303, de 1973), em entendimento reiterado na denominada *decisão sobre as universidades* ou *Hochschul-Urteil* (BVerfGE 35, 79, de 1973), e reafirmado no julgamento alcunhado *numerus clausus* II (BVerfGE 43, 291, de 1977), precedentes estes dos quais se fará uma sucinta narrativa adiante, naquilo que se afigura relevante para o trato do tema aqui em estudo.

Não obstante esta origem jurisprudencial mais recente e corriqueiramente indicada, a racionalidade subjacente à “reserva do possível” é bem mais antiga, e foi a causa de dissensões no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, acarretando uma cisão ainda hoje existente no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos das Nações Unidas, com mais de duas décadas de antecendência ao primeiro precedente citado (BVerfGE), que data de 1973.

Recuando ainda mais no tempo, de se ressaltar que se pode afirmar, com base nos dados históricos de que se dispõe, que o pensamento do *nec ultra vires* ou *secundum vires*, de acordo com o qual as comunidades deveriam cuidar convenientemente dos seus pobres *na medida de*

³⁷⁹ “Toda comunidade deve nutrir convenientemente seus habitantes pobres ou necessitados, **na proporção de seus recursos.**” Nesse sentido, DE SWAAN, A. Op. cit. p. 30. A fórmula completa está em Michel Aubrun: “*Ut unaquaque civitas pauperes et egenos alimentis congruentibus pascat secundum vires; ut tam vicani presbyteri quam cives omnes suum pauperem pascant.* AUBRUN, M. Assistance et protection dans les paroisses et à la porte des monastères (Xie-XIIIe siècles). In : GUESLIN, A.; GUILLAUME, P. (orgs.). **De la charité médiévale à la sécurité sociale** : Économie de la protection sociale du Moyen Âge à l’époque contemporaine. Paris : Les Éditions Ouvrières, 1992, p. 35, nota de rodapé n. 33.

suas forças, ficando assim a caridade, a filantropia e a assistência social condicionadas aos recursos disponíveis, remonta pelo menos ao século VI de nossa Era, tendo sido registrada nos anais do II Concílio de Tours, ocorrido na cidade francesa homônima, no ano de 576 d.C., conforme texto em latim que epigrafa o presente capítulo e cuja tradução segue em nota de rodapé.³⁸⁰

Pode-se afirmar, portanto, que a corrente de pensamento que condiciona o direito à proteção social à disponibilidade de recursos provém de longa data, e que sua longa história pode ser traçada através dos tempos até o pensamento contemporâneo.

Restringir-se-á o presente tópico a avaliar as ocorrências mais recentes e mais relevantes da emergência de tal pensamento na Modernidade, a saber, a cisão do sistema onusiano de proteção dos direitos humanos, ocorrida por ocasião da Assembléia Geral das Nações Unidas de 1951, fruto da *doutrina da progressividade* ou implantação progressiva dos direitos sociais, e os precedentes do Tribunal Constitucional alemão proferidos a partir da década de 70, já referidos, cuja recepção pelo pensamento jurídico de diversos países, dentre eles o Brasil, torna-os de relevância ímpar.

1.1. A cisão sofrida pelos direitos humanos no sistema onusiano em 1951 e sua crítica.

Em virtude de dissensão ideológica acerca dos direitos sociais e das obrigações dos Estados em sua implementação, provocada por correntes político-filosóficas opostas, a Assembléia Geral das Nações Unidas em 1951 acabou por deliberar pela elaboração de dois pactos internacionais de direitos humanos com eficácia normativa, ambos regulamentadores da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a saber, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os quais foram finalmente adotados em 1966.³⁸¹ Nesse sentido, é o magistério de Antonio Augusto Cançado Trindade, segundo quem

³⁸⁰ A antiguidade e o arraigamento do princípio *secundum* ou *nec ultra vires*, calcado na compreensão do auxílio à sobrevivência baseado na bondade ou no altruísmo e praticado como liberalidade talvez possa explicar em certa medida a dificuldade existente até nossos dias de se conceber os direitos sociais como verdadeiros direitos, e não como favores discricionários. Abdicar-se-á de realizar uma incursão em tal aspecto cultural por exorbitar as possibilidades de exploração da temática no presente estudo.

³⁸¹ CANÇADO TRINDADE, A. A. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. I**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 446.

As raízes da questão estudada no presente capítulo – o tratamento distinto das duas “categorias” de direitos, quais sejam, de um lado, os direitos civis e políticos, e de outro, os direitos econômicos, sociais e culturais – remontam à fase legislativa de elaboração dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, mormente à decisão tomada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1951, de elaborar, ao invés de um Pacto, dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos (adotados em 1966), voltados, respectivamente, às duas categorias de direitos, dotados de medidas de implementação distintas, e completando, assim, juntamente com a Declaração Universal de 1948, a chamada Carta Internacional de Direitos Humanos.³⁸²

Tal distinção, fortemente criticada em virtude de desconsiderar os princípios da *interdependência* e da *indivisibilidade* dos direitos humanos, estudados adiante, baseou-se na clássica oposição – hoje amplamente superada – entre direitos negativos e direitos positivos. Ainda segundo o autor brasileiro, recorrendo sobre a razão de tal secção no âmbito do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos:

Pressupunha-se, na época, que enquanto os direitos civis e políticos eram suscetíveis de aplicação “imediate”, requerendo obrigações de *abstenção* por parte do Estado, os direitos econômicos, sociais e culturais eram passíveis de aplicação apenas *progressiva*, requerendo obrigações positivas (atuação) do Estado.³⁸³ (grifos do original).

A distinção em questão, hoje esvaziada conforme referido, tem fundamentos marcadamente ideológicos que ficaram claros pelo contexto histórico em que surgiu. Com efeito, conforme narra Antonio Augusto Cançado Trindade e como já afirmado, a Conferência foi marcada por toda a sorte de dissensões tendo em seu centro a controvertida questão dos direitos ditos de segunda geração, ou seja, os direitos econômicos, sociais e culturais.³⁸⁴

A natureza marcadamente ideológica da discussão é evidenciada pela confrontação dos países ocidentais e dos países socialistas, os primeiros enfatizando os direitos civis e políticos e os segundos colocando ênfase nos direitos sociais, econômicos e sociais.³⁸⁵ Sobre o particular é iluminador o magistério de Flávia Piovesan:

Um dos maiores argumentos levantados pelos países ocidentais em defesa da elaboração de dois pactos distintos centrou-se nos diversos processos de implementação das duas categorias de direitos. Alegou-se que, enquanto os direitos civis e políticos eram auto-aplicáveis e passíveis de cobrança imediata, os direitos

³⁸² CANÇADO TRINDADE, A. A. Ibidem.

³⁸³ CANÇADO TRINDADE, A. A. Ibidem.

³⁸⁴ De se lembrar que as dissensões entre os países do bloco socialista e os países do bloco ocidental marcaram as atividades da Organização das Nações Unidas durante o período da denominada “Guerra Fria”.

³⁸⁵ Nesse sentido, CANÇADO TRINDADE, A. A. Idem, p. 447.

sociais, econômicos e culturais eram “programáticos” e demandavam realização progressiva.³⁸⁶

Resta claro, portanto, tratar-se uma posição do ocidente capitalista a defesa de cautela na consagração de direitos sociais e econômicos, principalmente.³⁸⁷ Assim, ainda no marco da idéia aparentemente óbvia de que os direitos civis e políticos não necessitavam de aportes significativos de recursos para sua efetivação e respeito – seriam, vulgarmente falando, direito *baratos* – e que os direitos econômicos, sociais e culturais teriam alto custo – constituindo direitos *caros* –, os países ocidentais lograram êxito na aprovação de Pactos distintos, seu propósito final.

Tal distinção não se encontrava circunscrita apenas ao plano formal, mas alcançava os mecanismos de controle do cumprimento das disposições daqueles instrumentos internacionais, sendo que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos acabou por contar com instrumentos de fiscalização e controle mais amplos e potencialmente mais efetivos do que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.³⁸⁸

O temor manifestado pelos países ocidentais participantes da Conferência e futuros signatários de ambos os pactos ancorava-se exatamente no *custo* da efetivação das disposições do segundo pacto, especialmente aquelas instituidoras de direitos sociais.

Assim, para além da secção do sistema de proteção, ora vista, outra solução encontrada à recalcitrância dos países participantes da Conferência em relação ao reconhecimento dos direitos sociais, reputados de alto custo, consistiu na consagração da *teoria da progressividade*

³⁸⁶ PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 155. Segundo a autora, “em face dessas argumentações, os países socialistas responderam que não era em todos os países que os direitos civis e políticos se faziam auto-aplicáveis e os direitos sociais, econômicos e culturais não auto-aplicáveis. A depender do regime, os direitos civis e políticos poderiam ser programáticos, e os direitos econômicos, sociais e culturais auto-aplicáveis.” Conforme se verá, nenhuma das posições parece sustentável, haja vista a estreita interdependência existente entre as diversas “categorias” de direitos e diante da superação ora definitiva da idéia de direitos de natureza negativa com custo zero ou muito reduzido.

³⁸⁷ Nesse sentido, ainda o magistério de Cançado Trindade: “Apesar de, talvez *nesse sentido*, ter a distinção sido consagrada nos dois Pactos das Nações Unidas, afigurou-se, antes, como um reflexo da profunda divisão ideológica do mundo no início dos anos cinquenta, a repercutir inexoravelmente nos trabalhos das Nações Unidas. No presente domínio, por exemplo, o então ‘grupo ocidental’ enfatizava os direitos civis e políticos, ao passo que o então ‘bloco socialista’ privilegiava os direitos econômicos, sociais e culturais.” CANÇADO TRINDADE, A. A. **Tratado** cit., v. I, pp. 447. (destaques do original).

³⁸⁸ Ainda é Piovesan quem observa: “Diversamente do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, que institui o Comitê de Direitos Humanos como órgão principal de monitoramento, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não cria um Comitê próprio, que, como realçado, foi estabelecido posteriormente pelo Conselho Econômico e Social. Ainda diversamente do Pacto dos Direitos Civis, o Pacto dos Direitos Sociais não estabelece um mecanismo de comunicação interestatal; tampouco, mediante Protocolo Facultativo, permite a sistemática das comunicações individuais. Em suma, o mecanismo de proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais continua a se restringir à sistemática dos relatórios, embora a Declaração de Viena tenha recomendado a incorporação do direito de petição a esse Pacto, mediante a adoção de protocolo adicional.” PIOVESAN, F. **Direitos humanos** cit., pp. 171-172. Na verdade o que se pretendeu, com base na ideologia liberal, foi a exclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais de sindicabilidade.

ou da *implementação progressiva* de tais direitos, a qual originou a fórmula denominada de *princípio da progressividade*, em sua concepção liberal.

Tal princípio, expressamente consagrado no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, submetia ou condicionava os direitos humanos econômicos, sociais e culturais à *realização progressiva, na medida do máximo dos recursos disponíveis* (art. 2º³⁸⁹).

Em face da postura encabeçada pelos países ocidentais capitalistas na Conferência, apenas sob tais *concessões* foi possível, portanto, a aprovação dos dois instrumentos internacionais centrais no Sistema Global de proteção dos direitos humano, no âmbito das Nações Unidas – ONU.

Como se vê, as objeções fundadas em *argumentos de ordem econômica*, tais quais *escassez* e *insuficiência de recursos*, bem como na *impossibilidade real* ou *econômica* de adimplemento das obrigações concernentes à realização dos direitos sociais remontam a período mais de duas décadas anterior à data em que foi proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão a decisão primeira que popularizou o conceito hoje conhecido como *reserva do possível*, cuja compreensão atual em muito se aproxima desta primeira leitura do princípio da progressividade, na medida em que parece reconhecer a relevância do fator econômico na efetivação dos direitos sociais, como limite fático à normatividade.³⁹⁰

De se examinar, em seguida, os julgamentos do Tribunal Constitucional Federal alemão que são mais comumente apontados como origem imediata da reserva do possível, para que se possa aferir em que medida assemelha-se ao princípio da *progressividade* em seu nascedouro.

1.2. Do caso do *numerus clausus* I³⁹¹ ou precedente BVerGE 33, 303, de 1973.

³⁸⁹ “Art. 2º, 1. Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto pelo esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a **assegurar, progressivamente**, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”

³⁹⁰ Esta é uma primeira leitura do princípio da progressividade, a qual o aproxima da reserva do possível. Uma outra leitura do mesmo, mais aprofundada, será feita adiante.

³⁹¹ *Numerus clausus*, expressão latina que significa *número limitado*, é a denominação que se dá ao sistema de seleção de candidatos às universidades adotado em diversos países como, por exemplo, nos Estados Unidos da América e na Alemanha e de outros países da Europa continental, notadamente em relação a posições com muitos concorrentes, como vagas de determinados cursos universitários. Baseia-se, em regra, no desempenho do candidato nos exames ditos de maturidade (*Abitur*, *Matura*, *maturità*) que constituem a coroação dos estudos do nível correspondente ao ensino médio no Brasil. Os exames de aptidão, denominados *Abitur* na Alemanha, são chamados *Abitur Matura* na Áustria, ou *Maturität*, na Suíça. **PONS Großwörterbuch**. Deutsch als Fremdsprache. Stuttgart: Ernst Klett Sprachen GmbH, 2004, verbetes *Abitur* e *numerus clausus*, pp. 12 e 994, respectivamente. O dicionário italiano *I Garzantini* define *maturità* como o diploma que se obtém após o término de um curso de escola média. *I Garzantini*, verbete *maturità*, p. 751.

As origens comumente indicadas pela doutrina constitucionalista para o construto teórico da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) remontam ao célebre caso do *numerus clausus*, ou BVerfGE 33, 303 de 1973³⁹², conforme já afirmado.

Tratava-se de um processo recebido pelo *Bundesverfassungsgericht* ou Tribunal Constitucional Federal Alemão, em virtude de *decisões de reenvio*³⁹³ proferidas pelo Tribunal Administrativo de Hamburgo (*Verwaltungsgerichts Hamburg*) e pelo Tribunal Administrativo Bávaro de Munique (*Bayerischen Verwaltungsgerichts München*).³⁹⁴

O reenvio do Tribunal Administrativo de Hamburgo deu-se em virtude de alegação, no bojo do processo originário, de inconstitucionalidade do artigo 17 da Lei sobre a Universidade de Hamburgo (*Universitätsgesetz* ou *Gesetzes über die Universität Hamburg*), ao passo que o reenvio do Tribunal Administrativo Bávaro de Munique deu-se em razão de alegação de inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei relativa à admissão aos estabelecimentos de ensino superior da Baviera (*Gesetzes über die Zulassung zu den bayerischen Hochschulen*).³⁹⁵

Ambas as leis haviam sido questionadas pela adoção do sistema do *numerus clausus*³⁹⁶ e de outros critérios de admissão ao ensino superior em cursos de medicina, com base no direito à livre escolha da profissão (*Berufsfreiheit*) e do local de formação (*Ausbildungsstätte frei zu wallen*), ambos previstos no art. 12 da Lei Fundamental alemã de 1949.³⁹⁷

³⁹² Nesse sentido, SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W. TIMM, L. B. (orgs.) **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29. OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à reserva do possível**. Curitiba, 2006, Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 229. KRELL, A. J. Op. cit. p. 52. WANG, D. W. L. Op. cit. pp. 03-04, nota de rodapé n. 04.

³⁹³ No original alemão *Vorlagebeschluss*, ou seja, decisão de reenvio. É sabido que ao sistema alemão de controle de constitucionalidade, o denominado *controle difuso mitigado*, à moda do sistema italiano, tolhe os juízes e tribunais da possibilidade de efetuarem o controle difuso de constitucionalidade, facultando-lhes apenas o reenvio. Em tal sistema, em sendo argüida em uma causa em julgamento a inconstitucionalidade de uma lei em face da Constituição Federal Alemã, os tribunais proferem a decisão de reenvio que acarreta o sobrestamento do feito e a remessa da questão prejudicial de inconstitucionalidade para apreciação do Tribunal Constitucional, cuja decisão vincula, no particular, o órgão jurisdicional que realizou o reenvio e ao qual, ultimado o julgamento da questão prejudicial de inconstitucionalidade, é devolvido o feito para a conclusão do julgamento quanto à matéria não-constitucional. É o procedimento previsto no art. 100 da Constituição Federal alemã de 1949 e difere, portanto, tanto do sistema concentrado de matriz austríaca quanto do sistema difuso de matriz norte-americana. Nesse sentido, CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo P. Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 109.

³⁹⁴ BVerfGE 33, 303. OLSEN, A. C. L. **A eficácia** cit., p. 229.

³⁹⁵ BVerfGE 33, 303.

³⁹⁶ OLSEN, A. C. L. **A eficácia** cit., p. 229.

³⁹⁷ „Artikel 12 [Berufsfreiheit, Verbot der Zwangsarbeit] (1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. (2) Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.“ Tradução: « **Artigo 12 [Liberdade de profissão, proibição de trabalhos forçados]** . (1) Todos os Alemães têm o direito de escolher livremente sua profissão, seu local de trabalho e seu estabelecimento de formação. (2) O exercício da profissão pode ser regulamentado pela lei ou em razão de uma lei. (...) » Nesse sentido, BVerfGE 33, 303 (305), item A da fundamentação (Gründe): „In zwei Verfahren wegen Zulassung zum Medizinstudium an den Universitäten Hamburg und München begehren die zuständigen Verwaltungsgerichte die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts darüber, ob bestimmte landesrechtliche Vorschriften über Zulassungsbeschränkungen für das Hochschulstudium (*numerus clausus*) mit dem Grundgesetz vereinbar sind.“ Ou seja, “Em dois processos sobre a admissão ao curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e Munique, reclamam os Tribunais Administrativos

Após uma longa fundamentação, considerando o aumento da demanda relativa aos cursos superiores em períodos precedentes e as iniciativas concretas tomadas pelos órgãos competentes para suprir o déficit³⁹⁸, o Tribunal Constitucional Federal Alemão rejeitou a pretensão dos demandantes no sentido da declaração de inconstitucionalidade das disposições legais referidas e a pretendida a criação das vagas necessárias para a admissão dos pretendentes ao curso superior de medicina.

Em suas passagens mais importantes, a decisão, que se tornaria paradigmática, após frisar a dimensão de *proibição de discriminação* na admissão de candidatos que comportava a liberdade de profissão e de escolha do local de formação inscrita no art. 12, 1, da Lei Fundamental de Bonn, perfilhou entendimento no sentido de que

Esse é, com efeito, um aspecto essencial do direito fundamental à proteção em referência, ainda que na medida do possível, levando-se em conta que após o esgotamento da totalidade da capacidade de formação a distribuição planificada dos candidatos em diferentes áreas de formação torna-se inevitável.³⁹⁹

E, mais adiante, adentrando o cerne da construção cujas origens ora se examina, afirmou a Corte Constitucional Federal alemã que além do mais, “na medida em que os direitos de tomar parte (*Teilhaberechte*) são limitados e não existentes a priori, encontram-se sob a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade.”⁴⁰⁰

competentes a decisão do Tribunal Constitucional Federal para saber se certas disposições jurídicas estaduais, referentes a restrições à admissão ao ensino superior (*numerus clausus*) são compatíveis com a Lei Fundamental.” Sobre a *Berufsfreiheit* ver BVerfGE 33, 303 (329).

³⁹⁸ Nesse sentido, BVerfGE 33, 303 (319): „Die Stellungnahmen gehen ferner übereinstimmend davon aus, daß ein Rechtsanspruch des Einzelnen auf Zulassung zum Studium seiner Wahl im Rahmen der vorhandenen Ausbildungskapazitäten, den die Bundesregierung ausdrücklich anerkennt und den die Landesregierungen von Hamburg und Bayern unterstellen, jedenfalls begrenzt ist. Wenn nämlich die Aufnahmefähigkeit der vorhandenen Hochschulen tatsächlich erschöpft sei, dann seien zur Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit Zulassungsregelungen erforderlich, um die freie Wahl von Ausbildung und Beruf so gerecht wie möglich und in geregelter Abfolge zu verwirklichen. Die für die Universität Hamburg getroffene Regelung halte sich in den Grenzen des Zulässigen.“ Tradução: “As opiniões são acordes em que um direito subjetivo individual de admissão à universidade de sua escolha, nos limites da capacidade de formação, que o governo federal expressamente reconhece assim como os governos estaduais e Hamburgo e da Bavária, implica a possibilidade de sua limitação. Com efeito, se a capacidade de absorção das universidades existentes resta realmente exaurida, deve-se assegurar seu funcionamento providenciando as adequações necessárias para assegurar a livre escolha da educação e profissão tão justa quanto possível, a fim de consegui-lo através de regulamentação”

³⁹⁹ No original: „Damit ist in der Tat ein wesentlicher Teilaspekt des Grundrechtsschutzes umschrieben, der auch dann so weit wie möglich zu berücksichtigen ist, wenn infolge Erschöpfung der gesamten Ausbildungskapazität die planmäßige Verteilung der Bewerber auf verschiedene Ausbildungsstätten unvermeidbar wird.“ BVerfGE 33, 303 (329). Aqui Robert Alexy vislumbra a conexão dos direitos sociais com os direitos ao procedimento.³⁹⁹ ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales** cit., p. 498.

⁴⁰⁰ „Auch soweit Teilhaberechte nicht von vornherein auf das jeweils Vorhandene beschränkt sind, stehen sie doch unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann.“ BVerfGE 33, 303 (333). Aduziram ainda os julgadores que “Cabe, em primeiro lugar, ao legislador julgar, sob sua responsabilidade, quando da elaboração do orçamento da economia da comunidade, levar em consideração outras preocupações, bem como a disposição expressa do artigo 109, § 2º da Lei Fundamental de

Assim, há um apelo expresso na decisão-paradigma à necessidade de racionalidade nas expectativas individuais baseadas em direitos fundamentais, sendo tal apelo feito dentro do contexto da tensão entre indivíduo e sociedade⁴⁰¹, e sempre informada pela compatibilidade ou incompatibilidade das demandas para com a idéia de Estado Social.⁴⁰² Nesse sentido, insta colacionar ainda a seguinte passagem do julgado:

Por outro lado, não há qualquer ordem constitucional no sentido de que, para cada candidato, em qualquer época e local de estudo à sua escolha, os custosos investimentos em educação superior sejam orientados exclusivamente em função da demanda pelos flutuantes e por diversos fatores individuais. Isso conduziria a uma outra falsa concepção da liberdade, na qual seria desconsiderado que a liberdade pessoal não pode ser dissociada da função da capacidade e do equilíbrio do conjunto, permitindo realizar uma conexão ilimitada da compreensão dos direitos subjetivos em detrimento da coletividade, a qual é incompatível com a idéia de Estado Social.⁴⁰³

Na decisão, o Tribunal Constitucional Federal alemão considerou, ainda, que a previsão de regulamentação, por lei ou em virtude de lei, decorria da previsão inscrita no próprio art. 12, 1, da Lei Fundamental de 1949, de modo que nos casos em apreciação tal requisito encontrava-se suprido.⁴⁰⁴ Considerou, ainda, que se tratava de limitações que deviam ser proporcionais e objetivar a manutenção de um bom nível do ensino ministrado⁴⁰⁵. Em comentário ao referido entendimento judicial, Ingo Wolfgang Sarlet assim se manifesta:

Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.⁴⁰⁶

atentar às exigência de equilíbrio global.” No original: „Dies hat in erster Linie der Gesetzgeber in eigener Verantwortung zu beurteilen, der bei seiner Haushaltswirtschaft auch andere Gemeinschaftsbelange zu berücksichtigen und nach der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 109 Abs. 2 GG den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen hat.“ BVerfGE 33, 303 (333).

⁴⁰⁰ ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales** cit, p. 498.

⁴⁰¹ ALEXY, R. *Ibidem*.

⁴⁰² BVerfGE 33, 303 (334). ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales** cit, p. 498. OLSEN, A. C. L. **A eficácia** cit., p. 231.

⁴⁰³ „Andererseits verpflichtet ein etwaiger Verfassungsauftrag aber nicht dazu, für jeden Bewerber zu jeder Zeit den von ihm gewünschten Studienplatz bereitzustellen und auf diese Weise die aufwendigen Investitionen im Hochschulbereich ausschließlich von der häufig fluktuierenden und durch mannigfache Faktoren beeinflussbaren individuellen Nachfrage abhängig zu machen. Das liefe auf ein Mißverständnis von Freiheit hinaus, bei dem verkannt würde, daß sich persönliche Freiheit auf die Dauer nicht losgelöst von Funktionsfähigkeit und Gleichgewicht des Ganzen verwirklichen läßt und daß ein unbegrenztes subjektives Anspruchsdenken auf Kosten der Allgemeinheit unvereinbar mit dem Sozialstaatsgedanken ist.“ BVerfGE 33, 303 (335). OLSEN, A. C. L. *Ibidem*.

⁴⁰⁴ BVerfGE 33, 303 (337).

⁴⁰⁵ BVerfGE 33, 303 (339).

⁴⁰⁶ SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. *Op. cit.* p. 29.

Portanto, frise-se, a idéia de razoabilidade e proporcionalidade do pleito encontra-se, reconhecidamente, no cerne da elaboração do Tribunal Constitucional Alemão. Quanto ao julgado, Andreas Krell assevera que

Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) “estão sujeitos à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a *todos* os candidatos.⁴⁰⁷

Em resumo e s.m.j., a decisão revelava-se limitativa de uma interpretação ultra-extensiva do direito individual à liberdade de escolha da profissão e de eleição do estabelecimento de formação, consagradas no artigo 12, 1, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, com recurso aos *topoi* da razoabilidade e da proporcionalidade, consagrados em sua jurisprudência. Tratava-se, segundo se depreende do magistério de Andreas Krell, de estabelecer limites às demandas fulcradas na cláusula do Estado Social, por assim dizer, um *teto* do exigível. Além do mais, conforme sintetiza Ana Carolina Lopes Olsen, em se examinando os termos do acórdão paradigma, percebe-se que naquele caso:

(...) verificou-se que o Estado Alemão estava fazendo ou tinha feito tudo que estava ao seu alcance a fim de tornar o ensino superior acessível. Exigir mais, para o fim de satisfação *individual* de cada cidadão, obrigando o Estado a negligenciar outros programas sociais, ou mesmo comprometer suas políticas públicas, não se mostrava razoável.⁴⁰⁸ (itálico nosso).

Por fim, de se referir a exata compreensão de Ingo Wolfgang Sarlet sobre a feição da *reserva do possível*, em seu contexto originário, visitando-se seu magistério ainda uma vez quanto ao particular:

Para além disso, colhe-se o ensejo de referir decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o

⁴⁰⁷ KRELL, A. J. Op. cit. p. 52.

⁴⁰⁸ OLSEN, A. C. L. **A eficácia** cit., p. 232. A leitura da autora é perfeita na medida em que há insistência no texto do julgado sobre a incompatibilidade de pleitos individuais incompatíveis com a idéia de coletividade subjacente ao Estado Social.

poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.⁴⁰⁹

Em síntese essencial, *levadas em consideração as circunstâncias do caso concreto*, o Tribunal Constitucional Alemão decidiu pela impossibilidade de declarar a inconstitucionalidade das leis de Hamburgo e da Baviera que estabeleciam o *numerus clausus*, bem como afirmou a inexistência de um *direito subjetivo individual* à vaga no curso e na universidade de livre escolha do candidato a partir da norma contida no art. 12, 1, da *Grundgesetz*, fixando a decisão entendimento no sentido de que o cidadão somente pode exigir da sociedade (e do Estado) aquilo que dela possa racionalmente esperar, *no marco do Estado Social*, como visto, essência mesma do construto da reserva do possível.

Nesse sentido, perfilhou o entendimento de que a norma jusfundamental contida no referido dispositivo da Lei de Bonn encontrar-se-ia cumprida através do fornecimento de oportunidades mínimas suficientes – essência mesma dos direitos a tomar parte (*Teilhaberechte*), conexos aos direitos à organização e ao procedimento, conforme observa Robert Alexy –, afastando uma interpretação exagerada e estritamente individualista do alcance de tais direitos subjetivos. É nessa linha que se insere o ensinamento de Robert Alexy, ao abordar a questão da eficácia dos direitos fundamentais sociais e discutir os casos do *numerus clausus* I e II:

Nas decisões sobre o *numerus clausus*, a ponderação não conduz a um direito definitivo de cada indivíduo a ser admitido no curso de sua escolha, mas, em qualquer caso, um direito definitivo a um procedimento de seleção que lhe outorga uma oportunidade suficiente, o que indica uma conexão entre os direitos fundamentais sociais e os direitos ao procedimentos analisados acima.⁴¹⁰

Esse parece ser, da análise dos termos da decisão original e dos comentários da doutrina mais fidedigna, o sentido e o alcance daquilo que foi referido no julgado germânico como *Der Vorbehalt des Möglichen*. De se analisar outro caso, julgado quase que contemporaneamente, em que o *Bundesverfassungsgericht* reiterou tal entendimento.

⁴⁰⁹ SARLET, I. W. **A Eficácia** cit., p. 301.

⁴¹⁰ ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales** cit, p. 498. Tradução livre do autor. Texto original: “En los fallos sobre el *numerus clausus*, la ponderación no conduce a un derecho definitivo de cada individuo a ser admitido en el estudio de su elección pero, en todo caso, a un derecho definitivo a un procedimiento de selección que le otorga una oportunidad suficiente, lo que indica una conexión entre los derechos fundamentales sociales e los derechos a procedimiento analizados más arriba.”

1.3. *Hochschul-Urteil* ou precedente BVerfGE 35, 79, de 1973.

Ainda no ano de 1973, outra decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha voltou a versar sobre a reserva do possível, fazendo remissão expressa ao precedente BVerfGE 33, 303 e reafirmando a reserva do possível, compreendida nos termos em que foi expressa no referido precedente. Trata-se da alcunhada *decisão das universidades* ou *Hochschul-Urteil* (BVerfGE 35, 79).⁴¹¹

Na referida decisão o Tribunal Constitucional Federal alemão teve a oportunidade de analisar a constitucionalidade da *Niedersächsisches Gesamthochschulgesetz vom 26. Oktober 1971* - GVBl. S. 3, ou Lei Geral Universitária da Baixa-Saxônia de 26 de outubro de 1971 (GVBl).⁴¹²

A lide versava, essencialmente, sobre a participação de diversos setores do mundo universitário em órgãos colegiados das universidades e em seu bojo, novemente, surge a referência expressa ao precedente do *numerus clausus* I (BVerfGE 33, 303) e ao condicionamento dos direitos de participação (*Teilhaberechte*) à reserva do possível, compreendida como o que se revela razoável o indivíduo expectar da sociedade, podendo ser depreendida a essência do julgamento, quanto ao particular, do excerto que segue transcrito e traduzido:

Mesmo se, no que concerne às autorizações à participação algumas coisas ainda tenham de ser esclarecidas, elas são, em princípio – como entendeu o Senado na decisão do *numerus clausus*, em regra geral para os casos justificados, de acordo com a Constituição, um direito de participação (BVerfGE 33, 303 [333 e seguintes]) – sob a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade; dada sua natureza, elas são regulamentadas necessariamente. Isso vale especialmente no que concerne à organização de organismos que, como os estabelecimentos de ensino superior, haja vista sua vinculação a diversas finalidades e interesses vitais do conjunto da sociedade e para sobre os quais verifica-se a interação de diferentes fundamentos legais que deve ser sincronizada, a liberdade de realização se realiza, em princípio, pela oportunidade de cada titular tentar a admissão.⁴¹³

⁴¹¹ HESSE, K. Op. cit. p. 237.

⁴¹² BVerfGE 35, 79.

⁴¹³ „Bedeutsam erscheint ferner der von den Beschwerdeführern vernachlässigte Umstand, daß es hier nicht um Eingriffe in die persönliche, aus eigener Kraft geleistete Lebensgestaltung geht, sondern umgekehrt gerade um die Erweiterung wissenschaftlichen Wirkens durch Partizipation an Mitteln und Einrichtungen, die der moderne Sozial- und Kulturstaat auf Kosten der Allgemeinheit bereitstellt. Wenn auch in bezug auf solche Teilhabeberechtigungen noch manches klärungsbedürftig sein mag, so stehen sie doch grundsätzlich - wie der Senat im *numerus-clausus-Urteil* unter allgemeiner Zustimmung für den Fall eines verfassungsrechtlich begründeten Teilhaberechts ausgeführt hat (BVerfGE 33, 303 [333 ff.]) - unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann; sie sind ihrer Natur nach notwendig regelungsbedürftig. Das gilt verstärkt für die Organisation solcher Einrichtungen, die wie die Hochschulen nach ihrem Widmungszweck verschiedenen lebenswichtigen Interessen der Gesamtgesellschaft dienen und bei denen das Zusammenwirken verschiedener Grundrechtsträger in einer Weise synchronisiert werden muß, die Freiheitsverwirklichung durch

Assim, se vê uma vez mais uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão condicionar direitos de participação ou *Teilhaberechte* (no caso das sentenças do *numerus clausus* I e II, direito a participar da universidade, no presente caso, direito de participar nos órgãos colegiados universitários), apelando à *racionalidade*, à *razoabilidade* e a *proporcionalidade* das expectativas individuais em relação à sociedade e afastando interpretações excessivamente extensivas de pretensos direitos subjetivos individuais – razão do apelo à cláusula da igualdade e do Estado Social.

Cabe insistir sobre o contexto em que tais decisões foram proferidas, qual seja, aquele de uma tendência à hipertrofia das demandas dos cidadãos em face do Estado, buscando limitá-la através do recurso à razoabilidade e à racionalidade como balizas dos referidos pleitos. Alguns anos depois da prolação da decisão *numerus clausus* I e da *Hochschul-Urteil*, voltaria o Tribunal Constitucional Federal alemão a valer-se da idéia de reserva do possível em sua jurisprudência.

1.4. Do caso do *numerus clausus* II ou precedente BVergGE 43, 291, de 1977.

Quatro anos após a decisão do caso alcunhado *numerus clausus* I, no ano de 1977, portanto, o Tribunal Constitucional Federal alemão julgou questão semelhante à que originou aquele precedente, aqui já estudado, decisão esta que originou o precedente alcunhado *numerus clausus* II (BVerfGE 43, 291).⁴¹⁴

No caso em comento se indagava àquela Corte Constitucional se o art. 32, parágrafo 3º, item 1, alínea 6, da *Hochschulrahmengesetz*, de 26.02.1976 (HRG) ou “Lei sobre o ensino superior” seria compatível com a Lei de Bonn, por provocação do Governo do *Land* de Hesse.⁴¹⁵

Devia o Tribunal Constitucional julgar, ainda, a constitucionalidade da parte A, n. 3.2., primeira frase, do anexo do acordo acerca da distribuição de vagas de estudos de 20.10.1972 (*Anlage zum Staatsvertrag über die Vergabe von Studienplätzen vom 20. Oktober 1972*), em conjunto com o artigo 12, § 3º do tratado do Estado e as decisões de aprovação dos parlamentos dos *Länder* (*Staatsvertrages und den Zustimmungsbeschlüssen der Parlamente aller*

Partizipation überhaupt erst ermöglicht. einer Chance für jeden Zulassungsberechtigten zu bemühen.“ BVerfGE 35, 79.

⁴¹⁴ HESSE, K. Op. cit. p. 237. ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales* cit, p. 497.

⁴¹⁵ BVerfGE 43, 291.

Bundesländer), à decisão do Tribunal Administrativo Superior do Land da Renânia-Westfália do Norte, em Münster, de 1975, e sobre o artigo 32, § 3º, item 2, alínea 7, da Lei sobre o ensino superior de 26.01.1976 (*Hochschulrahmengesetzes vom 26. Januar 1976*), as últimas duas questões aventadas em processos encetados por candidatos à universidade.⁴¹⁶

As questões aventadas em dito precedente diziam respeito a diversos aspectos dos diplomas normativos referidos, regulamentadores das condições de acesso ao ensino superior, como, por exemplo, a adoção de cotas para a seleção de candidatos prevista no art. 32, parágrafo 3º, item 1, alínea 6 da HRG (*Hochschulreifengesetz*) ou Lei sobre o ensino superior, dentre outros aspectos.⁴¹⁷

O que se revela interessante para o tema ora em estudo é que em tal decisão, o *Bundesverfassungsgericht* reiterou entendimento já sufragado no caso do *numerus clausus* I, quatro anos antes, nos seguintes termos:

Do artigo 12, parágrafo 1º da Lei Fundamental que garante o direito à livre escolha da profissão e do local de formação em conjunto com o princípio geral de igualdade e o Princípio do Estado Social, decorre uma garantia constitucional ao direito subjetivo de acordo com os requisitos de admissão (*“hochschulreifen”*) para a universidade de sua eleição. Tal direito subjetivo é tão extenso quanto possível e encontra-se limitado nos termos do que os indivíduos podem racionalmente pretender com base na regulamentação legal, e – sob a condição do uso exaustivo de todas as capacidades de formação, a prioridade constitucional de medidas anteriores à seleção do candidato.⁴¹⁸

Em comentário ao julgado do caso *numerus clausus* II, Alexy sintetiza, afirmando que nele

O Tribunal parte de um direito subjetivo vinculante *prima facie* de todo cidadão que tenha concluído o segundo grau aceder ao estudo universitário de sua escolha. Este caráter *prima facie* é expresso corretamente quando diz que este direito pertence ao seu titular “em si” e que é limitável [BVerfGE 43, 291 (315)]. Que o direito, enquanto direito *prima facie* é um direito vinculante e que não tem, por exemplo, somente um caráter programático percebe-se claramente quando se afirma que o direito não pode “depender, para sua validade normativa, do maior ou menor grau de suas possibilidades de realização”. Mas a propriedade de direito vinculante *prima facie* significa que a cláusula restritiva de tal direito, a “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” [BVerfGE 43, 291

⁴¹⁶ BVerfGE 43, 291.

⁴¹⁷ BVerfGE 43, 291.

⁴¹⁸ „Aus dem in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Recht auf freie Wahl des Berufs und der Ausbildungsstätte in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip folgt ein verfassungsmäßig gewährleistetes Recht des die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen erfüllenden („hochschulreifen“) Staatsbürgers auf Zulassung zum Hochschulstudium seiner Wahl. Dies Recht steht unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann; es ist auf gesetzlicher Grundlage regelbar und – unter der Voraussetzung erschöpfender Nutzung aller Ausbildungskapazitäten, die verfassungsrechtlich vorrangig vor Maßnahmen der Bewerberauswahl ist – einschränkbar.“ BVerfGE 43, 291 (313).

(314)] não tem como consequência a ineficácia do direito. Tal cláusula expressa simplesmente a necessidade de ponderação deste direito.⁴¹⁹ (itálicos do original).

Essa seria a terceira decisão de que se tem notícia em que se reafirmaria, em tais termos, a formulação judicial conhecida como *reserva do possível* pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, denotando ter referido entendimento constituído jurisprudência naquela corte.

A análise, ainda que breve, dos referidos precedentes alemães revela-se importante para se viabilizar uma comparação entre aqueles e julgados brasileiros em que se pretendeu incorporar a idéia de reserva do possível – bem como sua utilização pela doutrina –, o que será feito adiante.

2. Da circulação do modelo teórico da reserva do possível.

O conteúdo de tais decisões tornou-se paradigmático, conforme já afirmado, vindo a circular o modelo teórico-jurisprudencial nela consubstanciado ao redor do mundo. Não obstante, parece ser possível afirmar que tal modelo sofreu verdadeira mutação ou mesmo deformação, como se verá a seguir, em se comparando os termos do *leading case* em que foi proferida e o modo como vem sendo compreendida e aplicada a cláusula da *reserva do possível* ou *Der Vorbehalt des Möglichen*.

Considera-se *circulação de modelos*, no estudo do Direito Comparado, o fenômeno de difusão de modelos jurídicos – assim considerados dispositivos legais, construções teóricas ou doutrinárias, entendimentos jurisprudenciais, institutos jurídicos e mesmo ramos inteiros do direito ou códigos inteiros – entre ordenamentos jurídicos distintos.⁴²⁰

Segundo certa linha da Antropologia Jurídica e do Direito Comparado, o *difusionismo* desempenha um papel jurígeno relevantíssimo, muito maior do que aquele comparativamente

⁴¹⁹ ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales* cit, pp. 497-498. Tradução livre do autor. Texto original: “El Tribunal parte de un derecho subjetivo vinculante *prima facie* de todo ciudadano que haya aprobado el bachillerato a acceder al estudio universitario de su elección. Este carácter *prima facie* es correctamente expresado cuando dice que este derecho le pertenece a su titular ‘en sí’ y que es limitable [BVerfGE 43, 291 (315)]. Que el derecho, en tanto derecho *prima facie* es un derecho vinculante y no tiene, por ejemplo, solo um carácter programático se percibe claramente cuando se dice que el derecho no puede ‘depender en su validez normativa del menor o mayor grado de sus posibilidades de realización’. Pero, la propiedad de derecho vinculante *prima facie* significa que la cláusula restrictiva de este derecho, la ‘reserva de lo posible en el sentido de aquello que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad’ [BVerfGE 43, 291 (314)] no tiene como consecuencia la ineficacia del derecho. Esta clausula expresa simplemente la necesidad de ponderación de este derecho.”

⁴²⁰ DANTAS, Ivo. Op. cit. p. 222. ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*. Trad. Sergio J. Porto. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 76. MONATERI, P-G. Critique et différence : le droit comparé en Italie. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, v. 51, n. 4, pp. 989-1002, out./dez. 1999, p. 997.

desempenhado pelo evolucionismo, ou seja, pelas criações originais autóctones.⁴²¹ A introdução, espontânea ou forçada, de modelos jurídicos oriundos de um ordenamento jurídico em outro, é referida pela doutrina pelo termo *recepção de direito*.⁴²²

O modelo jurisprudencial e teórico da reserva do possível, originário do já citado precedente BVerfGE 33, 303 e das demais decisões proferidas na mesma linha, conheceu notável circulação, tendo sido recepcionado pela doutrina e pela jurisprudência de inúmeros países, dentre eles as do Brasil.⁴²³

Não obstante, ao que parece, em alguns casos tal decisão passou por verdadeira mutação ou mesmo deformação, afastando-se cada vez mais do modelo originado nas circunstâncias concretas dos precedentes alemães estudados acima e aproximando-se sensivelmente, como se verá, da compreensão da progressividade em sua aceção original, clássica ou liberal, ou de teorias tais quais a das normas constitucionais programáticas, a das normas constitucionais de eficácia contida e limitada, a teoria das questões políticas (*political questions doctrine*) ou ainda a doutrina da soberania do legislador (*Haushaltssouveranität des Gesetzgebers*), tema este cujo estudo será aprofundado adiante.⁴²⁴

Com efeito, não é raro que a recepção de direito acarrete *mutações jurídicas*, compreendidas como a alteração de conteúdo da norma (ou da teoria, em casos como o presente), em detrimento da literalidade do dispositivo (ou da feição originária da teoria, como no caso presente).⁴²⁵

⁴²¹ Nesse sentido, Alessandro Somma sublinha a excepcionalidade da criação original autóctone e a frequência da imitação. SOMMA, A. Tanto per cambiare... mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Cidade do México, n. 116, mai./ago. 2006, pp. 538 e 545. Elisabetta Grande ensina: “Ricondotte, infatti, tutte le variazioni nel campo giuridico alla grande dicotomia fra innovazioni originali ed imitazioni, l’attenzione del giuscomparatista si è focalizzata sulle seconde, a causa della loro ipotizzata maggior frequenza e quindi della loro più vasta osservabilità.” GRANDE Elisabetta... p. XVI. No âmbito da antropologia jurídica ver ALVES, E. L. SANTOS, S. F. R. dos. **Iniciação ao conhecimento da Antropologia Jurídica**. Por onde caminha a humanidade? Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, pp. 25 e ss.

⁴²² Concepção esta oposta à de *reenvio*. Conforme observa Norberto Bobbio, recepção de direito é “um ato jurídico com o qual um ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas com respeito à forma.” BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Trad. Maria C. C. J. Santos. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999, p. 177.

⁴²³ OLSEN, A. C. L. **A eficácia** cit., p. 235 e ss.

⁴²⁴ Ana Carolina Lopes Olsen, que observa: “Verifica-se que no Brasil a doutrina da reserva do possível sofreu algumas modificações, não sendo aplicada exatamente nos mesmos termos em que foi desenvolvida na Alemanha. Ao que parece, a preocupação original com a proporcionalidade e a razoabilidade (aquilo que razoavelmente se pode exigir) deu lugar para a questão da disponibilidade de recursos, os custos dos direitos.” OLSEN, A. C. L. *Ibidem*. Contrariamente, Ingo Sarlet afirma que “A partir disso, a ‘reserva do possível’ (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.” (itálicos do original). SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Op. cit. p. 29. No particular acompanhamos inteiramente o entendimento de Ana Carolina Lopes Olsen, especialmente com base em quanto se depreende da leitura da sentença do *numerus clausus* I.

⁴²⁵ Georg Jellinek assim define a mutação constitucional: “(...) por mutação da Constituição entendo a modificação que deixa intocado seu texto, sem modificá-lo formalmente, que se produz por fatos que não precisam ser acompanhados pela intenção ou pela consciência de tal mutação.” Tradução livre do autor. Texto original: “(...) por

Da análise da doutrina se observa que vem sendo hoje considerada, sob a expressão *reserva do possível*, em geral, toda restrição à realização de direitos fundamentais sociais baseada em escassez de recursos, seja esta compreendida como inexistência ou insuficiência econômica (real) dos recursos, seja compreendida como indisponibilidade jurídica dos mesmos, por força da legislação orçamentária, v.g.⁴²⁶

Tal compreensão se afasta sensivelmente do modelo originário, especialmente em se considerando, comparativamente, os contextos histórico, econômico, social, político-filosófico e jurídico do país de origem do modelo com aqueles correlatos dos países de destino, em nosso estudo particular, os do Brasil.

2.1. Da reserva do possível no contexto europeu: limites do Estado Social.

Da análise do caso que originou o precedente paradigmático BVerfGE 33, 303 e seus desdobramentos se depreendem as circunstâncias específicas e peculiares em que a decisão se deu. A despeito do quadro socioeconômico resultante da derrota da Alemanha na Segunda Guerra Mundial, em algumas décadas a situação alemã havia se modificado sensivelmente. De acordo com Alexandre Queiroz Guimarães

A Alemanha apresentou nas décadas que se seguiram à Segunda Guerra Mundial uma performance econômica muito favorável: a taxa de crescimento anual foi de 8,2% entre 1950 e 1960 e de 4,4% entre 1960 e 1973 (Coates, 2000:05). A produtividade também subiu significativamente: 5,9% ao ano entre 1950 e 1973.⁴²⁷

mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación.” JELLINEK, G. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 07. Trata-se do que a doutrina constitucionalista entende por *Verfassungswandlungen*, processo informal de alteração da Constituição, em oposição aos procedimentos formais de alteração da Carta Política (reforma constitucional), *Verfassungsänderung*. Nesse sentido, CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 1.228. A definição pode ser trasladada, *mutatis mutandis*, para a mutação de direito (*Rechtswandlungen*), gênero ao qual pertence a mutação constitucional, e que compreende, para além das normas, as formulações teórico-jurisprudenciais.

⁴²⁶ Nesse sentido, SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Op. cit. p. 30. Ricardo Lobo Torres distingue a reserva do possível da reserva de orçamento. TORRES, R. L. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, I. W. TIMM, L. B. (orgs.) **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 80 e ss. Ana Carolina Lopes Olsen cita dois acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que a reserva do possível é compreendida como disponibilidade orçamentária. Tratam-se dos Agravos de Instrumento n. 70008740433 e n. 70009692245, ambos julgados pela 4ª Câmara Cível daquele tribunal, nos meses de setembro e outubro do ano de 2004, sob a relatoria dos Desembargadores Wellington Pacheco Barros e Araken de Assis, respectivamente. OLSEN, A. C. L. **Direitos Fundamentais Sociais**. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008, p. 222.

⁴²⁷ GUIMARÃES, A. Q. **O capitalismo coordenado alemão: do boom do pós-guerra à Agenda 2010**. Lua Nova, 2006, no.66, p. 23.

Aduz o autor que o PIB por hora trabalhada, no mesmo período, cresceu 2,5% nos EUA, e que, no período compreendido entre 1973 e 1987, o crescimento da produtividade alemã foi de 2,6% ao ano, contra o índice norte-americano de 1% ao ano.⁴²⁸

A despeito de suas dimensões territoriais reduzidas, a Alemanha conseguiu tornar-se o maior exportador mundial, ostentando competitividade em setores econômicos os mais variados. O crescimento alemão nas décadas que se seguiram à Segunda Grande Guerra foram significativos também no que se refere aos indicadores sociais. Segundo o Guimarães, “esses resultados foram alcançados ao lado de indicadores sociais também muito positivos: salários elevados, distribuição de renda entre as melhores do mundo desenvolvido, taxas de pobreza e criminalidade muito baixas, um abrangente *Welfare State* e desemprego praticamente nulo.”⁴²⁹

Do estudo comparativo entre a proteção social outorgada entre 1930 e 1985, compreendendo os estados da França, Bélgica, Alemanha, Itália e Suécia, da lavra do sueco Walter Korpi e publicado na *Revue Française de Science Politique*, se depreende aproximativamente a situação alemã em termos de proteção social e, logo, de desenvolvimento do Estado Social.⁴³⁰

Entre 1947 e 1975⁴³¹, a cobertura da população com relação ao “seguro-velhice”, equivalente funcional⁴³² da aposentadoria por idade brasileira, variou entre 55% e 60% da população alemã, quadro mais favorável do que o da Bélgica entre (47% e 50%), da França (entre 37% e 49%), da Itália (entre 29% e 57%), dados esses relativos ao início e término do mesmo período.⁴³³

⁴²⁸ GUIMARÃES, A. Q. Ibidem.

⁴²⁹ GUIMARÃES, A. Q. Ibidem. Guimarães atribui tal quadro à peculiar situação emergente da derrota sofrida pela Alemanha na segunda grande guerra, orientada para o resgate do apoio das classes sociais ao governo, com o cometimento de funções “quase-públicas”, nas palavras do autor, a entidades patronais e sindicais. Segundo o autor, tais circunstâncias e os mecanismos de representação e influência dos trabalhadores no processo de produção, inclusive através da gestão compartilhada das empresas, conduziram a um capitalismo de moldes marcadamente sociais, ou seja, socialmente responsável. Idem, p. 25. Trata-se do denominado capitalismo coordenado ou não-liberal alemão. Observa ainda Alexandre Queiroz Guimarães que os efeitos do modelo de negociação coletiva, conduzida por sindicatos nacionais de grande representatividade, favorecedor de reajustes salariais coordenados e baixos índices de inflação, mecanismo este que teria favorecido os baixos índices de inflação e desemprego observados nas décadas de 70 e 80 do Século XX. GUIMARÃES, A. Q. Idem, p. 26.

⁴³⁰ KORPI, W. Un État-providence contesté et fragmenté. Le développement de la citoyenneté sociale en France. Comparaisons avec la Belgique, l'Allemagne, l'Italie et la Suède. *Revue Française de Science Politique*, Paris : 1995, ano 45, vol. 45, n. 04, pp. 632-667.

⁴³¹ O estudo de Korpi vai de 1930 a 1985. Utilizamos no presente estudo o lapso temporal entre 1947 e 1975 por compreender, como termo inicial, o imediato período pós Segunda Guerra e como termo final meados da década de 70 do Século XX, em que foram proferidas as decisões dos *numerus clausus* pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

⁴³² Para fins de comparação jurídica, compreende-se como equivalente funcional (*funktionales Äquivalent, reciproco funzionale*) o instituto jurídico que desempenha a mesma função em ordenamentos jurídicos distintos. SOMMA, A. Metodi e scopi della comparazione giuridica nelle decisioni delle corti. In: ALPA, G. (org.). *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere: modalità e tecniche della comparazione giuridica*. Milano : Giuffrè, 2006, pp. 107.

⁴³³ KORPI, W. Un État-providence contesté et fragmenté cit., p. 651. A média europeia no mesmo período variou entre 47 e 75%. Tal média europeia, não ponderada, compreende, no estudo do professor sueco, 13 países, a saber: Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, França, Irlanda, Itália, Noruega, Países-Baixos, Reino Unido, Suécia e Suíça. Idem, p. 650. No que diz respeito à Suécia, a média da cobertura, sempre superior a 90% da população, passou a ser de 100% desde 1950. Ibidem. Os percentuais informados referem-se sempre ao ano de início e de final de cada período, eleitos a título exemplificativo, de modo que existem pontos percentuais superiores e

No que diz respeito ao seguro-doença, no período compreendido entre 1947 e 1975, encontravam-se cobertos 55% a 66% da população economicamente ativa da Alemanha, variando a média italiana para o mesmo período entre 30% e 70%, a belga entre 60% e 70%, a francesa entre 48% e 75%.⁴³⁴

Em termos de cobertura dos assalariados pelo seguro-desemprego, sempre no interregno entre 1947 e 1975, a média alemã variou entre 65% e 90%, respectivamente, contra uma média de 50% a 70% da Itália, de cerca de 80% da Bélgica, relativamente estáveis ao longo de todo o período 47-75, e de 40% e 70% da Suécia, bem como de uma média europeia que oscilou entre 55% e 70% no período em apreço.⁴³⁵

A expectativa de vida após os 60 anos de idade na Alemanha era, entre 1960/1962, de 15,5 anos e 18,5 anos, respectivamente, para homens e mulheres, passando a ser de 15,3 e 19,1, respectivamente, entre 1970/1972.⁴³⁶

Segundo estudo publicado na *Revista de Métodos Cuantitativos para la Economía y la Empresa* da Universidade Pablo de Olavide, de Sevilha, Espanha, tendo por objeto o estado da pobreza na Alemanha “até fins dos anos 80, o governo alemão alcançou a consolidação no orçamento da Seguridade Social”, quadro que modificou-se apenas após a reunificação alemã, em 3 de outubro de 1990.⁴³⁷

Quanto à educação, que aqui interessa mais de perto, tomando-se por base o relatório da Conferência dos Ministros da Educação dos Estados Europeus membros do Organismo das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura – UNESCO sobre o acesso à educação superior, ocorrida em Viena em 1967, constata-se que o contingente médio de estudantes de nível superior entre os 28 países participantes da conferência cresceu em 81% entre 1950 e 1960, embora varie significativamente de um país para outro.⁴³⁸

A proporção de estudantes de nível superior para cada 100.000 habitantes era, em 1960, de 563 na República Federal da Alemanha, contra 363 do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda e 867 da França, este último o nível mais alto da Europa.⁴³⁹

inferiores ao longo do período. Destaque-se que a média sueca sendo de 100% desde 1950 afeta a média europeia, içando-a para mais.

⁴³⁴ KORPI, W. Idem, p. 659. Mais uma vez a média sueca é incomparável, haja vista ser de 100% da população desde 1950.

⁴³⁵ KORPI, W. Idem, p. 662. A França somente possui dados a partir de 1967, data da efetiva introdução do seguro-desemprego naquele país.

⁴³⁶ Zahlen und Fakten. Die Soziale Situation im Deutschland, Bundeszentrale für politische Bildung, p. 21. Os dados aqui reproduzidos são sempre referentes à Alemanha Ocidental, ou seja, à República Federal da Alemanha – RFA (Bundesrepublik Deutschland – BRD).

⁴³⁷ GONZÁLES RODRÍGUEZ, M. R. *et al.* Un análisis transversal y longitudinal en el estado de pobreza en Alemania. *Revista de Métodos Cuantitativos para la Economía y la Empresa*, v. 4, ano 2007, p. 10. Segundo o estudo, a unificação implicou em um aumento desproporcional dos gastos com a Seguridade Social. À reunificação seguiu-se a alta dos juros, o aumento de impostos e uma diminuição do crescimento conducente à recessão econômica. Ibidem.

⁴³⁸ Population, 1970, v. 25, n. 2, p. 445.

⁴³⁹ Ibidem.

Mesmo diacronicamente as realidades socioeconômicas alemã e brasileira são incomparáveis: o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, para os países membros da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos – OCDE, dentre os quais a Alemanha, entre 1975 e 2004, cresceu de pouco mais de 0,8 para 0,9. A evolução do mesmo índice para os países da América Latina foi de pouco mais de 0,5 para pouco mais de 0,7. Desse modo, o IDH dos países latino-americanos em 2004, segundo o PNUD, é inferior ao dos países membros da OCDE em 1975⁴⁴⁰, lembrando-se sempre que as decisões-paradigmas em estudo remontam à década de 70 do século passado.

O Estado Social encontrava-se, portanto, significativamente efetivado na Alemanha entre as décadas de 60 e 70 do século XX, e a dificuldade em prover educação superior, nos casos dos *numerus clausus* I e II prendiam-se, essencialmente, a um aumento significativo da demanda, conforme se depreende da própria literalidade da decisão BVerfGE 33, 303.

A decisão, conforme se pode depreender do contexto em que foi proferida e de seu próprio teor literal, examinado em parte em item precedente, visou apenas colocar limites a uma interpretação ultra-extensiva dos direitos fundamentais sociais, na perspectiva da exigibilidade individual, a qual já desbordava do razoável, estando a questão da razoabilidade das demandas no âmago da decisão do caso do *numerus clausus* I, conforme bem observou Ana Carolina Lopes Olsen.⁴⁴¹

Com efeito, interpretar o direito fundamental à educação, à livre escolha de profissão e do estabelecimento de formação de modo a pretender a criação de vagas no ensino superior conforme a demanda e os flutuantes interesses e motivações individuais, conforme consignado nos fundamentos (*Gründe*) da decisão parece constituir uma compreensão exagerada dos direitos sociais, em descompasso, ademais, conforme sublinhado no pluricitado precedente, com o princípio do Estado Social.⁴⁴²

Apenas secundariamente entraram na fundamentação da sentença aspectos relativos à reserva orçamentária e, sobre tal aspecto, restou consignado tratar-se de incumbência *em linha de princípio* afeta ao legislador a disposição das verbas orçamentárias, levando em consideração

⁴⁴⁰ O Índice de Desenvolvimento Humano é um índice composto que varia entre 0, que representaria uma situação execrável, e 1, que representaria uma situação ideal, baseado em três outros índices quantificadores da saúde/longevidade – i.e., expectativa de vida – o nível educacional – i.e., taxa de alfabetização de adultos e a taxa bruta de escolaridade – e, por fim, o logaritmo do produto interno bruto – PIB dividido por habitante em comparação com o poder de compra. Entende-se que o primeiro índice permite mensurar indiretamente o nível de satisfação das necessidades materiais essenciais, ao passo que o segundo busca aferir o grau de satisfação de necessidades imateriais. O último dos índices tomados em conta para a obtenção do IDH visa aferir elementos relacionados à qualidade de vida que não são captados pelos outros dois índices integrantes. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento: <<http://hdr.undp.org/en/statistics/indices/>>. Acesso em: 27.09.2008. A nota técnica acerca do cálculo dos índices de desenvolvimento humano das Nações Unidas encontra-se disponível em <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_20072008_Tech_Note_1.pdf>. Acesso em: 27.09.2008.

⁴⁴¹ OLSEN, A. C. L. *A eficácia* cit., p. 235.

⁴⁴² BVerfGE 33, 303 (334). OLSEN, A. C. L. *Idem*, p. 231.

outros fatores impostos pela Lei Fundamental, como o equilíbrio orçamentário (GG, Artikel 109, 2⁴⁴³).⁴⁴⁴

Este é o teor originário do conteúdo da reserva do possível, vale dizer, é exigível aquilo que é razoavelmente concebível como prestação social devida em decorrência da interpretação dos direitos fundamentais, afastando-se, por inviáveis, demandas desarrazoadas e excessivas.

Da análise do caso concreto e dos *consideranda* da decisão, sustenta-se uma compreensão no sentido de que a *reserva do possível*, nos termos em que foi concebida pelo *Bundesverfassungsgericht*, representava os *limites máximos*, ou seja, o “teto” das prestações sociais exigíveis do Estado.⁴⁴⁵

Excluem-se, pela reserva do possível, demandas que estejam acima de certo patamar, por respeito à própria factibilidade, ao princípio da realidade ou à proporcionalidade/razoabilidade do pleito. É nesse sentido a lição de Konrad Hesse, que significativamente consigna entendimento no sentido de que:

Simultaneamente, todavia, o princípio do Estado Social encontra nos mandamentos da estatalidade jurídica material também seus *limites*: uma assistência social estatal ampla que queira transmutar a coletividade em um Estado-beneficência ou Estado-provisão e abole a liberdade auto-responsável, não mais corresponde ao princípio do estado de direito social.⁴⁴⁶ (itálicos do original).

O mesmo se pode depreender do magistério de outro autor alemão, a saber, Robert Alexy. Em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, após defender entendimento no sentido de que o direito definitivo a uma prestação decorrente de um direito fundamental social seria obtido a partir de uma ponderação entre a necessidade de sua satisfação, o impacto da decisão na divisão dos poderes, na democracia e na competência orçamentária do parlamento e de princípios materiais opostos à consecução do direito, como a reserva do possível, afirma que

De qualquer modo, estas condições encontram-se satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, vale dizer, por exemplo, a um mínimo vital, a uma moradia simples, à educação escolar, à formação profissional e a um nível padrão-mínimo de assistência médica.⁴⁴⁷

⁴⁴³ „Artikel 109 [Haushaltswirtschaft in Bund und Ländern] [...] (2) Bund und Länder haben bei ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen.“ Tradução: «Artigo 109 [Gestão orçamentária da Federação e dos Länder][...] 2) Em sua política orçamentária, a Federação e os Länder devem levar em conta as exigências do equilíbrio global da economia.»

⁴⁴⁴ BVerfGE 33, 303 (333).

⁴⁴⁵ Nesse sentido, Andreas Krell, asseverando que tal construto teórico “impossibilita exigências **acima** de um certo limite básico social” (destaque ausente do original). KRELL, A. J. Op. cit. p. 52. Mais adiante o autor afirma a impropriedade da transposição da teoria dos países desenvolvidos para os países em desenvolvimento, admitindo expressamente o caráter de *limitação* do Estado Social e de redução de suas prestações, assim como de contenção dos direitos subjetivos contidos na teoria da reserva do possível. Idem, p. 54.

⁴⁴⁶ HESSE, K. Op. cit. p. 177.

⁴⁴⁷ ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales* cit. p. 495. Tradução livre do autor. Texto original: “En todo caso, estas condiciones están satisfechas em el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica.”

Assim, na visão de Alexy, a despeito de as normas constitucionais jusfundamentais instituidoras de direitos sociais estabelecerem apenas direitos exigíveis *prima facie*, estando as posições definitivas na dependência da referida ponderação (*Abwägung*) com valores constitucionalmente tutelados opostos, aqueles direitos essenciais, integrantes do mínimo existencial, seriam reputados exigíveis desde logo, o que é coerente com a interpretação de a cláusula restritiva da reserva do possível representa um limite máximo para as pretensões calcadas em direitos sociais.

Da análise dos precedentes e das posições da doutrina germânica pode-se afirmar, portanto, que desserve a concepção originária de *reserva do possível* para justificar a denegação de plano dos direitos sociais constitucionalmente consagrados, não se prestando, nos termos em que foi concebida, à legitimação da omissão dos órgãos estatais de quaisquer dos três Poderes, em adotar as medidas cabíveis, sejam elas de que natureza forem – inclusive orçamentárias – para a consecução de políticas públicas que representem a outorga de direitos sociais prestacionais, conforme se verá. Tal argumento será desenvolvido adiante. No item sucessivo se estudará a recepção da reserva do possível no Brasil, ocorrida, como se passa a demonstrar, pela dupla via judicial e doutrinária.

2.2. A recepção da reserva do possível no Brasil.

2.2.1. Panorama geral da recepção judicial da reserva do possível no Brasil.

Uma vez tendo aqui sido afirmado que a doutrina da reserva do possível, embora modificada, foi recepcionada em nosso país pelo meio judicial e doutrinário, insta demonstrar, inicialmente, a ocorrência da alegada recepção no âmbito dos tribunais pátrios, buscando, ao mesmo tempo, procurar traçar um panorama geral, ainda que necessariamente parcial e fragmentário, de sua utilização recente em nossos pretórios.⁴⁴⁸

A reserva do possível possui como origem a discussão acerca da efetivação de direitos sociais prestacionais e é em tal sentido que é aqui estudada. Não obstante, tal *topoi* argumentativo tem sido utilizado ocasionalmente em processos em que se discutem outras matérias, conforme se verá.

⁴⁴⁸ Devido aos numerosíssimos processos em que, com frequência cada vez maior, vem à tona a discussão em torno da reserva do possível, torna-se impossível pretender traçar aqui um panorama completo a respeito do acolhimento da teoria pelos tribunais pátrios, e tampouco da forma com que este acolhimento vem ocorrendo. Tal tema parece comportar, por si só, uma pesquisa. Desse modo, as menções a decisões e processos judiciais em que se debateu a questão aqui são feitas com o intuito de demonstrar, primeiramente, a recepção da teoria pela via judicial, em segundo lugar, para proporcionar uma compreensão mínima acerca da maneira com que vem sendo concebida pretorianamente, especialmente em sede dos tribunais superiores com competência em matéria de constitucionalidade e de cassação e, por fim, para demonstrar a relevância do tema para o contexto jurídico brasileiro atual. Não se pretendeu, de maneira alguma, exaurir o tema nesta breve abordagem.

Iniciando pelos tribunais superiores, de se consignar que o Supremo Tribunal Federal recepcionou a reserva do possível em diversas decisões, ainda que tal recepção tenha consistido apenas no reconhecimento de eventual cabimento da alegação nela calcada *em tese*, sendo, no caso concreto *sub judice*, negado o acolhimento à mesma.

A guisa de exemplo, pode-se citar como precedentes em que foi feita menção expressa à referido construção nos Recursos Extraordinários ns. 410715/SP, 412573/RJ, 436996/SP, 441021/RJ, 467255/SP, 472707/SP, 482696/AC, 503650/SC e 554075/SC, a Intervenção Federal n. 2915/SP⁴⁴⁹, o Agravo de Instrumento n. 638429/MS, a Petição n. 3950/SP, e, sobretudo, a paradigmática Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n. 45/DF e a própria ADPF n. 45/DF, ambas do ano de 2004.⁴⁵⁰

Igualmente no Superior Tribunal de Justiça, a idéia de *reserva do possível* encontrou guarida, sendo abordado, dentre outras oportunidades, nas decisões dos Recursos Especiais ns. 485969/SP, 510598/SP, 718203/SP, 736524/SP, 753565/MS, 781974/SC, 784241/RS, 790175/SP, 811608/RS, 835687/RS, 857502/RS, 859647/MS, nos Agravos Regimentais em Recurso Especial ns. 878441/RS e 970415/MS, dentre inúmeras outras.⁴⁵¹

Desta análise perfunctória da jurisprudência se pode depreender que a doutrina da reserva do possível foi plenamente recepcionada no Brasil, no âmbito dos dois principais tribunais superiores pátrios. Igualmente em sede dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Estaduais se verificou a ocorrência cada vez mais freqüente de argumentações baseadas na reserva do possível, conforme se passa a demonstrar.

⁴⁴⁹ WANG, D. W. L. Op. cit. p. 20. O autor faz referência, ainda, a dezenas de outras decisões relativas ao não pagamento de precatórios: IF-AgR-ED 1012/SP, IF-AgR 2117 / DF, IF-AgR 506 / SP, IF-AgR 2081, IF-AgR 2663 / RS, IF-AgR 3124, IF-AgR, 4174 / RS, IF-AgR 4176 / ES, IF 164 / SP, IF-AgR 3977 / SP, IF 2127 / SP, IF 2737 / SP, IF 2805 / SP, IF 2909 / SP, IF 2975 / SP, IF 3046 / SP, IF 3773 / RS, IF 171 / SP, IF 317 / SP, IF 492 / SP, IF 1317 / SP, IF 1952 / SP, IF 2257 / SP, IF 449 / SP, IF 237 / SP, IF 470 / SP, IF 1466 / SP, IF 1690 / SP, IF 2194 / SP, IF 444 / SP, IF 2915 / SP, IF 298 / SP, IF 3601/SP, IF 2953/SP e IF 1349/SP. Ibidem, notas de rodapé ns. 31 e 32. Conforme observa o autor, em alguns desses casos veio à tona a temática da escassez de recursos, em nenhum deles foi determinada a intervenção e em todos houve voto divergente. Ibidem. O posicionamento dos Ministros Marco Aurélio de Mello e Carlos Ayres Brito, em favor da intervenção, são minoritários segundo se depreende do estudo de Wang. Ainda conforme observa o autor, o Ministro Celso de Mello acolhe a reserva do possível na matéria. Idem, p. 21. Perfilham o mesmo entendimento os Ministros Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Hellen Gracie, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Sidney Sanchez e Nelson Jobim. Idem, pp. 22-23. A conclusão de Wang, quanto ao particular, é que “as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal em matéria de intervenção federal pelo não pagamento de precatórios tratam, em sua maior parte, da escassez de recursos, dos custos dos direitos e da reserva do possível de forma muito diferente daquelas que versam sobre o direito à saúde e à educação.” Idem, p. 23.

⁴⁵⁰ O voto do Ministro relator Celso de Mello proferido na Medida Cautelar da ADPF n. 45/DF, do ano de 2004, encontra-se no Anexo único, ao final deste volume.

⁴⁵¹ Em sede de decisões monocráticas a “reserva do possível” é referenciada mais de 200 vezes no STJ, dentre elas nos REsp 816.064/RS, REsp 1.031.795/RS, REsp 1.050.743, Ag 940.942/MS, Ag 942.893/MS, Ag 974328/RS, Ag 974.650/MS, Ag 977.297/SC (todas do Min. Denise Arruda), nos REsp 941.436/MS, REsp 961.080/MS, REsp 1.043.320, REsp 1.058.680 e na MC 014.642 (todas do Min. Mauro C. Marques), nos REsp 1.010.334/RS, REsp 1.012.044/RS, REsp 1.031.911, REsp 1.039.655, REsp 1.044.046/RS, REsp 1.067.878, (todas do Min. Humberto Martins), nos REsp 1.012.611/RS, REsp 1.023.180/RS, REsp 1.043.225/RS, REsp 1.051.299/MS, REsp 1.061.068, REsp 1.071.430 (todas do Min. Francisco Falcão), nos REsp 1.049.353, ExeMS 011.388/DF, ExeMS 011.510/DF, ExeMS 011.515/DF, ExeMS 011.915/DF (todos do Min. Hamilton Carvalhido), nos REsp 903.732/MS e REsp 968.682, (ambas do Min. Herman Benjamin), no Ag 1.042.182 e no REsp 1.043.518 /RN (ambas do Min. Luiz Fux), nos Ag 953.736/MS e Ag 990.037/RS (ambas do Min. Teori Albino Zavascki), no REsp 1.052.296/RS (Min. Castro Meira), nos Ag 963.509/MS e Ag 1.011.335/MS, (ambas do Min. José Delgado) e, finalmente, no Ag 997.378/MS (Min. Eliana Calmon).

No que diz respeito aos Tribunais Regionais Federais, de se observar que a reserva do possível aparece expressamente em decisões do TRF da Primeira Região nas Apelações Cíveis ns. 2003.01.00.041806-2/DF e 2004.32.00.005202-7/AM, nas Apelações em Mandado de Segurança de ns. 2001.34.00.017997-4/DF, 2002.34.00.019214-3/DF, 2002.34.00.032926-8/DF e 2006.34.00.004240-8/DF, dentre outros julgados. No que diz respeito à jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, é referida em sede de inúmeros julgados.⁴⁵² Quanto ao TRF da Terceira Região, constata-se referência à *reserva do possível* no Agravo n. 321971/SP. No âmbito da jurisdição do TRF da Quarta Região, a reserva do possível é referida, igualmente, em uma inúmeras decisões.⁴⁵³

Quanto às decisões do TRF da Quinta Região, foi detectada referência à doutrina de origem alemã na Apelação Cível n. 123743/CE, Agravo de Instrumento n. 67336/PB e Agravo Regimental na Suspensão de Execução de Liminar n. 3559/01/CE.

No âmbito dos tribunais estaduais, elegemos exemplificativamente, pela representatividade das decisões e das respectivas jurisdições, assim como pela facilidade dos instrumentos de pesquisa constantes das respectivas *homepages*, os Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul. Em ambos há centenas de julgamentos em que a questão da reserva do possível veio à baila.⁴⁵⁴

⁴⁵² Apelações Cíveis n. 1998.51.01.011534-2/RJ, n. 1998.51.01.028960-5/RJ, n. 1999.02.01.038578-5/RJ, n. 1999.51.01.009026-0/RJ, n. 2000.51.01.031912-6/RJ, n. 2000.51.01.031249-1/RJ, n. 2001.02.01.022890-1/RJ, n. 2002.51.01.015380-4/RJ, n. 2002.51.01.015380-4/RJ, n. 2002.02.01.033310-5/RJ, n. 2002.51.01.022621-2/RJ, n. 2003.51.01.534300-4/RJ, n. 2003.51.01.534424-0/RJ, n. 2003.51.01.535330-7/RJ, n. 2003.51.01.535602-3/RJ, n. 2003.51.01.535744-1/RJ, n. 2004.51.01.513482-1/RJ, n. 2004.51.01.001149-6/RJ, n. 2004.51.01.016863-4/RJ, n. 2004.51.01.005432-0/RJ, n. 2005.51.01.017077-3/RJ, n. 2005.51.01.018193-0/RJ, n. 2006.51.01.013732-4/RJ e n. 2006.51.17.002879-3/RJ, do Agravo Interno em Suspensão de Liminar n. 2004.02.01.008439-4/RJ, da Apelação em Mandado de Segurança n. 1998.51.01.011798-3/RJ, dos Agravos de Instrumento ns. 2005.02.01.001215-6/RJ, 2006.02.01.004198-7/RJ, 2006.02.01.004159-8, 2006.02.01.011612-4/RJ e 2007.02.01.013627-9/RJ, do Mandado de Segurança originário n. 2004.02.01.005881-4 e, enfim, dos Agravos Internos ns. 2005.02.01.006753-4/RJ e 2005.02.01.007288-8.

⁴⁵³ Agravos de instrumento n. 2007.04.00.032814-0/RS, n. 2007.04.00.042117-6/RS, n. 2007.04.00.043332-4/PR, n. 2007.04.00.039362-4/PR, n. 2007.04.00.013625-1/SC, n. 2007.04.00.006072-6/PR, n. 2007.04.00.001791-2/SC n. 2008.04.00.001503-8/RS, 2008.04.00.011413-2/SC, n. 2008.04.00.012427-7/SC, n. 2008.04.00.011199-4/SC, n. 2008.04.00.012664-0/RS, n. 2008.04.00.012638-9/RS, n. 2008.04.00.012790-4/PR, n. 2008.04.00.022217-2/RS, n. 2008.04.00.016042-7/SC, n. 2008.04.00.028521-2/RS, n. 2008.04.00.030316-0/RS, n. 2008.04.00.015271-6/RS, n. 2008.04.00.021143-5/SC, n. 2008.04.00.032145-9/SC, n. dos Embargos infringentes em Apelação Cível n. 1999.04.01.014944-9/RS, n. das Apelações Cíveis n. 2001.72.01.002827-3/SC, n. 2001.71.00.026279-9/RS, n. 2003.72.00.010825-6/SC, n. 2003.70.00.025872-9/PR, e n. 2005.72.05.002091-6/SC.

⁴⁵⁴ No que diz respeito ao primeiro, há referência à reserva do possível nos seguintes julgados: Apelações cíveis com revisão n. 572.021-5/1-00, n. 776.648-5/0-00, n. 794.133-5/1-00, n. 788.789-5/5-00, n. 802.4 00-5/1-00, n. 780.156-5/9-00, n. 777.900-5/8-00, n. 742.566-5/1-00, n. 686.197-5/0-00, n. 792.88 9-5/6-0, n. 790.906-5/0-00, n. 782.877-5/3-00, n. 779.07 3-5/7-00, n. 784.700-5/1-00, n. 744.726-5/7-00, n. 764.406-5/3-00, n. 779.675-5/4-00, n. 686.666-5/0-00, n. 710.695-5/0-CO, n. 772.239-5/4-00, n. 533.398-5/5-00, n. 782.269-5/9-00, n. 703.661-5/0-00, n. 761.095-5/0-00, n. 723.936-5/1-00, n. 772.767-5/3-00, n. 772.814-5/9-00, n. 762.111-5/2-00, n. 669.471-5/6-00, n. 721.295-5/0-00, n. 720.705-5/6-00, n. 758.757-5/5-00, agravos de instrumento n. 162 .002-0/2-00, n. 801.216-5/4-0, n. 786.027-5/4-00, mandados de segurança n. 159.236-0/2-00, apelação n. 792.338.5/2-00, dentre inúmeros outros. Já no âmbito da jurisdição do TJRS, constatarem-se referências à reserva do possível nos Agravos de Instrumento n. 70025251406, n. 70026113902, n. 70026118679, n. 70024894693, n. 70026045989, n. 70026015479, n. 70025976333, n. 70025897513, n. 70024821084 e n. 70025730045, nas Apelações Cíveis n. 70025914896, n. 70025763012, n. 70025734823, n. 70025629270, n. 70025621681, n. 70025499799, n. 70025264409, n. 70025091026, n. 70024156580, n. 70025026048, n. 70024631384, n. 70024574527, n. 70025287830, n.

Conjugando-se os resultados da sucinta pesquisa na jurisprudência mais recente do STF, do STJ, dos cinco TRF's e de dois Tribunais estaduais de grande representatividade no país, pode-se afirmar, que a reserva do possível é amplamente conhecida, debatida e utilizada nos tribunais pátrios, fazendo-se necessária, nesse diapasão, alguma investigação acerca da maneira como o construto vem sendo empregado por partes e compreendido pelos órgãos jurisdicionais.

Quanto ao adentramento, ainda que superficial, do mérito das decisões proferidas no que se refere ao uso da reserva do possível, se priorizará aqui as decisões do STF e do STJ, por impossibilidade de se investigar com maior profundidade seu enfrentamento nos tribunais inferiores em sede desta dissertação, sendo as decisões dos últimos acerca da matéria referidas apenas pontual ou reflexamente, e a guisa de exemplo, sem a pretensão de se estabelecer teorizações acerca de tendências jurisprudenciais por tribunal.

Inicialmente insta observar que a construção denominada reserva do possível tem constituído uma constante essencialmente em ações que discutem em seu mérito o acesso a direitos sociais, como a educação e a saúde e políticas públicas de cunho social.⁴⁵⁵

É o caso, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 410.715/SP, do ano de 2005, no Recurso Extraordinário 436.996/SP, do ano de 2005, do Recurso Extraordinário n. 467.255/SP, de 2006, do Recurso Extraordinário n. 472.707/SP, também do ano de 2006, e do Recurso Extraordinário n. 554.075/SC, do ano de 2008, todos tendo versado sobre o tema da *educação infantil*, do Recurso Extraordinário n. 503.650/SC, do ano de 2008, que versou sobre *programa social de atendimento a crianças e adolescentes em situação de miserabilidade e negligência familiar*, do Recurso Extraordinário n. 482.696/AC, do ano de 2008, em que se discutiu questão relativa à obrigação de unidade federativa na *construção de unidades apropriadas à execução de medidas sócio-educativas de internação e semi-liberdade*.

Em sede dos Recursos Extraordinários n. 412.573/RJ e n. 441.021/RJ, ambos do ano de 2005, enfrentaram-se temas correlatos ao direito à *assistência médica e hospitalar*. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, do ano de 2004 e em medida cautelar relativa ao mesmo processo, principais decisões do Supremo Tribunal com relação à reserva do possível, enfrentou-se o tema da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no que se refere à implementação de políticas públicas de cunho social e a conseqüente restrição à liberdade de conformação do legislador, bem como a questão da escassez de recursos.⁴⁵⁶

70025176272 e n. 70024061913, nos Agravos Internos n. 70025773946, n. 70025632175, n. 70025583568, n. 70025498353 e n. 70025457383 e, por fim, na Apelação de Reexame Necessário n. 70024875510.

⁴⁵⁵ Conforme observa Daniel Wei Liang Wang, as questões da escassez de recursos, dos custos dos direitos e da reserva do possível exsurtem na jurisprudência do STF, basicamente, nos temas dos direitos sociais, nomeadamente do direito à saúde e à educação e em matéria de pagamento de precatórios. WANG, D. W. L. Op. cit. p. 02. Conforme observa o autor “a escassez de recursos e o custo dos direitos não são limites fáticos apenas para os direitos sociais, eles podem aparecer em qualquer obrigação de fazer ou dar do Estado.” WANG, D. W. L. Idem, p. 04.

⁴⁵⁶ Daniel Wei Liang Wang analisa em estudo sobre a envolvendo a reserva do possível e o direito à saúde no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal os seguintes julgados: RE 271.286-AgR, RE 393.175, RE 242.859,

Apenas excepcionalmente a reserva do possível surge em processos que discutem outras temáticas, tais quais o descumprimento no pagamento de precatórios, como nos casos da Intervenção Federal n. 2915/SP, do ano de 2003, e da Petição n. 3950/SP, do ano de 2007, e ainda, em processos em que se discutia o cabimento de indenização por danos morais em face das condições dos estabelecimentos prisionais, como no bojo do Agravo de Instrumento n. 638.429/MS, do ano de 2008.⁴⁵⁷

No âmbito da atividade jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça, igualmente a reserva do possível aparece, com maior frequência, por ocasião da discussão de direitos sociais, notadamente educação e saúde.

É o que se depreende do teor das decisões proferidas nos Recursos Especiais n. 835.687/RS e 857502/RS, ambos do ano de 2006, e n. 784.241/RS, do ano de 2008, e no Agravo Regimental em Recurso Especial n. 878.441/RS, do ano de 2007, todos enfrentando questões relativas ao *fornecimento de medicamentos*, bem como no Recurso Especial n. 811.608/RS, do ano de 2007, no qual se enfrentou o tema da *implementação de políticas sociais*, e nos Recursos Especiais n. 718203/SP, do ano de 2005, n. 790175/SP e n. 736524/SP, ambos do ano de 2006, n. 510.598/SP, do ano de 2007, n. 753.565/MS, do ano de 2007, bem como nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 485969/SP, do ano de 2006, nos quais se decidiu acerca do *atendimento de crianças de zero a seis anos em creches*.

De modo semelhante ao que ocorre no STF, excepcionalmente a reserva do possível é aventada em sede do julgamento de outras questões envolvendo a Administração Pública, como a questão de indenização por danos morais pleiteada por detento, em virtude das condições carcerárias, como no Agravo Regimental em Recurso Especial n. 970.415/MS, do ano de 2007.

Do teor das questões debatidas nos processos em que exsurge a doutrina da reserva do possível já se pode depreender com nitidez o alcance e a importância da temática. Percebe-se nitidamente que, além de versar, na maioria das vezes, sobre *direitos sociais*, como acesso à educação, tratamento de saúde, fornecimento de medicamentos, o argumento vem à tona, evidentemente, sempre em processos envolvendo a Fazenda Pública, constatação essa que, embora pareça um verdadeiro truismo, é relevante na compreensão da utilização retórica do argumento em juízo.

RE, 267.612, RE 195.192, RE 256327, RE-AgR 268479, REAgR, 255627, RE-AgR 259508, RE 226835, RE-393175 e a ADPF 45. WANG, D. W. L. Idem, p. 07.

⁴⁵⁷ Nos três casos a reserva do possível foi acatada como óbice às obrigações do Estado, seja no que se refere à indenização postulada, seja pelo descumprimento do prazo de pagamento dos precatórios. Daniel Wei Liang Wang constata a existência de decisões relativas a precatórios em sua pesquisa sobre a jurisprudência do STF na matéria. WANG, D. W. L. Idem, p. 02. Este autor menciona, ainda, a consideração de elementos vinculados à escassez de recursos nos votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Ferreira Mendes no âmbito do julgamento da ADI-3324 em que se questionava a constitucionalidade da Lei n. 9.536/97, estabelecida a transferência compulsória de servidores públicos federais, civis ou militares, assim como de seus dependentes estudantes na hipótese de remoção ou transferência *ex officio*, implicando, por vezes, a transição de universidades privadas para universidades públicas. WANG, D. W. L. Idem, pp. 17-18.

Quanto ao mérito, de se observar, ainda as oportunidades em que a reserva do possível foi fundamento para a denegação de direitos sociais e as oportunidades em que foi afastada pelo STF e pelo STJ, em alguns dos processos sucintamente relatados.

O mais célebre caso em que o STF enfrentou o tema da reserva do possível foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n. 45, relatada pelo Ministro Celso de Mello e julgada em 29.04.2004.⁴⁵⁸

Tratava-se de ação de iniciativa do Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB tendo como objeto o veto presidencial a dispositivo da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, cujo teor era no sentido de que seriam considerados como ações e serviços de saúde “a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da união, os serviços da dívida e a parcela das despesas do ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.”⁴⁵⁹

A argumentação sustentada pelo partido autor da ADPF 45/DF era no sentido de que o veto do dispositivo pelo Presidente da República acarretaria a redução dos recursos a serem efetivamente aplicados em ações e serviços públicos de saúde, ao arrepio do disposto pelo artigo 198, § 2º⁴⁶⁰, da Constituição Federal, na redação a ele conferida pela Emenda Constitucional n. 29.⁴⁶¹

Em tal julgado enfrentou o Supremo Tribunal Federal, dentre outros aspectos, o tema da legitimação da intervenção judicial no que se refere à implementação de políticas públicas efetivadoras de direitos econômicos, sociais e culturais, em face da liberdade de conformação do legislador. E é em sede do mesmo que foi tratada pelo STF, com maior profundidade, a questão do custo dos direitos e da escassez de recursos.⁴⁶²

Em tal famosa decisão, o STF perfilhou entendimento no sentido da inoponibilidade do arbítrio estatal em face dos direitos constitucionalmente consagrados, afirmando a relatividade da liberdade de conformação do legislador e esposando entendimento no sentido da necessária preservação do mínimo existencial dos indivíduos.

No bojo das matérias aventadas no julgamento, enfrentou o STF a questão da reserva do possível, sufragou o Ministro relator Celso de Mello entendimento no sentido de que

⁴⁵⁸ A íntegra do voto do Ministro relator, Celso de Mello, encontra-se no Anexo Único, ao final deste volume, ao qual se remete o leitor.

⁴⁵⁹ Trata-se do parágrafo 2º do artigo 55 da Lei n. 10.707/2003.

⁴⁶⁰ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

⁴⁶¹ WANG, D. W. L. Idem, p.11, nota de rodapé n. 28.

⁴⁶² WANG, D. W. L. Idem, p. 09, nota de rodapé n. 26.

(...) a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – *além* de caracterizar-se pela *gradualidade* de seu processo de concretização – *depende*, em grande medida, de um *inescapável* vínculo financeiro *subordinado* às possibilidades orçamentárias do Estado, *de tal modo* que, *comprovada*, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, *desta não se poderá* razoavelmente exigir, então, *considerada* a limitação material⁴⁶³ referida, a *imediata efetivação* do comando fundado no texto da Carta Política. *Não se mostrará lícito*, contudo, ao Poder Público, *em tal hipótese*, criar obstáculo artificial *que revele* – a partir de *indevida* manipulação de sua atividade financeira *e/ou* político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito *de fraudar, de frustrar e de inviabilizar* o estabelecimento e a preservação, *em favor da pessoa e dos cidadãos*, de condições materiais *mínimas* de existência.⁴⁶⁴ (destaques do original)

Aduzindo o Ministro Celso de Mello, em seu voto no julgamento paradigmático, advertência no sentido de que

(...) a cláusula da “*reserva do possível*” – *ressalvada* a ocorrência de *justo* motivo objetivamente aferível – *não pode* ser invocada, pelo Estado, *com a finalidade* de exonerar-se, *dolosamente*, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, *notadamente* quando, dessa conduta governamental negativa, *puder resultar* nulificação *ou*, até mesmo, *aniquilação* de direitos constitucionais *impregnados* de um sentido essencial de fundamentalidade.⁴⁶⁵

Pode-se depreender do quanto aqui resta exposto do julgado, a esta altura, que o Supremo Tribunal *receptionou* a reserva do possível, admitindo seu cabimento ao menos *em tese*, ressaltando *apenas* ser inadmissível sua alegação infundada ou a utilização de ardis doloso ou fraudulento quanto à utilização das receitas públicas para furtar-se o administrador do cumprimento de suas obrigações constitucionais.⁴⁶⁶ Afirma ainda o Ministro Celso de Mello, mais adiante, que

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “*reserva do possível*”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois,

⁴⁶³ Sublinhe-se, desde logo, ser curioso admitir, de um lado, a *reserva do financeiramente possível*, isto é, o que Ricardo Lobo Torres considera *reserva orçamentária*, distinta da inexistência *econômica* (natural, real) dos recursos, como *limitação material*. A rigor, *data maxima venia*, a impossibilidade orçamentária, decorrente de decisão alocativa, cuida-se de limitação jurídica, logo, ficta, jamais econômica, jurídica ou real.

⁴⁶⁴ ADPF n. 45/DF, publicada no Diário da Justiça da União, Seção 1, n. 84, terça-feira, 4 de maio de 2004, p. 13. WANG, D. W. L. Op. cit. p. 12.

⁴⁶⁵ ADPF n. 45/DF, publicada no Diário da Justiça da União, Seção 1, n. 84, terça-feira, 4 de maio de 2004, p. 13. WANG, D. W. L. Op. cit. p. 12.

⁴⁶⁶ Em sentido semelhante, considerando a inadmissibilidade, no sentir do STF, de comportamentos anômalos, arbitrários, intoleráveis ou desviantes, mas não assim da escassez objetivamente demonstrável, v. WANG, D. W. L. Idem, p. 09.

ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.⁴⁶⁷

Sufragou o Supremo Tribunal Federal, portanto, entendimento jurisprudencial que concebe a reserva do possível como *limitação material*, como *restrição jurídica* – na medida em que compreende, sob a denominação de reserva do possível também a reserva de orçamento – e, por fim, como *limitação* dos pleitos sociais *com base na razoabilidade da pretensão*, aspecto este conforme para com as origens do instituto, conforme já visto.⁴⁶⁸

No âmbito do direito à preservação da saúde, de se registrar, por paradigmático e instituidor de jurisprudência no âmbito do STF, o entendimento adotado no bojo do julgamento da Petição n. 1246, o qual, conforme observa Daniel Wei Liang Wang, reafirma a forte tendência do STF em entender que entre o direito à preservação da vida e as questões financeiras da estatalidade deve prevalecer o primeiro.⁴⁶⁹

A Segunda Turma do STF, no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 410.715/SP, enfrentando temática relacionada ao direito fundamental da criança de até seis anos de idade de ser atendida em creche e pré-escola, garantido pela norma contida no art. 208, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *afastou* a alegação do administrador público baseada na reserva do possível.⁴⁷⁰

O relator, Ministro Marco Aurélio de Mello, fazendo referência expressa à ADPF n. 45, reiterou o entendimento sufragado naquele precedente, considerando que, embora relevante a alegação de reserva do possível, haja vista não se ignorar a necessidade de implementação gradual e da dependência de recursos para a efetivação dos direitos econômicos sociais e culturais, referida ausência deve ser objetivamente demonstrada e comprovada pelo Estado, o que obstaria, por irrazoável, a exigibilidade da prestação pretendida *imediatamente*⁴⁷¹ – a ressalva é de toda a importância, conforme se verá.

⁴⁶⁷ ADPF 45/DF, publicada no Diário da Justiça da União, Seção 1, n. 84, terça-feira, 4 de maio de 2004, p. 13. WANG, D. W. L. Op. cit. p. 12. Este autor assim problematiza a questão da razoabilidade da pretensão: “Ficam, então, as seguintes questões: até que valor e em que circunstâncias um pedido é razoável? Provavelmente nenhum pedido isoladamente irá comprometer a capacidade de gasto do Estado, mas o problema reside no efeito multiplicador, no conjunto das decisões, e de como o Judiciário fará este tipo de cálculo da existência de disponibilidade financeira. Além do mais, o fato de estar disponível significa que não será usado posteriormente para outras políticas que a administração considere com maior grau de prioridade?” Ibidem. Sobre o problema das sentenças ditas aditivas, ver SCAFF, F. F. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. (orgs.) **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 149 e ss.

⁴⁶⁸ De se sublinhar, conforme observa Daniel Wang, que a ADPF 45/DF foi, ao final, julgada prejudicada, em virtude da edição da Lei n. 10.777/2003, que restabeleceu os termos do dispositivo da LDO vetado que originou a Arguição. WANG, D. W. L. Op. cit. p. 13. De todo modo seus termos são relevantes, à medida em que se tornou paradigmática, orientando a jurisprudência do Supremo em processos em que exsurgia a discussão acerca da escassez de recursos.

⁴⁶⁹ WANG, D. W. L. Idem, pp. 09-10. O autor cita como decisões que fazem referência ao precedente, as seguintes prolatadas no RE 267612 / RS, AI 570455/RS, AgRg no RE 271286/RS, RE198265/ RS, RE 248304/ RS, AgRg no RE 273834-4 / RS e RE 393175/RS. Idem, p. 10, nota de rodapé n. 27. Wang cita, ainda, na mesma linha o RE 198.263/RS, o RE 342.413/PR e o RE 195.192/RS. WANG, D. W. L. Idem, pp. 10-11.

⁴⁷⁰ No âmbito da educação, Daniel Wei Liang Wang estudou os seguintes julgados do Supremo: RE 436.996-AgR, RE 463.210-AgR, RE-AgR 410715, ADI 3324, RE-AgR 431916, AI-AgR 410646, REAgR 40102, ADI 1950, RE 402024, RE 411518, RE 401.673 e o RE 431773. WANG, D. W. L. Idem, pp. 13-14.

⁴⁷¹ RE-AgR 410715 / SP, fls. 10-11.

Aduziu o ministro, ainda na esteira do anteriormente decidido na ADPF 45, que não é lícito ao Poder Público a criação artificial de obstáculo, por manipulação indevida da atividade financeira ou político-administrativa, com a finalidade de frustrar a concretização dos direitos que traduzem as condições materiais mínimas de existência⁴⁷², isto é, os direitos sociais, econômicos e culturais fundamentais, concluindo, por fim, no sentido da inadmissibilidade da invocação da reserva do possível com vistas à exoneração dolosa do Estado em cumprir seus deveres constitucionalmente estatuídos⁴⁷³, sempre na esteira da multicitada ADPF.

O Recurso Extraordinário n. 554.075/SC, da relatoria da Ministra Carmen Lúcia foi provido monocraticamente, com espeque no art. 557, § 1º-A do Código de Processo Civil e no art. 21 § 2º do Regimento Interno do STF, à vista dos precedentes daquela corte na matéria, reformando-se, desta feita, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, aderindo à *reserva do possível*, denegou mandado de segurança impetrado com vistas à obtenção de vaga em pré-escola, entendendo pela ausência de direito líquido e certo bem como entendendo que a “disponibilização de vagas em estabelecimento de educação infantil é *meta programática* que o Poder Público tem o dever de implementar *na medida de suas possibilidades*”, bem como que ao “Poder Judiciário *falece competência* para interferir na prática educacional implementada pelo Poder Executivo, quando esta é derivada de *norma programática e não imperativa*”⁴⁷⁴

No Recurso Extraordinário n. 503.650/SC, relatado pelo Ministro Eros Grau, debateu-se o Supremo Tribunal Federal com a questão da exigibilidade, em via judicial, da implementação de programa social de atendimento a crianças e adolescentes em situação de miserabilidade e negligência familiar.

Tratava-se de ação proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em face do Município de Florianópolis, em cujo bojo o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina havia decidido que

(...) o Programa de Orientação e Apoio Sócio-Familiar tem o dever de oferecer assistência social às famílias; porém, *não de forma integral e imediata*, eis que se trata de *prerrogativa* do Administrador Público, servindo-se dos preceitos ditados na Constituição da República, e calcado no *poder discricionário* [sic] para estabelecer as políticas sociais.⁴⁷⁵

⁴⁷² Ibidem.

⁴⁷³ RE-AgR 410715 / SP, fls. 11-12.

⁴⁷⁴ RE n. 554.075/SC, itálicos ausentes do original. A decisão reformada aderira, por conseguinte, tanto à doutrina da reserva do possível quanto à teoria das normas constitucionais programáticas e ainda a doutrina das questões políticas, da soberania do legislador e da divisão dos poderes. Sobre outras decisões acerca do direito à educação v. WANG, D. W. L. Op. cit. pp. 14-15.

⁴⁷⁵ RE n. 503.650/SC, itálicos ausentes do original.

Mais uma vez, com base em dispositivo de direito adjetivo permissivo e no entendimento paradigmático firmado a partir da ADPF n. 45/DF, o Ministro relator deu monocraticamente provimento ao recurso interposto, reformando a decisão.

No Recurso Extraordinário n. 441.021-4/RJ, a Advocacia Geral da União buscou reformar acórdão que havia reconhecido a ex-combatente o direito à assistência médica e hospitalar gratuita, diversa da abrangida pelo Sistema Único de Saúde – SUS, em cumprimento à norma contida no art. 53, inciso IV do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁴⁷⁶, recorrendo, para tanto, a argumentação apoiada na reserva do possível, alegando que “a redação do art. 53, IV não estabelece que a assistência médica, hospitalar e educacional gratuita seria prestada necessariamente por hospitais militares. Uma coisa é admitir-se que a regra seja de eficácia plena e aplicabilidade imediata, outra bem diferente é ampliar desmedidamente seu alcance, em desrespeito ao Princípio da *Reserva do Possível*, [...]”⁴⁷⁷

O recurso teve o seguimento negado, haja vista versar diretamente sobre legislação infraconstitucional e apenas reflexamente sobre a referida norma constitucional, segundo o entendimento do relator, Ministro Gilmar Mendes, o qual aduziu que a questão da auto-aplicabilidade da norma contida no ADCT já se encontrava decidida no AgR-RE 417.871, relatado pela Primeira Turma do STF⁴⁷⁸, ficando aqui o registro apenas para consignar mais uma linha argumentativa da Fazenda Pública calcada sobre a teoria. De idêntico teor é o Recurso Extraordinário n. 412.573-1/RJ, também da relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

De modo geral, o que se depreende da análise dos julgados do STF em que vêm à tona as questões da escassez de recursos ou é sustentada argumentação com base na reserva do possível em matéria de questões correlatas aos direitos fundamentais sociais à preservação da saúde e da vida e à educação, o entendimento daquela corte é no sentido do afastamento das alegações e na concessão do pleito.⁴⁷⁹

Já em outras matérias deduzidas em face da Administração Pública, como a dos pedidos de intervenção federal pelo não pagamento de precatórios⁴⁸⁰, ou a indenização por danos morais em virtude das condições carcerárias, a argumentação baseada em fundamentos financeiros e orçamentários tem sido acolhida naquele tribunal.

⁴⁷⁶ ADCT: “Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos... (omissis)... IV – assistência médica, hospitalar e educacional gratuita, extensiva aos dependentes;”

⁴⁷⁷ RE 441.021-4/RJ, negrito constante do original.

⁴⁷⁸ RE 441.021-4/RJ.

⁴⁷⁹ WANG, D. W. L. Op. cit. pp. 23-24. Nada obstante, de se recordar a observação de Vera Karam de Chueiri, no sentido de que “o Supremo Tribunal Federal, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, tem enfrentado inúmeros casos em que direitos fundamentais são confrontados com ações de governo através de políticas públicas e a sua jurisprudência sugere que, neste embate, não poucas vezes os direitos fundamentais sejam sacrificados em nome, por exemplo, daquilo que o ex-ministro e presidente do STF, Nelson Jobim, chamou de ética consequencialista. Exemplo desta ética consequencialista se lê em argumentos como o que julgou constitucional o plano real e a política econômica construída em sua base. É oportuno lembrar que o STF é por excelência o intérprete da constituição e o resultado da sua interpretação não é qualquer um, mas o de afirmar o direito sobre qualquer bem.” CHUEIRI, V. K. de. Op. cit., p. 165.

⁴⁸⁰ WANG, D. W. L. Idem, p. 24.

No âmbito da jurisprudência do STJ, insta iniciar pelo Recurso Especial n. 784.241/RS, da relatoria da Ministra Eliana Calmon, em que se enfrentou a temática do *bloqueio de verbas públicas para assegurar o fornecimento de medicamentos*, com base no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil. Tal decisão insere-se em uma longa série que já conta com algumas dezenas de julgados onde se assentou entendimento dominante no âmbito do STJ no sentido de que

Embora venha o STF adotando a “Teoria da *Reserva do Possível*” em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada.⁴⁸¹ (negritos do original).⁴⁸²

A Segunda Turma do STJ enfrentou, no Recurso Especial n. 510.598/SP, relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha e julgado em 17.04.2007, a recorrente questão do *direito à creche por titularizado pelas crianças de até seis anos*.⁴⁸³

No caso em julgamento naquela ocasião, a Administração Pública buscava eximir-se da obrigação de proporcionar o atendimento dos infantes em creches e pré-escolas, imposta pelos artigos 54 e 208 da Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – e pelo artigo 4º, inciso IV, da Lei n. 9.394/96, alegando superlotação das creches e ausência de disponibilidades orçamentárias, ao que decidiu o tribunal superior que

(...) 4. A consideração de superlotação nas creches e de descumprimento da Lei Orçamentária Municipal deve ser comprovada pelo Município para que seja possível ao órgão julgador proferir decisão equilibrada na busca da conciliação entre o dever de prestar do ente público, suas reais possibilidades e as necessidades, sempre crescentes, da população na demanda por vagas no ensino pré-escolar.
5. No caso específico dos autos, não obstante tenha a municipalidade alegado falta de vagas e aplicação in totum dos recursos orçamentários destinados ao ensino fundamental, nada provou; a questão manteve-se no campo das possibilidades. Por certo que, em se tratando de caso concreto no qual estão envolvidas apenas duas crianças, não haverá superlotação de nenhuma creche.⁴⁸⁴

O tema da reserva do possível, compreendida como sinônimo de reserva de orçamento, foi enfrentado recentemente pelo STJ, no julgamento do REsp 1.050.743/RN, relatado pela Ministra Denise Arruda, julgado em data de 1º.08.2008.

Desta feita a Fazenda Pública do Estado do Rio Grande do Norte buscava a reforma de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que concedera o fornecimento de medicamentos alegando, dentre outros, o desrespeito à Lei Complementar n.

⁴⁸¹ REsp 784.241/RS.

⁴⁸² Consagram a mesma fórmula, dentre inúmeros outros julgados, o REsp 835687/RS e o Agravo Regimental em Recurso Especial 878.441. Daniel Wang constata o mesmo em sua análise da jurisprudência do STF na matéria. WANG, D. W. L. Op. cit. p. 09: “Em diversas decisões, ficou expresso que estes são problemas de menor importância e que não são aceitáveis quando se lida com casos envolvendo o direito fundamental à saúde.”

⁴⁸³ REsp 510.598/SP.

⁴⁸⁴ REsp 510.598/SP.

101, de 04.05.2000, a denominada Lei de Responsabilidade Fiscal.⁴⁸⁵ Embora o recurso interposto pela Fazenda Pública estadual não tenha sido conhecido, importa transcrever o teor das alegações por ela deduzidas, conforme se depreende do relatório:

Sustenta o recorrente que o aresto recorrido negou vigência aos arts. 333, I, do Código de Processo Civil, 2º, da Lei 8.080/1990, 5º, § 4º, da Lei de Responsabilidade Fiscal. Defende que, apesar da oposição de embargos de declaração, houve negativa de prestação jurisdicional. Alega que o remédio indicado para o tratamento do ora recorrido não está relacionado na tabela de fornecimento de medicamentos do Estado, a qual é decorrente do dever de "formulação e execução de políticas econômicas e sociais". Assevera que o ora recorrido não comprovou a necessidade do fornecimento da medicação e que o Estado está vinculado ao princípio constitucional da legalidade orçamentária. Requer o provimento do recurso especial para reformar o aresto recorrido.⁴⁸⁶

Em sede do Recurso Especial n. 1.067.878/SP, julgado em agosto de 2008 monocraticamente pelo Ministro relator Humberto Martins, foi reformado acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que havia entendido pela impossibilidade do Poder Judiciário substituir-se à vontade do administrador, bem como pelo caráter vinculante do orçamento.⁴⁸⁷

Para dar provimento ao recurso, determinando o fornecimento do medicamento pleiteado pela estatalidade, valendo-se do disposto no art. 557 § 1º-A do Código de Processo Civil brasileiro, o Ministro relator lançou mão, como aresto-paradigma, do REsp 835.687/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 04.12.2007, que insere-se na linha da jurisprudência do STJ que vem observando que, em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, não se revela admissível a alegação de reserva do possível.⁴⁸⁸

O mesmo se verificou no REsp 1.039.655/RS, de agosto de 2008, da relatoria do mesmo Ministro, no qual foi reformada monocraticamente acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que havia reformado, em sede de Agravo de Instrumento, decisão do Juízo de primeiro grau determinadora do bloqueio de valores nas contas bancárias do Estado do Rio Grande do Sul para a tutela de direitos sociais.⁴⁸⁹

De modo geral pode-se afirmar da rápida análise jurisprudencial aqui levada a cabo, que, no âmbito dos Tribunais Superiores, a alegação baseada na reserva do possível tem sido cuidadosamente aplicada e, com muita frequência, afastada, com a reforma das decisões oriundas de tribunais inferiores que a admitiam, notadamente em matéria de direitos fundamentais sociais.

De sua análise de alguns acórdãos do STF que versaram sobre o direito à saúde, Daniel Wei Liang Wang observa que “todas as decisões analisadas concedem o medicamento ou

⁴⁸⁵ REsp 1.050.743/RN.

⁴⁸⁶ REsp 1.050.743/RN.

⁴⁸⁷ REsp 1.067.878/SP.

⁴⁸⁸ REsp 1.067.878/SP.

⁴⁸⁹ REsp 1.039.655/RS.

tratamento pedido pelo impetrante”, inexistindo voto divergente em seu bojo, concluindo o autor que, de tal conjunto de decisões, em nenhuma oportunidade o Supremo Tribunal Federal acatou a alegação baseada na escassez de recursos para eximir o Estado do dever de conceder medicamentos ou tratamento médico.⁴⁹⁰

Defendendo inexistir, em geral, enfrentamento mais aprofundado das temáticas da escassez de recursos, dos custos dos direitos e da cláusula da reserva do possível, Wang afirma acerca dos julgados do Supremo que “assim como no caso do direito à saúde, nos casos em que se pede concretamente uma obrigação de fazer do Estado em matéria de direito à educação, o Supremo Tribunal Federal, em nenhum caso, negou o pedido.”⁴⁹¹

A freqüente reforma de acórdãos de segundo grau acolhedores da reserva do possível pelo STF e STJ revela que no âmbito dos tribunais inferiores há posicionamentos muito variados acerca de tal teoria, ora tendendo ao acolhimento da argumentação nela baseada, ora pendendo à sua rejeição, cuja análise exaustiva refoge ao âmbito da presente pesquisa, por questões de espaço e de objeto.

De todo modo, resta suficientemente demonstrada a relevância pretoriana do construto e a freqüência cada vez maior com a qual é aventado nas discussões forenses, constituindo um *topoi* argumentativo de defesa particularmente caro às diversas Fazendas Públicas.

Colaciona-se aqui, apenas à guisa de ilustração, uns poucos posicionamentos no âmbito dos tribunais inferiores. Um exemplo de utilização do argumento denominado *reserva do possível* para o indeferimento de pleitos sociais pode ser identificado, dentre outros, na decisão monocrática prolatada pelo Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sua Sétima Câmara Cível, no Agravo de Instrumento n. 70025251406, de sua relatoria, cujo teor é o seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. DIREITO À SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL, E DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS A RESPEITO DOS CRITÉRIOS DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO ÂMBITO DA SAÚDE.

Em nosso ordenamento jurídico, o direito à saúde foi priorizado tanto pelo legislador constituinte quanto pelo legislador infraconstitucional, sendo responsabilidade do Estado (gênero) o fornecimento de medicamentos àqueles que dos mesmos necessitem *observados, entretanto, os limites da reserva do possível, bem assim como os critérios de repartição de competências no âmbito da saúde*, sob pena de prejudicar-se, ou até mesmo inviabilizar, o sistema público de saúde. **Recurso provido.** (itálicos ausentes do original).⁴⁹²

Na ação intentada pelo Ministério Público sul-rio-grandense em face do Município de Novo Hamburgo postulava-se a colocação imediata em abrigo de idoso em estabelecimento

⁴⁹⁰ WANG, D. W. L. Op. cit. p. 07.

⁴⁹¹ WANG, D. W. L. Idem, p. 19.

⁴⁹² AI n. 70025251406, TJRS, fls. 01.

adequado às suas necessidades físicas e mentais, bem como providências relativas à constatação do estado de saúde do mesmo, através da realização dos exames médicos adequados, conforme se depreende do relatório da decisão.⁴⁹³

Tendo o Juízo de primeiro grau concedido antecipação de tutela, interpôs a procuradoria do município gaúcho o agravo de instrumento em comento, visando à reforma da decisão que deferiu as medidas protetivas em favor do idoso. A argumentação intentada para tanto pela Fazenda Pública municipal baseou-se, essencialmente, nas limitações orçamentárias, impeditivas do pleno atendimento das necessidades da população em matéria de saúde, de acordo com a agravante, e com reclamo expresso à reserva do possível.⁴⁹⁴

Após ter deferido o efeito suspensivo ao agravo, o Desembargador relator, embora tenha reconhecido a prioridade conferida pelo ordenamento jurídico-constitucional à saúde, bem como não revelar-se apta qualquer alegação relativa ao orçamento para exonerar o Estado de suas responsabilidades quanto ao particular, entendeu não ser possível reconhecer uma responsabilidade absoluta e ilimitada da estatalidade, devendo-se pautar o julgador por dois critérios, em seu entendimento, quais sejam, o da reserva do possível e os critérios de repartição de competências no domínio da saúde.⁴⁹⁵ Quanto à reserva do possível, considerou o magistrado que

No que diz respeito à reserva do possível, inclino-me pelo entendimento de que o Estado (gênero), não é responsável por todo e qualquer serviço relativo à saúde, mas apenas por aqueles a que ele, *por meio da legislação e normas administrativas, expressamente se obrigou*, com base em *opções políticas* daqueles a quem cabe a elaboração, aprovação e execução das *políticas orçamentárias* (Poder Legislativo e Poder Executivo), a respeito das quais não cabe ao Judiciário se manifestar, sob pena de ferir o *princípio da separação dos Poderes*, previsto pelo artigo 2º da CF.⁴⁹⁶

Quanto ao segundo critério, considerou o julgador existirem normas disciplinadoras das competências dos diversos entes federativos no que diz respeito ao sistema público de saúde, bem como “listas de medicamentos” consubstanciadas nas Portarias do Ministério da Saúde, as quais estabelecem as responsabilidades dos Estados e dos Municípios na matéria, cabendo aos primeiros o fornecimento dos medicamentos especiais e excepcionais e aos segundos os medicamentos de atenção básica, pelo que, segundo o relator “ao se tratar da assistência farmacêutica, tenho que devem ser observadas as supramencionadas ‘listas’, *evitando-se que um ente seja onerado com o fornecimento de um fármaco cuja responsabilidade pelo fornecimento*

⁴⁹³ AI n. 70025251406, TJRS, fls. 02.

⁴⁹⁴ AI n. 70025251406, TJRS, fls. 02.

⁴⁹⁵ AI n. 70025251406, TJRS, fls. 03.

⁴⁹⁶ AI n. 70025251406, TJRS, fls. 03, itálicos ausentes do original.

não é sua.”⁴⁹⁷ Com tal fundamentação, foi a decisão concessiva da antecipação de tutela monocraticamente cassada pelo Desembargador relator do TJRS⁴⁹⁸

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, é emblemático o acórdão proferido pela Quarta Turma do TRF da Segunda Região em sede de julgamento da Apelação Cível n. 1998.51.01.028960-5, em linha substancialmente diversa, cuja ementa segue transcrita:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – DIREITO À SAÚDE – PORTADORES DA DOENÇA DE GAUCHER – MEDICAMENTO IMPORTADO - TRATAMENTO DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO – INTERRUÇÃO - PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – CONFLITO – PONDERAÇÃO DE INTERESSES E RAZOABILIDADE – PODER JUDICIÁRIO E CONTROLE DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.⁴⁹⁹

Cuidava-se originariamente de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do Estado fluminense com vistas a compelir este à aquisição do medicamento importado CEREZYME 200 UI, necessário ao tratamento da doença de Gaucher⁵⁰⁰.

Em tal decisão, considerou-se que embora o único medicamento eficaz, o CEREZYME, fosse de alto custo e produzido, com exclusividade, por um fabricante norte-americano, não tendo a Administração Pública adquirido referido medicamento em tempo hábil para que se desse continuidade ao tratamento dos pacientes acometidos pelo mal, feriu o direito à saúde destes, considerando ainda que

Os atos da Administração Pública que importem em gastos estão sujeitos à reserva do possível, consoante a previsão legal orçamentária. Por outro lado, a interrupção do tratamento de saúde aos portadores do Mal de Gaucher importa em violação da própria dignidade da pessoa humana. Princípios em conflito cuja solução é dada à luz da ponderação de interesses, permeada pelo princípio da razoabilidade, no sentido de determinar que a Administração Pública mantenha sempre em estoque quantidade do medicamento suficiente para garantir 02 meses de tratamento aos que dele necessitem (...)⁵⁰¹

Assim, a sentença proferida pela Segunda Vara Federal do Rio de Janeiro, que dera provimento parcial à Ação Civil Pública em referência, hostilizada pelo recurso interposto pelo

⁴⁹⁷ AI n. 70025251406, TJRS, fls. 04, itálicos ausentes do original. Como se verá adiante, com base no magistério de Clemerson Merlin Clève, perfilha-se um tal entendimento na *dogmática da razão de Estado*.

⁴⁹⁸ AI n. 70025251406, TJRS, fls. 06. A decisão é datada de 02.09.2008. Na mesma linha insere-se o acórdão proferido por ocasião do julgamento do Agravo Interno n. 70025457383, de 27.08.2008, da Sétima Câmara Cível do TJRS, e o acórdão proferido em sede de julgamento do Agravo Interno n. 70025498353, também da Sétima Câmara Cível daquele Tribunal, ambas as decisões prolatadas em agosto do ano de 2008.

⁴⁹⁹ Apelação Cível n. 1998.51.01.028960-5.

⁵⁰⁰ Segundo a Portaria SAS/MS n. 449, de 08.07.2002, a doença de Gaucher consiste em uma doença hereditária autossômica recessiva comprometedora do metabolismo lipídico, tendo como resultado um acúmulo de glucocerebrosídeo nos macrófagos, tendo como manifestações clínicas, dentre outras, a hepatoesplenomegalia e alterações hematológicas tais quais a anemia, a trombocitopenia e a leucopenia, sendo objeto na classificação internacional de doenças da sigla CID E75.2 – outras esfingolipidoses. Fonte: < http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/gaucher_pcdt.pdf>. Acesso em 20.09.2008.

⁵⁰¹ Apelação Cível n. 1998.51.01.028960-5, fls. 08-09.

Estado do Rio de Janeiro, foi mantida pelo TRF da Segunda Região, julgando-se pela improcedência da apelação interposta.⁵⁰²

Como se vê do conjunto de decisões ora colacionadas, meramente exemplificativo, insista-se, crescente tem sido a argumentação envolvendo a doutrina da reserva do possível nos mais diversos tribunais e juízos do país, sendo variadas as compreensões do conceito jurídico indeterminado da reserva do possível de órgão julgador para órgão julgador e sendo variadas as formas como a mesma tem sido ora acolhida, ora refutada.

Pela relevância dos temas discutidos em sede dos processos exemplificativamente colacionados, se pode depreender sem dúvidas a relevância da temática e a importância de se aprofundar o conhecimento acerca da reserva do possível para que se possa fazer a crítica à formulação e não permanecer inerte em face de sua utilização por vezes retórica, objetivo final do presente estudo.

2.2.2. Recepção de direito judicial: a delicada questão da utilização judicial de decisões estrangeiras como paradigma.

Demonstrada e comprovada a recepção judicial da *reserva do possível* no Brasil, insta ingressar na problemática questão da utilização de decisões estrangeiras como paradigma jurisprudencial na *richterliche Rechtsfindung*, ou pesquisa judicial do Direito, notadamente em matéria de Direito Constitucional, a qual tem sido objeto de controvérsias e dissensões há longa data, haja vista a tensão entre a comparação constitucional e a tradição do direito público, de feição marcadamente nacionalista.⁵⁰³ Trata-se do que Alessandro Somma denomina *uso jurisprudencial da comparação* ou ainda *uso complementar do direito extra-estatal*.⁵⁰⁴

Com efeito, sem se adotar uma posição xenomana e tampouco xenófoba ou chauvinista, esta última caracterizada pelo tradicional *horror alieni juris*, parece ser necessária a adoção de cuidados naquilo que se refere à comparação constitucional, notadamente em face da dimensão garantista da Constituição.⁵⁰⁵

⁵⁰² Apelação Cível n. 1998.51.01.028960-5, fls. 09.

⁵⁰³ RIDOLA, P. La giurisprudenza costituzionale e la comparazione. In: ALPA, G. (org.). **Il giudice e l'uso delle sentenze straniere**: modalità e tecniche della comparazione giuridica. Milano : Giuffrè, 2006, p. 16. O problema inicial mais evidente é assim descrito por Richard Posner: “Os problemas com tal tipo de citação de decisões estrangeiras são quatro, além daquele óbvio de que, a menos que o significado de um tratado esteja em questão, a corte internacional não interpretou os mesmos textos constitucionais ou legais ou precedentes que limitaram e guiaram a análise pela corte Norte-americana.” Tradução livre do autor. Texto original: “The problems with this kind of citation of foreign decisions are four, besides the obvious one that unless the meaning of a treaty is at issue, the foreign court will not have been interpreting the same constitutional or statutory text or precedents that would frame and guide the analysis by the U.S. court.” POSNER, R. No thanks, we already have our own laws. The court should never view a foreign legal decision as a precedent in any way. **Legal Affairs**, [s.l.], jul./ago. 2004. Disponível em: < http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>. Acesso em: 13.09.2008.

⁵⁰⁴ SOMMA, A. *Metodi e scopi* cit., pp. 97-98.

⁵⁰⁵ O debate entre ambas as posições é narrado por Paolo Ridola: “Limite-me a recordar a vigorosa polêmica, conduzida no início dos anos sessenta do século XX por Josef Kaiser, o qual reivindicava com ênfase as potencialidades da comparação no direito público, contestando drasticamente a opinião de um outro mestre daquele

Ao invés de serem ocasionais e fortuitas as referências a julgados estrangeiros em decisões judiciais, Ridola afirma ser freqüente a utilização da comparação por tribunais, notadamente nos primeiros anos de sua existência, referindo-se, expressamente, a tal prática no âmbito do Tribunal Constitucional Federal alemão e das cortes constitucionais e tribunais superiores da América Latina e da África do Sul, por exemplo.⁵⁰⁶ Ademais, a recepção de direito estrangeiro pela via judicial prescinde da referência expressa, podendo ser realizada pela

tempo, Hans Nawiasky, segundo o qual seria defeso extrair conclusões para a interpretação do direito vigente ‘a partir de Direitos em estados evolutivos diferentes, historicamente distantes e estatalmente diversos.’” Tradução livre do autor. Texto original: “Mi limito a ricordare la vigorosa polemica, condotta all’inizio degli anni Sessanta del XX secolo da Josef Kaiser, il quale rivendicava con forza le potenzialità della comparazione nel diritto pubblico, contestato drasticamente il giudizio di un altro maestro di quegli anni, Hans Nawiasky, secondo il quale sarebbe precluso trarre conclusioni per l’interpretazione del diritto vigente ‘aus geschichtlich entfernten und staatlich getrennten Rechtszuständen’” (itálicos do original). RIDOLA, P. Op. cit. p. 16.

⁵⁰⁶ RIDOLA, P. Op. cit. p. 23. Segundo o autor, “a tendência, pelo contrário, parece tornar-se recessiva na fase madura das experiências da justiça constitucional, na medida em que as cortes munem-se de um aparato conceitual e argumentativo, o que pode também produzir o efeito da auto-referencialidade e da emancipação em relação à comparação. Nesta fase o recurso à comparação torna-se controvertido, senão decididamente contestado.” Tradução livre do autor. Texto original: “la tendenza, al contrario, sembra divenire recessiva nella fase matura delle esperienze di giustizia costituzionale, via via che le Corti si dotano di un apparato concettuale ed argomentativo, il che ha potuto anche produrre l’effetto dell’autoreferenzialità e dell’emancipazione della comparazione. In questa fase il ricorso alla comparazione diventa controverso, se non decisamente contestato.” Ibidem. Nos Estados Unidos da América são diversos os exemplos de utilização de precedentes estrangeiros na Suprema Corte ocorrida na presente década e elencadas por Paolo Ridola, dentre os quais *Atkins vs. Virginia* (2002), *Lawrence vs. Texas* (2003) e *Roper v. Simmons* (2005). Idem, p. 24. Outro exemplo citado pelo autor peninsular, referente à República Italiana, é a sentença 303 (2003) da Corte Costituzionale. Idem, p. 25. Esses mesmos exemplos são citados, expressa ou implicitamente, no artigo referenciado de Richard Posner. Vicky Jackson historia: “Em anos recentes, um número de jurisdições das Supremas Cortes dos Estados Unidos referiram-se, de maneiras limitadas, a fontes jurídicas estrangeiras ou internacionais por ocasião da solução de questões constitucionais. Das atuais nove jurisdições, pelo menos seis – Chief Justice Rehnquist e Justices John Paul Stevens, Antonin Scalia, Anthony Kennedy, Ruth Bader Ginsburg e Stephen Breyer – o fizeram desde 1992. Os críticos alegam que tais referências ao direito estrangeiro são ilegítimas, uma usurpação judicial antidemocrática da autoridade, ou um esforço para obscurecer a ausência de fundamentos sólidos de direito norte-americano para um resultado baseado em ‘modismos estrangeiros’ ao invés de ‘concepções americanas’ do direito”. Tradução livre do autor. Texto original: “In recent years, a number of United States Supreme Court justices have referred, in limited ways, to foreign or international legal sources while resolving constitutional questions. Of the current nine justices, at least six—Chief Justice Rehnquist, and Justices John Paul Stevens, Antonin Scalia, Anthony Kennedy, Ruth Bader Ginsburg, and Stephen Breyer—have done so since 1992. Critics argue that such references to foreign law are an illegitimate, antidemocratic judicial usurpation of authority, or an effort to obscure the absence of solid grounding in U.S. law for a result based on “foreign fads” rather than “American conceptions” of law.” JACKSON, V. Yes please, i’d love to talk with you. The court has learned from the rest of the world before. It should continue to do so. **Legal Affairs**, [s.l.], jul./ago. 2004. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_jackson_julaug04.msp>. Acesso em 13.09.2008. Vicky Jackson cita em seu artigo precedentes antigos em que se observa a utilização de direito estrangeiro, notadamente a sentença *Dred Scott*, de 1857 e a decisão proferida no caso *Fong Yue Ting vs. United States*, de 1893. Ibidem. Para uma pluralidade de exemplos de utilizações de julgados estrangeiros nos Estados Unidos com vistas às mais diversas finalidades, ver o artigo citado de Vicky Jackson. Para exemplos da utilização de sentenças estrangeiras pela jurisprudência administrativa italiana de 1890 a 2004, v. SANDULLI, A. La giurisprudenza amministrativa italiana e l’uso delle sentenze straniere. In: ALPA, G. (org.). **Il giudice e l’uso delle sentenze straniere**: modalità e tecniche della comparazione giuridica. Milano: Giuffrè, 2006, pp. 56-70 e LOIODICE, A. La motivazione comparatistica negli indirizzi giurisprudenziali pubblicistici. In: ALPA, G. (org.). **Il giudice e l’uso delle sentenze straniere**: modalità e tecniche della comparazione giuridica. Milano: Giuffrè, 2006, pp. 77-84. Basil Markesinis refere-se à decisão proferida pela *House of Lords* no caso *Fairchild vs. Glenhaven* (2002) MARKESINIS, B. Comparative Law in Courtroom. In: ALPA, G. (org.). **Il giudice e l’uso delle sentenze straniere**: modalità e tecniche della comparazione giuridica. Milano: Giuffrè, 2006, p. 91. Impõe-se registrar que a utilização de sentenças estrangeiras em si não parece ser algo valioso ou pernicioso em si. Basta observar que no caso *Atkins vs. Virginia* referido, recorreu a elementos de Direito Comparado para reputar a pena de morte cominada a indivíduos com problemas mentais como pena cruel e inusitada para os fins da Oitava Emenda. Já no caso em que estudamos, a importação da doutrina da reserva do possível tem sido utilizada, por vezes, para sonegar direitos fundamentais sociais, retirando-lhes a eficácia e negando-lhes efetividade. O que se critica, como se verá, são a comparação e a importação jurídicas sem critérios.

introdução subreptícia de construções, teorias e dogmas, feita consciente ou inconscientemente, voluntária ou acidentalmente.⁵⁰⁷

Paolo Ridola, após afirmar a perfeita compatibilidade da utilização do Direito Comparado no âmbito da atividade legisferante ordinária ou de reforma constitucional para com o sistema de Westfalia, afirma que

A comparação constitucional, ao contrário, quando é transferida do plano da inspiração e do auxílio nos processos de reforma constitucional para aqueles dos cânones de interpretação do texto constitucional, subverte o “sistema de Westfalia” e as garantias normativas internas à estatalidade que as certezas consolidadas acerca do papel do juiz constitucional e de sua atividade interpretativa.⁵⁰⁸

A assunção da perspectiva comparatista implica o distanciamento da dogmática e do pano de fundo cultural de um dado ordenamento, conforme lembra Ridola. Nesse diapasão, o principal problema encontra-se na dimensão preponderantemente garantista da constituição, que pode resultar enfraquecida pelo recurso a decisões alienígenas, conforme reconhece o autor italiano:

Não se pode negar que isso coloque dificuldades peculiares para os órgãos da jurisdição constitucional, para os quais assumir tal perspectiva de distância pode revelar um estado de tensão com o papel de garantia da idéia de constituição como lei superior e de guardiã do nível mais elevado da legalidade.⁵⁰⁹

Portanto, assim como toda comparação jurídica, mas talvez mais do que qualquer outra, a interpretação comparativa em matéria constitucional deve ser criteriosa, com vistas a não incorrer em impropriedades decorrentes da desconsideração de peculiaridades jurídicas e metajurídicas de cada um dos ordenamentos e realidades sociais em comparação. Nessa medida, a recepção de direito estrangeiro pela via judicial, através do expediente da utilização de julgados estrangeiros como paradigma, deve igualmente pautar-se pela devida cautela quanto às particularidades dos ordenamentos e realidades sociais colocadas em contato pela circulação de modelos.⁵¹⁰

⁵⁰⁷ MONATERI, P-G. Op. cit., p. 997. LOIODICE, A. Op. cit. p. 77.

⁵⁰⁸ RIDOLA, P. Op. cit. pp. 17-18. Tradução livre do autor. Texto original: “La comparazione costituzionale, invece, quando venga trasferita dal piano dell’ispirazione e dell’ausilio nei processi di riforma costituzionale su quello dei canoni di interpretazione del testo costituzionale, scardina il ‘sistema Westfalia’ e le garanzie normative interne alla statualità che le consolidate certezze sul ruolo del giudice costituzionale e sui confini della sua attività interpretativa.”

⁵⁰⁹ RIDOLA, P. Op. cit. p. 19. Tradução livre do autor. Texto original: “Non può negarsi che ciò ponga difficoltà tutt’affatto peculiari agli organi di giustizia costituzionale, per i quali assumere questa prospettiva di distanza può portare allo scoperto uno stato di tensione con il ruolo di garanzia dell’idea di costituzione come legge superiore e di custodi del livello più elevato della legalità.”

⁵¹⁰ Um dos problemas referidos por Richard Posner é que a prática da livre citação de decisões judiciais estrangeiras forneceria um catálogo infinito de *topoi*, capaz de sustentar qualquer argumentação: “Se decisões estrangeiras fossem livremente citáveis, isto significaria que qualquer juiz procurando uma citação para suportar sua decisão teria apenas que buscar fundo o suficiente nos *corpus juris* mundial para encontrá-la.” Tradução livre do autor. Texto original: “If foreign decisions were freely citable, it would mean that any judge wanting a supporting citation had only to troll deeply enough in the world’s *corpus juris* to find it.” POSNER, R. Op. cit., *passim*. Aldo Sandulli também se refere ao uso retórico das decisões alienígenas: “Em segundo lugar, naquilo que se refere mais especificamente à referência

Conforme observa o autor italiano, as constituições são um produto da cultura e seus textos remetem aos contextos histórico-culturais nos quais se inserem.⁵¹¹ O método comumente apontado como o mais acurado e dinâmico da comparação jurídica, a saber, o funcional-comparativo, investiga “que função desempenham as normas e os institutos jurídicos no interior de determinado sistema jurídico e social”⁵¹², pelo que o contexto socioeconômico, filosófico-político e cultural é indissociável da interpretação. Nas palavras de Richard Posner:

O segundo problema em citar decisões estrangeiras em tribunais norte-americanos é que elas emergem de um complexo plano de fundo sócio-histórico e político-institucional sobre o qual nossos juizes, eu respeitosamente sugiro, são quase que inteiramente ignorantes. (Pode uma das jurisdições da Suprema Corte conhecer qualquer língua estrangeira bem o suficiente para ler uma decisão judicial que não se encontra redigida em inglês? E as traduções para a língua inglesa de decisões estrangeiras são confiáveis?).⁵¹³

A controvérsia e a contestação do recurso a paradigmas judiciais estrangeiros, característica da fase madura dos tribunais constitucionais e superiores, segundo Ridola, encontra-se na ordem do dia nos Estados Unidos da América.⁵¹⁴

à sentença estrangeira, esta se reveste, em todos os casos examinados, seja quando se trabalhe na via ‘constitutiva’, seja quando se aja com fins ‘destrutivos’, um papel fundamental de reforço da argumentação jurídica. O juiz, em realidade, se serve dela em relação a fattispecie particolarmente anormali ou pouco usuali, sobre as quais não haja, em nosso ordenamento, una stratificazione sufficiente di orientazioni e para os quais, portanto, afigure-se de extrema difficoltà a obtenção da solução a ser adotada. Em tal caso, a referência à sentença estrangeira constitui um instrumento através do qual o juiz busca conferir substância à argumentação adotada, através da referência à esperienza straniera.” Tradução livre do autor. Texto original: “In secondo luogo, per ciò che attiene, più specificamente, al riferimento alla sentenza straniera, esso riveste, in tutti i casi esaminati, sia che si operi in via ‘costruttiva’ sia che si agisca a fini ‘distruttivi’, un fondamentale ruolo di rafforzamento dell’argomentazione giuridica. Il giudice, difatti, se ne serve in relazione a fattispecie particolarmente anormale od inusuali, su cui non vi sia, nel nostro ordinamento, una sufficiente stratificazione di orientamenti e per i quali, dunque, si presenti di estrema difficoltà il rinvenimento della soluzione da adottare. In tal caso, il riferimento alla sentenza straniera costituisce uno strumento attraverso cui il giudice cerca di dar sostanza all’argomentazione addotta mediante il riferimento alla esperienza straniera.” SANDULLI, Aldo. Op. cit. p. 74.

⁵¹¹ RIDOLA, P. Op. cit. p. 19.

⁵¹² RIDOLA, P. Idem, p. 23.

⁵¹³ POSNER, R. Op. cit., *passim*. Tradução livre do autor. Texto original: “The second problem with citing foreign decisions in U.S. courts is that they emerge from a complex socio-historico-politico-institutional background of which our judges, I respectfully suggest, are almost entirely ignorant. (Do any of the Supreme Court justices know any foreign languages well enough to read a judicial decision that is not written in English? And are translations of foreign decisions into English reliable?).” No parágrafo seguinte o autor cita exatamente o nível necessário de conhecimento acerca da história e da realidade alemãs para se utilizar de um julgado alemão fora da Alemanha. Vicki Jackson, defendendo a utilização de julgados estrangeiros, admite a necessária contextualização e a devida precaução: “A compreensão das referências ao direito estrangeiro **em seu contexto legal e histórico** devem afastar críticas apressadas, evidenciando os benefícios do uso bem-informado de fontes jurídicas estrangeiras e internacionais, focando a atenção sobre algumas questões verdadeiramente difíceis. Embora se deva tomar cuidado ao se fazer comparações jurídicas, a consideração das decisões estrangeiras pode contribuir para com a nossa compreensão de nossas próprias idiossincrasias como uma nação, iluminar conceitos comuns e desafiarnos a pensar mais claramente acerca de nossas próprias questões jurídicas.” Tradução livre do autor. Texto original: “Understanding references to foreign law **in their legal and historic context** should defuse unwarranted criticisms, highlight the benefits of well-informed uses of foreign and international legal sources, and focus attention on some genuinely difficult questions. While care must be taken in making legal comparisons, consideration of foreign legal decisions can contribute to our understanding of our own distinctiveness as a nation, illuminate common concepts, and challenge us to think more clearly about our own legal questions.” (destaques ausentes do original). JACKSON, Vicky, Op. cit., *passim*.

⁵¹⁴ Exemplo do debate teórico acerca do objeto encontra-se em dois artigos publicados na *Legal affairs review* de julho-agosto de 2004. O primeiro, de autoria de Richard Posner, intitula-se “No thanks, we already have our own laws. The court should never view a foreign legal decision as a precedent in any way.”. O segundo, de autoria de

O *Constitution Restoration Act*, originalmente proposto em 2004 e ainda em discussão, se aprovado, dentre outras alterações, impor a “a proibição de utilizar fontes estrangeiras na interpretação da Constituição para todas as cortes dos Estados Unidos, com a única e não obstante significativa exceção do *common law* britânico”⁵¹⁵, o que está a demonstrar a que ponto chega a preocupação com a utilização de paradigmas estrangeiros em sede de decisões judiciais entre os norte-americanos.

O problema da efetividade de tal propósito residiria na comparação *soft*, ou subreptícia, já referida. Mais uma vez verifica-se oportuno o magistério de Ridola:

Com referência às modalidades no uso da comparação por parte dos juízes constitucionais, parece oportuno, ademais, distinguir entre a referência pontual à jurisprudência de outros países, que é, em geral, pouco freqüente, e a invocação implícita, por adesão ou por diferenciação, a objetivos consolidados, tradições constitucionais, modelos comparativos, soluções normativas que transcendem os confins de cada ordenamento. É este, poderia-se afirmar, o fluxo da comparação que corre subterrâneo ao longo dos itinerários argumentativos do juiz constitucional, e é também o terreno mais magmático da comparação e aquele comumente mais difícil de reconstruir, não apenas porque isso exigiria o conhecimento das pesquisas preparatórias e a documentação utilizada para as decisões (os *dossiers* preparados pelo *Conseil Constitutionnel* em França e na Corte italiana, por exemplo), mas sobretudo porque este tipo de comparação *soft*, ou conduzida por grandes linhas, protege as Cortes, por vezes, do ônus de um uso rigoroso do método comparativo e da elaboração de verdadeiros *standards* da comparação (...)⁵¹⁶

Vicki Jackson, chama-se “Yes please, i’d love to talk with you. The court has learned from the rest of the world before. It should continue to do so.” Uma nota se impõe aqui: evidentemente a razão da maior preocupação com a questão da utilização de paradigmas oriundos de sistemas estrangeiros tem maior repercussão em países de *common law*, haja vista radicar nos precedentes a fonte primacial de seu direito. Nesse sentido, Richard Posner no artigo citado: “Os problemas começam somente quando as decisões estrangeiras são concebidas como tendo alguma (mesmo se bastante atenuada) força persuasiva em uma Corte norte-americana simplesmente por força de ser uma decisão de um tribunal jurídico reconhecido. Isto ocorre, basicamente, quando esta é tratada como uma *autoridade*, embora não vinculante, em um processo judicial norte-americano ainda que a questão seja puramente local, como a de saber se o aborto deveria ser proibido, ou se a execução de assassinos com problemas mentais deveria ser proibida, ou o casamento gay permitido.” Tradução livre do autor. Texto original: “Problems arise only when the foreign decision is believed to have some (even if quite attenuated) persuasive force in an American court merely by virtue of being the decision of a recognized legal tribunal. This occurs, in short, when it is treated as an *authority*, albeit not a controlling one, in a U.S. lawsuit even though the issue is purely local, such as whether abortion should be forbidden, or the execution of retarded murderers forbidden, or gay marriage allowed.” Disponível em: < http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>. Acesso em 13.09.2008. Posner afirma, ainda, que as decisões com citações de julgados estrangeiros dificilmente são incluídos nos repositórios oficiais, principal fonte de consulta do *case law* norte-americano. Ibidem.

⁵¹⁵ RIDOLA, P. Op. cit. pp. 23-24. Tradução livre do autor. Texto original: “il divieto di utilizzare fonti straniere nell’interpretazione della Costituzione per tutte le corti degli Stati Uniti, con l’única e peraltro significativa eccezione del *common law* britannico.”

⁵¹⁶ RIDOLA, P. Idem, pp. 24-25. Tradução livre do autor. Texto original: “Con riferimento alle modalità nell’uso della comparazione da parte dei giudici costituzionali sembra inoltre opportuno distinguere fra il riferimento puntuale alla giurisprudenza di altri paesi, che è nel complesso infrequente, ed il richiamo implicito, per adesione o per differenziazione, ad indirizzi consolidati, tradizioni costituzionali, modelli comparatistici, soluzioni normative che trascendono i confini dei singoli ordinamenti. È questo, potrebbe dirsi, il flusso della comparazione che scorre sotteraneamente lungo gli itinerari argomentativi del giudice costituzionale, ed è anche il terreno più magmatico della comparazione e quello spesso più difficile da ricostruire, non solo perché ciò richiederebbe di conoscere le ricerche preparatorie e la documentazione utilizzata per le decisioni (i *dossier* predisposti dal *Conseil constitutionnel* in Francia e dalla Corte italiana, ad. es.), ma soprattutto perché questo tipo di comparazione *soft*, o condotta per grandi linee, mette talvolta le corti al riparo dall’onere di un uso rigoroso del método comparativo e dall’elaborazione di veri e propri *standard* della comparazione (...)” Aldo Sandulli aduz: “Essencialmente, em relação ao juiz administrativos, o problema consiste em conseguir documentar o exato papel desempenhado pela comparação para fins de promover avanços científicos setoriais, a partir do momento em que o recurso ao direito comparado para chegar a uma decisão condiciona, o mais das vezes, a fase de preparação e de instrução, mas muito raramente aparece na decisão expressamente.” Tradução livre do autor. Texto original: “In sostanza, nei confronti del giudice amministrativo, il

E segundo Aldo Sandulli, são “muito mais numerosos (...) os casos de uso ‘clandestino’ ou ‘escondido’ da referência comparada.”⁵¹⁷ Aldo Loiodice, referindo-se à experiência da utilização de julgados estrangeiros em decisões dos juízes italianos, reconhece que as mesmas vêm, via de regra, recepcionadas por seu *conteúdo*, dificilmente acompanhado da referência expressa às fontes estrangeiras na motivação da decisão.⁵¹⁸

É de tal modo, salvo melhor juízo, que veio recepcionada a reserva do possível no Brasil. As decisões a ela fazem referência sem maiores preocupações com a comparação dos pressupostos jurídicos e metajurídicos que permitam a aproximação das realidades fático-normativas brasileira e alemã, e sem se referirem, expressamente, ao paradigma judicial alienígena (BVerfGE 33, 333). Ademais, a compreensão do sentido da expressão é equívoco, ficando, o mais das vezes, subentendido, e o uso da cláusula “sob a reserva do possível”, dificilmente controlável, serve de recurso retórico para fundamentar a decisão proferenda.

Aduza-se a isso que nem sempre a comparação sobre a qual se funda a decisão é apropriada ou observa algum rigor metodológico. Nesse passo, Ridola faz referência à sentença n. 303 da Corte Constitucional italiana, do ano de 2003, na qual se lançou mão da interpretação comparativa para resolver questões correlatas à correlação entre as normas do Estado – i.e., as normas nacionais, lembrando-se que a República Italiana é um Estado unitário – e as leis regionais. Para tanto, lançou mão a Corte Constitucional de comparações com a *supremacy clause* norte-americana e com a *konkurrierende Gesetzgebung* alemã⁵¹⁹, ambos Estados de estrutura federativa. Tangenciando o mérito da decisão, que aqui não possui maior relevo, o importante consiste em ressaltar a observação de Ridola no sentido de que

Se, de resto, esta abertura à comparação não pode suscitar apreciação, resta questionar-se se o recurso ao argumento comparativo não requer a elaboração de *standards* adequados, impostos, no exemplo que recordei, pelas diferenças sensíveis entre os dois institutos invocados do federalismo norte-americano e do *Bundestaat* alemão.⁵²⁰

problema consiste nel riuscire a documentare l'esatto ruolo della comparazione ai fini dell'avanzamento scientifico di settore, dal momento che il ricorso al diritto comparato per addivenire ad una decisione condiziona, per lo più, la fase di preparazione e di istruttoria, ma molto raramente investe in modo espresso la decisione.” SANDULLI, Aldo. Op. cit. p. 56.

⁵¹⁷ SANDULLI, Aldo. Idem, p. 70. O autor exemplifica a recepção oculta ou implícita com o caso da recepção, pelo Consiglio di Stato italiano, do construto alemão da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*), com seus três princípios, através da prolação de uma sentença no ano de 2000 (Cons. St., sez. VI, 1º de abril de 2000, n. 1885). Ibidem.

⁵¹⁸ LOIODICE, A. Op. cit. p. 77. Também Alessandro Somma faz referência ao uso clandestino. SOMMA, A. *Metodi e scopi* cit., p. 105.

⁵¹⁹ RIDOLA, P. Op. cit. p. 25.

⁵²⁰ RIDOLA, P. Idem, p. 26. Tradução livre do autor. Texto original: “Se peraltro questa apertura alla comparazione non può suscitare apprezzamento, resta da chiedersi se il ricorso all'argomento comparatistico non richieda l'elaborazione di *standard* adeguati, imposti, nell'esempio che ho ricordato, dalle differenze sensibili fra i due istituti richiamati dal federalismo statunitense e dal *Bundestaat* tedesco.”

Como se vê, no caso em comento, também a Corte Constitucional italiana passou ao largo dos cânones da interpretação jurídica, desconsiderando aspectos da maior relevância no caso concreto, notadamente o fato de que as teorias que utilizou como paradigmas provinham de Estados com estrutura diversa daquela da Itália, diferença esta consistente no caráter unitário da última e na estrutura federativa dos EUA e da Alemanha.

Trata-se daquilo que Aldo Loiodice denomina *uso errôneo* da comparação jurídica, e que Aldo Sandulli denomina *uso distortido* do direito comparado ou do dado histórico-comparado.⁵²¹ O segundo autor, discorrendo sobre a espécie, assevera

Recai-se na segunda hipótese, ao contrário, quando se busque reforçar a tese motivacional através de referências histórico-comparativos que não correspondam com ela ou de tal modo distantes no tempo a ponto de não poder constituir um suporte válido.⁵²²

Os referidos cânones ou *standards* da comparação jurídica, notadamente no caso da recepção judicial de direito alienígena consistem, notadamente, na ponderação entre os *Abweichungsfälle* ou *elementos diferenciais* e dos *Übereinstimmungsfälle* ou *elementos de concordância*. Nesse sentido, mais uma vez ensina Ridola, com recurso ao magistério de Jörg Manfred Mössner:

O recurso a *standards* mais rigorosos parece colocar-se em termos tanto mais rigorosos, conforme anteriormente observado, quanto mais a comparação vem a assumir os contornos de uma *ponderação* entre a consideração dos elementos diferenciais (*Abweichungsfälle*) e dos elementos de concordância (*Übereinstimmungsfälle*). Em conclusão, quanto mais o argumento comparativo corra subterrâneo ao longo do itinerário argumentativo do juiz, o ônus de sua motivação deve ser compreendido de modo imperativo.⁵²³

Assim, é a partir de uma consideração sobre os elementos distintivos ou *Abweichungsfälle* e os elementos de concordância ou *Übereinstimmungsfälle*, os quais compreendem, insista-se, não apenas a compatibilidade de um ponto de vista jurídico, mas

⁵²¹ SANDULLI, Aldo. Op. cit. p. 71. Aldo Loiodice refere-se ao uso errôneo do Direito Comparado, exemplificando com uma decisão da Corte di Cassazione italiana a respeito de ações ressarcitórias do consumidor final baseada na experiência norte-americana das *class actions* que remontam ao *Sherman Act* de 1890, e a outros exemplos alienígenas, impropriamente, segundo o autor. Trata-se da decisão de n. 17475 da I Sezione Civile da Corte di Cassazione italiana, de 09.12.2002. LOIODICE, A. Op. cit. pp. 79 e 84.

⁵²² SANDULLI, Aldo. Op. cit. p. 72. Tradução livre do autor. Texto original: “Ci si imbate nella seconda ipotesi, invece, qualora si tenti di rafforzare la tesi motivazionale per il tramite di riferimenti storico-comparativi non conferenti con essa o talmente lontani nel tempo da non poter costituire un valido supporto.” Sandulli exemplifica com uma decisão do Tribunal Administrativo da Região do Lácio, do ano de 2003 (Tar Lazio, sez. III, 8 de abril de 2003, n. 3276).

⁵²³ RIDOLA, P. Op. cit. p. 26. Tradução livre do autor. Texto original: “Il ricorso a *standard* più rigorosi sembra porsi in termini tanto più rigorosi, è stato osservato, quanto più la comparazione viene ad assumere i contorni di una *ponderazione* fra la considerazione degli elementi differenziali (*Abweichungsfälle*) e quella degli elementi di concordanza (*Übereinstimmungsfälle*). In definitiva, quanto più l’argomento comparatistico scorre sotterraneo lungo l’itinerario argomentativo del giudice, l’onere della sua motivazione deve essere inteso in modo stringente.”

igualmente socioeconômico, político-filosófico e cultural, que se pode investigar a propriedade da utilização de julgados estrangeiros como paradigma para decisões judiciais.⁵²⁴

E, com base no dever de motivação, incumbe ao julgador o ônus de fundamentar os elementos que autorizam a transposição, pelo que está a merecer crítica a prática de se fazer a recepção *subterrânea* ou por largos traços a que se refere o autor italiano.

O problema se torna mais crônico quando se constata que cláusulas abertas, abundantes em constituições como a Brasileira de 1988, favorecem a transposição de tal tipo, e exatamente em temas cardinais do Direito Constitucional, como o dos direitos fundamentais.⁵²⁵

O desafio, segundo se depreende do magistério de Ridola, portanto, consiste em conciliar a utilização da comparação na interpretação do direito com os limites da atividade interpretativa judicial e com o resguardo do papel garantista da constituição.

Cabe aos magistrados, na utilização de decisões estrangeiras como paradigma, desincumbir-se discursivamente do ônus de demonstrar a pertinência da recepção assim operada⁵²⁶, através da ponderação entre elementos diferenciais e elementos de concordância a que se referem Mössner e Ridola, estando tanto mais desautorizada a transposição quanto maior a incidência de elementos diferenciais e menor a incidência de elementos de concordância, e vice-versa.

É a desincumbência de tal ônus de argumentação que permitirá o controle intersubjetivo da racionalidade da decisão proferida e da recepção operada.⁵²⁷ Contrariamente, a utilização pouco criteriosa de elementos oriundos da jurisprudência (ou doutrina) alienígena(s) abre margem à discricionariedade judicial e a problemas decorrentes da má-compreensão do direito de origem estrangeira ou impropriedade da transposição pela diversidade de contextos.

⁵²⁴ Alessandro Somma, após demonstrar que a abordagem funcionalista tende a evidenciar as similitudes na comparação, ensina que “a hermenêutica conduz necessariamente à exaltação das diferenças na medida em que evidencia o contexto no qual se colocam os fenômenos colocados em cotejo e, neste sentido, relativiza o perfil das propriedades com referência às quais a comparação é feita.” Tradução livre do autor. Texto original: «l’ermeneutica conduce necessariamente ad esaltare le differenze in quanto evidenzia il contesto in cui si collocano i fenomeni messi a confronto ed in tal senso relativizza il profilo delle proprietà con riferimento alle quali il confronto viene operato.” SOMMA, A. *Metodi e scopi* cit., p. 109.

⁵²⁵ RIDOLA, P. Op. cit. p. 27.

⁵²⁶ Assim, *mutatis mutandis*, WANG, D. W. L. Op. cit. p. 04.

⁵²⁷ Conforme Robert Alexy, embora toda argumentação jurídica esteja sujeita a condicionantes, a enorme variabilidade dos substratos conduzem à impossibilidade da demonstração inquestionável dos resultados, de modo que a racionalidade “depende essencialmente de se e em que medida estas valorações adicionais são racionalmente controláveis.” ALEXY, Robert *apud* DALLA-ROSA, L. V. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy, 2002, p. 137. Conforme ensina Luiz Vergílio Dalla-Rosa a respeito das teorizações de Robert Alexy em matéria de Teoria da Argumentação, “o problema da racionalidade da decisão e do fundamento jurídico, segundo juízos que se subtraíam da arbitrariedade do subjetivismo e do relativismo, mas que, ao mesmo tempo, não incidam no absolutismo da demonstração apodíctica, deve estar ancorada na visão de uma teoria do discurso prático geral. A esta teoria deve corresponder, como se sabe, a probabilidade como credibilidade final; a função da razão é evitar o arbítrio volitivo sem a *imaginatio mediatrice*, a razão mediadora, função da dialética.” Ibidem. Alexy, no prefácio à sua obra **Teoria da Argumentação Jurídica** afirma que “da possibilidade de uma argumentação jurídica racional dependem não só o caráter científico da Ciência do Direito, mas também a legitimidade das decisões judiciais.” ALEXY, R. **Teoria da Argumentação Jurídica**. A teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica, p. 05.

Uma vez visitada, ainda que rapidamente, a temática da recepção judicial de direito estrangeiro e da comparação judicial, insta estudar a larga recepção da reserva do possível pela doutrina brasileira.

2.2.3. Recepção doutrinária da teoria da “reserva do possível”.

A recepção de direito pode ocorrer não apenas por intermédio da via legislativa ou judicial, hipótese analisada no item precedente, mas também por meio da doutrina.⁵²⁸ A teoria da reserva do possível foi recepcionada fora da Alemanha, em diversos países, inclusive no Brasil, também pela via doutrinária, o que se passa a demonstrar.

Buscar-se-á sumarizar alguns exemplos de adoção da referida teoria por parte da doutrina nacional na contemporaneidade, para ulteriormente se procurar verificar a forma como vem sendo utilizada.

Antes de analisar o trato conferido pela doutrina brasileira quanto ao particular, convém observar que na Alemanha, a compreensão da mesma pode ser ilustrada pelo entendimento manifestado por Konrad Hesse, no sentido de que o reconhecimento da necessária efetivação dos direitos sociais como condição ao exercício efetivo das liberdades, aquela se encontra condicionada à reserva do possível, compreendida como o que pode ser racionalmente esperado por parte do particular em relação à sociedade, na exata esteira, portanto, dos precedentes do Tribunal Constitucional Federal alemão já estudados.⁵²⁹

Ainda no que se refere aos direitos fundamentais sociais no magistério do autor alemão, de se destacar que o mesmo nega a existência de direitos prestacionais originários, assim compreendidos os diretamente (*unmittelbare*) exigíveis a partir das disposições da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha⁵³⁰, cujo texto consagra, efetivamente, poucos direitos fundamentais sociais. Para o autor, os direitos sociais pressupõem concretização legislativa, insubstituível por decisão judicial, defendendo entendimento no sentido de que

A ordem democrática da Lei Fundamental seria, como ordem de um processo político livre, decisivamente restringida e reduzida se à formação da vontade política, nos direitos fundamentais, estivessem dados não só objetivos e diretrizes constitucionais (...), mas uma multiplicidade de obrigações jurídico-constitucionais a serem cumpridas, assim e não de outra forma, sobre cujo conteúdo, além disso, juízes politicamente não-responsáveis teriam de decidir. A regulação de pretensões materiais a prestações e das questões, com ela unidas, do financiamento, pode ser somente tarefa do legislador; porque ela , pelo menos sob pontos de vista de prioridade e coordenação, nunca se deixa desprender de sua inserção em planificações mais amplas e sua execução, e ela não deve, sem sua repercussão sobre esta, ser valorada.⁵³¹

⁵²⁸ SACCO, R. *Introduzione al diritto comparato*. 2. ed. Turim: G. Giappichelli, 1980, p. 123.

⁵²⁹ HESSE, K. Op. cit. p. 237.

⁵³⁰ HESSE, K. Ibidem.

⁵³¹ HESSE, K. Op. cit. pp. 237-238. No mesmo sentido é o entendimento de Ernst Wolfgang Böckenförde, dentre outros. Realce-se, do excerto, a questão da *responsabilidade política*, que não se pode transportar da Alemanha para o

De se observar que do sucinto extrato do magistério de Hesse se pode perceber a proximidade entre a temática da reserva do possível e outras questões discutidas em sede do exercício da jurisdição constitucional e do exercício da jurisdição em geral, como a dos limites da discricionariedade legislativa e administrativa, de um lado e, de outro, as possibilidades e os limites de intervenção judicial na temática.

Nessa esteira, ainda na Alemanha, ensina Robert Alexy que no primeiro e segundo julgados do *numerus clausus* do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE 33, 303 e 43, 291), tal cláusula restritiva de direitos fundamentais sociais foi concebida como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”.⁵³²

Entende aquele autor sobre o particular, com base na teoria externa dos direitos fundamentais e ao modelo de colisões de direitos aos quais se filia, que, como resposta geral *in abstracto*, pode-se sustentar que uma posição jurídica jusfundamental encontra-se garantida em caráter definitivo se:

(1) o exige muito urgentemente o princípio da liberdade fática e (2) o princípio da divisão de poderes e da democracia (que compreende a competência orçamentária do parlamento) assim como (3) princípios materiais opostos (especialmente aqueles que apontam a liberdade jurídica de terceiros) são afetados em uma medida relativamente reduzida através da garantia jusfundamental da posição de prestação jurídica e as decisões do Tribunal Constitucional que a levam em consideração.⁵³³

Assim, pode-se depreender que Alexy concebe, aqui, a solução ao problema constitucional a partir de uma colisão em sentido amplo, ou seja, entre um direito fundamental e outros bens constitucionalmente tutelados, como a separação dos poderes, a democracia, compreendida a competência do parlamento em matéria orçamentária e, ainda, princípios

Brasil, na medida em que aquela somente existe, no sentido referido pelo autor, no sistema parlamentarista, e não assim no presidencialismo de coalizão *sui generis* existente no Brasil pluripartidário em virtude da importação parcial do modelo norte-americano. Tampouco se pode defender que a forma de funcionamento das instituições democráticas e que o trato da coisa pública sejam sequer semelhantes, no Brasil e na Alemanha. De acordo com os dados da organização não governamental Transparência Internacional, o Índice de Percepções da Corrupção do Brasil – IPC, em 2007, é de 3,5, contra um índice, no mesmo período, de 7.8 da Alemanha. Em termos do conhecido *ranking da corrupção* publicado pela ONG, tais índices colocam o Brasil em 72º lugar, ao passo que a Alemanha fica na 16ª colocação. Evidentemente quanto menor o IPC maior a corrupção, e quanto mais elevada a posição no ranking referido maior o grau de corrupção. O IPC é um índice que mensura, através de pesquisas, a percepção subjetiva da corrupção em 180 países, estando o tratamento dos dados e o estabelecimento do índice aos cuidados do Prof. Dr. Johann Graf Lambsdorf, da Passau Universität, Alemanha. Muitos são, portanto, os cuidados reclamados ao se examinar a doutrina estrangeira acerca da temática. A guisa de informação adicional, insta registrar que referida organização não governamental foi criada exatamente na Alemanha, no ano de 1993, tendo como líder Peter Eigen, funcionário aposentado do Banco Mundial. Fonte dos dados: site oficial da *Transparency International*, disponível em < http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2007 >. Acesso em: 17.09.2008.

⁵³² ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales* cit, p. 498.

⁵³³ ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales* cit, p. 495. Tradução livre do autor. Texto original: “(1) la exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales opuestos (especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros) son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía iusfundamental de la posición de prestación jurídica y las decisiones del Tribunal Constitucional que a toman en cuenta.”

materiais opostos, dentre os quais se pode cogitar o equilíbrio financeiro e atuarial, referido no próprio acórdão do *numerus clausus* I, por exemplo.

Isso reafirma a proximidade entre a teoria da reserva do possível e as questões já identificadas no magistério de Konrad Hesse, tais quais a liberdade de conformação do legislador e aspectos análogos.

Já adentrando o contexto brasileiro, de se observar que Ingo Wolfgang Sarlet reconhece a recepção da teoria da reserva do possível pela doutrina, fazendo menção à “dimensão economicamente relevante” dos direitos fundamentais sociais, nos seguintes termos:

Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.⁵³⁴

Inicialmente concebida, de acordo com tal perspectiva, como um limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, a reserva do possível, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, compreende ainda a disponibilidade do destinatário da norma em relação aos recursos necessários às prestações que constituem o objeto dos direitos sociais prestacionais.⁵³⁵ Assim, ensina o autor que

É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou “reserva do possível” que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.⁵³⁶

Aos dois aspectos, o autor acrescenta um terceiro, acertadamente apontado também por Ana Carolina Lopes Olsen como central ao construto da reserva do possível, qual seja, o da razoabilidade da pretensão reclamada, compreendendo, portanto, este aspecto ao lado dos outros dois – disponibilidade fática e disponibilidade jurídica dos recursos.⁵³⁷

Assim, para Ingo Sarlet, a reserva do possível compreende limitações oriundas da *escassez real* ou *econômica* – limitação *material* à efetivação dos direitos prestacionais –, bem como limitações decorrentes da *escassez ficta* ou *jurídica* – limitação *jurídica* à efetivação dos direitos prestacionais – e, ainda, a necessária observância da proporcionalidade e da razoabilidade da prestação postulada, influente em sua exigibilidade.⁵³⁸

⁵³⁴ SARLET, I. W. *A Eficácia* cit., pp. 299-300.

⁵³⁵ SARLET, I. W. *Idem*, p. 300.

⁵³⁶ SARLET, I. W. *Idem*, p. 301.

⁵³⁷ SARLET, I. W. *Ibidem*, p. 301.

⁵³⁸ SARLET, I. W. *Ibidem*. Assim, a análise do caso concreto seria indispensável à aferição da proporcionalidade da pretensão, levando-se em consideração aspectos tais quais a efetiva necessidade do aspirante à prestação. Em outro escrito, em conjunto com Mariana Filchiner Figueiredo, o autor esclarece, exemplificando: “Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça

Já Ricardo Lobo Torres distingue, em sua doutrina, a reserva do possível daquilo que denomina *reserva de orçamento*. Inicialmente destaque-se que o autor distingue, ainda, entre direitos sociais e direitos fundamentais sociais, identificando estes últimos como aqueles compreendidos no *mínimo existencial*.⁵³⁹

Segundo o autor, os direitos fundamentais sociais – i.e., em seu magistério, o conjunto de direitos sociais compreendidos no âmbito do *Existenzminimum*, integrantes do *status positivus libertatis* – prescindem de intermediação legislativa, ao passo que os demais direitos sociais não dispensam a *interpositio legislatoris*.⁵⁴⁰

Este o primeiro aspecto relevante da doutrina de Torres sobre a temática: os direitos compreendidos como direitos fundamentais sociais seriam plenamente exigíveis, independentemente de desenvolvimento legislativo. Porém só seriam tais aqueles que recaíssem na esfera do mínimo existência, cuja definição, como se verá, resta problemática.

Além desse aspecto, há que se observar que para Ricardo Lobo Torres, apenas os direitos sociais (não-fundamentais) encontram-se sob a reserva do possível. Nas palavras do autor

Os direitos econômicos e sociais existem, portanto, sob a “reserva do possível” ou da “soberania orçamentária do legislador”, ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração. *A pretensão do cidadão é à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos.* (...) A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a *reserva do possível*, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais.⁵⁴¹

A despeito de tal entendimento, mais adiante o autor, curiosamente, reafirma a *reserva de orçamento*, mesmo em relação a tais direitos:

Se não prevalece o princípio da reserva do possível sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, nem por isso se pode fazer a ilação de que não deve ser observado o princípio da reserva do orçamento. A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam a lei de meios.⁵⁴² Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura de créditos adicionais cabe aos poderes

jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento.” SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Op. cit. p. 30.

⁵³⁹ A temática do *mínimo existencial* e sua relevante repercussão no tema ora em estudo será abordada adiante. De momento basta consignar que para o autor que os direitos contidos no *Existenzminimum* constituem o *status positivus libertatis*, consistindo em um direito às condições mínimas de existência, não podendo sofrer intervenções estatais e reclamando, ainda, prestações estatais positivas. Ainda seguindo a lição de Torres, sem tal mínimo cessa a possibilidade de sobrevivência e, logo, as condições iniciais da liberdade, razão, em última análise, de sua exigibilidade imediata e de sua não-sujeição à reserva do possível, para o autor. AMARAL, G. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 65-66. É o que se pode depreender, também, do magistério de Robert Alexy. ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales** cit. p. 495.

⁵⁴⁰ TORRES, R. L. *Mínimo existencial* cit., p. 80.

⁵⁴¹ TORRES, R. L. *Idem*, p. 81. Segundo Gustavo Amaral, trata-se, para Ricardo Lobo Torres, do *status positivus socialis*, que visa ao aperfeiçoamento do Estado Social – ultrapassando, portanto, um piso mínimo de prestações sociais, presume-se – razão pela qual depende da conjuntura econômica e resta sujeito à reserva do possível e à reserva de orçamento. AMARAL, G. Op. cit. pp. 66-67.

⁵⁴² A qual, a esta altura, já se tornou um fim em si mesma, a despeito da alcunha.

políticos (Administração e Legislativo), e não ao judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis.⁵⁴³

Assim, pode-se sintetizar que para Ricardo Lobo Torres nem todos os direitos sociais são direitos fundamentais, mas tão somente aqueles que recaem no âmbito do mínimo existencial. Estes seriam excepcionariam a reserva do possível, mas não a reserva de orçamento.

Adiante se retomará, no momento apropriado, a discussão dos temas da reserva do possível e da reserva de orçamento, bem como do mínimo existencial, bastando, para o momento, a constatação da recepção da *reserva do possível* pela doutrina, bem como as variadas concepções sustentadas sobre o particular.

Sintetizando as posições doutrinárias acerca da intrincada questão da relação entre a existência de recursos e a efetivação dos direitos sociais, Gustavo Amaral assim se pronuncia:

Dentro dessa dicotomia⁵⁴⁴, formam-se, grosso modo, três correntes: a dos que nega eficácia aos direitos sociais, já que a carga positiva depende de mediação do legislador e de meios materiais, a dos que vêem os direitos sociais com o mesmo nível que os direitos individuais e uma terceira, que vê os direitos sociais vigendo sob a *reserva do possível*, eis que a realização demanda emprego de meios financeiros.⁵⁴⁵

A recepção da reserva do possível, conforme a aceção que dela se tenha, pode ser vislumbrada tanto pelo primeiro quanto pela terceira das posições relatadas pelo autor, a depender do caso concreto.

Viu-se que a reserva do possível foi equiparada, por ocasião da sua recepção no Brasil, à questão dos custos dos direitos, passando a significar, além da exigência de razoabilidade e racionalidade nas demandas, a existência e a disponibilidade dos recursos.

Com isso em mente, de ser observar que Flávio Galdino, por sua vez, afirma serem agrupáveis em cinco, grupos os posicionamentos acerca dos custos dos direitos sociais, os quais nomeia referido autor de *modelo teórico da indiferença*, o *modelo teórico do reconhecimento*, *modelo teórico da utopia*, *modelo teórico da verificação da limitação dos recursos* e, por fim, o *modelo teórico dos custos dos direitos*.⁵⁴⁶

Em apertada síntese, o primeiro grupo compreenderia as correntes de pensamento para as quais o caráter positivo da prestação e seu custo são indiferentes, ou seja, os entendimentos em que tais fatores não são levados em consideração. As posições compreendidas no segundo grupo reconheceriam, segundo Galdino, os direitos positivos, distinguindo-os dos direitos de feição clássica – i.e., negativos – e sucessivamente afastando sua pronta exigibilidade.⁵⁴⁷

⁵⁴³ TORRES, R. L. Mínimo existencial cit., p. 83.

⁵⁴⁴ O autor se refere, na passagem, à clássica distinção entre direitos de cunho negativo e direitos de cunho positivo.

⁵⁴⁵ AMARAL, G. Op. cit. p. 61.

⁵⁴⁶ GALDINO, F. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.181.

⁵⁴⁷ GALDINO, F. Idem, pp. 181, 185-186.

A terceira corrente compreenderia as posições em que, nas palavras do autor, “a crítica ideológica e a crença em despesas sem limite igualariam direitos negativos e positivos, a positividade dos direitos sociais permanece reconhecida, mas o elemento custo é desprezado.”⁵⁴⁸

Para o autor, o quarto grupo de posicionamentos – verificação da limitação dos recursos – caracterizar-se-ia pelo caráter fundamental assumido pelo custo, sustentando-se a compreensão de que os direitos sociais estariam na dependência da reserva do possível.⁵⁴⁹ Por fim, a quinta corrente supostamente superaria os demais modelos por superar a distinção tradicional entre direitos positivos e negativos.⁵⁵⁰

Como se percebe, na taxionomia teórica proposta por Flávio Galdino, a reserva do possível é recepcionada através da corrente compreendida no que o autor denomina *modelo teórico da verificação da limitação dos recursos*.

Clèmerson Merlin Clève, por sua vez, distingue na dogmática constitucional brasileira duas correntes que denomina de *dogmática da razão do Estado* e *dogmática constitucional emancipatória*, a primeira dando primazia ao Estado, a segunda conferindo centralidade ao ser humano, através do conceito de dignidade da pessoa.⁵⁵¹

Clève admite que deva ser levada em consideração a questão da reserva do possível, haja vista a dependência da efetivação dos direitos sociais das condições sociais e econômicas do espaço-tempo, mas adverte sobre a necessária cautela na transposição da teoria para a realidade brasileira.⁵⁵²

Da sucinta revisão bibliográfica ora realizada se depreende, de maneira inequívoca, a recepção doutrinária da formulação conhecida como reserva do possível pela doutrina nacional, ora com maior ou menor intensidade, ora com maior ou menor cautela.

Demonstrada a recepção também doutrinária da mesma, insta explorar, com um pouco mais de vagar, a expressão mais aguda da afirmação da reserva do possível na academia, compreendida aquela como escassez e amalgamada com a questão dos custos dos direitos.

2.2.4. Apoteose da reserva do possível e da questão dos custos dos direitos na doutrina.

Para além da recepção da *reserva do possível* modificado, já exposta, a conjugação de certos fatores que serão em melhor analisados adiante, nomeadamente a consolidação da hegemonia neoliberal, a colonização do jurídico e do social pela economia e o esgotamento de

⁵⁴⁸ GALDINO, F. Idem, p. 181.

⁵⁴⁹ GALDINO, F. Ibidem.

⁵⁵⁰ GALDINO, F. Ibidem. Estão à base de tal corrente, segundo Flávio Galdino, os avanços à teoria dos direitos proporcionados pelos estudos de Cass Sunstein e Stephen Holmes, os quais serão abordados adiante. GALDINO, F. Idem, pp. 198, 199 e ss.

⁵⁵¹ CLÈVE, C. M. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Crítica Jurídica*, Curitiba, v. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003, pp. 17-18.

⁵⁵² CLÈVE, C. M. Idem, p. 28.

teorias clássicas negadoras da eficácia das normas constitucionais e dos direitos fundamentais sociais, acabaram por conduzir à apoteose da reserva do possível e da escassez na doutrina.

Nesse contexto, a leitura econômica do direito, desenvolvida nos Estados Unidos da América, tem servido, também, de vetor do pensamento que se pretende ora ilustrar, como se verá. Ecolheram-se, aqui, para representar tal corrente doutrinária, os estudos de Gustavo Amaral e de Flávio Galdino, pela repercussão que tiveram.

Gustavo Amaral, em seu estudo intitulado *Direito, Escassez & Escolha*, afirma, ao tratar do tema *limites da interpretação engajada*, que “se o Direito é a ciência do dever-ser, parece intuitivo que o domínio de suas regras seja o poder-ser”, aduzindo que, todavia, o papel aceita tudo, endossando as palavras de Luís Roberto Barroso.⁵⁵³

Com espreque no magistério do referido autor, Gustavo Amaral cita literalmente passagem deste em que se afirma que não pode e não deve o direito procurar normalizar o inalcançável, o irrealizável, o imponderável, alcunhando de excesso de ambição o artigo 368 do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, que previa a instituição do direito à moradia, assim como o art. 232 do Projeto de Constituição aprovado pela Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte, instituidor do direito à saúde.⁵⁵⁴ Segundo o autor

Das lições de Luís Roberto Barroso se vê que o intérprete deve preservar a Constituição *não procurando dar eficácia a normas que pretendam o infactível* (sic) ou evitar leituras que tornem o texto risível, a, tal como personagens de Monteiro Lobato, pretender *transformar a natureza* (sic).⁵⁵⁵ (itálicos ausentes do original)

O pensamento econômico vem à tona em diversas oportunidades. Afirma o autor que, se os recursos são escassos, se deve indagar, para além das questões relativa a *quem* atender e dos prognósticos de cura, acerca de uma possível *maximização dos resultados*, exemplificando com uma quantificação – “números de vidas salvos por cada mil reais gastos”.⁵⁵⁶

Após explorar argumentos tais quais a polissemia e a indeterminação semântica da expressão direito, que coloca entre aspas, o autor cita o jurista italiano Norberto Bobbio, ao indagar que direitos *sine die* são esses que decorrem das normas ditas programáticas da Constituição, uma vez que tais normas “não ordenam, proíbem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem prazo de carência claramente delimitado”.⁵⁵⁷

Ao tratar do tópico *direitos sem deveres correlatos*, Amaral cita passagem de Stephen Holmes e Cass Sunstein, cuja obra será abordada adiante, no sentido de que *embora* os direitos costumem ser *descritos* como invioláveis e peremptórios, isso constitui mero “floreio

⁵⁵³ AMARAL, G. Op. cit. p. 15.

⁵⁵⁴ AMARAL, G. Idem, p. 16.

⁵⁵⁵ AMARAL, G. Idem, p. 17.

⁵⁵⁶ AMARAL, G. Idem, p. 37.

⁵⁵⁷ AMARAL, G. Idem, p. 58.

retórico”, uma vez que “nada que custa dinheiro pode ser absoluto”, em crítica à concretização judicial dos direitos sociais, transcrevendo o autor o seguinte trecho dos teóricos estadunidenses:

É mais realístico e mais produtivo definir os direitos como poderes individuais derivados da qualidade de membro ou afiliado a uma comunidade política e como investimentos seletivos de recursos coletivos escassos, feitos para alcançar objetivos comuns e resolver o que é sentido como um problema comum urgente.⁵⁵⁸

Em seguida, Amaral se socorre da doutrina de Carlos Santiago Nino, o qual afirma que “os direitos constitucionais são em última instância *direitos morais*”, cuja existência “não pressupõe necessariamente que haja uma obrigação correspondente”, salvo se satisfeitas as condições de possibilidade, dentre outros aspectos.⁵⁵⁹

Em seguida, o autor afirma que o binômio direito-dever é jusprivatista, asseverando, que “as relações civis, mormente as obrigacionais, fundam-se em uma lógica inaplicável ou mesmo impertinente para o campo dos direitos humanos.”⁵⁶⁰ Após discorrer acerca da temática e versar sobre a questão da formação dos conceitos, afirma que

(...) pelo intrínseco descompasso entre possibilidades e necessidades⁵⁶¹, entendemos que as pretensões voltadas a prestações positivas que podem ser formuladas com amparo em direitos humanos *não* encontram correlação necessária em deveres estatais.⁵⁶² (destaques ausentes do original).

Abordando a questão da finitude ontológica dos recursos materiais e da infinitude das necessidades⁵⁶³, tema sobre o qual insiste muito, conclui com uma *apologia ao postulado do equilíbrio atuarial como fim*.⁵⁶⁴ Embora tenha abordado, com base em Cass Sunstein e Stephen Holmes a questão de que a efetivação de quaisquer direitos consomem recursos, inclusive a dos clássicos direitos *negativos*, afirma a existência de uma “diferença intrínseca entre pretender que o Estado abstenha-se de algo e pretender que algo seja feito.”⁵⁶⁵

Gustavo Amaral defende, outrossim, que em matéria de efetivação de direitos, “firmado que há menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas”, a escassez não é acidental, mas essencial.⁵⁶⁶

⁵⁵⁸ AMARAL, G. Idem., pp. 103-104.

⁵⁵⁹ AMARAL, G. Idem., pp. 105-106.

⁵⁶⁰ AMARAL, G. Idem., p. 107.

⁵⁶¹ Mais adiante afirma o autor: “Esses recursos são finitos e, exatamente por isso, escassos, já que as necessidades públicas são sempre infinitas ou tendentes ao infinito.” AMARAL, G. Idem., p. 117.

⁵⁶² AMARAL, G. Idem., p. 113.

⁵⁶³ AMARAL, G. Idem., p. 109.

⁵⁶⁴ “O atendimento às necessidades da população, por paradoxal que pareça, agrava ainda mais a demanda de prestações positivas, já que tal atendimento leva ao *aumento da expectativa de vida* e, com isso, ao desequilíbrio nos sistemas de previdência.” AMARAL, G. Idem., p. 110.

⁵⁶⁵ AMARAL, G. Idem., p. 116.

⁵⁶⁶ AMARAL, G. Idem., p. 147. OLSEN, A. C. L. **A Eficácia** cit., p. 222.

Sempre problematizando a questão da impossibilidade de se atender as infinitas necessidades de todos, bem como o problema da isonomia e o conflito entre microjustiça e macrojustiça⁵⁶⁷, afirma que “dedicar uma larga parcela de fundos públicos à moradia popular equivale a dar um tratamento preferencial aos pobres”, favorecendo-os a expensas de outros.⁵⁶⁸

Ainda mais adiante, afirma serem descabidas máximas tais quais “se está na lei é para ser cumprido”, defendendo ponto de vista segundo o qual a lei “não consegue remover a escassez e, existindo ela, alguém deixará de ser atendido, alguém sofrerá dano ou mesmo morrerá.”⁵⁶⁹

Refutando a idéia de Ricardo Lobo Torres no sentido da exigibilidade incondicional dos direitos fundamentais sociais correspondentes ao mínimo existencial, com base na indeterminação do conceito, afirma que a “escassez de recursos, a escassez de meios para satisfazer direitos, mesmo fundamentais, não pode ser descartada.”⁵⁷⁰

Reafirmando o caráter disjuntivo das decisões alocativas e embora tenha anteriormente criticado aquilo que considera uma presunção judicial de má-gestão dos recursos públicos⁵⁷¹, o Procurador do Estado do Rio de Janeiro propõe, desta feita propõe ele mesmo uma presunção contrária, em discurso normativo:

Para a correta compreensão dessas pretensões positivas, *deve* o intérprete *pressupor* a limitação de recursos para atender a todos e, assim, *deve pressupor* a existência e a legitimidade de decisões alocativas pelo Estado, de primeira e segunda ordem, com vistas à concretização dessas normas.⁵⁷² (itálicos ausentes do original).

Embora afirme a possibilidade de sujeição de tais decisões alocativas a controle, que entende, não obstante, serem *presumidamente* legítimas, através da metódica que propõe ao final de seu estudo, Gustavo Amaral afirma que de todo modo o texto – o autor refere-se, presumivelmente, ao texto constitucional – deve passar por um “crivo especial”, consistente na razoabilidade e no “excesso de otimismo normativo” (sic).⁵⁷³

⁵⁶⁷ Amaral quer dizer com microjustiça aquela feita no caso concreto, via de regra feita pelo Poder Judiciário, e com macrojustiça aquela que leva em consideração um horizonte mais amplo na alocação dos recursos públicos. Segundo o pensamento do autor “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia.” AMARAL, G. Op. cit. p. 39.

⁵⁶⁸ AMARAL, G. Idem, p. 149. Lembrando-se que o modelo atual, remanescente de política habitacional de outrora, consistente no financiamento da aquisição ou construção de moradias a juros subsidiados pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, é seletivo *às avessas*, constituindo verdadeira *discriminação negativa*, na medida em que, segundo os critérios de concessão de financiamento pela instituição financeira, financia a construção de casas para a classe média apenas, com recursos captados do conjunto da sociedade.

⁵⁶⁹ AMARAL, G. Idem, p. 184.

⁵⁷⁰ AMARAL, G. Idem, pp. 184-185.

⁵⁷¹ AMARAL, G. Idem, p. 21. Amaral fala em pré-conceito.

⁵⁷² AMARAL, G. Idem, p. 199.

⁵⁷³ AMARAL, G. Ibidem. Afirma o autor algo um tanto paradoxal, na medida em que, de a normatividade, de *outro* da realidade passa a ser seu *duplo*: “Se a norma jurídica pretender reger o que refoge a seu âmbito, o que não se comporta no campo do *poder-ser*, que é a *imagem refletiva do dever-ser*, ficará evidente sua *invalidade*.” (negritos nossos, itálicos do original). Ibidem. Chega-se, portanto, ao ponto de se deparar com uma afirmativa no sentido de que a *validade* – frise-se esta expressão – das normas encontra-se *condicionada aos fatos*.

Outro exemplo do que aqui se denomina apoteose da reserva do possível, sinonimizada como a “teoria dos custos dos direitos”, por força da mutação apontada, encontra-se na obra de Flávio Galdino, cujo título em si é bastante sugestivo, a saber “*Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores.*”

Segundo Flávio Galdino, seu livro origina-se, de um lado, “da preocupação com os direitos humanos e com a injusta alocação de recursos escassos na sociedade brasileira” e, de outro, em uma preocupação com a amplitude dos poderes do Judiciário, “mais especificamente à indiscriminada aceitação teórica que logrou a atitude comum dos juízes intervirem de modo aparentemente incondicionado nos gastos públicos.”⁵⁷⁴

O autor afirma, logo na introdução de seu estudo, que o atual modelo de atribuição de direitos, no Brasil é insuficiente, marcado por desvios, “notadamente no sentido de desconsiderar os custos dos direitos e, por correlação, de considerar alguns deles gratuitos.”⁵⁷⁵

O autor afirma que a análise dos custos dos direitos, por sua vez, “sugere o estudo da compatibilização entre a racionalidade econômica e a racionalidade jurídica”, de modo que a análise econômica do direito (*Law and Economics*) e o “paradigma da eficiência” impõem que a questão dos custos seja incluída em *qualquer* discussão sobre direitos fundamentais.⁵⁷⁶

O autor afirma pretender estabelecer com o estudo as bases para uma *teoria pragmática do direito*, na qual “o direito prospectivo, destinado a resolver problemas concretos e *atento às condicionantes que a realidade impõe de modo inafastável*”, propondo, para tanto, um *conceito pragmático de direito fundamental*, posto que “não é possível pensar direitos fundamentais ignorando seus custos.”⁵⁷⁷

Dentre outras considerações relevantes, o autor recorre à noção de escolhas trágicas de Guido Calabresi e Philip Bobbit, já visitada por Gustavo Amaral, afirmando que diante da escassez intrínseca dos recursos econômicos e financeiros públicos, algum direito que reclame prestações estatais deixará de ser atendido.⁵⁷⁸

⁵⁷⁴ GALDINO, F. Op. cit., Introdução e plano de estudo, p. xvii.

⁵⁷⁵ GALDINO, F. Idem, p. xxi.

⁵⁷⁶ GALDINO, F. Idem, p. xxi. Segundo o autor “não poderia faltar uma experiência sobre as potencialidades da incorporação do paradigma da eficiência no direito brasileiro, notadamente em razão da recente reforma constitucional que introduziu o princípio da eficiência na agenda do pensamento jurídico.” (itálicos ausentes do original). GALDINO, F. Idem, pp. xxi-xxii.

⁵⁷⁷ GALDINO, F. Idem, p. xxii. Logo em seguida o autor faz alusão à obra de Ronald Dworkin, traduzida para a língua portuguesa sob o título “Levando os direitos a sério”, afirmando que “Um estudo muito influente no século XX incitava as pessoas a levarem a sério os direitos – *taking rights seriously*. Levando a sério os direitos é ter em consideração seus custos. É verdade. Tem-se por hábito dizer, ao se repudiar uma qualquer situação de desperdício ou mesmo para salientar o próprio valor da pecúnia, que o dinheiro não nasce em árvores. *Alas*. Direitos também não.” (itálicos do original). GALDINO, F. Ibidem.

⁵⁷⁸ GALDINO, F. Idem, p. 159. O autor afirma a necessidade de o Poder Público fazer escolhas alocativas em um conjunto mais amplo de oportunidades, ou *trade-offs*. Idem, p. 160.

Afirma que a influência do keynesianismo dominou o comportamento da estatalidade durante o século XX, implicando incremento dos gastos públicos e conseqüente aumento do déficit orçamentário.⁵⁷⁹

Contrapõe o pensamento macroeconômico ao pensamento jurídico, afirmando que, no âmbito do último, resta ignorada qualquer análise econômica, sendo que, via de regra, “sequer são cogitados os efeitos econômicos das decisões judiciais.”⁵⁸⁰

Galdino afirma ser fundamental a distinção entre direitos positivos – i.e., que exigem um agir da estatalidade – e direitos negativos – i.e., que *supostamente* não o exigem –, em virtude de que “os primeiros são objeto de colisão por força de escassez de recursos, ao passo que os segundos são indiferentes à escassez.”⁵⁸¹

Após discorrer sobre as gerações de direitos, Galdino chega a uma proposta de classificação do pensamento jurídico nacional, já vista no item precedente, ao tratar da recepção da reserva do possível pela doutrina nacional.

De se rememorar, apenas, que ao lado do que o autor denomina de *modelo teórico da indiferença* – aqui dominante, segundo o mesmo –, de *modelo teórico do reconhecimento*, *modelo teórico da verificação da limitação dos recursos* e *modelo teórico dos custos dos direitos*, existe o denominado *modelo teórico da utopia*, por ele definido como aquele em que “a crítica ideológica e a crença em despesas sem limite igualam direitos negativos e positivos, a positividade dos direitos sociais permanece reconhecida, mas o elemento custo é desprezado.”⁵⁸²

O autor é crítico em relação a tal modelo, assim como ao que denomina *modelo teórico da indiferença*, que ignora o caráter “positivo” dos direitos e seu respectivo custo.⁵⁸³ Segundo o autor o *modelo da utopia* apregoa um normativismo estrito, isolando juristas que “cultuam a crença de que as soluções para os problemas da vida, são passíveis de serem encontradas no plano normativo.”⁵⁸⁴

Segundo Galdino a opção assumida pelo mesmo ao apelidar tal corrente teórica de utópica deve-se à influência sobre ela exercida pelo keynesianismo que conduziria à crença utópica na ausência de limites às prestações públicas que caracterizam o Estado de Bem-Estar.⁵⁸⁵

⁵⁷⁹ GALDINO, F. Idem, pp. 160-161.

⁵⁸⁰ GALDINO, F. Idem, p. 161. O autor observa que a atividade judicial ignora, em regra, as externalidades. GALDINO, F. Idem, p. 162.

⁵⁸¹ GALDINO, F. Idem, p. 163. Segundo o autor “esta talvez seja, realmente, a mais importante classificação dos direitos fundamentais, senão sob o aspecto dogmático, pelo aspecto prático (de sua utilidade), sob a ótica da efetividade, e, mais importante ainda, por orientar as escolhas sociais.” Ibidem. Conforme se depreende da nota de rodapé de n. 50 da mesma página da obra, os direitos sociais constitucionalmente protegidos são apenas direitos constitucionalmente prometidos (sic).

⁵⁸² GALDINO, F. Idem, p. 181.

⁵⁸³ GALDINO, F. Ibidem.

⁵⁸⁴ GALDINO, F. Idem, p. 186.

⁵⁸⁵ GALDINO, F. Idem, pp. 186-187. Nas palavras de Flávio Galdino “essa premissa ‘econômica’ anteriormente referida – a ‘inesgotabilidade’ dos recursos públicos –, via de regra não se mostra clara nos textos jurídicos, que, aliás, não se preocupam com os pressupostos de natureza econômica, mas podem ser tidas por implicitamente

Segundo o autor, diante da *crença na inesgotabilidade dos recursos públicos*, “grassou livre a crítica ideológica da distinção entre direitos positivos e negativos”, negando-se-lhe relevância.⁵⁸⁶ Para o autor, em tal modelo, “o conceito e a eficácia dos direitos subjetivos especificamente considerados (v.g. direito à educação) são analisados em vista dos textos normativos, sem qualquer consideração concernente às possibilidades de reais (sic) de efetivação”.⁵⁸⁷

Após a análise de suas propostas de modelos teóricos a respeito dos direitos no Brasil, o autor aborda a doutrina de Cass Sunstein e Stephen Holmes com relação aos custos dos direitos, em sua seminal obra de mesmo título em língua inglesa, *The cost of rights*.⁵⁸⁸

Não se abordará aqui a obra alienígena referida com maior profundidade, haja vista a contribuição teórica dos professores norte-americanos ser objeto de tópico específico, adiante. Insta apontar o que Flávio Galdino dela aponta, neste passo.

O autor aborda o fato de que Sunstein e Holmes esvaziam com seu estudo a distinção entre direitos negativos ou *de defesa* e positivos ou *prestacionais*, demonstrando a dependência de *todos os direitos* em relação a recursos materiais para sua efetivação⁵⁸⁹.

Com base nisso, Galdino parece chegar ao ponto de seu interesse essencial na produção dos autores norte-americanos, quando observa que data tal indissociabilidade dos direitos em relação a seus custos conduz à conclusão no sentido de que “tomar os direitos a sério significa tomar a sério a escassez dos referidos recursos públicos”, de modo que “os custos dos direitos devem influir na sua conceituação”, notadamente no que se refere a direitos subjetivos públicos.⁵⁹⁰ A este ponto, afirma o autor

Em primeiro lugar, tais direitos não podem ser considerados absolutos. Afirma-se peremptoriamente: nada que custa dinheiro é absoluto. Não é possível formular uma definição de direito abstraindo da realidade concreta, ou seja, das condições de cada tempo e lugar – daí falarmos nós em conceito pragmático.⁵⁹¹

Segundo o autor, com espreque em Sunstein e Holmes, o tempo e o espaço, assim como os condicionantes econômicos e financeiros, aduz Galdino, *definem* o que é direito.⁵⁹² E não

reconhecidas, dadas as conclusões obtidas.” GALDINO, F. Idem, p. 187. O autor vislumbra, ainda, influência do normativismo positivista de moldes kelsenianos. GALDINO, F. Ibidem.

⁵⁸⁶ GALDINO, F. Ibidem.

⁵⁸⁷ GALDINO, F. Idem, p. 188.

⁵⁸⁸ GALDINO, F. Idem, p. 199. Reputa-se, aqui, como principal mérito da obra estrangeira em referência o fato observado por Galdino: “Na obra em tela – *The cost of right* – é possível identificar um objetivo fundamental: demonstrar que todos os direitos são positivos, e, portanto, demandam algum tipo de prestação pública (em última análise, por parte do Estado) para sua efetivação.” GALDINO, F. Idem, p. 200.

⁵⁸⁹ GALDINO, F. Idem, p. 204. Curiosamente, sendo este o ponto central de *The cost of rights*, tal esvaziamento provoca exatamente a revisão da distinção entre direitos positivos e negativos, basilar no pensamento de Galdino.

⁵⁹⁰ GALDINO, F. Idem, p. 210.

⁵⁹¹ GALDINO, F. Idem, p. 211.

⁵⁹² GALDINO, F. Ibidem.

somente: segundo Galdino, o tempo, o espaço e os demais condicionantes influem decisivamente sobre a exigibilidade dos direitos.⁵⁹³

Avançando, é necessário observar que para Flávio Galdino os custos dos direitos não devem ser considerados simples óbices à concretização dos direitos, mas devem ser compreendidos, conforme já observado anteriormente, como *constitutivos* dos direitos.⁵⁹⁴

Assim, a afirmação da *existência* de um direito fundamental *a priori* é rechaçada pelo autor, sustentando este que “impõe-se uma prévia *análise de custo-benefício* para compreenderem-se as conseqüências das escolhas.”⁵⁹⁵ A fundamentalidade dos direitos fica na dependência, portanto, de uma análise de custo-benefício, no pensamento de Galdino.

Ao abordar a questão da análise econômica do Direito⁵⁹⁶, no capítulo XII do livro, Galdino afirma que em sendo o direito considerado “mais uma engrenagem no complexo mecanismo de alocação de recursos na sociedade”, as normas jurídicas e decisões judiciais devem levá-lo em consideração, asseverando que “na sociedade liberal-capitalista, o direito funciona como um meio auxiliar (embora indispensável) de acentuar a maximização da eficiência da economia de mercado.”⁵⁹⁷

Após narrar a crítica à análise econômica do direito em moldes tradicionais, notadamente a de Ronald Dworkin, e de propor a adoção de uma leitura econômica do direito eticamente orientada, o autor sugere uma *trade-off* entre justiça e eficiência⁵⁹⁸, ou seja, literalmente uma escolha em termos de custo-benefício entre tais valores, atendendo a um deles.

No capítulo XIII, destinado ao debate dos *caminhos e descaminhos da eficiência no Brasil*, na ótica de Flávio Galdino, este critica decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 95.211/SP, em 1996, sob a relatoria do Min. José Dantas, em que se aplicou o princípio *in dubio pro misero* em virtude de não

⁵⁹³ GALDINO, F. Idem, p. 212.

⁵⁹⁴ GALDINO, F. Idem, p. 233. A idéia parece perigosa na medida em que permite contornar o problema de uma eventual alegação de restrição a direitos fundamentais e seu controle com base do pensamento segundo o qual é o custo, em última análise, que determina se há ou não direito a algo. Já para o autor, a ênfase nos custos como simples óbices é ideológica. GALDINO, F. Ibidem.

⁵⁹⁵ GALDINO, F. Idem, p. 235. Itálicos ausentes do original.

⁵⁹⁶ Tangenciando maiores incursões na temática do *Law and Economics*, de se observar que Galdino afirma que tal análise, sob a ótica da escassez, objetiva ao atingimento da maior *eficiência* possível, pela maximização das utilidades individuais (regra de Pareto) e da maximização da riqueza social, o que é, de resto, coerente com o que o autor denomina *paradigma da eficiência*, em outra passagem já referida. GALDINO, F. Idem, p. 242. Lembrando que o denominado *ótimo de pareto* ou *pareto eficiente* constitui na situação em que uma distribuição de recursos é reputada *eficiente* quando revelar-se “impossível aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de alguma outra pessoa.” Idem, pp. 242-243. Já se pode divisar que o conceito paretiano de eficiência comporta-se mal com a distribuição e redistribuição realizada pelo Estado interventor.

⁵⁹⁷ GALDINO, F. Idem, p. 243. Os problemas de colonização do direito pelo econômico são reconhecidos pelo autor: “De certo modo, eficiência torna-se sinônimo de justiça. Noutras palavras: a decisão mais justa será aquela que se mostrar mais condizente com os critérios escolhidos de eficiência, preferencialmente no sentido de aumentar a riqueza social global.” GALDINO, F. Idem, p. 244.

⁵⁹⁸ GALDINO, F. Idem, p. 253.

possuir a parte autora recursos para produzir prova pericial necessária à defesa judicial de seus interesses, julgando-se a lide em seu favor.⁵⁹⁹

Segundo a ótica esposada por Galdino, seria o caso de julgar-se improcedente o pedido, em virtude das regras de distribuição do ônus da prova ou das teorias da carga dinâmica da prova. Criticando severamente a decisão, afirma Flávio Galdino *in literis*:

Firmada a jurisprudência podem ser abolidos os manuais e compêndios, *pois o miserável terá sempre razão* (sic). É um daqueles precedentes que, ensinou o Mestre, não merecem outro destino que o fundo do lago de Brasília...⁶⁰⁰ (itálicos ausentes do original).

Galdino aduz ainda, logo em seguida, que

A pobreza, ou – na sua versão supostamente politicamente correta – a hipossuficiência, é convertida, sem qualquer intermediário, e sem ressalvas, em regra de julgamento, quiçá regra de “justiça”. Sem qualquer amparo e desvinculada de qualquer proposta minimamente coerente, a decisão promove inusitada distribuição de renda pública (cria despesas para o Erário). Certamente essa não é uma proposta séria de levarem-se em conta considerações econômicas nos julgamentos, nem de se promover justiça social. O caminho é *a análise sob o prisma da eficiência*, sempre orientada por valores, conforme destacado anteriormente.⁶⁰¹

Para o autor, em virtude da inclusão da expressão *eficiência* no artigo 37, *caput*, da Constituição da República de 1988, levada a cabo pela Emenda Constitucional n. 19/98, resta promovida a eficiência a fator de legitimação – único? – da Administração Pública, e não somente, eis que o autor o compreende, doravante, como imposição constitucional a todo o sistema jurídico e a todos os operadores do direito.⁶⁰²

Como se vê, o comando oriundo do Poder Constituinte derivado com vistas a impor a observância de parâmetros de eficiência na Administração Pública, combatendo ao desperdício de recursos públicos, infelizmente tão comum no Brasil, é aqui içado à condição de *princípio geral do direito*, ou mesmo de um *sobre-princípio* constitucional ao qual todos os demais devem subordinação. Aqui se está diante da fetichização da eficiência, convertida em verdadeiro ídolo nos tempos neoliberais.

⁵⁹⁹ GALDINO, F. Idem, p. 255. Tratava-se de Recurso Especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS por irrisignação com a concessão de benefício previdenciário ao autor acometido de disacusia, doença auditiva, em virtude de ausência de prova pericial comprobatória do nexo causal entre a atividade laboral do mesmo e o advento da doença. A Ementa assim restou estruturada: “Processual. Previdenciário. Disacusia. - Prova. Impossível a comprovação do nexo da deficiência com as condições de trabalho por falta absoluta de instrumental, no caso, cabe aplicar-se o princípio “in dubio pro misero”. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=95211&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 29.09.2008.

⁶⁰⁰ GALDINO, F. Idem, pp. 255-256.

⁶⁰¹ GALDINO, F. Idem, p. 256. Note-se que o autor entende possível uma escolha disjuntiva entre justiça e eficiência, bem como que a eficiência econômica seja o critério de justiça, mas repudia a possibilidade de que o mesmo ocorra com a hipossuficiência.

⁶⁰² GALDINO, F. Idem, p. 258.

Após a ode à eficiência, através do recurso ao “modelo” peruano e com base no texto de Hernando de Soto, intitulado *El otro sendero*⁶⁰³, emerge crítica ácida ao que se considera clientelismo constitucional desprovido de “um mínimo de pragmatismo”, uma verdadeira “viagem ao mundo da ficção”⁶⁰⁴, o sistema de direitos constitucionalmente desenhado, não sem antes, curiosamente, propor um programa de renda mínima universal incondicional, concluindo no lugar-comum de que “a distribuição de renda somente é viável onde existe crescimento econômico”.⁶⁰⁵

O décimo-quarto capítulo do livro de Galdino, intitulado *os direitos fundamentais levados a sério*, inicia com o item intitulado “gratuito não existe”, onde o autor versa sobre o que considera “o grave problema dos consumidores inadimplentes de serviços essenciais.”⁶⁰⁶

Aqui trata o autor do que considera uma situação problemática, qual seja, a da formação de corrente jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça e em outras cortes, que perfilhou entendimento no sentido de que a falta de pagamento de serviços públicos essenciais, tais quais o fornecimento de água e de luz elétrica, não ensejam o corte dos referidos serviços essenciais, devendo os valores pendentes ser cobrados pelas vias legais, não assim pelo constrangimento oriundo da suspensão do serviço.

O autor menciona especificamente, no que se refere ao STJ, os Recursos Especiais ns. 298.017/MG e 138.845-GO, respectivamente julgados pela Primeira e Segunda Turmas daquele tribunal superior, assim como os Agravos de Instrumento ns. 349.166/RS e 267.539/RJ, igualmente julgado pela Primeira e pela Segunda Turma, respectivamente.⁶⁰⁷

Segundo observa o autor, “vários órgãos judiciários têm considerado indevida a conduta da empresa que presta serviço público e faz cessar o fornecimento a um determinado consumidor ante a ausência de pagamento pelo mesmo.”⁶⁰⁸ Galdino se mostra mais crítico com relação a uma posição que vai além:

Mais grave ainda, chegou-se mesmo, não poucas vezes, a considerar que a cessação do fornecimento do serviço ao consumidor, mesmo que declaradamente inadimplente, consubstancia constrangimento ilegal e caracteriza dano moral passível de reparação pecuniária, sem prejuízo de outras eventuais sanções administrativas e quiçá criminais para os responsáveis pela medida.⁶⁰⁹

Segundo o pensamento do autor, apesar de reconhecer a *essencialidade* de bens tais quais água e energia elétrica, e.g., é um *equivoco* desconsiderar completamente o *caráter*

⁶⁰³ GALDINO, F. Idem, pp. 267 e ss.

⁶⁰⁴ GALDINO, F. Idem, p. 276.

⁶⁰⁵ GALDINO, F. Idem, p. 278. A última colocação inevitavelmente traz à memória a infame metáfora da *divisão do bolo*, atribuída a Delfim Neto, quando Ministro da Fazenda sob a ditadura militar.

⁶⁰⁶ GALDINO, F. Idem, p. 283.

⁶⁰⁷ GALDINO, F. Idem, p. 284, nota de rodapé n. 04.

⁶⁰⁸ GALDINO, F. Ibidem.

⁶⁰⁹ GALDINO, F. Idem, p. 285. O autor refere-se, expressamente, ao RE n. 201.112/SC, relatado pelo Ministro Garcia Vieira e julgado, pela Primeira Turma do STJ, no ano de 1999. Ibidem, nota de rodapé n. 6.

patrimonial dos contratos de fornecimento que tenham tais bens como objeto. Segundo Galdino, tal postura descaracteriza os contratos, cuja existência se justifica na “viabilização das relações estabelecidas nos mercados.”⁶¹⁰

Após buscar fundamentar seu posicionamento com longas digressões acerca dos contratos, o autor busca fundamentar seu entendimento, no sentido de ser lícita a suspensão do fornecimento dos referidos serviços essenciais em caso de inadimplemento, com referência a analogias estranhas relativas à possibilidade de despejo em caso de inadimplemento por parte do locatário e à possibilidade de constrição de bem de família legal em virtude do inadimplemento de obrigações relativas ao condomínio.⁶¹¹

A despeito da impropriedade evidente dos paralelismos pretendidos, o autor afirma que tais exemplos seriam aptos a demonstrar que “a orientação consubstanciada na jurisprudência do STJ sobre prestação de serviços públicos não é coerente sob o prisma sistemático.”⁶¹²

Insiste o autor que a economia demonstra inexistir serviço gratuito, visto ser custoso qualquer serviço⁶¹³, repisando a necessidade de contraprestação e afirmando que a “orientação simplista” da jurisprudência que critica constitui “a institucionalização do calote.”⁶¹⁴

Argumentando, entre outras coisas, com base naquilo que considera violação à igualdade – formal –, afirma ainda que “a inexistência de contraprestação onera todos os demais, aos quais serão repassados também, dentre outros, os custos relativos à inadimplência.”⁶¹⁵

Embora de um ponto de vista hipotético o autor afirme concordar com a atividade distributiva e com uma lógica solidarista no Estado, em seguida afirma que tal atividade distributiva deve ser *eficiente*, arrematando que “normalmente a *eficiência* é mais facilmente

⁶¹⁰ GALDINO, F. Idem, p. 291.

⁶¹¹ GALDINO, F. Idem, p. 302. Note-se a impropriedade das analogias. No primeiro caso, o autor pretende simplesmente equiparar uma situação de fornecimento de serviço público, marcado pela nota da essencialidade do bem que lhe constitui objeto, com outra consistente em um contrato privado celebrado entre particulares.

⁶¹² GALDINO, F. Idem, p. 305. O autor chega mesmo a procurar estabelecer um paralelo entre as situações tratadas pela jurisprudência do STJ em comento e o “cheque especial”, sempre se baseando na idéia de que a essencialidade do serviço na jurisprudência do STJ se baseia *exclusivamente* na continuidade dos serviços públicos, o que evidentemente não corresponde à realidade. Basta se analisar a jurisprudência do STJ acerca de outro serviço informado pela continuidade, a saber, a telefonia, para se verificar que aquela nota liga-se à natureza da prestação, não assim unicamente à questão da continuidade do serviço. Assim, o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 10.716/SP, julgado pela Terceira Turma daquela corte superior em 1999 – “Já decidiu esta Corte que a concessionária de serviços telefônicos, embora possa suspender a prestação dos seus serviços, por não pagamento das contas mensais...” – o Recurso Especial n. 742.640/MG, julgado pela Segunda Turma do STJ em 2007 – “1. A relação jurídica, na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tem natureza de Direito Privado, pois o pagamento é feito sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa. 2. Nas condições indicadas, o pagamento é contra prestação, aplicável o CDC, e o serviço pode ser interrompido em caso de inadimplemento, desde que antecedido por aviso.”

⁶¹³ GALDINO, F. Idem, p. 315.

⁶¹⁴ GALDINO, F. Idem, p. 317. Críticas semelhantes deve ter ocasionado o advento da *Lex Poetelia Papiria*, que abolira a execução civil sobre a pessoa do credor.

⁶¹⁵ GALDINO, F. Ibidem. Segundo o autor, “a correta compreensão dos custos dos direitos não permite seja mantida uma tal orientação, de molde que, *sob o prisma prático*, e como consequência das visões propugnadas nesse estudo acerca dos direitos, a solução *correta* para a questão é a de que as empresas fornecedoras estão autorizadas a fazer cessar a prestação do serviço público quando o *consumidor* se torna inadimplente.” GALDINO, F. Idem, p. 321.

alcançada a partir de um *sistema de concorrência*, ao qual não costuma se adaptar muito bem o Poder Público.”⁶¹⁶

Na ótica do autor, aquilo que considera *insinceridade normativa* multiplica direitos que, para ele são, na realidade, *promessas de direitos*, que conduzem à desvalorização dos direitos, à “irresponsabilidade dos indivíduos” e à injustiça social.⁶¹⁷

Ao propor uma *teoria pragmática do direito* (Capítulo XV), Galdino, citando crítica de Sérgio Buarque de Holanda ao apartamento dos juristas e homens de letras para com a realidade, indaga-se a respeito do que denomina “direitos imaginários”.⁶¹⁸

Afirmado constituir o mundo jurídico um “mundo paralelo” de conceitos ideais, sendo que, embora reconheça incidentalmente o caráter prescritivo do direito, pelo qual este busca moldar a realidade, afirma que “muitos estudos jurídicos estão divorciados da realidade em medidas muitas vezes insuportáveis”, e que “em vez de *amoldarmos nossos conceitos à realidade concreta*, procuramos fazer o caminho inverso, o que, infelizmente, nem sempre é possível.”⁶¹⁹

Afirma que tal “esquizofrenia” impossibilita o agente público de interferir na realidade social, afirmando que os juristas procuram resolver problemas da realidade, como a redução da taxa de juros, apenas com uma “penada”.⁶²⁰

Afirma que apenas a ingenuidade ou a ideologia pode explicar a pretensão de se entender imediatamente passíveis de fruição, por todos os brasileiros, de todos os direitos outorgados pela “pródiga” Constituição vigente.⁶²¹

Segundo o autor, diante da outorga de *promessas de privilégios* – e não verdadeiros direitos e garantias fundamentais – tais quais os casos de gratuidade abusiva, a seu ver, como direito dos filhos das presidiárias à amamentação (!), a gratuidade de certidões e dos registros civis de nascimento e de óbito, assistência jurídica, *habeas corpus* e *habeas data*. Para o autor, o *lirismo constitucional* somente não prometeu “as estrelas”.⁶²²

Na ótica do autor, a afirmação de “direitos irrealizáveis”, como os descritos, cumpre função *ideológica*, consistindo “promessas irrealizáveis”, propondo, destarte, o que nomeia *conceito pragmático de direito fundamental*.⁶²³ Segundo o autor

⁶¹⁶ GALDINO, F. Idem, pp. 323-324.

⁶¹⁷ GALDINO, F. Idem, p. 325.

⁶¹⁸ GALDINO, F. Idem, p. 331.

⁶¹⁹ GALDINO, F. Idem, pp. 332-333. Itálicos nossos.

⁶²⁰ GALDINO, F. Idem, pp. 333-334.

⁶²¹ GALDINO, F. Idem, p. 337.

⁶²² GALDINO, F. Idem, p. 338.

⁶²³ GALDINO, F. Idem, p. 339. O conceito de pragmatismo ali referido não se refere, conforme ressalva Galdino, à semiótica ou à filosofia, mas sim com “o escopo de designar uma especial relação do conceito com a realidade que ele pretende conformar”, ou da “norma em que o conceito está inserido com a realidade que ela pretende contornar”. Idem, p. 340.

No plano conceitual, isso vai significar que *o valor* de determinadas idéias ou conceitos *dependerá da sua correlação com a realidade*, falando-se apropriadamente em revisão pragmática dos métodos e conceitos jurídicos.⁶²⁴ (itálicos nossos).

Propõe o autor, como critério de *utilidade* da norma jurídica, *sua adaptação à realidade* (!), pelo que a análise dos custos dos direitos, adequando as normas jurídicas à realidade, favorecerá tal utilidade.⁶²⁵

Além disso, para Galdino, no momento da aplicação deverá o jurista fazer a “*ponderação ad hoc*”, levando em conta, em tal ponderação, as possibilidades fáticas ou reais e analisando *os custos e benefícios*.⁶²⁶ Novamente, direitos fundamentais tem sua fundamentalidade dependente de uma análise de custo-benefício.

Enfatiza, concluindo seu estudo, que “o ‘gratuito’, em termos de prestações públicas, não existe!! Nenhuma prestação pública é gratuita!!! *There is no free lunch*.” Combatendo até as últimas linhas aquilo que considera o ideológico modelo distributivo brasileiro, afirma que “o Direito pode ser o caminho para conjugar soluções moralmente justificadas e economicamente *eficientes*”, sempre sob o epifânico “paradigma da eficiência”, iluminado por uma “Ética” cuja cor, note-se, não transparece ao longo do trabalho.⁶²⁷

Traçado o quadro suficiente à demonstração da recepção da construção no pensamento jurídico brasileiro e demonstrado a que ponto chegou tal recepção, resta propor um conceito de reserva do possível, em face dos elementos vistos, bem como trabalhar as aproximações das derivações da formulação, oriundas de mutação jurídica, para com outras teorias restritivas da eficácia das normas constitucionais e, particularmente, dos direitos fundamentais sociais.

Observe-se, a guisa de conclusão, que afirmações no sentido de que direitos custam dinheiro, direitos não nascem em árvores e outros truísmos, gozam de aparente racionalidade inquestionável, sendo levados, por sua exploração retórica, quase à auto-evidência, como visto. Assim, tal discurso infirmador das normas constitucionais e dos direitos e garantias fundamentais goza de uma vantagem ímpar em relação a figuras mais clássicas e já desgastadas. Insta, neste passo, investigar o conceito de reserva do possível, em seu contexto originário e na atualidade, para que se possa prosseguir com o estudo.

3. Um conceito de reserva do possível.

⁶²⁴ GALDINO, F. Idem, p. 341.

⁶²⁵ GALDINO, F. Ibidem.

⁶²⁶ GALDINO, F. Ibidem.

⁶²⁷ GALDINO, F. Idem, p. 346. O livro termina como começa, isto é, com a afirmação que “direitos não nascem em árvores.” GALDINO, F. Idem, p. 347.

Fazem-se necessárias algumas especificações acerca do conceito de reserva do possível para que se possa prosseguir com o presente estudo, assim como para avaliar a carga de racionalidade, aparentemente forte, que ostenta o conceito, conforme visto.

Para tanto, buscar-se-á precisar aquele que parece constituir o conteúdo originário da reserva do possível, em sua fonte germânica, através da doutrina e da jurisprudência alemãs, para estudar, em seguida, as derivações dele oriundas.

Após se aprofundar a distinção entre escassez real e escassez ficta, essencial à compreensão de certas dimensões da reserva do possível, procurar-se-á demonstrar como diferentes concepções da mesma a aproximam de outras teorias limitativas da eficácia das normas constitucionais e dos direitos fundamentais sociais e, ao final, de que modo e em que medida tais aproximações afetam a carga de racionalidade originariamente ostentada pelo conceito.

3.1. O conceito originário de reserva do possível.

Conforme já visto, em sua fonte imediata, qual seja, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, calcada nos precedentes do *numerus clausus* I e II e na *Hochschul-Urteil*, a reserva do possível é expressamente concebida como o limite imposto pela razoabilidade, como *aquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade*, fórmula esta presente literalmente naqueles precedentes⁶²⁸ e repetida na doutrina germânica pelos mais variados autores, como Robert Alexy e Konrad Hesse⁶²⁹, como já visto.

Encontra-se no cerne da decisão, conforme já visto, o alcance racionalmente concebível dos direitos sociais e, conseqüentemente, elementos centrais à jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, notadamente a idéia de *razoabilidade* e *proporcionalidade*, por demais conhecidas. Em tal sentido são os sentires expressos pela doutrina nacional, como em Ingo Wolfgang Sarlet, Mariana Filchtner Figueiredo e Ana Carolina Lopes Olsen.⁶³⁰

Apenas secundariamente vem à tona, na corrente jurisprudencial alemã em referência, a questão da escassez de recursos, levando-se em consideração o aumento da demanda pelos direitos sociais então debatidos e a necessidade de uma alocação equilibrada de recursos, constitucionalmente exigida, como já visto.

Conforme já observado anteriormente e claramente percebido por Ana Carolina Lopes Olsen, ao que parece a transposição do conceito de reserva do possível implicou sua mutação⁶³¹, à qual já se fez referência, de modo que esse sentido originário restou marginalizado na

⁶²⁸ BVerfGE 33, 303; BVerfGE 35, 79 e BVerfGE 43, 291.

⁶²⁹ ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales* cit, p. 498 e HESSE, K. Op. cit. p. 237.

⁶³⁰ OLSEN, A. C. L. *A eficácia* cit., p. 235; SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Op. cit. p. 29

⁶³¹ OLSEN, A. C. L. *A eficácia* cit., p. 235.

doutrina, recaindo a ênfase significativamente na escassez de recursos e na questão dos custos dos direitos, característica esta que vem dando a tônica do debate nacional acerca do construto.

Vale a pena analisar com mais vagar, neste passo, quais são as derivações da reserva do possível assim surgidas, tomando por base aquele sentido aqui reputado como sendo o original, para compreender o sentido do debate em sua totalidade e investigar a racionalidade da argumentação sustentada sobre tais compreensões, em suas reais dimensões, evitando a sobreavaliação do argumento da escassez.

3.2. As derivações do conceito de reserva do possível.

De uma exigência essencial por razoabilidade e proporcionalidade nas prestações postuladas do Estado Social, sempre no âmbito da dicotomia indivíduo-sociedade, levadas em consideração as circunstâncias históricas, jurídicas, políticas, filosóficas e socioeconômicas concretas, passou-se a compreender a reserva do possível ora como *limitação fática* aos direitos fundamentais, ou seja, como a *limitação* imposta ao exercício dos direitos sociais com base na *escassez real* ou *econômica*; ora como a *limitação* jurídica, vale dizer, como a limitação imposta ao exercício dos direitos sociais com base na *escassez ficta*, ou legal, ora como a *limitação* imposta ao exercício dos direitos sociais com base na ausência de razoabilidade ou proporcionalidade da pretensão, e, ainda, por vezes como todos estes aspectos, conjuntamente, ou alguns deles, combinadamente.⁶³²

Ocorre que cada uma dessas compreensões, mais próximas ou mais remotas do paradigma jurisprudencial estrangeiro, tem repercussões diferentes sobre a carga aparente de racionalidade e a quase auto-evidência de que goza a construção, segundo defendido por certa corrente doutrinária e por alguma linha jurisprudencial.

3.2.1. Escassez real ou econômica

A *escassez*, conceito econômico, pode ser definida como a “situação que se caracteriza quando a máxima produção potencial de um bem não se encontra em um grau suficiente para satisfazer todas as necessidades na medida em que os recursos disponíveis são limitados”.⁶³³ A escassez é mesmo qualificadora dos bens econômicos, e pré-condição dos preços.⁶³⁴

⁶³² SARLET, I. W., FIGUEIREDO, M. F. Op. cit. p. 30. Ana Carolina Lopes Olsen assevera: “O aspecto que assume maior relevância na discussão da efetividade dos direitos fundamentais prestacionais diz respeito à existência dos recursos materiais. Esta existência de recursos materiais está relacionada a dois aspectos: a disponibilidade fática do meio necessário à realização do direito, e a disponibilidade jurídica deste meio. O objeto previsto na norma deve estar disponível para o agente público destinatário da obrigação, ou seja, os meios necessários à realização da prestação normativamente prevista devem estar disponíveis, tanto fática, quanto juridicamente. Não basta a existência dos recursos, o Estado deve ter a capacidade jurídica para deles dispor.” OLSEN, A. C. L. **A eficácia** cit., p. 217.

⁶³³ Dicionário Economico Simone, verbete *scarsità*, disponível em < <http://www.simone.it/cgi-local/Dizionari/newdiz.cgi?voce,6,2756>>. Acesso em 27.09.2008. Tradução livre do autor. Texto original:

John Elster, após definir escassez como a situação em que não há determinado bem em quantidade suficiente para satisfazer a todos, a classifica em *natural*, *quase-natural* e *artificial*, com variações de grau.⁶³⁵

Para Elster, a *escassez natural severa* consistiria na situação em que se revela impossível aumentar a oferta para suprir a demanda, como no caso de obras de arte raras. O autor preconiza constituir uma situação de *escassez natural suave* aquela em que nada possa ser feito para aumentar a oferta a ponto de atender à integralidade da demanda, como no caso do petróleo ou dos órgãos humanos para transplante.⁶³⁶

A *escassez quase-natural* é, para Elster, aquela situação em que a oferta pode virtualmente ser aumentada até o ponto da satisfação da demanda, através de condutas não-coativas dos cidadãos⁶³⁷, como, por exemplo, na doação de sangue.

Por fim, cuida-se de *escassez artificial*, na classificação de John Elster, a situação em que o Poder Público pode, em assim decidindo, aumentar a oferta a ponto de suprir a demanda, tornando o bem acessível a todos, exemplificando o autor com a oferta de vagas no jardim de infância.⁶³⁸

Note-se existir, portanto, uma grande distância entre situações extremas na graduação da escassez proposta por Elster, o que é relevante para a avaliação da alegação calcada em escassez como forma de eximir-se de responsabilidades jurídico-constitucionalmente impostas.

Sobretudo, para fins do presente estudo é essencial divisar, outrossim, *escassez real* – i.e., *econômica* – ou *ficta* – i.e., *jurídica*. Compreende-se aqui como a primeira a escassez decorrente da efetiva inexistência concreta do recurso, nos diversos graus mencionados, ao passo que a segunda é compreendida como a escassez decorrente de indisponibilidade jurídica, isto é, em virtude de norma jurídica que determine determinada alocação dos recursos em detrimento de outras, ou ainda que proíba a disposição do recurso de determinada maneira ou

“situazione che si determina quando la massima produzione potenziale di un bene non è in grado di soddisfare tutti i bisogni in quanto le risorse disponibili sono limitate”

⁶³⁴ A diferença entre bens livres e bens econômicos é, exatamente, a questão da incidência ou não-incidência, respectivamente, dos efeitos da escassez. Nesse sentido, GALDINO, F. Idem, p. 156. O mesmo verbete do Dicionário Economico Simone consigna “Em uma economia de mercado, a escassez de um bem representa uma das condições essenciais para que este tenha um preço; se, realmente, tal bem fosse disponível em quantidade abundante em relação à demanda, teria provavelmente um preço nulo ou, de todo modo, mínimo.” Tradução livre do autor. Texto original: “In un'economia di mercato, la scarsità di un bene rappresenta una delle condizioni essenziali affinché esso abbia un prezzo; se, infatti, esso fosse disponibile in quantità abbondante rispetto alla domanda, avrebbe probabilmente un prezzo nullo o comunque minimo.”

⁶³⁵ AMARAL, G. Op. cit. pp. 133-134.

⁶³⁶ AMARAL, G. Idem, p. 134.

⁶³⁷ AMARAL, G. Ibidem.

⁶³⁸ AMARAL, G. Ibidem.

acima de certos limites.⁶³⁹ A necessidade de extremar as duas espécies foi frisada por Ana Carolina Lopes Olsen.⁶⁴⁰

A impossibilidade de satisfazer determinada necessidade com base em uma situação de escassez real ou econômica caracteriza uma limitação fática à normatividade, um choque entre realidade concreta, independente do desígnio humano, e comando normativo.⁶⁴¹

Em tal tipo de situação encontra-se a origem da forte carga de racionalidade característica da elaboração conhecida como *reserva do possível*, que ostenta ares de evidência lógica aparentemente inegável e incontornável, no sentido de que aquilo que não existe não pode ser postulado ou deferido, e outros truísmos que se tem afirmado com base em tal compreensão.

Neste sentido, a colocação de Ana Carolina Lopes Olsen, ao afirmar que “na medida em que a aplicação dos direitos fundamentais sociais a prestações está relacionada a dados da realidade, é certo que o intérprete não poderá demandar dos poderes públicos o que for logicamente impossível, ou seja, não se pode exigir o absurdo.”⁶⁴²

Ocorre que dificilmente se depara, na realidade concreta, com o caso-limite da escassez real ou econômica de tipo natural severo ou suave, por exemplo. Por outro lado, não se tem notícia, até o momento, de demandas em que se postula a outorga de prestações realizadoras dos direitos fundamentais sociais dependentes de bens cuja escassez seja econômica, real.

A despeito de todo o apelo ao realismo feito pela doutrina dos custos dos direitos, de se notar que a mesma se baseia, em regra, em uma *escassez de tipo ficcional*, qual seja, aquela engendrada pela peça orçamentária.⁶⁴³ A escassez aqui denominada *ficta* ou *jurídica* enquadra-se no tipo intitulado por John Elster *escassez artificial* e, portanto, ostenta a característica pelo mesmo apontada, no sentido de poder o Estado, por uma decisão *política*, suprir a demanda.

Logo, torna-se problemática a pretensão de se realizar a transposição da referida carga de racionalidade e de evidência aparentemente inegável ostentada por situações de escassez real ou econômica, para as situações de escassez ficta ou jurídica, cuja natureza é essencialmente diversa daquela da escassez real, conforme frisa Olsen e conforme se depreende do magistério de Elster.

⁶³⁹ Assim, seriam exemplos de escassez ficta ou jurídica aquela escassez artificial decorrente da Lei Orçamentária que, ao alocar os recursos do erário de determinada maneira impossibilita, em princípio, que as despesas públicas sejam realizadas em desacordo com seus preceitos ou, ainda, a Lei Complementar n. 101, de 04.05.2000, alcinhada “Lei de Responsabilidade Fiscal”, ao proibir gastos públicos acima de determinados níveis.

⁶⁴⁰ OLSEN, A. C. L. **A eficácia** cit., p. 219.

⁶⁴¹ Assim, revelar-se-ia impossível a pretensão de obter do Estado um bem naturalmente escasso em grau severo ou suave, por exemplo.

⁶⁴² OLSEN, A. C. L. *Idem*, p. 216.

⁶⁴³ Não se nega, por óbvio, a existência da lei orçamentária. O que se está a problematizar é a existência ou inexistência dos recursos nos cofres públicos, independentemente de sua alocação pré-definida pela lei de meios. Outros casos em que instrumentos normativos são utilizados para fundamentar a alegação de escassez são aqueles das leis de austeridade fiscal e das normas que estabelecem as listas de medicamentos cujo fornecimento é da competência de cada um dos entes da Federação, por exemplo.

Sustenta-se aqui, em síntese, que à medida que se faz tal transposição, a utilização do conceito de reserva do possível torna-se retórica, e a própria construção avizinha-se por demais de outras teorias restritivas da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais sociais, já desgastadas e em desuso, como se verá.

3.2.2. Escassez ficta ou jurídica

Ao lado da inexistência econômica dos recursos, a qual pode dar-se em diferentes graus, como visto, evidencia-se a escassez ficta ou jurídica dos mesmos, consistente essencialmente na indisponibilidade jurídica. Trata-se, desta feita, de recursos que não são escassos por natureza, e tampouco são inexistentes na realidade, mas de uma situação em que a escassez é *artificial* e, portanto, não é insuperável.

Cuida-se, aqui, antes, de recursos que são economicamente existentes, ou seja, que na realidade fática existem, mas cuja alocação em determinados setores acaba por importar no não-atendimento de outras necessidades, por uma decisão disjuntiva do órgão ou agente com competência em matéria alocativa, seja ele qual for.

Somente se tem notícia de alegação calcada na reserva do possível baseada em tal tipo de escassez para justificar a irrealização de direitos sociais.⁶⁴⁴

Vislumbra-se aqui a existência de uma escolha alocativa pelo órgão competente, notadamente pelos órgãos políticos e pela Administração Pública, privilegiando determinados setores com o investimento de recursos que não são escassos por natureza, em detrimento de outros.⁶⁴⁵

As escolhas alocativas revestem-se de nítido caráter político, eis que os recursos podem ou poderiam ser alocados de diferentes maneiras no caso concreto, segundo as prioridades definidas pelos órgãos ou indivíduos com atribuição legal para tanto.⁶⁴⁶

O exemplo, por excelência, são os recursos orçamentários, cuja definição, por proposta dos Três Poderes e aprovação pelo Congresso Nacional, afeta significativamente áreas sensíveis, como a educação e a saúde, e cujo conteúdo pode significar o atendimento ou desatendimento de diversas questões primordiais e, em última análise, o atendimento ou a

⁶⁴⁴ Nos julgados examinados anteriormente, constata-se a existência de alegações fulcradas na reserva do possível exclusivamente com base em *escassez ficta* de tipo *artificial*, isto é, oriunda de decisões alocativas de recursos por parte dos poderes públicos. É o que se depreende dos diversos casos envolvendo o fornecimento de medicamento e tratamento de saúde, dos plúrimos casos em que se discutiu o direito à educação infantil, e mesmo das hipóteses em que se aderiu ao construto da reserva do possível, como nos casos em que se enfrentaram as questões da indenização por danos morais em virtude das condições prisionais. Neste sentido, ver a pesquisa de jurisprudência feita páginas atrás.

⁶⁴⁵ Tratam-se das referidas escolhas trágicas, na expressão de Guido Calabresi e Philip Bobbitt, eis que implicam na negação de direitos com grave repercussão, como a morte, no que se refere à assistência à saúde, por exemplo. AMARAL, G. Op. cit. p. 147.

⁶⁴⁶ OLSEN, A. C. L. **A eficácia** cit., p. 233.

preterição de pretensões e, portanto, a efetivação, a mora ou a negação na realização de direitos fundamentais sociais.

Como se vê, a carga de racionalidade do argumento calcado na evidência de que o que não existe não pode se postulado ou deferido, com base na escassez econômica ou real, não pode, *salvo retoricamente*, ser transposta para situações de escassez ficta ou jurídica de recursos.

Na primeira situação – inexistência econômica ou material dos recursos – o princípio da realidade *inicialmente*⁶⁴⁷ parece se impor, haja vista a impossibilidade de se plasmar um recurso naturalmente escasso ou economicamente inexistente *ex nihilo*. Aqui a alegação de reserva do possível ganha ares argumento de *aparentemente* incontornável ou insuperável.

Já na segunda situação – inexistência ficta ou indisponibilidade jurídica de recursos – não se pode olvidar que os recursos *existem* economicamente, i.e., materialmente, sendo que uma decisão alocativa de natureza política acaba por determinar a opção pelo atendimento de determinadas demandas em detrimento de outras.⁶⁴⁸

Ou seja, no segundo caso *é perfeitamente possível* a reversão da decisão alocativa, em virtude da existência real dos recursos. Aqui o princípio da realidade *não* se impõe definitivamente como parece fazer, em princípio, no caso de escassez real. *Portanto, as situações de escassez econômica e de escassez jurídica simplesmente não são equiparáveis.*

Estremadas a escassez econômica da escassez jurídica, insta observar o *efeito* decorrente de tal compreensão para o debate da problemática ora em mesa, qual seja, a aproximação da idéia da reserva do possível baseada na escassez ficta ou jurídica de outras teorias restritivas da eficácia dos direitos fundamentais sociais, mais clássicas e atualmente em crise.

3.3. Aproximações das derivações do conceito de reserva do possível a outras teorias restritivas da eficácia dos direitos sociais.

Desenvolve-se aqui uma tese segundo a qual *a reserva do possível baseada na escassez jurídica constitui o Ersatz ou sucedâneo contemporâneo das antigas teorias restritivas ou denegadoras da eficácia das normas constitucionais e, notadamente, das normas instituidoras de direitos fundamentais sociais.*

Muitas daquelas restando desacreditadas, desgastadas e enfrentando um quadro pronunciado de insustentabilidade atualmente, vêm-se substituídas pela *nova* construção. É

⁶⁴⁷ A ressalva se justifica eis que, conforme se verá, se de um lado se deve levar em conta a realidade e as coordenadas do espaço-tempo para acolher, em determinadas circunstâncias, o não atendimento justificado de determinadas pretensões, de outro lado, as mesmas características da realidade podem ser consideradas para sustentar o atendimento das pretensões que se afigurem inexequíveis de imediato, mas exequíveis progressivamente.

⁶⁴⁸ Conforme observa Gustavo Amaral, as decisões alocativas dizem respeito, essencialmente, a *quanto* disponibilizar e a *quem* atender. AMARAL, G. Op. cit. p. 148.

através da artificialidade do raciocínio que se encontra à base da reserva do possível baseada em escassez jurídica que se pretende demonstrar a tese.

Como visto, a compreensão da escassez ficta como base à reserva do possível traz problemas no que concerne à pretensão auto-evidência e racionalidade irrefutável da *reserva do possível*, aproximando-o de teorias mais antigas e amplamente discutidas e seriamente contestadas e muitas, na atualidade, a caminho do esquecimento ou já em pleno desuso, haja vista sua insustentabilidade.

Nessa esteira, vislumbra-se uma aproximação da doutrina da reserva do possível em relação a formulações como a *teoria da divisão dos poderes*, a *teoria da soberania do legislador* e a *doutrina das questões políticas*, bem como a *teoria das normas programáticas* e a doutrina das *normas constitucionais de eficácia limitada*. Convém demonstrá-lo, recorrendo a uma sucinta narrativa de tais teorias e de sua crítica.

Levar em consideração, com óbice à exigibilidade dos direitos, a alocação decidida pelos órgãos competentes – escassez ficta – notadamente pelo legislador e pelo administrador público, remete, necessariamente, em primeiro lugar, à teoria da *separação dos poderes*⁶⁴⁹, à teoria da *soberania do legislador* e à doutrina das *questões políticas*.

Conforme recorda Sandoval Alves da Silva, a idéia de divisão dos poderes remonta à antiguidade grega e ao pensamento aristotélico, ao extremar as funções da assembléia geral, do corpo de magistrados, no sentido grego, e do corpo judiciário, protótipos das funções legislativa, executiva e judiciária, respectivamente. Esta linha perpetuou-se através do pensamento político através de nomes tais quais Marsílio de Pádua, Hugo Grotius, Christian Wolf, Samuel Puffendorf e Jean Bodin, chegando a John Locke e Charles de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu.⁶⁵⁰

No pensamento de Locke a divisão dava-se entre os Poderes legislativo, executivo e federativo, competindo ao primeiro a atividade legisferante e, logo, a regulação do uso da força na comunidade, ao segundo a aplicação ou execução das leis e ao terceiro a gestão da segurança e do interesse público concernente às relações com outros estados.⁶⁵¹

Com Montesquieu deu-se a maior notoriedade da idéia de divisão de poderes ou funções estatais na história constitucional ocidental, conforme ensina Sandoval Alves da Silva,

⁶⁴⁹ Conforme ensina André Ramos Tavares, com base no magistério de Karl Loewenstein, a expressão separação de poderes refere-se, mais apropriadamente, à “distribuição de determinadas funções a diferentes *órgãos* do Estado.” TAVARES, A. R. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 164.

⁶⁵⁰ SILVA, S. A. da. **Direito Sociais**. Leis Orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007, pp. 199-200. No mesmo sentido REIS, J. C. V. dos. **As Normas Constitucionais programáticas e o controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 234-235, que recorda os nomes do grego Políbio (200 a 120 a.C., circa), e de Bolingbroke.

⁶⁵¹ SILVA, S. A. da. Op. cit. pp. 199-200. Conforme observa o autor, John Locke propunha a separação entre o poder legislativo, de um lado, e os poderes executivo e federativo de outro, propugnando a concentração dos dois últimos nas mãos do soberano. SILVA, S. A. da. Idem, p. 200.

por força de sua obra *l'Esprit des Lois*⁶⁵², com forte ênfase no combate à concentração de poderes e, portanto, no aspecto garantista da conformação proposta.

A idéia de separação dos poderes tornou-se lugar comum da organização político-institucional ocidental, tendo sido incorporada às mais diversas constituições, com variações. Explicitando o princípio da separação dos poderes no ordenamento jurídico-constitucional germânico⁶⁵³, Hesse ensina que este implica a distinção entre as funções de estabelecimento do direito, de execução do direito e da jurisdição, em um primeiro momento, na dimensão de proibição do exercício de funções atribuídas a outro poder, cerne mesmo da idéia da separação dos poderes ou, conforme preferem alguns, das funções estatais.⁶⁵⁴

A argumentação baseada na divisão ou separação dos poderes ou funções estatais presta-se, o mais das vezes, à crítica do desempenho de funções de um poder em lugar de outro, como, no pensamento ora em análise, a crítica das decisões judiciais alocativas de recursos ou sentenças aditivas, as quais implicariam, segundo tal corrente de pensamento, em usurpação, pelo Poder Judiciário, de funções acometidas aos outros dois Poderes.⁶⁵⁵

Sublinhando o caráter de princípio organizatório fundamental da Constituição e de ordenação democrática de funções desempenhada pelo princípio em comento, Canotilho aduz o aspecto de ordenação controlante-cooperante de funções, através da organização jurídica de limites dos órgãos do poder.⁶⁵⁶

O autor, versando sobre a idéia de separação dos poderes ou das funções estatais no direito constitucional luso⁶⁵⁷ sublinha a função de garantia da Constituição desempenhada por tal sistema de interdependência, baseado em esquemas de responsabilidade e de controle.⁶⁵⁸ Surge aqui, portanto, a idéia dos freios e contrapesos, ou *checks and balances*.

Conforme observa Mauro Cappelletti, uma separação estrita ou muito rígida dos poderes tem por efeito o surgimento de um Poder Judiciário débil e acantonado na seara dos litígios de natureza privada, e, de outro lado, um Poder Legislativo e um Poder Executivo quase que incontrolados, com concentração do poder ora em um, ora em outro dos Poderes

⁶⁵² SILVA, S. A. da. Idem, pp. 200-201. Há versão em língua portuguesa, editada no Brasil pela editora Martins Fontes. MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁶⁵³ Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949, art. 20, (2).

⁶⁵⁴ HESSE, K. Op. cit. pp. 365-366.

⁶⁵⁵ André Ramos Tavares explicita, acerca da doutrina da separação dos poderes: “Contudo, a esse dogma não corresponde a imprescindível precisão terminológica e material que seria de supor que existisse”, pelo que, “ao pretender relevar a inserção adequada do Tribunal Constitucional entre os demais ‘poderes’ constitucionais é imprescindível, portanto, proceder a uma correta compreensão da doutrina da separação dos ‘poderes’, revisitando-a, se necessário for, para bem posicionar o Tribunal Constitucional.” TAVARES, A. R. Op. cit., pp. 164-165. Mais adiante consigna o autor que “uma separação absoluta dos poderes deve ser considerada inaceitável ou impraticável”. TAVARES, A. R., Idem, p. 169.

⁶⁵⁶ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 251.

⁶⁵⁷ Constituição da República Portuguesa de 1976, art. 111.

⁶⁵⁸ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 889.

políticos.⁶⁵⁹ Assim, Mauro Cappelletti sustenta as virtudes do sistema de *checks and balances*, de matriz norte-americana:

A verdade é que apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo *forte* com um executivo *forte* e um judiciário *forte*. Justamente este equilíbrio de forças, de contrapesos e controles recíprocos, constitui o grande segredo do inegável sucesso do sistema constitucional americano.⁶⁶⁰ (itálicos do original).

Os inconvenientes da adoção exacerbada da idéia de separação dos poderes foram detectados, também, no Brasil, dentre outros, por Luís Roberto Barroso e por José Carlos Vasconcellos dos Reis. Segundo este último autor, com base na doutrina do primeiro, o apego excessivo ao dogma da separação dos poderes induziu à recepção acanhada do postulado da razoabilidade no Brasil, por exemplo.⁶⁶¹

De nossa parte, recordaríamos os danos que referida compreensão do princípio trouxe a institutos com os quais o constituinte procurou, na Carta Política de 1988, combater a síndrome da ineficácia das normas constitucionais. Nesse diapasão destacam-se a interpretação não-concretista do Mandado de Injunção, até recentemente vencedora no STF, que conferia ao instituto uma função exortativa, reduzindo-o a uma notificação judicial e recepcionando a doutrina germânica do *Appellentscheidung* ou *decisão exortativa*, conforme apontado por Andreas Joachim Krell.⁶⁶²

José Carlos Vasconcellos dos Reis reconhece, portanto, ser inegável encontrar-se a doutrina da separação dos poderes desgastada, em certa medida, considerando que inevitavelmente cada um dos Poderes exerce *funções atípicas*, além de ser de rigor reconhecer os inúmeros pontos de contato entre as funções de legislar, administrar e julgar.⁶⁶³

A doutrina da separação de poderes conduz à distinção entre os *poderes políticos* – legislativo e executivo – de um lado, e o poder jurídico – o Judiciário – de outro, o que é conducente, tanto à idéia das questões políticas quanto à idéia da soberania do legislador.

A doutrina das questões políticas ou *political questions doctrine* vincula-se indissociavelmente com a *doutrina da auto-limitação judicial* ou *judicial self-restraint*, tendo ambas origens norte-americanas, conforme observa Canotilho.⁶⁶⁴ Segundo o constitucionalista lusitano

O **princípio da autolimitação judicial** é outro dos princípios importados da jurisprudência norte-americana e fundamentalmente reconduzível ao seguinte: os

⁶⁵⁹ CAPPELLETTI, M. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos A. A. de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 53.

⁶⁶⁰ CAPPELLETTI, M. *Idem*, p. 54.

⁶⁶¹ REIS, J. C. V. dos. *Op. cit.* p. 233.

⁶⁶² KRELL, A. J. *Op. cit.* p. 87.

⁶⁶³ REIS, J. C. V. dos. *Op. cit.* p. 239.

⁶⁶⁴ CANOTILHO, J. J. G. *Op. cit.* p. 1308.

juízes devem autolimitar-se à decisão de questões judiciais e negar a justiciabilidade das questões políticas. O princípio foi definido pelo juiz Marshal como significando haver certas “questões políticas” da competência do Presidente, em relação às quais não pode haver controleo jurisdicional.⁶⁶⁵ (destaques do original).

O significado da idéia subjacente à doutrina das questões políticas pode ser extraída, ainda, do magistério de José Carlos Vasconcellos dos Reis:

O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos do Estado restringe-se aos seus aspectos de *legalidade*, não se podendo imiscuir em *questões políticas*, isto é, não podendo haver interferência em atos norteados por uma opção política ou *discricionária* do administrador ou do legislador.⁶⁶⁶ (itálicos constantes do original).

Assim, em princípio não seriam judicialmente sindicáveis as questões atinentes à conveniência e à oportunidade dos atos. Reis bem define a idéia de *questões políticas* como uma área de não-ingerência judicial, por tratar-se de temas cuja deliberação é constitucionalmente atribuída, em caráter definitivo, a órgãos com investidura política, notadamente ao chefe do Poder Executivo.⁶⁶⁷

Canotilho sublinha, no entanto, o desacerto da exacerbação da doutrina das questões políticas, afirmando que, segundo a própria doutrina e jurisprudência norte-americanas, não existem questões constitucionais livres de controle.⁶⁶⁸

André Ramos Tavares afirma a insustentabilidade de tal teoria na atualidade, “porque não há espaço, no Estado Constitucional, senão para governos limitados, cujos atos, especialmente quando lesivos a direitos constitucionais poderão ser fiscalizados.”⁶⁶⁹

Dessa forma, sempre que existirem parâmetros materiais jurídico-constitucionais para embasamento, revela-se possível a apreciação da constitucionalidade de decisões reputadas de caráter político, sendo que o que se revela inadmissível é o juízo valorativo acerca do mérito dos atos normativos, sendo o controle perfeitamente possível e admitido em relação à sua constitucionalidade.⁶⁷⁰

No mesmo sentido são as advertências de José Carlos Vasconcellos dos Reis, o qual esclarece o real alcance e sentido da doutrina em solo estadunidense, qual seja, aquele impediendo da imissão indevida do Poder Judiciário no âmbito discricionário do legislador e do administrador, uma forma de restrição reclamada pelo controle judicial de constitucionalidade

⁶⁶⁵ CANOTILHO, J. J. G. Idem, p. 1039.

⁶⁶⁶ REIS, J. C. V. dos. Op. cit. p. 223. No magistério de André Ramos Tavares, a “idéia de que possa haver atos, especialmente originados do Executivo, que estejam de maneira pressuposta (e cabal) fora dos limites de apreciação do Tribunal Constitucional constitui a teoria das questões políticas.” TAVARES, A. R. Op. cit., p. 281.

⁶⁶⁷ REIS, J. C. V. dos. Ibidem.

⁶⁶⁸ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 1309.

⁶⁶⁹ TAVARES, A. R. Op. cit., p. 282. Aduz o autor o problema da indeterminação da categoria: “Ademais, o que constituiria uma questão política, apesar dos esforços de boa parte da doutrina, é ainda uma incógnita.” TAVARES, A. R. Ibidem.

⁶⁷⁰ CANOTILHO, J. J. G. Ibidem.

das leis, não alcançando, no entanto, situações em que se vislumbre ilegitimidade, nas quais a discricionariedade se tenha convertido em arbitrariedade.⁶⁷¹

Tendo em vista exatamente a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade, José Carlos dos Reis chama a atenção, oportunamente, que as questões originalmente *políticas* podem tornar-se *jurídicas*, em casos de violação do direito ao qual deve se conformar a estatalidade.⁶⁷²

Se constitui um mérito da doutrina da *judicial self restraint* abrigar a idéia de auto-limitação do Judiciário, no sentido de não exorbitar suas atribuições constitucionalmente estabelecidas, de outro lado sua má-compreensão ou sua utilização para eximir-se do controle judicial dos atos do Poder Executivo ou do Poder Legislativo sói revelar-se nefasta.

Conforme bem observa Andreas Joachim Krell, este tem constituído, juntamente com o princípio da separação dos poderes, um dos *topoi* argumentativos para dar lugar a um verdadeiro *non liquet* disfarçado do STF no que se refere ao controle dos pressupostos constitucionais de necessidade e urgência para a adoção de medidas provisórias editadas pelo Executivo Federal:

O Supremo Tribunal Federal, na sua atitude exagerada de “auto-restrição judicial” (*judicial self-restraint*), recusa-se, até hoje, a controlar os pressupostos constitucionais da edição de Medidas Provisórias pelo Governo Federal (artigo 62, CF) e nega-se a criar as normas necessárias para resolver os casos concretos, no caso do mandado de injunção.⁶⁷³ (itálicos do original).

A compreensão equivocada – se consciente ou não, não é preciso aqui afirmar – da doutrina norte-americana é referida por Krell e detectada por Fábio Konder Comparato. Nas palavras de Krell, o segundo autor

(...) defende a tese de que o Judiciário possui competência, apesar do princípio da Separação dos Poderes, para julgar questões políticas e alega que a “clássica falsa objeção à justiciabilidade das políticas governamentais” se deve ao mau entendimento da *political question doctrine* da Suprema Corte dos EUA.⁶⁷⁴ (itálicos do original).

Assim, como visto, a doutrina das questões políticas ou *political questions doctrine* “reinterpretada” revela-se um subterfúgio para excluir os atos dos poderes políticos de sindicabilidade, com base na idéia de que, em seu caráter político, não seriam passíveis de controle.

⁶⁷¹ REIS, J. C. V. dos. Op. cit. p. 224.

⁶⁷² REIS, J. C. V. dos. Idem, p. 226. Nas palavras do autor: “Se, sob a máscara protetora do exercício da *discricionariedade*, praticar-se alguma violação ao ordenamento jurídico, a questão meramente política torna-se também *jurídica*, e sobre ela o Judiciário não apenas *pode*, mas *deve* pronunciar-se, para, se for o caso, invalidar o ato praticado.” Idem, p. 227.

⁶⁷³ KRELL, A. J. Op. cit. pp. 87-88. O autor exemplifica o afirmado acerca da temática das medidas provisórias através da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.753-53, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

⁶⁷⁴ KRELL, A. J. Idem, p. 101.

Exemplo de esposamento da doutrina em referência encontra-se na obra sobre os custos dos direitos de Gustavo Amaral. Tratando da alocação de recursos e sua sindicabilidade judicial, a certa altura, afirma aquele autor:

Como afirmamos no capítulo anterior, não há um critério único que possa ser empregado para todas as decisões a serem tomadas. Há, sim, um leque de critérios e considerações que podem ser utilizados e combinados entre si. Essa característica dá à decisão teor nitidamente **discrecionário e político**, devendo ser sindicável enquanto decisão política. O controle político se dá pelo *voto popular* e pela atuação da sociedade civil organizada.⁶⁷⁵ (itálicos do original, negritos nossos).

Assim, sempre vêm à baila, conjuntamente, as idéias de separação dos poderes, *judicial self-restraint* e de mérito político, concepções estas próximas e interdependentes, para se defender a inviabilidade de controle judicial sobre atos dos poderes executivo e legislativo.⁶⁷⁶

É nessa mesma esteira que se inscreve a idéia da *soberania do legislador*, *soberania orçamentária do legislador* ou *Haushaltssouveranität des Gesetzgebers*. Recorrendo-se sempre ao mesmo tipo de pensamento baseado na separação das funções dos poderes e na discricionariedade política e livre conformação do legislador, inclusive em matéria orçamentária, se defende que direitos tais quais os direitos sociais estariam sempre dependentes de intermediação legislativa e administrativa. Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres:

Os direitos econômicos e sociais existem, portanto, sob a “reserva do possível” ou da “soberania orçamentária do legislador”, ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração.⁶⁷⁷

Portanto, para Torres tais direitos, ainda que constitucionalmente previstos, dependem da atuação do legislador – através da lei orçamentária – e do administrador – até mesmo através do empenho – para ostentarem eficácia e exigibilidade. Assim, nas palavras de Robert Alexy, explicitando tal entendimento

(...) de acordo com os princípios da divisão de poderes e da democracia, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais não cai dentro da competência dos tribunais de justiça, mas na do “legislador diretamente legitimado pelo povo”.

⁶⁷⁵ AMARAL, G. Op. cit. p. 206. Mais adiante afirma o autor que o Poder Judiciário é inadequado para tratar de questões alocativas, e que em tal matéria os atores principais seriam os outros dois poderes de natureza política. AMARAL, G. Idem, pp. 206-207.

⁶⁷⁶ Juntamente com outras alegações, como a falta de legitimação democrática do Judiciário, à qual se objetaria aqui que a jurisdição constitucional ostenta o caráter contramajoritário insito e indissociável do Constitucionalismo moderno e dos direitos e garantias fundamentais, de modo que a simples afirmação da rigidez constitucional esvaziaria a crítica calcada no *topoi* democrático. É sobejamente sabido que um dos papéis preponderantes da Constituição é exatamente sua perspectiva garantista, excluindo da deliberação democrática determinados temas, em proteção das minorias, o que legitima a intervenção judicial quando calcada na ilegitimidade constitucional das decisões dos poderes diretamente legitimados do ponto de vista democrático. Não se abordará, neste estudo, tal temática em profundidade.

⁶⁷⁷ TORRES, R. L. Mínimo existencial cit., p. 81.

Portanto, os tribunais podem decidir em matéria de direitos fundamentais sociais somente se o legislador já o fez.⁶⁷⁸

No entanto, como já visto, Robert Alexy ensina não ser absoluto, de modo algum, o princípio da competência orçamentária do parlamento, ou *Haushaltskompetenz des Parlaments*, ao avaliar que um direito fundamental prestacional é definitivo na medida em que o exija o princípio da liberdade fática, e haja afetação do princípio da democracia, assim como a competência orçamentária do Parlamento⁶⁷⁹, e ainda de princípios materiais opostos, em medida relativamente reduzida, afirmando, conforme a síntese de Lobo Torres, que

(...) “a força do princípio da competência orçamentária do legislador (*die Kraft des Prinzips des Haushaltskompetenz des Gesetzgebers*) não é ilimitada”, “nem é um princípio absoluto (*es ist kein absolutes Prinzip*): “direitos individuais podem ter mais peso do que fundamentos de política financeira (*finanzpolitische Gründe*)”.⁶⁸⁰

As leis orçamentárias brasileiras ostentam, historicamente, desvios e distorções de monta, não sendo alocados, freqüentemente, recursos suficientes para áreas de atendimento prioritário⁶⁸¹, o que tem constituído, tantas vezes, a causa da substituição da atuação do legislador e do administrador público pelo Judiciário.

Em situação de desconformidade da alocação de recursos, na peça orçamentária, para com as prioridades constitucionalmente estabelecidas, o orçamento pode e deve ser corrigido pelo Poder Judiciário, segundo o entendimento de Andreas Joachim Krell⁶⁸², aqui integralmente perfilhado.

Ademais, é curioso que se procure erigir o orçamento em barreira intransponível à realização dos direitos fundamentais sociais, na medida em que o mesmo é interpretado, pelas autoridades políticas, como *autorizativo*, e não vinculante. Nas palavras de Krell:

Perante esta caracterização, torna-se ainda mais lamentável o fato de que, no Brasil, não há vinculação legal dos governos de executar os orçamentos, isto é, os agentes do Poder Executivo nos três níveis federativos não são obrigados a aplicar os recursos financeiros previstos pela lei orçamentária para determinadas tarefas e serviços sociais. Como consequência, muitos governantes interpretam a aprovação do Legislativo à sua proposta orçamentária não como *imposição*, mas simples *autorização* para gastar dinheiro nas respectivas áreas.⁶⁸³

⁶⁷⁸ ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales** cit, p. 491. Tradução livre do autor. Texto original: “... de acuerdo com los principios de la división de poderes y de la democracia, la decisión sobre el contenido de los derechos fundamentales sociales no cae dentro de la competencia de los tribunales de justicia sino en la del ‘legislador directamente legitimado por el pueblo’. Por lo tanto, los tribunales pueden decidir en el ámbito de los derechos fundamentales sociales sólo si el legislador ya ha decidido.”

⁶⁷⁹ ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales** cit, pp. 494-495.

⁶⁸⁰ TORRES, R. L. Mínimo existencial cit., p. 82. ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales** cit, p. 495.

⁶⁸¹ KRELL, A. J. Op. cit. p. 99.

⁶⁸² KRELL, A. J. Ibidem.

⁶⁸³ KRELL, A. J. Idem, p. 100.

Também Sandoval Alves da Silva, em sua monografia especificamente voltada para a questão das leis orçamentárias como instrumentos de implementação dos direitos sociais, conclui pela possibilidade do controle de constitucionalidade de tais diplomas normativos.⁶⁸⁴

Desse modo, a literatura jurídica mais atualizada tem considerado perfeitamente possível a correção da alocação de recursos orçamentários pelo Poder Judiciário sempre que estes ostentem caráter arbitrário ou não traduzam as prioridades constitucionalmente consagradas.

Considerar, ainda, a *escassez ficta* ou *jurídica* como sendo apta a sustentar a inexigibilidade dos direitos fundamentais sociais implica uma aproximação ou uma quase identificação da *reserva do possível* da teoria das normas programáticas e da doutrina das normas constitucionais de eficácia limitada.

A idéia de normas constitucionais dependentes de interposição legislativa para sua vinculatividade não é recente. Já Ruy Barbosa, inspirando-se em doutrina norte-americana acerca da aplicabilidade e da eficácia das normas constitucionais, as classificara em *self-executing* e *non-self-executing*⁶⁸⁵, ou seja, auto-executáveis e não-auto-executáveis, compreendidas as primeiras como aquelas normas aplicáveis diretamente a partir do texto constitucional e as segundas como as normas constitucionais inexecutáveis enquanto não desenvolvidas pelo legislador.⁶⁸⁶ Tal idéia faria escola no Brasil, como é sabido.

Segundo Jacqueline Michelins Bilhalva, sintetizando o entendimento de Ruy Barbosa, as normas não-auto-executáveis poderiam ser compreendidas como aquelas que estariam a reclamar seja a designação de órgãos ou autoridades com incumbência para a execução da matéria sobre a qual verse a norma constitucional, seja a criação de processos especiais para a execução da norma ou ainda a integração da norma constitucional por outras que lhe completem o alcance e sentido ou que lhe especifiquem o conteúdo.⁶⁸⁷

Observa a autora, ainda, que para o jurista brasileiro a *regra* em matéria de disposições constitucionais seriam as normas *non-self-executing*, a despeito de suas afirmações acerca da natureza imperativa das normas constitucionais.⁶⁸⁸

O jurista italiano Gaetano Azzariti, por sua vez, desenvolveu uma classificação tríplice das normas constitucionais, distinguindo as *normas diretivas* ou *programáticas* das *normas preceptivas de aplicação direta e imediata* e das *normas preceptivas de aplicação direta e*

⁶⁸⁴ Segundo o autor “para que as leis orçamentárias sejam sindicáveis, propõe-se a análise, com base na ponderação de princípios, da constitucionalidade de tais leis, vindicando-se a superação das teses de apreciação restrita do Supremo Tribunal Federal, como leis de efeitos concretos, leis temporárias e inconstitucionalidades reflexas.” SILVA, S. A. da. Op. cit. p 249.

⁶⁸⁵ Ou as expressões sinônimas *self-enforcing* e *non-self-enforcing*, bem como *self-acting* e *non-self-acting*, citadas por Pontes de Miranda. MIRANDA, Pontes de *apud* BILHALVA, J. M. **A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 34.

⁶⁸⁶ BILHALVA, J. M. Idem, p. 26.

⁶⁸⁷ BILHALVA, J. M. Idem, p. 27.

⁶⁸⁸ BILHALVA, J. M. Ibidem.

mediata.⁶⁸⁹ Nas palavras de Azzariti, ao discorrer sobre a primeira categoria de normas constitucionais

(...) no fundo, estas normas, sob um determinado aspecto, *nem são normas jurídicas verdadeiras* e próprias, porque o *programa* que elas traçam está destinado a ser *atuado pelo legislador* quando as circunstâncias oferecem esta *possibilidade*; assim que, definitivamente, embora o valor ético e político do empenho seja inegável, a atuação concreta é deixada ao futuro legislador, *que poderia também não cuida-la absolutamente, ou fazê-la em mínima parte, e que, em todo caso, não violaria a Constituição se não o fizesse*.⁶⁹⁰ (itálicos ausentes do original).

Tal modelo de pensamento insere-se em corrente que dominará a literatura constitucionalista durante um longo período, conforme observa José Carlos Vasconcellos dos Reis

Até meados do século XX, um largo setor da doutrina negava a natureza jurídica das normas programáticas, reduzindo-as a um mero programa de normas jurídicas futuras, com valor puramente político ou ético.[...] Giorgio Del Vecchio, em sua obra clássica de Filosofia do Direito, afirmou categoricamente que as normas dessa natureza, por faltar-lhes conteúdo imperativo, não teriam significado propriamente *jurídico*, mas apenas *moral e político*.⁶⁹¹

De se destacar que, no Brasil, Pontes de Miranda seria outro nome da doutrina brasileira que adotaria a concepção segundo a qual as regras auto-executáveis seriam aquelas que auto-suficientes para aplicação, prescindindo de regulamentação, complementação ou suplementação para tanto, adotando, desta forma, a idéia de normas constitucionais programáticas.⁶⁹²

Pontes de Miranda chegou a sustentar entendimento no sentido de que mesmo as normas auto-executáveis poderiam ser programáticas, na medida em que distinguia cogência – a aplicabilidade independentemente da anuência dos implicados – de auto-aplicabilidade, compreendida como possibilidade de aplicação imediata da norma.⁶⁹³

O jurista italiano Vezio Crisafulli, por sua vez, distinguia-se de seus contemporâneos por sua compreensão acerca da eficácia do que então se convencionava denominar *normas constitucionais programáticas*, compreendendo que todas as normas constitucionais eram

⁶⁸⁹ BILHALVA, J. M. Idem, p. 28. Esclarece a autora que para o Azzariti apenas as normas preceptivas de aplicação direta e imediata constituiriam verdadeiros comandos jurídicos, em sentido próprio, eis que as normas preceptivas de aplicação direta e mediata estariam a reclamar a integração por outras normas jurídicas para sua exeqüibilidade. Ibidem.

⁶⁹⁰ AZZARITI, Gaetano *apud* BILHALVA, J. M. Ibidem. Os passos inaugurados pela classificação de Gaetano Azzariti são seguidos por Ugo Natoli, conforme aponta Bilhalva, que entende que as normas constitucionais em *diretivas*, *programáticas* ou de *eficácia diferida* consistiriam em “máximas”, “conselhos”, “instruções”, “advertências” ou “programas”. Ibidem. À doutrina das normas programáticas na Itália se oporá Vezio Crisafulli, como se verá. Canotilho, ao narrar a compreensão da doutrina constitucionalista clássica acerca das referidas normas de eficácia programática ou diretiva, fala em “simples programas”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, “aforismos políticos”, “promessas” e “apelos ao legislador”. CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 1176.

⁶⁹¹ REIS, J. C. V. dos. Op. cit. p. 23. Trata-se da idéia fundamental que encontrava-se à base da distinção, hoje superada e reconhecidamente insustentável, de *aktuelle Rechtsnorm* e *Programmsatz*, ou seja, entre norma atual e regra programática. CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 1177.

⁶⁹² BILHALVA, J. M. Op. cit. p. 34.

⁶⁹³ BILHALVA, J. M. Idem, pp. 34-35.

dotadas de eficácia, mesmo as programáticas, e adotando uma classificação diversa, dúplice, que distinguia entre *normas constitucionais de eficácia plena e de aplicação imediata* e *normas constitucionais de eficácia diferida*, categoria na qual estariam abrangidas as normas de legislação e as normas ditas programáticas.⁶⁹⁴

As normas programáticas difeririam das normas de eficácia plena e de aplicação imediata, segundo Crisafulli apenas na medida em que indicavam apenas os fins, não assim os meios de consecução de tais fins, o que redundaria na outorga de uma posição jurídica aos seus titulares menos consistente do que a outorgada pelas primeiras.⁶⁹⁵

A doutrina de Crisafulli distinguia-se significativamente daquela de Gaetano Azzariti na medida em que compreendia que diversamente das *normas constitucionais de eficácia diferida* dependentes de legislação, as *normas constitucionais programáticas* seriam preceptivas, vinculantes e obrigatórias, especialmente para o Estado e para o Poder Legislativo. Assim, Crisafulli concebia que todas as disposições constitucionais, mesmo as de princípio, ostentariam dupla eficácia normativa, consistente, para além da eficácia imediata, que compreenderia a eficácia negativa, interpretativa e integrativa, uma eficácia mediata.⁶⁹⁶ Para o autor italiano, as normas constitucionais programáticas seriam

(...) em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes.⁶⁹⁷

Retornando ao contexto brasileiro, de se consignar que José Horácio Meirelles Teixeira, criticando as classificações anteriores, propõe a classificação das normas constitucionais em *normas de eficácia plena* e *normas de eficácia limitada ou reduzida*.⁶⁹⁸

Para o autor, ainda na esteira das lições de Jacqueline Michels Bilhalva, as *normas de eficácia plena* seriam aquelas aptas a produzir, desde sua promulgação, todos os seus efeitos essenciais, compreendidos como os objetivos pretendidos pelo constituinte, em virtude de ter este provido normatividade suficiente para a incidência direta e imediata.⁶⁹⁹

Já a segunda categoria proposta pelo autor, qual seja, a das *normas de eficácia limitada ou reduzida*, compreenderia as normas que não produziriam de imediato, logo após sua

⁶⁹⁴ BILHALVA, J. M. Idem, pp. 29-30. No mesmo sentido José Carlos Vasconcellos dos Reis: "... um grande marco rumo à superação de tal mentalidade foram, sem dúvida, os escritos de Vezio Crisafulli, compilados sobretudo no clássico *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, de 1952. Nessa obra, demonstra-se a natureza verdadeiramente jurídica de todos os preceitos insertos no texto constitucional, inclusive os princípios e as normas programáticas." REIS, J. C. V. dos. Op. cit. p. 23. No mesmo sentido, AMARAL, G. Op. cit. pp. 121-122.

⁶⁹⁵ REIS, J. C. V. dos. Op. cit. p. 36.

⁶⁹⁶ BILHALVA, J. M. Op. cit. pp. 30-31.

⁶⁹⁷ REIS, J. C. V. dos. Op. cit. p. 36.

⁶⁹⁸ BILHALVA, J. M. Op. cit. p. 37.

⁶⁹⁹ BILHALVA, J. M. Idem, p. 38.

promulgação, todos os seus efeitos essenciais – i.e., visados pelo constituinte – na medida em que não ostentariam normatividade suficiente em sua origem, por dependerem de complementação, incidindo, portanto, apenas indireta e mediatamente, estabelecendo apenas princípios, critérios gerais ou diretrizes a serem desenvolvidas legislativamente.⁷⁰⁰

A mais célebre das classificações em tal linha, em nosso meio, é a de José Afonso da Silva, para quem as normas constitucionais dividem-se, quanto a seu grau de eficácia, em *normas constitucionais de eficácia plena*, *normas constitucionais de eficácia contida* e *normas constitucionais de eficácia limitada*.⁷⁰¹

Para o autor, as *normas constitucionais de eficácia plena* seriam aquelas que produziram ou estariam em condições de produzir, desde sua entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, compreendidos no mesmo sentido em que estes são compreendidos por José Horácio Meirelles Teixeira, em virtude de gozarem de um grau suficiente de normatividade que lhes outorga aplicabilidade direta, imediata e integral.⁷⁰²

Já as *normas constitucionais de eficácia contida* seriam, para José Afonso da Silva, aquelas normas que embora incidissem imediatamente e produzissem todos os seus efeitos, ou estivessem em condições de fazê-lo, poderiam ser restringidas ou limitadas, em circunstâncias determinadas.⁷⁰³

Por fim a categoria das *normas constitucionais de eficácia limitada* compreenderia, para Silva, aquelas normas que não foram dotadas, pelo legislador constituinte, de normatividade suficiente para produzirem, logo por ocasião de sua entrada em vigor, os efeitos essenciais visados por aquele, reclamando o desenvolvimento legislativo ulterior que lhes outorgue eficácia, embora não negue o autor que mesmo tal categoria de normas constitucionais gozaria de uma normatividade mínima, notadamente a eficácia negativa, que inquinaria de inconstitucionalidade qualquer disposição infraconstitucional, anterior ou posterior, com ela incompatível.⁷⁰⁴

No que se refere às *normas constitucionais programáticas*, a construção caiu em descrédito e desuso em virtude do paulatino e ora consolidado processo de afirmação da força normativa da constituição, na terminologia de Konrad Hesse, ou da constituição como norma, na expressão de Garcia de Enterría, conforme observa José Joaquim Gomes Canotilho, visões estas segundo as quais o direito constitucional, em todas as suas normas, sejam elas regras ou princípios, e ainda que se reconheçam variadas densidades normativas, valem como direito positivo.⁷⁰⁵

⁷⁰⁰ BILHALVA, J. M. Ibidem.

⁷⁰¹ SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 82-83. BILHALVA, J. M. Op. cit. pp. 41-42.

⁷⁰² SILVA, J. A. da. Op. cit. p. 82. BILHALVA, J. M. Op. cit. p. 41.

⁷⁰³ SILVA, J. A. da. Op. cit. p. 82. BILHALVA, J. M. Op. cit. p. 41.

⁷⁰⁴ SILVA, J. A. da. Op. cit. pp. 82-83. BILHALVA, J. M. Op. cit. p. 42.

⁷⁰⁵ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 1176.

Tal orientação, hoje remansosa e consolidada na doutrina e na jurisprudência, sepultou a categoria das normas constitucionais programáticas, conforme admite Canotilho, ao afirmar que “precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da ‘morte’ das *normas constitucionais programáticas*”.⁷⁰⁶

Conforme bem explicita o autor lusitano, não há mais falar em eficácia programática ou diretiva, eis que toda norma constitucional é, necessariamente, obrigatória, de acordo com o entendimento vanguardista de Vezio Crisafulli, e eventual intermediação legislativa não retira a positividade autônoma das normas constitucionais legislativamente desenvolvidas. Antes, é a concretização imposta pelas normas-fim ou normas-tarefa, em tempos já idos nominadas programáticas, que justifica a atividade concretizadora do legislador. Não há mais falar, portanto, de normas jurídicas de eficácia atual em contraposição a normas constitucionais de eficácia programática.⁷⁰⁷

E dada sua força vinculante, as normas outrora reputadas programáticas, atualmente compreendidas como normas-fim ou normas-tarefa, isto é, como aquelas normas que determinam o atingimento de determinados resultados sem indicar os meios para a consecução de tal tarefa, impõem-se ao legislador, ao administrador e ao Poder Judiciário, através de tribunais e magistrados que, conforme rememora José Canotilho, têm acesso à Constituição.⁷⁰⁸

Possuem, além do efeito que lhes é central, o positivo ou determinador da concretização da tarefa imposta ou do atingimento de resultado determinado, efeito derogatório ou invalidante de atos normativos para com elas negativos, atuando, em tal sentido, como *limites negativos*, inclusive à liberdade de conformação do legislador⁷⁰⁹ e com a discricionariedade deste em matéria orçamentária, como se verá. Assim, operou-se a inversão da subversão outrora representada pela subordinação da eficácia das normas constitucionais ao desenvolvimento pelo legislador ordinário.

Diante da consolidação da teoria da força normativa da Constituição, as teorias das *normas constitucionais de eficácia limitada* que, em nosso ponto de vista, praticamente se confundem com as velhas teorias das *normas constitucionais programáticas* e das *normas constitucionais non-self-executing*, as argumentações baseadas em tais marcos teóricos restaram fragilizadas e em descrédito, sendo que seus cultores buscam refugio, doravante, dentre outras teorias – como a da denominada *dificuldade contramajoritária* da jurisdição constitucional, na expressão de Roberto Gargarella⁷¹⁰ – em concepções doutrinárias tais quais a reserva do possível modificada.

⁷⁰⁶ CANOTILHO, J. J. G. Ibidem. Destaques do original.

⁷⁰⁷ CANOTILHO, J. J. G. Idem, p. 1177.

⁷⁰⁸ CANOTILHO, J. J. G. Idem, p. 1180.

⁷⁰⁹ CANOTILHO, J. J. G. Ibidem.

⁷¹⁰ GARGARELLA, R. Op. cit., *passim*.

3.4. Conseqüências das aproximações estudadas quanto à carga de racionalidade do construto.

A aproximação da reserva do possível das teorias ora sumariamente revisadas não é vazia de efeitos e significados. A carga de racionalidade que reveste a reserva do possível baseada na escassez econômica se afasta na medida em que ocorre a aproximação e mesmo indistinção entre o construto, agora já compreendido como escassez ficta ou jurídica, e as teorias restritivas da eficácia das normas constitucionais relacionadas, as quais se encontram, em grande medida, em crise, em desuso ou francamente superadas.

Assim, a inexorabilidade e o caráter irresponsável de que goza entre seus defensores se altera sensivelmente. Se, de um lado, é inegável e evidente que algo materialmente inexistente não pode ser reclamado ou outorgado, de outro lado não é indiscutível e tampouco evidente que recursos *existentes* não possam ser alocados de diversas maneiras, e que as alocações feitas de certo modo possam ser revertidas por sistemas de controle.

Logo, a reserva do possível baseada em escassez jurídica não é equivalente à reserva do possível baseada na escassez econômica. Vislumbra-se, ainda, a razão de sua crescente importância: atua como sucedâneo das esclerosadas teorias restritivas da eficácia das normas constitucionais e dos direitos fundamentais já mencionadas, com a vantagem de revestir-se de roupagem nova e aparente racionalidade irreparável, aliada à auto-evidência do senso-comum.

Estremadas, no entanto, as situações de escassez real e jurídica, por suas diferentes naturezas, resta evidenciada a aproximação e mesmo a identificação da nova doutrina de suas ancestrais, recaindo a discussão, novamente, nos superados debates envolvendo a separação dos poderes, a soberania do legislador, a doutrina das questões políticas e seu duplo autocontenção judicial, a doutrina das normas constitucionais programáticas e das normas constitucionais de eficácia limitada. Pelo que todas as objeções e contestações já opostas às teorias tradicionais pela ineficácia são oponíveis à reserva do possível baseada em escassez jurídica.

Uma vez analisada a formulação teórico-jurisprudencial em seu nasdouro e vista sua difusão global, sua recepção no Brasil e sua mutação, assim como iniciada a análise de seu tríplice aspecto contemporâneo, de se avaliar ainda a seletividade que tem orientado a utilização do argumento de escassez, sob a ótica dos custos dos direitos, para, a partir de tal perspectiva, fazer-lhe a crítica.

4. A seletividade da reserva do possível e seu caráter ideológico.

Como é sabido e conforme já explorado em tópicos anteriores, é clássica e recorrente, na teoria dos direitos humanos, assim como na teoria dos direitos e garantias fundamentais, a distinção entre direitos negativos e direitos positivos, no sentido da atitude exigida da

estatalidade para seu respeito e sua efetivação – supostamente uma atitude passiva e uma atitude ativa, respectivamente – assim como no respectivo custo econômico de efetivação.

Com base em tal distinção tradicional, firmou-se um *sensu comum* no sentido de que os direitos negativos ou de defesa gozariam de plena eficácia, exequibilidade e justiciabilidade, ao passo que outros direitos, especialmente os de caráter positivo ou prestacional, como a maior parte dos direitos sociais, estariam sempre condicionados, seja ao desenvolvimento legislativo, seja sujeitos à existência de recursos ou ao montante dos recursos disponíveis, notadamente às dotações orçamentárias, conforme já visto.

O fundamento de tal distinção repousaria sobretudo na *pressuposição* de que a efetivação dos *direitos prestacionais* seria necessariamente de alto custo, de um lado, e, de outro lado, na *pressuposição* de que a efetivação dos direitos ditos *negativos* teria caráter gratuito ou pouco custoso, razão pela qual a realização dos primeiros seria mais dificultosa e, portanto, sujeita a entraves em maior medida⁷¹¹. Este é o mesmo tipo de pensamento que se infiltrou no conceito de reserva do possível, conforme visto.

No final da década de 90 foi publicado um importante estudo da lavra dos professores norte-americanos Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, intitulado *The cost of rights: Why Liberty Depends on Taxes*, ou seja, *O custo dos direitos: por que as liberdades dependem de impostos*.⁷¹²

O título fala por si e é altamente sugestivo, na medida em que evoca justamente uma *relação de dependência* entre as *liberdades* ou direitos classicamente encarados como dependentes de mera abstenção estatal, e os recursos públicos, essencialmente decorrentes de impostos (*taxes*).

Em tal obra os autores demonstram, inclusive empiricamente, com base em dados relativos às finanças públicas dos Estados Unidos da América, que não apenas os *welfare rights*, os seja, os direitos de bem-estar, como os direitos sociais, dependem de grandes volumes de recursos para sua realização, mas também os direitos civis e políticos mais elementares não prescindem de pesadas alocações de recursos para sua efetivação.⁷¹³ Do conteúdo do referido

⁷¹¹ É o que se depreende da análise comparativa feita por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein entre os casos *Roe v. Wade* e *Maher v. Roe*, ambos julgados pela Suprema Corte Norte Americana, no primeiro dos quais se reconheceu o direito constitucional da mulher optar pelo aborto sem intromissões estatais, e no segundo dos quais se assentou, por outro lado, entendimento no sentido de que a constituição não fundamenta um direito ao custeio do aborto através de recursos do erário. Em síntese, a idéia subjacente é, conforme observam os autores, a de que “imunidade contra a invasão pelo Estado não envolve uma significativa titularidade em relação a recursos financeiros.” Tradução livre do autor. Texto original: “immunity from invasion by the state involves no significant entitlement to financial resources”, bem como a compreensão de que “while action is costly, inaction is relatively cheap, or perhaps free.” HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. **The Cost of Rights**. Why Liberty Depends on Taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999, pp. 36-37. Nos Estados Unidos a distinção é referida, ainda, como *liberties* e *subsidies*. Idem, p. 39.

⁷¹² HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. **The Cost of Rights**. Why Liberty Depends on Taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

⁷¹³ A manutenção de cortes e tribunais, pré-condição para o exercício e a garantia de quaisquer direitos e liberdades, inclusive a propriedade, são de manutenção onerosa, conforme constata os autores: “As despesas de operação das cortes norte-americanas chegam mesmo à casa dos bilhões de dólares todos os anos, e o contribuinte estadunidense paga a conta.” Tradução livre do autor. Texto original: “The operating expenses of American courts alone run in the

livro será explorado aqui, sobretudo, a parte primeira, que trata da necessidade de recursos para a proteção dos direitos através do Estado.

O estudo em referência demonstra, como se verá, o enorme consumo de recursos públicos exigido para a viabilização de direitos civis ou clássicos como, por exemplo, para a segurança pública – garantia da liberdade e propriedade individuais e coletivas –, para a proteção da propriedade e para a execução dos contratos.

A obra teve enorme repercussão e pode-se afirmar que esvaziou e pôs por terra a tradicional distinção *essencial* entre direitos de defesa e direitos prestacionais baseada nos custos, na medida em que demonstrou que *todos os direitos custam dinheiro*, e que muitos dos direitos tidos como negativos custam muito dinheiro.

Defende-se aqui que desde a publicação de *The Cost of Rights* torna-se insustentável a distinção anacrônica entre direitos de defesa e direitos a prestações, no que se refere ao custo, pelo que se justifica uma incursão, ainda que breve, nas principais passagens da obra.

Logo na introdução, intitulada *common sense about rights*, Stephen Holmes e Cass Sunstein demonstram, a partir de um incêndio ocorrido em Westhampton, Long Island Hamptons, nos EUA, em 26 de agosto de 1995 que foi rapidamente debelado, salvando-se vidas e propriedades, graças ao engajamento de voluntários, mas, também e principalmente, graças ao aparelho estatal e seus recursos. Segundo os autores

Financiamento público para tal tipo de “rede de segurança” que favoreceu os proprietários de casas de Westhampton é amplo e profundo, mas, ao mesmo tempo, os Americanos percebem facilmente que direitos e liberdades individuais dependem fundamentalmente de uma ação estatal vigorosa. Sem governo efetivo, os cidadãos americanos não poderiam gozar de sua propriedade privada da forma como o fazem.⁷¹⁴

São ainda mais explícitos ao afirmar que “o domínio privado que tanto valorizamos é suportado e mesmo criado pela ação pública”, afirmando desde logo o que constitui, s.m.j., o valor essencial de seu trabalho, nas seguintes palavras:

Direitos não podem ser protegidos ou efetivados sem recursos públicos e suporte público. *Isto é verdadeiro para os velhos direitos e para os novos direitos*, para os direitos dos americanos antes como depois do New Deal de Franklin Delano

billions of dollars every year, and the American taxpayer picks up the tab.” HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 54.

⁷¹⁴ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 14. Tradução livre do autor. Texto original: “Public support for the kind of ‘safety net’ that benefited the home owners of Westhampton is broad and deep, but at the same time, Americans seem easily to forget that individual rights and freedoms depend fundamentally on vigorous state action. Without effective government, American citizens would not be able to enjoy their private property in the way they do.” O exemplo nos traz a mente, inevitavelmente, a necessária e indispensável – apesar do discurso (neo)liberal dominante – intervenção do Governo norte-americano na economia por ocasião da recente – ainda em curso por ocasião da redação do presente estudo – crise imobiliária, impedindo que, com a bancarrota em cascata de mais instituições financeiras, as pessoas sejam lesadas em seus direitos individuais de propriedade. Os autores mitigam fortemente a distinção entre o que é público e o que é privado, ao observarem que “Every day, every hour, private catastrophes are averted and mitigated by the public expenditures that are sometimes large, even massive, but that often go unrecognized.” HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Ibidem.

Roosevelt. *Tanto* os direitos de bem-estar e o direito a propriedade privada têm *custos públicos*. O direito da liberdade contratual comporta custos públicos *não menos* do que o direito aos cuidados médicos, o direito da liberdade de expressão *não menos* do que o direito a uma moradia decente. *Todos os direitos* reclamam aportes do tesouro público.⁷¹⁵ (itálicos ausentes do original).

A *démarche* de Holmes e Sunstein é a seguinte: direitos, *quaisquer que estes sejam*, não prescindem do Estado e de sua ação, e o Estado, por sua vez, depende de dinheiro.⁷¹⁶ Adotando uma perspectiva realista de direitos⁷¹⁷, que compreendemos como meramente descritiva, os autores proporcionam um avanço teórico na compreensão dos direitos através do seguinte iter intelectual: o custeio dos direitos essencialmente por impostos, não assim por taxas, implica o reconhecimento de que os *direitos individuais* possuem a *natureza de bens públicos*. Nas palavras dos autores:

O direito norte-americano delinea uma importante distinção entre um “imposto” e uma “taxa”. Impostos são arrecadados junto à comunidade como um todo, sem importar quem recebe os benefícios dos serviços públicos financiados desse modo. Taxas, por oposição, são cargas que recaem sobre beneficiários específicos, na

⁷¹⁵ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 15. Tradução livre do autor. Texto original: “Rights cannot be protected or enforced without public funding and support. *This is just as true of old rights as of new rights*, of the rights of Americans before as well after Franklin Delano Roosevelt’s New Deal. *Both* the right to welfare and the right to private property have *public costs*. The right of freedom of contract has public costs *no less than* the right to health care, the right to freedom of speech *no less than* the right to decent housing. *All rights* make claims upon the public treasury.” Os autores fornecem outros interessantes exemplos que demonstram como o respeito e a efetivação de direitos negativos e de liberdades clássicas implicam em elevados custos. De um lado, logo no início da obra, nos agradecimentos (*Acknowledgements*), os autores informam que o livro deita suas raízes na percepção, surgida por ocasião de discussões no *Centro sobre o Constitucionalismo do Leste Europeu da Universidade de Chicago*, especialmente pela tomada de consciência acerca das condições fiscais para a efetivação dos direitos, tomando como problema de base a sub-proteção das liberdades básicas nos Estados do Leste Europeu. Segundo os autores, aqueles estudos demonstram que “a grande experiência da Rússia com o processo do júri, para escolher um exemplo típico, falhou quanto começou a consumir 25 por cento dos já inadequados orçamentos das cortes locais.” (No original: “Russia’s great experiment with the jury trial, to choose a typical example, went awry when it began to consume 25 percent of already inadequate local court budgets.”) HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 09. Tal problema-base revela a dependência de *qualquer* direito justiciável em relação aos recursos orçamentários. Outro exemplo excepcional fornecido pelos autores é aquele do custo de efetivação da liberdade de locomoção na África do Sul. Nas palavras dos autores: “A liberdade de locomoção foi criada na África do Sul com a abolição das famosas leis anteriores. Mas os custos públicos com a construção de uma infra-estrutura urbana – suprimentos de água, sistemas de esgoto, escolas, hospitais e assim por diante – para milhões que, valendo-se de sua nova liberdade de movimento, inundaram as cidades, partindo de todos os lados do país, é comprovadamente astronômicamente elevado.” Tradução livre do autor. Texto original: “Freedom of movement was created in South Africa by the abolition of the notorious pass laws. But the public costs of building urban infrastructure – water supply, sewage systems, schools, hospitals, and so forth – for the millions who, using their newly won freedom of movement, have flooded from the countryside into cities, is proving astronomically high.” HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, pp. 22-23.

⁷¹⁶ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 15.

⁷¹⁷ “Na ausência de uma autoridade política que esteja disposta e seja capaz de intervir, os direitos permanecem uma promessa vazia e, não representam qualquer ônus para nenhum tesouro público. (...) Na prática, direitos tornam-se mais do que declarações somente se eles conferem poderes em corpos cujas decisões são legalmente vinculantes (como não o fazem, por exemplo, os direitos morais anunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948). Como regra geral, indivíduos desafortunados que não vivem sob um governo incapaz de tributar e de proporcionar um remédio efetivo não tem direitos legais. Ausência de Estado implica ausência de direitos. Um direito legal existe, em realidade, somente quando e se ele tem custos orçamentários.” Tradução livre do autor. Texto original: “In the absence of a political authority that is willing and able to intervene, rights remain a hollow promise and, at present, place no burdens on any public treasury. (...) In practice, rights become more than declarations only if they confer power on bodies whose decisions are legally binding (as the moral rights announced in the United Nations Declaration of Human Rights of 1948, for example, do not). As a general rule, unfortunate individuals who do not live under a government capable of taxing and delivering an effective remedy have no legal rights. Statelessness spells rightslessness. A legal right exists, in reality, only when and if it has budgetary costs.” HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 19.

proporção dos serviços que eles pessoalmente recebem. Os direitos individuais dos americanos, incluindo o direito à propriedade privada, são geralmente financiados por impostos, não por taxas. Esta fórmula de financiamento da maior importância assinala que, sob o direito norte-americano, direitos individuais são bens públicos, e não privados.⁷¹⁸

A caracterização dos direitos individuais como bens públicos nos parece fundamental⁷¹⁹. A partir do estudo dos autores começa a ficar cada vez mais claro que a distinção tradicional entre direitos negativos e direitos positivos, no sentido de seu custo, é amplamente arbitrária e seletiva: simplesmente enfatiza-se, acerca dos “novos direitos” – os *welfare rights* – que estes possuem um alto custo de efetivação, ignorando-se e ocultando-se – ideologicamente – que todos os direitos, compreendidas as liberdades civis mais elementares, possuem custos, não raro de monta.⁷²⁰

O capítulo I do livro, intitulado *All Rights Are Positive*, demonstra, portanto, a tese essencial de que não existem direitos sem custos, compreendidos os direitos ideologicamente classificados como “negativos”. Após abordar a *futilidade da dicotomia* (*the futility of dichotomy*) e seu apelo (*the lure of dichotomy*)⁷²¹, deixando clara a relação da distinção entre *immunities* e *entitlements* para com o debate político e as posições críticas ao Estado de bem-

⁷¹⁸ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 21. Tradução livre do autor. Texto original: “American law draws an important distinction between a ‘tax’ and a ‘fee.’ Taxes are levied on the community as a whole, regardless of who captures the benefits of the public services funded thereby. Fees, by contrast, are charge to specific beneficiaries in proportion to the services they personally receive. The individual rights of Americans, including the right to private property, are generally funded by taxes, not by fees. This all-important funding formula signals that, under American law, individual rights are public not private goods.”

⁷¹⁹ Com base em tal distinção, os professores norte-americanos afirmam: “Nenhum dos adversários do Poder estatal pode ser consistentemente defensor de direitos individuais, porque os direitos consistem em uma aplicação uniformizada, imposta pelo governo e financiada pelo público.” Tradução livre do autor. Texto original: “All-out adversaries of state Power cannot be consistent defenders of individual rights, for rights are an enforced uniformity, imposed by the government and funded by the public.” HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 58.

⁷²⁰ O caráter ideológico da distinção entre “categorias” de direitos resta evidenciado quando, no que se refere a certos direitos, ainda que de alto custo, a questão dos custos é ignorada. Assim, por exemplo, as indenizações por desapropriações, compensatórias da violação do direito “negativo” de propriedade: “Só como uma evidência, o direito à uma indenização razoável pela propriedade confiscada sob o poder do domínio eminente tem custos orçamentários consideráveis.” Tradução livre do autor. Texto original: “Just as plainly, the right to reasonable compensation for property confiscated under the power of eminent domain has substantial budgetary costs.” HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 25. Os autores exemplificam, ainda, com os custos envolvendo o devido processo legal, o direito ao duplo grau de jurisdição, dentre outros, como direitos de elevado custo de efetivação. Nas palavras dos autores, se tempo é dinheiro, “court time is taxpayers money”. Idem, p. 26. Ademais a analogia existente entre a dicotomia em questão e duas compreensões antagônicas de Estado torna seu caráter ideológico ainda mais evidente: “A distinção talvez ganhe sua plausibilidade inicial porque ela pareça filiar-se à oposição politicamente mais familiar entre pequeno governo e grande governo.” Tradução livre do autor. Texto original: “The distinction gains its initial plausibility, perhaps, because it seems to track the politically more familiar contrast between small government and big government.” Idem, p. 39. Mais adiante, o caráter valorativo e a conotação política das posições é colocada às claras: “Enquanto os liberais norte-americanos tipicamente associam os direitos à propriedade e ao contrato com egoísmo imoral, os conservadores norte-americanos vinculam as liberdades privadas à autonomia moral. Os progressistas vinculam a titulação de direitos prestacionais à solidariedade generosa, enquanto os conservadores libertários conectam as esmolas de bem-estar com dependência doentia. Avaliações opostas são adotadas, mas o esqueleto conceitual é o mesmo.” Tradução livre do autor. Texto original: “While American liberals typically associate rights of property and contract with immoral egoism, American conservatives link private liberties to moral autonomy. Progressives trace entitlements to generous solidarity, while libertarian conservatives connect welfare handouts to sickly dependency. Opposite evaluations are attached, but the conceptual skeleton is the same.” Idem, p. 42. O problema se coloca quando se percebe que o esqueleto conceitual em si mesmo possui uma base ideológica bem definida.

⁷²¹ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, pp. 37-43.

estar social regulador⁷²², os autores assumem que, a despeito de sua difusão tanto entre conservadores quanto entre progressistas “sob exame, o contraste entre dois tipos fundamentais de direitos é mais enganoso do que poderíamos esperar, e muito menos claro e simples do que nossa Suprema Corte assumiu.”⁷²³

Partindo da máxima “*where is a right, there is a remedy*” – onde há um direito há um remédio –, os autores abordam a questão do custo dos direitos, afirmando que direitos que possam ser legalmente exercidos/aplicados (*legally enforced*⁷²⁴) são *necessariamente* positivos (“*What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights*”), eis que, nas palavras dos autores, “*Rights are costly because remedies are costly*”: “A aplicação do direito é cara, especialmente a aplicação uniforme e justa; e direitos legais são vazios até o ponto em que permanecem sem aplicação.”⁷²⁵

Os autores afirmam que a liberdade pessoa não pode ser assegurada pela mera limitação em face da interferência do Estado, e que todos os direitos exigem uma resposta governamental positiva, concluindo que se direitos fossem meramente imunidades em face do Poder Público, a virtude do governo seria a paralisia e a incapacidade.⁷²⁶

Holmes e Sunstein observam que “um estado incapacitado não pode proteger liberdades pessoais”, sendo que “todos os direitos são custosos porque todos os direitos pressupõem financiamento pelo contribuinte de uma maquinaria de efetiva supervisão para monitoramento e aplicação”.⁷²⁷

⁷²² HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, pp. 40-41. Curiosamente, segundo a narrativa de Holmes e Sunstein, tanto conservadores quanto progressistas aderem à dicotomia (ibidem), o que demonstra seu caráter hegemônico, haja vista que nem sequer os críticos às idéias e valores subjacentes à distinção – isto é, os progressistas – conseguem raciocinar fora do âmbito das idéias e dos valores dominantes. Segundo os autores, “uma mesma distinção, com efeito, serve amavelmente a duas visões opostas.” Tradução livre do autor. Texto original: “one and the same distinction, in effect, obligingly serves two contrary outlooks.” HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 42.

⁷²³ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 43.

⁷²⁴ O verbo *to enforce*, utilizado pelos anglófonos para referir-se à aplicação do direito, não possui tradução para inúmeras línguas, como as neolatinas. A observação é de DERRIDA, Jacques. Force de loi. Le “fondement mystique de l’autorité”. In : **Cardozo Law Review**, v. 11, ns. 5-6, jul./ago. 1990, p. 924 : “Há em vossa língua um certo número de expressões idiomáticas que sempre me pareceram bastante preciosas por não ter qualquer equivalente estrito em francês. Eu citaria pelo menos *duas*, antes mesmo de começar, que não são livres de relação com aquilo que eu gostaria de tentar dizer esta tarde (...) A primeira é “*to enforce the law*” ou ainda “*enforceability of the law or of contract*”. Quando traduz-se para o francês “*to enforce the law*” por “aplicar a lei”, por exemplo, perde-se essa alusão direta, literal, à força que vem do interior para nos lembrar que o direito é sempre uma força autorizada, uma força que justifica-se ou que é justificada ao se aplicar, mesmo que tal justificação possa ser considerada por outro lado injusta ou injustificável.” Tradução livre do autor. Texto original: « Il y a dans votre langue un certain nombre d’expressions idiomatiques qui m’ont toujours paru assez précieuses pour n’avoir aucun équivalent strict en français. J’en citerai au moins *deux*, avant même de commencer, qui ne sont pas sans rapport avec ce que je voudrais tenter de dire ce soir. (...) La première est « *to enforce the law* » ou encore « *enforceability of the law or of contract* ». Quand on traduit en français “*to enforce the law*,” par exemple par « *appliquer la loi* », on perd cette allusion directe, littérale à la force qui vient de l’intérieur nous rappeler que le droit est toujours une force autorisée, une force qui se justifie ou qui est justifiée à s’appliquer, même si cette justification peut être jugée d’autre part injuste ou injustifiable. » Itálicos do original.

⁷²⁵ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 43. Tradução livre do autor. Texto original: “Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to extent that they remain unenforced.”

⁷²⁶ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 44.

⁷²⁷ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Ibidem. Tradução livre do autor. Texto original: “all rights are costly because all rights presuppose taxpayer funding of effective supervisory machinery for monitoring and enforcement.” Conforme observam os autores, tribunais e o restante da estrutura responsável pela tutela dos direitos é financiada pelos recursos do erário: “(...) nenhum Poder Judiciário em bom funcionamento é financeiramente independente. Nenhum sistema

Segundo os autores, para fazer valer seu direito, o prejudicado deve poder lançar mão do sistema de litigância financiado com recursos públicos, o qual deve, por sua vez, estar disponível para tal fim. Tal estrutura é de operação onerosa (*expensive*) e necessariamente financiada pelo contribuinte (*taxpayer*).⁷²⁸

Os autores observam que não apenas os tribunais representam custos significativos para o erário, na proteção de *quaisquer* direitos, inclusive de direitos reputados negativos (*immunities*), como os escritórios de proteção do consumidor (*consumer protection bureaus*), o Departamento de Justiça (*The Department of Justice*), o Conselho Nacional das Relações de Trabalho (*The National Labor Relations Board - NLRB*), a Administração de Saúde e Segurança Ocupacional (*The Occupational Safety and Health Administration – OSHA*), a Comissão para a Igualdade de Oportunidade de Emprego (*The Equal Employment Opportunity Commission – EEOC*), a Comissão Federal de Comércio (*Federal Trade Commission - FTC*) e a Comissão de Seguros e Câmbio (*Securities and Exchange Commission*)⁷²⁹, os registros públicos (*records*)⁷³⁰ dentre outros aparatos estatais, muitos cuja manutenção revela-se de alto custo.⁷³¹

Outra observação essencial dos autores é a de que em muitos casos, o custo para a efetivação dos direitos pode ter sido superior ao custo referente ao próprio dever, *in verbis*: “*In every one of these cases, the cost of enforcing rights can be chalked up to the price of enforcing their correlative duties.*”⁷³²

O capítulo dois da obra, versando sobre a necessidade de uma atuação estatal (*the necessity of Government Performance*), retomam os autores a questão da necessidade do Estado para a existência de direitos, demonstrando que o Estado não apenas aplica (*enforce*) o direito, mas o cria, modela e revisa, através da interpretação, mesmo no âmbito do direito privado (*private law*), como o direito dos contratos (*contracts*) ou dos ilícitos civis (*torts*), sendo que em

de cortes pode operar em um vácuo orçamentário.” Tradução livre do autor. Texto original: “(...) no well-functioning judiciary is financially independent. No court system can operate in a budgetary vacuum.” Idem, p. 45. Levando-se em consideração que a efetividade dos direitos depende do acesso à justiça, o custo mínimo dos direitos, na ótica dos autores, são aqueles decorrentes do recrutamento, treinamento, pagamento e outras despesas com o aparelho judiciário, com vistas à custódia de tais direitos. Ibidem. Mesmo direitos tipicamente compreendidos como negativos, como a propriedade, não prescindem da ação estatal: “O direito norte-americano protege os direitos de propriedade dos proprietários não deixando-os sozinhos, mas através da exclusão coercitiva dos não-proprietários (vale dizer, os sem-teto) que poderiam, caso contrário, ser tentados a praticar a turbacção ou o esbulho.” Tradução livre do autor. Texto original: “American law protects the property rights of owners not by leaving them alone but by coercively excluding nonowners (say, the homeless) who might otherwise be sorely tempted to trespass.” Também credores dependem da máquina estatal para fazer valer seus créditos em face dos devedores. Idem, p. 48.

⁷²⁸ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, pp. 45-46.

⁷²⁹ Segundo os dados indicados pelo autores, no ano de 1996 a FTC despendeu US\$ 31 milhões na investigação de condutas incompatíveis com a livre concorrência, assim como a SEC gastou US\$ 58 milhões acrescidos de US\$ 101 milhões adicionais para a prevenção e a supressão de fraudes no mercado securitário, também no ano de 1996. HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 73.

⁷³⁰ Registros públicos, essenciais para a propriedade, por exemplo, também consomem somas vultosas de recursos públicos. Segundo os autores, “American taxpayers expended \$ 203 million for general property and records management in 1997”. HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 65.

⁷³¹ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, pp. 46-47. Os autores indicam valores: em matéria de direitos civis, o Departamento de Justiça norte-americano gastou, no ano de 1996, 64 milhões de dólares. No mesmo ano, o NLRB gastou US\$ 170 milhões, e a OSHA representou um gasto de US\$ 306 milhões ao contribuinte estadunidense, ao passo que a EEOC representou um gasto de US\$ 233 milhões para os cofres públicos. Ibidem.

⁷³² HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 47.

tal domínio não se pode conceber uma idéia de direito contra o Estado, mas antes da exigência da intervenção do Estado.⁷³³ O mesmo se aplica, conforme demonstram os autores, aos direitos estabelecidos pela Constituição (*constitutional rights*), que exigem, para além da abstenção estatal, a ação estatal, conforme muitos exemplos ali relacionados.⁷³⁴ Afirmam os autores que

Mesmo direitos razoavelmente descritos como operando “contra” o Estado reclamam a (afirmativa) criação e fortalecimento de relações de supervisão, comando e obediência para que oficiais desonestos (incluindo oficiais de polícia e carcereiros) não se comportem de modo cruel ou discriminatório.⁷³⁵

O capítulo três do livro leva o sugestivo e aparentemente paradoxal título “No Property without Taxation”. De forma inovadora, os autores invertem o senso comum segundo o qual a tributação em geral é inimiga da propriedade, colocando-a como precondition da propriedade mesma.⁷³⁶ Segundo Holmes e Sunstein, “um sistema liberal não protege e defende a propriedade apenas. Ele define e, portanto, cria a propriedade.”⁷³⁷

A relação intrínseca e necessária entre direito e propriedade e, logo, entre Estado e propriedade, sublinhada pelos autores, conduz à questão da capacidade estatal em tributar, para custear suas atividades, e para gastar, no desempenho destas (*tax and spend*). Assim, todo o intercâmbio jurídico de mercadorias e serviços, essencial à economia, depende da capacidade financeira do Estado, implicando ônus econômicos ao erário. Observam Stephen Holmes e Cass Sunstein que

⁷³³ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, pp. 49-50. Nesses casos, observam os autores, “em não quero o governo ‘fora do meu pé’; eu o quero ‘no meu caso’”. Em direito privado, o titular do direito não precisa da abstinência do governo; ele precisa da atuação governamental.” E, mais adiante: “A própria idéia de que um determinado tipo de processo é ‘devido’ demonstra que os direitos constitucionais impõem ações positivas ao Estado.” Tradução livre do autor. Texto original: “I am not trying to get the government ‘of my back’; I am trying to get it ‘on my case’”. In private law, the rightsholder does not need government forbearance; he needs government performance.” Ibidem, p. 50. “The very idea that a certain kind of process is ‘due’ demonstrates that constitutional rights impose affirmative actions on the state.” HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 54.

⁷³⁴ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, pp. 51-54.

⁷³⁵ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 54. Tradução livre do autor. Texto original: “Even rights reasonably described as operating ‘against’ the state require the (affirmative) creation and strengthening of relations of oversight, command, and obedience so that rogue officials (including police officers and prison guards) do not behave cruelly or discriminatory.” Em síntese, concluem Holmes e Sunstein, “proteção ‘contra’ o governo é portanto indispensável sem proteção ‘pelo’ governo.” Tradução livre do autor. Texto original: “Protection ‘against’ government is therefore unthinkable without protection ‘by’ government.” Idem, p. 55. Segundo os autores, no ano de 1992, a administração da justiça norte-americana consumiu nada menos do que US\$ 94 bilhões, “incluída em tal alocação verbas destinadas à proteção dos direitos fundamentais dos suspeitos e detidos.” HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 77.

⁷³⁶ Citam, para tanto, Jeremy Bentham: “De acordo com o filósofo britânico Jeremy Bentham, ‘propriedade e direito nascem e morrem juntas. Antes das leis inexistia propriedade; excluídas as leis, toda propriedade cessa.” Tradução livre do autor. Texto original: “According to the british philosopher Jeremy Bentham, ‘property and law are born together and die together. Before the laws there was no property; take away the laws, all property ceases.”” HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 59. Citam, ainda, David Hume, filósofo escocês que definiu a propriedade privada como um monopólio concedido e mantido pela autoridade pública às expensas dos recursos públicos, bem como o jurista inglês William Blackstone, que a definiu como “a political establishment”. HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 61.

⁷³⁷ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 60. Tradução livre do autor. Texto original: “a liberal system does not merely protect and defend property. It defines and thus creates property.” Os autores fazem uma analogia interessante: em sua ótica, associar a propriedade com a liberdade em face do governo faz tanto sentido quanto associar o “direito” de jogar xadrez com a liberdade em relação às regras do xadrez. Ibidem.

A segurança das aquisições e transações depende, em um sentido elementar, da habilidade do governo de extrair recursos de cidadãos privados e aplicá-los na execução de propósitos de caráter público. Em balanço, os direitos de propriedade podem mesmo representar uma carga para o tesouro público que compete com o enorme fardo de nossos programas de assistência.⁷³⁸

Os autores tocam, ainda, em um ponto crucial ao tratar do tema dos custos oriundos do combate à criminalidade, justamente para proteger, dentre outros direitos individuais, o direito de propriedade. Segundo os mesmos, os gastos públicos norte-americanos com proteção policial e correção criminal chegaram, em 1992, à cifra de US\$ 73 bilhões.⁷³⁹

Estabelecem uma relação, bastante clara no atual ambiente de economia globalizada e capitais voláteis, entre uma atuação governamental adequada e o bom funcionamento do mercado, afirmando que o governo (*government*)

(...) deve ser capaz de criar um clima favorável aos negócios, no qual os investidores possam confiar que eles poderão colher recompensas amanhã pelos esforços feitos hoje. Sem tal estado, mercados em bom funcionamento, capazes de produzir prosperidade, são muito de surgimento e de sobrevivência muito improvável.⁷⁴⁰

Evidentemente, todas as atividades estatais voltadas a proporcionar a emergência e o crescimento de um mercado pujante e dinâmico, desde o estabelecimento dos direitos de

⁷³⁸ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 61. Tradução livre do autor. Texto original: “The security of acquisitions and transactions depend, in a rudimentary sense, on the government’s ability to extract resources from private citizens and apply them to public purposes. On balance, property rights may even place a charge upon the public treasury that vies with the burden of our massive entitlement programs.” Os autores observam que não apenas do judiciário ou das forças de segurança interna depende qualquer direito de propriedade, mas igualmente de toda uma miríade de funcionários públicos (*civil servants*) fora de tais categorias, assim como das próprias forças armadas. Idem, pp. 60 e 62, respectivamente. Observam os autores que, em 1996, foram gastos, nos EUA, US\$ 265 bilhões em matéria de defesa, além de US\$ 20 bilhões adicionais com benefícios e serviços para os veteranos de guerra. Idem, p. 62. Referindo às pré-condições estatais a qualquer liberalismo (*statist preconditions of laissez-faire*), afirmam: “O mais ardoroso libertário anti-governo tacitamente aceita sua própria dependência em relação ao governo, ainda quando retoricamente denuncia sinais de dependência nos outros. Este duplo pensamento é o coração da postura libertária norte-americana. Aqueles que propagam uma filosofia libertária – como Robert Nozick, Charles Murray e Richard Epstein – falam ternamente sobre o ‘Estado mínimo’. Mas descrever um sistema político que seja genuinamente capaz de reprimir o uso da força e a fraude como ‘mínimo’ está a sugerir, contra toda evidência histórica, que tal sistema é fácil de atingir e manter. E não o é.” Tradução livre do autor. Texto original: “The most ardent antigovernment libertarian tacitly accepts his own dependency on government, even while rhetorically denouncing signs of dependency in others. This double-think is the core of the American libertarian stance. Those who propagate a libertarian philosophy – such as Robert Nozick, Charles Murray, and Richard Epstein – speak fondly of the ‘minimal state’. But describing a political system that is genuinely capable of repressing force and fraud as ‘minimal’ is to suggest, against all historical evidence, that such a system is easy to achieve and maintain. It is not.” HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 64.

⁷³⁹ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Ibidem.

⁷⁴⁰ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Ibidem. Tradução livre do autor. Texto original: “... must be capable of creating a favorable business climate in which investors are confident that they will reap rewards tomorrow for efforts made today. Without such a state, well-functioning markets, capable of producing prosperity, are very unlikely to emerge or survive.” Infirma-se assim o libertarismo e a suposta oposição entre Estado e mercado: “Mas se direitos privados dependem essencialmente de recursos públicos, inexistente oposição fundamental entre ‘governo’ e ‘mercados livres’, não havendo contradição entre cooperação social politicamente orquestrada e liberdade individual”. Tradução livre do autor. Texto original: “But if private rights depend essentially on public resources, there can be no fundamental opposition between ‘government’ and ‘free markets,’ no contradiction between politically orchestrated social cooperation and footloose individual liberty.” Idem, pp. 64-65. E, mais além, “No sharp line can be drawn between markets and government. Markets do not create prosperity beyond the ‘protective perimeter’ of the law; they function well only with reliable legislative and judicial assistance.” Idem, p. 69. Rememorando-se que não apenas assistência legal e judicial é prestada ao mercado, mas que, em momentos de crise, como da presente crise imobiliária norte-americana, o tesouro público funciona como verdadeiro garante ou avalista do mercado.

propriedade e dos mecanismos de execução forçada dos contratos, os investimentos em infraestrutura, o combate e a prevenção a práticas contrárias à concorrência, a proteção à propriedade intelectual e industrial, a regulação do sistema bancário e o mais, longamente indicado pelos autores, custa dinheiro, que deve ser obtido pela tributação e ser adequadamente alocado através da atividade orçamentária. Lembram insistentemente Holmes e Sunstein que “para fazer tudo isso, o governo precisa, em primeiro lugar, obter dinheiro através da tributação e então alocá-lo de maneira inteligente e responsável. A efetivação de direitos do tipo pressuposto para mercados em bom funcionamento envolve ‘tributação e despesa pública’”.⁷⁴¹

O quarto capítulo, último da primeira parte do estudo, intitula-se *cães de guarda precisam ser pagos* (*Watchdogs must be paid*), aborda, com maior detalhe, a questão dos custos com a administração da justiça norte-americana, no montante de US\$ 94 bilhões para o ano de 1992, segundo os autores. Referindo-se à proteção dos direitos fundamentais dos suspeitos e presos, aos autores observam que

Porque isso sempre pressupõe a criação e a manutenção de relações de autoridade, a proteção de direitos individuais nunca é gratuita. Sendo verdadeiro em relação aos direitos e propriedade e de liberdade contratual, isto também se aplica aos direitos protegidos no âmbito de nosso sistema de justiça criminal, incluindo, evidentemente, os direitos das pessoas que não são, em realidade, criminosos.⁷⁴²

Os autores reconhecem explicitamente, nesta passagem, que direitos de liberdade clássicos – como os direitos dos detentos à integridade física e psíquica – dependem necessariamente de relações hierárquicas, cuja criação e manutenção são também necessariamente onerosas.⁷⁴³ Além disso, os autores observam que a preservação do direito dos prisioneiros à saúde e à integridade física passa pelas dimensões, insolação e aeração das celas, assistência médica, dentre outros custos.⁷⁴⁴

⁷⁴¹ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, pp. 75-76. Tradução livre do autor. Texto original: “to do all this, governments need first collect money through taxation and then to channel it intelligently and responsibly. Rights enforcement of the sort presupposed by well functioning markets always involves ‘taxing and spending’.”

⁷⁴² HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 77. Tradução livre do autor. Texto original: “Because it always presupposes the creation and maintenance of relations of authority, the protection of individual rights is never free. True of the rights of property and contract, this also applies to the rights protected within our system of criminal justice, including of course the rights of people who are not in fact criminals.”

⁷⁴³ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Ibidem: “Direitos clássicos e de liberdade necessariamente de relações de comando e obediência que, em contrapartida, são de criação e manutenção onerosas. Isto pode ser claramente observado no caso dos prisioneiros, cujos direitos não podem nem mesmo minimamente protegidos sem que seus custodes sejam monitorados de cima e penalizados pelos abusos.” Tradução livre do autor. Texto original: “Classical and liberal rights necessarily depend on relations of command and obedience that, in turn, are expensive to create and maintain. This can be observed clearly in the case of prisoners, whose rights cannot be even minimally protected unless their custodians are monitored from above and penalized for abuses.”

⁷⁴⁴ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 78. Na área a assistência médica no âmbito do sistema de prisões federais norte-americanas foram despendidos US\$ 53 milhões, no ano de 1996, segundo os autores. Ibidem. Outros custos decorrem de direitos individuais e liberdades clássicas, como o direito do acusado pobre a um defensor custeado às expensas do erário, ou, nas mesmas circunstâncias de hipossuficiência, a exames médicos e psiquiátricos necessários à defesa de seus interesses em juízo, conforme rememoram os autores. HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 80.

Passando ao largo de outras contribuições teóricas importantes dos autores acerca do tema em estudo, reputa-se aqui que a principal contribuição Holmes e Sunstein para o tema dos direitos fundamentais sociais e para a questão da reserva do possível encontra-se em evidenciar que a questão da efetivação ou proteção dos direitos, *sejam eles quais forem*, encontra-se muito mais vinculada a escolhas políticas alocativas de recursos do que à escassez essencial de recursos, uma vez que *todos os direitos custam dinheiro público* – e, não raro, muito dinheiro.

Em sua obra encontramos um complemento essencial para a derrubada, em definitivo, da distinção arcaica e ideológica entre direitos positivos e direitos negativos: se, de um lado, a segregação de direitos não se sustenta de um ponto de vista antropológico, conforme se verá por ocasião da análise dos princípios da *interdependência* e da *indivisibilidade* dos direitos humanos fundamentais, de outro lado, conforme ora nos mostram Stephen Holmes e Cass Sunstein, há uma *supervalorização do caráter econômico dos direitos de bem-estar* e uma *subestimação do caráter econômico dos direitos alcunhados de “negativos”*, de modo a demonstrar que sequer no estrito âmbito dos custos dos direitos se mantém a distinção.

A questão dos custos dos direitos, conforme abordada pelos autores, não se circunscreve, por evidente, à realidade dos Estados Unidos da América, conforme eles próprios expressamente reconhecem.⁷⁴⁵

Esvaziada a distinção entre os presumidamente custosos direitos “positivos” ou de bem estar e os presumidamente gratuitos ou de custos módicos direitos “negativos” ou de liberdade, resta evidenciada a razão pela qual alguns direitos, embora de alto custo de efetivação, nunca tem sua efetivação condicionada à questão da escassez, ao passo que outros, independentemente do montante de recursos econômicos que sua efetivação represente, são sempre reputados insuscetíveis de concretização, qual seja, uma seletividade de ordem ideológica.

É o que se desprende da alocação dos recursos públicos no Brasil, por exemplo. Para ilustrar, de se revisitar o magistério de Daniel Wei Liang Wang:

As instituições também possuem os seus custos, que estão muito longe de serem pequenos. De acordo com estudo do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), somente a despesa total dos municípios com a função legislativa, em 1996, ficou em torno de 2 bilhões de reais, o que equivale a um quarto do montante global do gasto com saúde e saneamento básico. Outro dado interessante é que, no mesmo ano, 26% das prefeituras da amostra da pesquisa tinham gastado com a função legislativa 50% ou mais do que gastaram com saúde e saneamento, sendo que em 300 municípios gastou-se mais com as câmaras municipais do que com saúde e saneamento básico. Ainda em pesquisa do BNDES, com a função judiciária o conjunto dos governos estaduais gastou R\$ 9,8 bilhões, enquanto que a despesa federal com a mesma função foi de R\$ 6,5 bilhões (dados referentes ao ano de 1999).⁷⁴⁶

⁷⁴⁵ “A história do incêndio de Westhampton é a história da propriedade por toda a América e, em realidade, por todo o mundo. Ela é, inclusive, a história de todos os direitos liberais.” Tradução livre do autor. Texto original: “The story of the Westhampton fire is the story of property ownership across America and, in truth, throughout the world. Indeed, it is the story of all liberal rights.” HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 15.

⁷⁴⁶ WANG, D. W. L. Op. cit. p. 05.

Ora, quando a estatalidade é acionada judicialmente para adimplir os deveres fundamentais correlatos à realização dos direitos fundamentais de alguém, imediatamente ganha corpo, conforme demonstra a pesquisa jurisprudencial realizada em tópico precedente, a alegação de escassez de recursos. Não obstante, o orçamento revela que, para o legislador ordinário e para o administrador público, despender dois bilhões de reais com atividade legislativa não é muito, mas que despender oito bilhões com saúde é o limite do aceitável, senão excessivo. Ou que em face dos gastos correspondentes a 50% ou mais das alocações orçamentárias destinadas à saúde e ao saneamento apenas com atividade legislativa não há falar em reserva do possível, mas que, uma vez na iminência de ser compelido a concretizar direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário, aquelas alocações orçamentárias convertem-se em óbices intransponíveis por força da primazia do princípio de realidade encarnado em reserva do possível.

Trata-se, aqui, ao mesmo tempo, de uma seletividade perversa de matriz ideológica, decorrente, de um lado, de uma ideologia reacionária liberal que se auto-intitula *neo*, radicalmente avessa aos direitos de igualdade e, de outro lado, de certa ideologia presente entre os corpos legislativos e administradores públicos que, como uma subformação ideológica, aferra-se na livre disposição dos recursos públicos, em uma lógica ainda anti-republicana de disposição dos recursos públicos segundo o alvedrio do príncipe, de aceitação da apropriação privada do erário, como despojos da “guerra” eleitoral, de que se apoderam os vencedores, e de distribuição de prebendas e patronagem de cargos como finalidade da atividade política.⁷⁴⁷

Tal mentalidade pré-republicana persistente até nossos dias, conforme demonstram os dados e os constantes escândalos envolvendo a improbidade administrativa e a corrupção de todo gênero, é evidentemente avessa a qualquer ingerência, seja pela Constituição, seja pelo Poder Judiciário, quando acionado para corrigir os desvios da atuação estatal ditada por motivos políticos de conveniência e oportunidade à revelia de qualquer legalidade ou constitucionalidade.

Assim, através da análise dos custos dos direitos levada a cabo por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, revela-se a seletividade de tipo ideológico que informa a reserva do possível, na forma em que é compreendida e utilizada entre nós.⁷⁴⁸

Outro teórico cujos estudos revelam-se de grande valia para a análise da questão ora colocada é o norte-americano Ronald Dworkin, notadamente sua obra *Taking rights seriously*,

⁷⁴⁷ WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 5. ed. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 2002, pp. 61-62.

⁷⁴⁸ Conforme demonstrado por ocasião da pesquisa jurisprudencial, a mesma emerge sempre em processos envolvendo a efetivação de direitos fundamentais sociais, raramente vindo à baila em outras matérias, ainda que as decisões importem em alteração da alocação de recursos públicos.

traduzida para o português sob o título *Levando os direitos à sério*, cujo capítulo 7, de mesmo título, é particularmente importante.⁷⁴⁹

Após algumas digressões acerca da distinção entre direito e moral e sobre um eventual direito moral dos cidadãos em infringirem a lei (itens 1 e 2 do capítulo), Dworkin aborda a questão dos direitos controversos (item 3), inaugurando a análise da problemática correlata àquela ora em estudo. A tal altura, o autor coloca o problema do estabelecimento de quais direitos os indivíduos tem, assim se manifestando:

Há ampla concordância quanto a certos casos cristalinos. Quase todos os que acreditam nos direitos admitiriam, por exemplo, que um homem tem o direito moral de expressar suas idéias, de modo não provocativo, sobre questões relativas à política e que esse é um direito importante que o Estado deve empregar-se ao máximo em proteger. Mas há grande controvérsia quanto aos limites de tais direitos paradigmáticos.⁷⁵⁰

Valendo-se, como caso de estudo, do processo contra os Sete de Chicago, da década de 1960, Dworkin começa com a problematização acerca de tal problemática acerca do reconhecimento e da amplitude dos direitos.⁷⁵¹

Segundo o raciocínio seguido por Dworkin com base no referido caso e na problemática aventada acerca dos direitos controversos, ao governo cabe a tarefa de definir os direitos morais incorporados oficialmente através de suas decisões judiciais e legislação, cabendo-lhe como dever primordial orientar-se pela compreensão de que qualquer decisão que tomem ao desincumbir-se de referida tarefa pode eventualmente revelar-se errônea. Partindo de tal premissa, segundo o autor, as autoridades, “se levarem seu dever a sério, devem tentar descobrir onde reside o perigo de enganarem-se”.⁷⁵²

Com tal finalidade, Ronald Dworkin afirma a existência de dois modelos diversos à disposição das autoridades: um primeiro que busque estabelecer um equilíbrio entre os direitos do indivíduo e as exigências da sociedade em seu conjunto.⁷⁵³

Segundo tal modelo, afirma o autor, a *infringência* de um direito moral – consistente em uma definição do direito de forma *mais restrita* do que a exigida pela justiça – pelo governo, implicaria em um erro contra o indivíduo, ao passo que a *inflação* de um direito – consistente na definição de um direito de forma *mais ampla* do que a exigida pela justiça – consistiria em um erro desse mesmo governo em face da sociedade, na medida em que a estaria privando de algum

⁷⁴⁹ A despeito do autor não referir-se especificamente à problemática relativa aos direitos de bem-estar, suas considerações parecem ser válidas para o tema de que se ocupa o presente trabalho. Sobre os problemas nas teorizações de Dworkin, referentes à abstração e à contingência, ver CHEIRI, V. K. de. Op. cit. pp. 162-163.

⁷⁵⁰ DWORKIN, R. *Levando os Direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 302.

⁷⁵¹ Conforme o próprio autor esclarece, trata-se de um processo no qual os réus enfrentavam a acusação vaga de conspiração para cruzar as fronteiras estaduais com vistas a provocar distúrbios públicos, ressaltando o autor a tensão entre a denominada “lei contra os distúrbios públicos” e a Primeira Emenda da Constituição estadunidense, nomeadamente, a liberdade de expressão por ela consagrada. DWORKIN, R. Idem, p. 303.

⁷⁵² DWORKIN, R. Ibidem.

⁷⁵³ DWORKIN, R. Ibidem.

benefício geral. A conclusão de tal primeiro modelo é a de que “um engano em uma direção é tão sério quanto um engano em outra”, incumbindo ao governo a busca de um termo médio.⁷⁵⁴

O governo, em tal atividade de incorporação e declaração oficial dos direitos, cometeria erros e acertos em um e em outro sentido, o que seria inevitável mas que, por outro lado, permitiria uma espécie de compensação de uns pelos outros, no longo prazo.⁷⁵⁵

Mas, segundo Dworkin, apesar da familiaridade e do aspecto atraente ostentado pela metáfora do equilíbrio entre o interesse público e as exigências individuais, sobre a qual se baseia o primeiro modelo, este é falso.⁷⁵⁶

Antes de propor o segundo modelo, Dworkin faz alusão a duas idéias importantes que, em sua ótica, devem ser aceitas por qualquer pessoa que professe levar os direitos a sério e ser favorável ao seu respeito pelo governo, quais sejam, a *dignidade humana* e a *igualdade política*. Nas palavras do autor:

A primeira é a idéia vaga, mas poderosa, da dignidade humana. Essa idéia, associada à Kant, mas defendida por filósofos de diferentes escolas, pressupõe que existem maneiras de tratar um homem que são incompatíveis com seu reconhecimento como um membro pleno da comunidade humana, e sustenta que tal tratamento é profundamente injusto. A segunda é a idéia, mais familiar, da igualdade política. Esta pressupõe que os membros mais frágeis da comunidade política têm direito à mesma consideração e ao mesmo respeito que o governo concede a seus membros mais poderosos, de modo que, se algumas pessoas têm liberdade de decisão, qualquer que seja o efeito sobre o bem-estar geral, todas as pessoas devem ter a mesma liberdade.⁷⁵⁷

A partir de tal perspectiva, Dworkin expõe aquele que considera constituir o equívoco do primeiro modelo ao considerar que erros do governo que impliquem em infringência, por este, dos direitos, sejam da mesma gravidade que os erros que comportem sua inflação:

Assim, se os direitos têm sentido, a violação de um direito relativamente importante deve ser uma questão muito séria. Significa tratar um homem como menos que um homem ou como se fosse menos digno de consideração que outros homens. A instituição de direitos baseia-se na convicção de que isso é uma grave injustiça e que vale a pena arcar com o custo adicional em política social ou eficiência, necessário para impedir sua ocorrência.⁷⁵⁸

⁷⁵⁴ DWORKIN, R. Ibidem.

⁷⁵⁵ DWORKIN, R. Idem, p. 304.

⁷⁵⁶ DWORKIN, R. Ibidem.

⁷⁵⁷ DWORKIN, R. Idem, pp. 304-305.

⁷⁵⁸ DWORKIN, R. Idem, p. 306. Aduz o autor: “Mas se é assim, deve ser errado afirmar que a inflação de direitos é tão grave quanto sua violação. Se o governo erra do lado do indivíduo, simplesmente paga um pouco mais em eficiência social do que deveria pagar; em outras palavras, paga um pouco mais da mesma moeda que já tinha decidido gastar. Se, no entanto, o governo erra contra o indivíduo, infringe-lhe (sic) um insulto que, para ser evitado, envolveria um custo ainda maior em termos de eficiência social, de acordo com as ponderações do próprio governo.” DWORKIN, R. Ibidem. Insta acrescer, ainda, o comentário de Vera Chueiri, do seguinte teor: “É certo que há limites constitucionais para o ativismo dos juízes, mas estes não inibem o seu papel criativo e, em se tratando da jurisdição constitucional, a sua responsabilidade em identificar os direitos das partes e garanti-los com base em argumentos de princípio, moral e politicamente significados. Neste sentido, serão tanto mais consistentes e comunitariamente responsáveis às decisões dos juízes nos casos constitucionais em que direitos foram garantidos, a despeito do que seria mais conveniente para o governo.” CHUEIRI, V. K. de. Op. cit., p. 165. A colocação parece perfeita em matéria da discussão acerca da alocação dos recursos estatais em consonância com as prioridades dos governantes ou os direitos constitucionalmente garantidos do ser humano. E a autora aduz uma observação importante ao consignar que

Assim, segundo Dworkin, a insustentabilidade do primeiro modelo decorre da confusão entre direitos da sociedade e direitos de seus membros, pressupondo uma concorrência de direitos que reclama um equilíbrio, confusão esta que “ameaça destruir o conceito de direitos individuais.”⁷⁵⁹ É a partir de tais considerações que o autor passa a expor a compreensão que constitui o segundo modelo por ele referido:

O segundo modelo considera a restrição de um direito como algo muito mais grave do que sua inflação, e suas recomendações partem desse juízo. Ele estipula que, quando um direito é reconhecido nos casos incontroversos, o governo somente deve agir para amputar esse direito quando alguma razão convincente for apresentada, alguma razão que seja consistente com os pressupostos sobre os quais o direito original deve assentar-se. *Uma vez concedido um direito, o fato de a sociedade ter de pagar um preço mais elevado para ampliá-lo não pode ser usado para suprimi-lo.*⁷⁶⁰ (itálicos ausentes do original).

Assim, de acordo com Dworkin, uma vez reconhecido um direito pelo sistema jurídico – e, nas democracias constitucionais, a constitucionalização dos direitos parece ser o mais expressivo caso de reconhecimento de um direito – não se pode legitimamente lançar mão do recurso de, considerado seu custo, pretender restringi-lo ou aniquilá-lo.⁷⁶¹

Outro ponto essencial a ser ressaltado da lição de Dworkin é que o estabelecimento de qualquer direito implica intrinsecamente em um custo social, de modo que, mesmo em face de uma perda em eficiência, impõe-se o respeito do direito já consagrado.

A consequência da violação dos direitos reconhecidos tem como um de seus graves efeitos – além do que o autor refere como insulto à dignidade humana e ao direito a tratamento igual do titular – a evidênciação de que o reconhecimento do direito “é uma impostura, uma promessa que ele [o governo] pretende manter apenas até o momento em que este se tornar inconveniente.”⁷⁶²

Evidenciando não ser lícito ao governo procurar afastar direitos com base em suposições ou ilações infundadas ou especulações – o que seria incompatível mesmo, conforme chama a atenção o autor, com o conceito de direito⁷⁶³, embora tendo em mente direitos “de

“é sempre oportuno lembrar que os direitos são trunfos políticos de que dispõem os cidadãos contra a força coercitiva do governo e seus interesses mais imediatos. Há que se ressaltar que o governo, ainda que sustentado pela vontade da maioria, não pode ser, automaticamente, traduzido pela gramática da democracia.” CHUEIRI, V. K. de. Ibidem.

⁷⁵⁹ DWORKIN, R. Ibidem.

⁷⁶⁰ DWORKIN, R. Idem, pp. 306-307. Evidentemente caberiam ressalvas, na transposição das lições de Dworkin para nosso sistema e para nossa época. Além do caráter altamente problemático da definição ou identificação dos direitos incontroversos, não se deve deixar confundir com expressões como um direito *concedido*, ou com a afirmação da liberdade de o governo, por uma razão convincente, poder restringir determinados direitos. O conjunto da lição do autor, feitas tais ressalvas, parece guardar todo o seu valor, sobretudo ao afirmar claramente que o custo de um direito já constituído não deve servir de argumento para justificar seu desrespeito e que, não raro, o respeito aos direitos possui um custo social intrínseco, mesmo em face do valor máximo da hegemonia contemporânea, a *eficiência*.

⁷⁶¹ Parece lícito concluir que o autor não tem em mente apenas custos econômicos, mais custos “sociais” em sentido amplo.

⁷⁶² DWORKIN, R. Idem, p. 307.

⁷⁶³ DWORKIN, R. Idem, p. 311. *In verbis*, um pouco adiante: “Deveríamos dizer que alguns direitos à proteção são tão importantes que justificam que o governo faça tudo que estiver ao seu alcance para protegê-los? Deveríamos

defesa”, mas tecendo consideração perfeitamente pertinente para o tema em análise, Dworkin, infirmo a idéia de hierarquização apriorística de direitos, afirma que “se os direitos têm sentido, então seus graus de importância não podem ser tão diferentes a ponto de que alguns deles não sejam absolutamente levados em conta, enquanto outros sejam dignos de menção.”⁷⁶⁴

Mutatis mutandis – em nenhum momento se pretende inculcar a impressão de que o autor está a discorrer sobre o tema específico dos direitos de bem-estar⁷⁶⁵ – a consideração é perfeitamente cabível quanto à categorização e classificação de direitos em diferentes grupos, como os direitos “negativos” ou “positivos”, no sentido de seus custos, sobretudo quanto tais pretensões taxinômicas pretendem fundamentar graus de eficácia distintivos para os direitos assim agrupados.

Dworkin afirma, ainda, que não deve o governo pretender anular direitos dos cidadãos por “supostas razões de bem-estar geral”, afirmando que se o direito não pretende ser a lei dos dominantes, imposta aos mais fracos, a “parte principal do direito – a parte que define e executa as políticas sociais, econômicas e externas – não pode ser neutra”⁷⁶⁶, concluindo no sentido de que

O governo não irá restabelecer o respeito pelo direito se não conferir à lei alguma possibilidade de ser respeitada. Não será capaz de fazê-lo se negligenciar a única característica que distingue o direito da brutalidade organizada. Se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério.⁷⁶⁷

Já se pode depreender, portanto, aquela que parece constituir, s.m.j., a principal contribuição de Ronald Dworkin para a discussão do tema em mesa: a da repercussão da infringência, pelo Estado, dos direitos, sobre a própria legalidade e, logo, sobre a sua caracterização como Estado de Direito e – o que talvez seja ainda mais grave –, em se tratando de direitos fundamentais, constitucionalmente albergados, como Estado constitucional.⁷⁶⁸

Em conjunto, as contribuições de Holmes, Sunstein e Dworkin tem o mérito de, respectivamente, esvaziar a distinção ideológica entre direitos positivos e negativos, do ponto de

dizer, portanto, que o governo pode limitar os direitos de agir de outras pessoas quando estes atos podem aumentar o risco de que seja violado o direito de um indivíduo particular à vida ou à propriedade, por mais tênue ou especulativo que seja o risco?”

⁷⁶⁴ DWORKIN, R. Idem, p. 312.

⁷⁶⁵ Dworkin refere-se especificamente, na passagem em apreço, à hierarquização entre os direitos à vida e à propriedade em face do direito à liberdade de expressão. DWORKIN, R. Idem, pp. 312-313.

⁷⁶⁶ DWORKIN, R. Idem, p. 313-314.

⁷⁶⁷ DWORKIN, R. Idem, p. 314.

⁷⁶⁸ Ao tratar das contribuições de Dworkin para com a teoria constitucional, Vera Karam de Chueiri acerca das contribuições de Ronald Dworkin para a teoria constitucional, tocando na questão dos compromissos constitucionalmente assumidos pela comunidade política: “Na prática, não há novidade alguma em interpretar a constituição a partir das exigências morais que ela faz e, no caso da jurisdição constitucional, aplicá-la – nos casos concretos – através de julgamentos morais. A novidade está em assumir que tal atitude fornece uma melhor, mais justa e íntegra compreensão da constituição e dos compromissos lá assumidos pela comunidade política. Os juízes e, em certo sentido, os demais operadores do direito ao fazerem uma leitura moral da constituição constroem os sentidos dos princípios morais lá alojados, não segundo as suas convicções pessoais ou a tradição da classe a que pertencem, mas em atenção à história política e social da comunidade em que vivem: *our constitution is law, and like all law it is anchored in history, practice, and integrity*”. CHUEIRI, V. K. de. Op. cit., pp. 163-164.

vista de seu custo econômico, de um lado, e de demonstrar a necessidade de se respeitar os direitos constituídos, sob pena de descrédito do conjunto do ordenamento e do próprio Estado, em violação à dignidade humana.

Pensa-se ter restado demonstrada, na perspectiva dos custos dos direitos, o caráter falacioso e idológico do senso comum sobre direitos calcado na dicotomia entre direitos positivos e direitos negativos, o que tem repercussão inegável no exame crítico do tema aqui estudado, levantado precipuamente senão exclusivamente contra demandas baseadas em direitos fundamentais sociais.

Concluído o percurso que foi das origens, expansão e difusão da reserva do possível até a evidenciação das mutações por ela sofrida e de seu caráter ideologizado, de se investigar o instrumental teórico-prático apto a proporcionar sua análise crítica por ocasião de seu aventamento em discussões – judiciais ou não – acerca da justiciabilidade e da efetivação de direitos fundamentais sociais, o que se passa a fazer no capítulo sucessivo.

CAPÍTULO III – CONTROLE DA RESERVA DO POSSÍVEL: INSTRUMENTOS TEÓRICO-PRÁTICOS PARA AFERIÇÃO DE SUA LEGITIMIDADE.

Do exposto até aqui se conclui que a reserva do possível, conforme recebida e reformulada entre nós, *significa* ora uma *limitação fática* a direitos fundamentais, ora uma *restrição jurídica* a direitos fundamentais, ora uma *limitação* ou *restrição* a direitos fundamentais baseada nas noções de razoabilidade e racionalidade.⁷⁶⁹

No presente capítulo se buscará oferecer propostas para o tratamento de cada uma dessas hipóteses. Sem necessariamente focar um caso hipotético particular, ou a análise de casos concretos enfrentados pela jurisprudência⁷⁷⁰, tentar-se-á elencar algumas propostas de instrumentos teóricos de utilidade prática aptos a proporcionar uma análise crítica da alegação de reserva do possível, sobretudo do ponto de vista da racionalidade e auto-evidência com que se pretende revestir a construção em todos os seus significados, como já visto.

Em nosso sentir, na hipótese de alegação de reserva do possível calcada em *escassez de tipo econômico* – hipótese dificilmente vislumbrada na realidade prática, como já visto – se se depara com uma verdadeira *limitação fática* aos direitos sociais fundamentais. Tal hipótese reclama tratamento específico, o que se fará com o *princípio da progressividade*, reinterpretado conjugadamente com o princípio da *aplicação do máximo dos recursos disponíveis*.

No caso de alegação de reserva do possível fulcrada em *escassez ficta*, i.e., jurídica – hipótese esta correspondente à generalidade das ocorrências extraídas da análise jurisprudencial levada a cabo anteriormente – caracteriza-se a ocorrência de uma *restrição jurídica* a direitos fundamentais. Tal hipótese, igualmente, requer tratamento peculiar, sendo proposto para tanto um conjunto de formulações teóricas alcunhado “*Teoria dos limites dos limites*”⁷⁷¹ ou “*Schranken der Schranken*”.

Por fim, no caso de alegação de reserva do possível fulcrada na *razoabilidade e na racionalidade da pretensão* – hipótese que aqui se reconhece parecer a mais tormentosa do ponto de vista da indeterminação do conteúdo – restará o recurso ao *princípio da proporcionalidade* (*Verhältnismässigkeit Grundsatz*) e a outras soluções, sendo esta a hipótese que se encontra mais intimamente vinculada às circunstâncias do caso concreto.

⁷⁶⁹ SARLET, I. W., FIGUEIREDO, M. F., Op. cit. pp. 28-29.

⁷⁷⁰ Mas sem renunciar, por outro lado, ao recurso de exemplificar as hipóteses teóricas que se levantará através de casos coletados da jurisprudência.

⁷⁷¹ A despeito da consagração, entre nós, da expressão “*limites dos limites*”, entendemos ser preferível a expressão “*restrições às restrições*”, haja vista a distinção terminológica e conceitual sustentada adiante entre limites e restrições.

Reiterando o que se afirmou no início deste trabalho, tal investigação teórica não tem a pretensão de resolver casos concretos ou de enfrentar os denominados *hard cases* ou casos difíceis, tarefa esta de difícil consecução⁷⁷² e duvidosa utilidade prática.

Prefere-se aqui lançar algumas propostas de tratamento teórico-prático da alegação de reserva do possível em cada uma de suas facetas para contribuir com a solução de problemas concretos futuros pela jurisprudência e pela doutrina, tornando-se por tal expediente mais nítido o enfrentamento do conceito jurídico indeterminado traduzido pela reserva do possível e, portanto, mais racionais e mais controláveis intersubjetivamente as soluções dos casos concretos que se apresentem.

Uma nota que se impõe preliminarmente à discussão das construções teóricas úteis ao enfrentamento do problema da reserva do possível nos diversos aspectos ora referenciados é a distinção entre *restrições* a direitos fundamentais e *limites* dos direitos fundamentais, o que se passa a fazer com fulcro nas dissensões entre as denominadas *teoria interna* e *teoria externa* dos direitos fundamentais.

1. Do debate entre as teorias externa (*Aussentheorie*) e interna (*Innentheorie*) das restrições e limites aos direitos fundamentais.

Não é novo o debate entre as correntes doutrinárias da teoria externa (*Aussentheorie*) e da teoria interna (*Innentheorie*), ou dos limites imanentes, sobre os limites ou restrições a direitos fundamentais.⁷⁷³

Segundo os adeptos da teoria externa, os direitos fundamentais não possuem delimitação apriorística. Existem direitos fundamentais *prima facie* que, ulteriormente, através da metódica da *ponderação* (*Abwägung*), são desenvolvidos para a verificação de seu caráter *definitivo*, após a identificação de eventuais restrições e a verificação da proporcionalidade destas.⁷⁷⁴ Nas palavras de Paulo Gilberto Cogo Leivas:

Segundo a teoria externa, em um primeiro momento, indaga-se se uma determinada ação ou omissão é conteúdo de um direito *prima facie*. Reconhecido o direito *prima facie*, procede-se a uma busca de eventuais restrições a este direito com base em eventuais normas restritivas. Estas normas restritivas tanto podem ter as características de princípios como de regras. No caso de existirem normas restritivas, procede-se, então, ao exame de sua proporcionalidade. Caso essas normas restritivas não sejam proporcionais, então se reconhece um direito definitivo.⁷⁷⁵ (itálicos do original).

⁷⁷² Resta problemática a própria idéia de que tais questões possuam uma solução “correta”.

⁷⁷³ Segundo Paulo Gilberto Cogo Leivas, tal debate, no Direito Público alemão, remonta ao Século XIX. LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

⁷⁷⁴ Nesse sentido, Paulo Gilberto Cogo Leivas: “Chama-se teoria externa aquela que promove a distinção entre o direito *prima facie*, de um lado, e o direito definitivo ou efetivo âmbito de proteção, de outro. Este direito definitivo é realizável judicialmente.” (itálicos do original). LEIVAS, P. G. C. *Idem*, p. 62.

⁷⁷⁵ LEIVAS, P. G. C. *Idem*, p. 63.

A teoria externa, portanto, trabalha, através da técnica da ponderação e do construto da proporcionalidade, sobre direitos *prima facie*, ou seja, vislumbráveis em princípio, para a obtenção de uma resposta acerca do acobertamento de uma dada pretensão no âmbito de incidência de um direito fundamental *em definitivo*. Conforme ensina Luiz Fernando Calil de Freitas,

A teoria externa lida com a diferenciação entre o âmbito de proteção, que se afere com a consideração exclusivamente da norma jusfundamental, e o âmbito de proteção efetivo, resultante da incidência das restrições externas sobre o âmbito primitivamente estabelecido pela norma.⁷⁷⁶

Já de acordo com os adeptos da teoria interna ou dos limites imanentes, os direitos fundamentais não podem ser restringidos, visto que seus limites já se encontram traçados de antemão, sendo que a tarefa reconhecimento do acobertamento ou não acobertamento de situações concretas no âmbito de proteção de um direito fundamental é apenas uma tarefa aclaradora dos limites imanentes dos direitos fundamentais, levada a cabo pela jurisprudência.⁷⁷⁷

É de Leivas o magistério segundo o qual “para a identificação do conteúdo verdadeiro, segundo a teoria interna, não é possível nem necessária a ponderação. A ponderação, que ocorre exclusivamente em um modelo de princípios, é o procedimento adequado para a solução das colisões.”⁷⁷⁸ Luiz Fernando Calil de Freitas ensina que a teoria interna

(...) pressupõe a não-limitação dos direitos fundamentais, eis que considera existir desde o momento inicial o direito com um específico conteúdo, de forma que uma posição jurídica que exceda dito conteúdo não existe, isto é, não goza da proteção jusfundamental (...)⁷⁷⁹

Assim, nega a teoria interna a existência de duas categorias contrapostas, a do direito fundamental e a de suas restrições, não havendo falar em restrição do direito fundamental, mas em *limite conceitual* ou limite imanente⁷⁸⁰.

Portanto, embora a teoria interna admita que os direitos fundamentais *não sejam ilimitados*, nega a possibilidade de que sejam *restringidos*, afirmando ser necessário um

⁷⁷⁶ FREITAS, L. F. C. de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 138.

⁷⁷⁷ “Chama-se teoria interna dos direitos fundamentais a que parte desde o início de direitos definitivos, ou seja, o conteúdo do direito não é formado por meio das restrições externas e este direito. Estas restrições externas, aliás, não são admitidas.” LEIVAS, P. G. C. Op. cit., p. 62.

⁷⁷⁸ LEIVAS, P. G. C. Ibidem.

⁷⁷⁹ FREITAS, L. F. C. de. Op. cit. p. 79. Conforme observa Paulo Leivas, o repúdio da teoria interna à possibilidade de restrições a direitos fundamentais faz com que a idéia de restrição (*Einschränkung*) seja identificada à idéia de violação (*Verletzung*). LEIVAS, P. G. C. Op. cit., p. 61. A questão se prende, conforme a observação de Ana Carolina Lopes Olsen, na consideração da restrição como um instituto distinto da norma jusfundamental e juridicamente legítimo do ponto de vista constitucional. OLSEN, A. C. L. **A eficácia** cit., p. 116.

⁷⁸⁰ OLSEN, A. C. L. Idem, p. 117.

trabalho no sentido da identificação de seu conteúdo a partir de seu âmbito normativo.⁷⁸¹ Conforme explicita Canotilho,

Os **limites imanes** justificar-se-iam em virtude da existência de “limites originários ou primitivos” que se imporiam a todos os direitos: (i) “limites constituídos por direitos dos outros”; (ii) limites imanes da ordem social; (iii) limites eticamente imanes. Haveria, pois, uma “cláusula da comunidade” nos termos da qual os direitos, liberdades e garantias estariam sempre “limitados” desde que colocassem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade.⁷⁸² (negritos do original).

Sem abordar aqui os meandros e pormenores de ambas as teorias, se proporá uma hipótese consistente em conjugação que nos parece viável *para fins de abordagem do tema em estudo*, sem pretensão de, dentro dos limites de uma dissertação de mestrado, propor efetivamente uma terceira via teórica, o que se reconhece descabido.

Sem procurar aqui – o que seria vão, obviamente –, portanto, solucionar a controvérsia entre as correntes teóricas em referência, se proporá a idéia de que coexistem *limites e restrições a direitos fundamentais*.⁷⁸³

A hipótese ora lançada se baseia na compreensão de ser inegável a possibilidade de os direitos fundamentais poderem vir a sofrer *restrições* – possibilidade esta, de resto, prevista na própria constituição⁷⁸⁴ – bem como na evidência de que os direitos fundamentais *não são ilimitados* – não alcançando, por exemplo, posições jurídicas extremas, desproporcionais, desarrazoadas, que jamais estiveram albergadas no âmbito de proteção do direito fundamental.

Sustenta-se aqui, portanto, ponto de vista segundo o qual *limites e restrições não se confundem* e, de outro lado, propugna-se que ambos os conceitos *não são necessariamente excludentes entre si*. Inicialmente, de se trabalhar a distinção dos conceitos.

Em alemão distingue-se *Grenze* de *Schranke*.⁷⁸⁵ *Grenze* é traduzível para o português como *fronteira* ou *linde*, segundo Luiz Machado.⁷⁸⁶ O *Pons Großwörterbuch* define *Grenze* como *fronteira*, *linha divisória* (*Trennungslinie*), *limite*.⁷⁸⁷

⁷⁸¹ OLSEN, A. C. L. Idem, p. 118. Conforme observa a autora, para a teoria interna “a aplicação de um determinado direito fundamental ao caso concreto demanda a averiguação da correspondência entre o conteúdo aparente do direito e seu conteúdo verdadeiro, ou seja, a identidade entre âmbito normativo e suposto de fato. Em assim sendo, o conteúdo aparente equivale ao conteúdo verdadeiro e tem-se um direito definitivo. O direito aparente, desta forma, não é uma posição normativa, mas uma expectativa de uma posição normativa concreta, que corresponde ao direito fundamental de conteúdo verdadeiro.” OLSEN, A. C. L. Idem, p. 119.

⁷⁸² CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 1280.

⁷⁸³ De se observar, para tanto, que constitucionalistas de renome como José Joaquim Gomes Canotilho e José Carlos Vieira de Andrade não aderem integralmente à *Aussentheorie* e tampouco à *Innentheorie*. Nesse sentido, FREITAS, L. F. C. de. Op. cit. p. 87.

⁷⁸⁴ Quando a Carta Constitucional prevê, por exemplo, a suspensão de direitos e garantias fundamentais em estado de exceção ou ainda quando remete a disciplina do exercício de determinado direito fundamental, com possibilidade expressa ou implícita, de restrição do mesmo pelo legislador infraconstitucional.

⁷⁸⁵ LEIVAS, P. G. C. Op. cit., p. 62.

⁷⁸⁶ MACHADO, L. *Pequeno Dicionário Jurídico Alemão-Português*. Rio de Janeiro: Sistema CLC, 1981, p. 175.

⁷⁸⁷ PONS *Großwörterbuch*. Deutsch als Fremdsprache. Stuttgart: Ernst Klett Sprachen GmbH, 2004, verbete *Grenze*, pp. 562-563.

Ainda de acordo com Machado, *Schranke* ostenta significável traduzido às expressões lusófonas de *barreira* ou *contenção*.⁷⁸⁸ A expressão *Schranke* é definida no *Pons Großwörterbuch* como *barreira, obstáculo*.⁷⁸⁹

Em língua portuguesa, limite é a “linha de demarcação”, a “raia”, uma “linha real ou imaginária que separa dois terrenos ou territórios contíguos; estrema, baliza, divisa, fronteira”, “parte ou ponto extremo; fim, termo”, “extremo longínquo; confim”, “ponto que não se deve ou não se pode ultrapassar.”⁷⁹⁰

Restrição, por sua vez, consiste no “ato ou efeito de restringir”, “condicionante”. Restringir, por sua vez, consiste em “tornar mais estreito ou apertado; estreitar, apertar”, “tornar menor; diminuir, encurtar, reduzir”, “conter dentro de certos limites; limitar, delimitar”, “reduzir”, “resumir”.⁷⁹¹

Como ensina Paulo Gilberto Cogo Leivas, em sede das teorias das limitações e restrições dos direitos fundamentais *Grenze* significa *limite*, ao passo que *Schanke* significa *restrição*.⁷⁹² Tal distinção, para além de encontrar-se no coração do debate entre as teorias interna e externa dos limites e restrições a direitos fundamentais, parece ser essencial no presente estudo, na medida em que, conforme vimos, para os fins deste, não se afiguram como inconciliáveis.⁷⁹³

Vista a distinção entre a reserva do possível baseada na escassez real ou econômica e a reserva do possível com base na escassez ficta ou jurídica, está-se aqui, pois, a propugnar entendimento segundo o qual os direitos fundamentais possuem *limites* ou *Grenze* – o que é compatível com a corrente dos limites imanentes – e que podem eventualmente sofrer *restrições* ou *Einschränkung* – o que é compatível com a teoria externa, sendo que *a escassez real implica limites dos direitos fundamentais, ao passo que a escassez jurídica implica restrições a tais direitos*.

Antes de se trabalhar aqui com sincretismo teórico ou metodológico discutível, ou adotar posturas ecléticas, o que se pretende é enfrentar o tema da reserva do possível em sua ambivalência semântica que ora lhe confere o significado de *limite fático* – escassez real – e ora lhe confere o significado de *restrição jurídica* – escassez ficta.

⁷⁸⁸ MACHADO, L. Op. cit., p. 295.

⁷⁸⁹ **PONS Großwörterbuch.** Deutsch als Fremdsprache. Stuttgart: Ernst Klett Sprachen GmbH, 2004, verbete *Schranke*, p. 1204.

⁷⁹⁰ Novo Dicionário Aurélio, verbete *limite*.

⁷⁹¹ Novo Dicionário Aurélio, verbetes *restrição* e *restringir*.

⁷⁹² LEIVAS, P. G. C. Op. cit., p. 62.

⁷⁹³ Paulo Gilberto Cogo Leivas, ao discorrer sobre as teorias interna e externa afirma que nas primeiras decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão este adotou a teoria interna, conforme se depreende do decidido em BVerfGE 1, 418 (420), ao se decidir acerca da liberdade da pessoa estatuída no art. 2º (2) e 104 (1) da Lei de Bonn. Segundo o mesmo autor, ulteriormente o BVerfGE alterou entendimento, passando a adotar a teoria externa em BVerfGE 85, 386 (397), “embora – admite o autor – tenha utilizado conceitos típicos da teoria interna.” LEIVAS, P. G. C. Idem, pp. 63-64. Talvez – e aqui se está apenas hipotetizando, por não se dispor, no momento, de elementos suficientes para demonstrar a veracidade da hipótese – o Tribunal Constitucional Federal alemão adote, em realidade, ambas as teorias, compreendendo, ainda que intuitivamente, a possibilidade de convivência entre as idéias de limites e restrições aqui propugnada. Não se pretende levar a cabo a verificação da hipótese ora levantada no presente estudo.

Reputa-se, portanto, que quando se fala em reserva do possível baseada em escassez real, de natureza econômica, se está diante de um *limite* ao direito fundamental. De outro lado, sustenta-se que ao se falar em escassez ficta, de natureza jurídica, está-se diante de uma verdadeira *restrição* a direitos fundamentais. Donde a pertinência de se admitir a coexistência dos fenômenos e de buscar elementos para solucionar os problemas constitucionais oriundos de cada uma dessas dimensões.

De se tentar divisar, para tanto, *limite*, na acepção aqui tomada, em grande medida compatível com o entendimento da *teoria interna* ou dos *limites imanes*, de *restrição*, também na acepção aqui tomada, em grande medida compatível com o entendimento da *teoria externa*. Segundo Luiz Fernando Calil de Freitas,

Afirmar que direitos fundamentais têm limites importa dizer que tanto do ponto de vista material, quanto do estritamente jurídico, as normas constitucionais jusfundamentais ao estabelecerem tais direitos definem as respectivas fronteiras.⁷⁹⁴

Assim, distinguem-se, de um lado, *limites de objeto*, i.e., aqueles limites originários relativos à parcela de realidade, nas palavras de Calil, a que se reporta a norma jusfundamental, e, de outro lado, *limites de conteúdo jurídico*, relativo ao alcance ou extensão do âmbito de proteção da norma instituidora do direito fundamental.⁷⁹⁵

Propugna-se aqui entendimento no sentido de que *limites* ou *Grenze* constituem *aquelas situações não abrangidas pelo âmbito normativo da norma instituidora do direito fundamental, seja porque a escassez real impossibilita tal interpretação, seja porque a posição jusfundamental pretendida pelo titular não passava de mera expectativa, decorrente da interpretação inadequada do âmbito de proteção, ou ainda de uma interpretação hiper-extensiva ou forçada de tal âmbito de proteção*, de modo que se possa afirmar que jamais correspondeu a tal comando normativo.⁷⁹⁶

Recorra-se à exemplificação, para clarificar o entendimento. A interpretação do direito fundamental à preservação da vida e da saúde, constitucionalmente consagrado, *não* permite concluir encontrar-se tutelado em seu âmbito de proteção o direito subjetivo a um bem cuja escassez seja real, como, por exemplo, órgãos e tecidos humanos para transplante.

Nesse caso de *escassez real*, verifica-se o *direito a tomar parte (Teilhaberecht)*⁷⁹⁷ nos procedimentos existentes de alocação de tais recursos – i.e., as filas de pessoas que necessitem

⁷⁹⁴ FREITAS, L. F. C. de. Op. cit. p. 83.

⁷⁹⁵ FREITAS, L. F. C. de. Ibidem.

⁷⁹⁶ Em suma, constitui exatamente o que os adeptos da teoria interna denominam *limites imanes*, uma vez que não são *exteriores* ao âmbito de proteção da norma jusfundamental, reduzindo-o, mas correspondem a posições que não se encontram no raio de tal âmbito de proteção.

⁷⁹⁷ Vê-se, com frequência, a expressão alemã *Teilhaberecht* ser traduzida como direito prestacional, simplesmente, ou ainda como *direito a ter uma parte*. Na realidade, a tradução mais adequada, no que se depreende de sua utilização pela doutrina e jurisprudência alemãs, é *direito a tomar parte*, no sentido de um *direito a tomar parte nos procedimentos de alocação dos recursos em questão*, como, por exemplo, as vagas universitárias. Aqui sim se aplica o entendimento de Ricardo Lobo Torres no sentido de que o direito fundamental constitui em um direito à política

de órgãos e tecidos para transplante, no exemplo citado –, em igualdade de condições e com critérios razoáveis⁷⁹⁸, acompanhado do direito de, uma vez obtido o órgão ou tecido, sofrer a adequada intervenção cirúrgica com vistas a salvaguardar os direitos fundamentais em referência.

Nesse exemplo se vislumbra a situação que se afirmou acima constituir um *limite* (*Grenze*) do direito fundamental à vida e à saúde, por força de escassez real a impossibilitar que se reconheça, mesmo em tese, a existência de um direito subjetivo *ao órgão ou ao tecido*, justificável, o que seria absurdo, em face da escassez real.

Outro exemplo seria o direito à moradia, incluído no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 por Emenda à Constituição. Parece plausível s.m.j. concluir, em princípio, que inexistem recursos suficientes à outorga, *aqui e agora*, de moradia a todos os brasileiros que não usufruem de tal direito, ou que se encontram em situações precárias de moradia, habitando favelas, barracos, casas de chão-batido, sapé, palafitas e o mais.

Segundo o entendimento ora proposto, aqui, não há falar em direito *subjetivo* ao bem objeto do direito, a moradia, em vista da impossibilidade *real*, econômica e física, de se erigir, com os recursos públicos disponíveis e do dia para a noite, imóveis residenciais suficientes ao atendimento da demanda. Ninguém imaginaria, ademais, a justiciabilidade do direito à moradia, em semelhantes termos.

Há aqui, não obstante, o direito à política pública séria, consistente e adequada, orientada no sentido da satisfação do direito fundamental à moradia para todos⁷⁹⁹, cuja existência não fica na dependência de sua exigibilidade imediata e tampouco do princípio da realidade, restando deveres fundamentais correlatos para o Estado e meios de se interpretar o direito fundamental em comento, coerentemente com sua nota de fundamentalidade, levando-se em consideração as possibilidades reais, como se verá adiante.

Nesse exemplo do direito fundamental à moradia se verificaria o que acima se nomeou pretensão ou expectativa de posição jurídica inexistente, decorrente de interpretação inadequada ou hipertrofiada da disposição jusfundamental no entendimento que defendesse o direito

pública, não ao bem em si. Se vê que *Teilhaberechte* não é sinônimo de direito prestacional, mas espécie deste, e que possui íntima ligação com o que Robert Alexy denomina direitos à participação e ao procedimento.

⁷⁹⁸ Exemplo de critério razoável é a consideração da gravidade real do quadro de saúde do paciente em questão, em lugar da mera cronologia, desde que instituídos mecanismos de controle da subjetividade do médico, para evitar favorecimentos e fraudes.

⁷⁹⁹ E não um sistema seletivo às avessas, verdadeira discriminação negativa, que subsidia juros com recursos captados junto à toda a sociedade, através do FGTS, para financiamento em moldes privados de imóveis para parcelas da sociedade integrantes da classe média e média-alta, como a atual política habitacional, se é que se pode falar na existência de uma entre nós.

subjetivo *disponível aqui e agora* e justificável de todo brasileiro⁸⁰⁰ à obtenção de uma moradia.
801

Em ambos os exemplos – o do transplante de órgãos e tecidos e o do custoso direito fundamental à moradia – se trabalha tendo em mente a *escassez real*, e não meramente jurídica, pois na realidade, do ponto de vista econômico, e não meramente jurídico, é plausível afirmar que *não existem* órgãos suficientes para todos os pacientes que necessitam de transplante terapêutico e também é plausível afirmar que *não existem* recursos financeiros suficientes à solução *imediata* – ressalve-se – do problema da moradia no país.

Em nosso juízo tais situações podem ser resolvidas, em grande parte, não se retirando, reitere-se, a nota de jusfundamentalidade de que goza a disposição que outorga o direito em questão. Excetuando-se as situações de escassez natural, notadamente severa, na terminologia de John Elster, já vista, a situação de escassez de bens fungíveis – como dinheiro – podem ser superadas, mediante determinados expedientes. Os *limites* (*Grenze*) dos direitos fundamentais impostos pela escassez econômica não constituem, portanto, a negação de qualquer juridicidade ou jusfundamentalidade a tais direitos. Propostas de resolução de inviabilidade em virtude de escassez real serão trabalhadas adiante.

Ao lado dos limites, vislumbram-se as restrições aos direitos fundamentais. Se a idéia de limite aqui esposada é a de limite originário, traçado pelo âmbito de proteção da norma, a idéia de restrição implica, necessariamente, a de uma intervenção, legítima ou não, em tal âmbito de proteção – no primeiro caso tratar-se-ia de restrição propriamente dita ou *Einschränkung*, ao passo que, no segundo caso, caracterizar-se-ia violação ou *Verletzung*.

Assim, as situações distinguem-se na medida em que, se no caso dos limites se pode plausivelmente afirmar que a posição ou pretensão correspectiva jamais esteve compreendida no âmbito de proteção da norma jusfundamental, na hipótese das restrições (*Schranken*) trabalha-se com posições ou pretensões que inicialmente parecem recair dentro de tal âmbito de proteção, mas que são, ulteriormente, dele excluídas ou sofrem reduções, de modo que se pode vislumbrar a existência de uma intervenção no âmbito de proteção.

Conforme ensina Luiz Fernando Calil de Freitas, o doutrinador lusitano Jorge Reis Novais distingue restrições a direitos fundamentais em sentido amplo e em sentido estrito. Segundo Freitas:

⁸⁰⁰ Não seria razoável, ademais, a desconsideração das condições pessoais de fortuna na outorga de um tal direito, sob pena de se reconhecer o direito de um banqueiro ou latifundiário ou ainda um indivíduo já proprietário de imóveis a postular, às expensas do erário, uma moradia com base no direito fundamental inserto no art. 6º da Constituição Federal.

⁸⁰¹ Note-se que em ambos os exemplos se trabalha, ao mesmo tempo, com as dimensões intimamente conexas da *escassez real* e da *razoabilidade e racionalidade da pretensão*, terceiro aspecto compreendido sob a expressão *reserva do possível*, como visto. A constatação da razoabilidade ou racionalidade da pretensão depende, à toda vista, do cotejo entre o que se postula com base na disposição jusfundamental e os dados da realidade.

Novais, por sua vez, conceitua as restrições em sentido estrito como sendo as actuações (sic) normativas do poder público (“leis restritivas”, na fórmula da nossa Constituição) modificativas do conteúdo dos direitos fundamentais e que, do ponto de vista da sua dimensão subjetivas, são desvantajosas ou negativas para os titulares reais ou potenciais dos respectivos direitos. Já, para o mesmo autor, restrições em sentido lato seriam todos e quaisquer comportamentos estatais que afetem desvantajosamente a garantia de um bem jusfundamentalmente protegido.⁸⁰²

Assim, *restrições (Schränken)* podem ser definidas, para os fins deste estudo, como *intervenções ulteriores* sobre o âmbito de proteção da norma instituidora de direitos fundamentais, de modo a *retirar* deste posições ou pretensões que se poderiam conceber como neles compreendidas, ou de modo a *restringi-las*. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho

Só deve falar-se de restrição de direitos, liberdades e garantias depois de conhecermos o *âmbito de protecção*⁸⁰³ das normas constitucionais consagradoras desses direitos. Pretende-se determinar quais os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa protecção – **âmbito de protecção da norma** – e verificar se os bens jurídicos protegidos por uma norma consagradora de um direito, liberdade ou garantia sofrem de qualquer restrição imediatamente estabelecida pela própria constituição – *restrição constitucional expressa* – ou se a constituição *autoriza* a lei a restringir esse âmbito de protecção – *reserva de lei restritiva*.⁸⁰⁴ (destaques do original).

Depreende-se do magistério do constitucionalista lusitano a viabilidade da distinção aqui proposta, entre *Grenze* e *Schranke*, uma vez que as restrições somente podem ser vislumbradas após o estabelecimento dos limites, dados pelo âmbito de proteção e, ao mesmo tempo, definidores deste.⁸⁰⁵

Depreende-se, igualmente, que as restrições de direitos fundamentais, exatamente por se tratar de direitos constitucionalmente qualificados com a nota de jusfundamentalidade, *dependem*, para sua higidez jurídico-constitucional, de sua decorrência, direta ou indireta, do próprio texto constitucional, ou seja, às categorias contrapostas da *restrição constitucional expressa* ou da *reserva de lei restritiva*, como visto.

As restrições constitucionalmente expressas aqui não gozam de maior importância para as finalidades de nosso estudo, afigurando-se mais importantes, no particular, as restrições estabelecidas por lei, as quais, segundo o autor lusitano, existem “quando os preceitos garantidores de direitos, liberdades e garantias admitem, de forma expressa, a possibilidade de restrições através da lei.”⁸⁰⁶

⁸⁰² FREITAS, L. F. C. de. Op. cit. p. 78. Ainda conforme Freitas, “de qualquer sorte, resta claro que no seu entendimento os limites são sempre dados em nível constitucional e que as restrições o são mediante atuações restritivas do poder público.” Ibidem. Note-se que, com base na classificação de Jorge Reis Novais teríamos as restrições decorrentes de alocações orçamentárias como caracterizadoras de restrições a direitos fundamentais em sentido amplo.

⁸⁰³ O qual define e é definido, simultaneamente, pelos limites ou *Grenze*, como visto.

⁸⁰⁴ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 1275.

⁸⁰⁵ Canotilho fornece, como exemplo de posições não albergadas pelo direito fundamental, por encontrarem-se fora do âmbito de proteção da norma, o das atividades ilícitas, evidentemente não tuteladas pela direito fundamental ao livre exercício de profissão. Ibidem.

⁸⁰⁶ CANOTILHO, J. J. G. Idem, p. 1277.

Já as restrições não expressamente autorizadas pela Constituição são, conforme reconhece José Joaquim Gomes Canotilho, de reconhecimento problemático, verificando-se, sobretudo, em situações em que a salvaguarda de outros bens constitucionalmente garantidos imponham restrições a direitos fundamentais.⁸⁰⁷

Se, por um lado, é forçoso admitir que os demais bens constitucionalmente devem ser levados em conta na definição do alcance ou extensão do âmbito de proteção de normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais, de outro lado, o grande problema da admissão das restrições não autorizadas constitucionalmente reside na possível *subversão* da fundamentalidade dos direitos, permitindo sua livre disponibilidade pelo legislador ordinário. Tal aspecto será enfrentado adiante, por ocasião da abordagem da *teoria das restrições das restrições*.

A guisa de síntese, assentado aqui entendimento no sentido de que direitos e garantias fundamentais possuem *limites* e sofrem *restrições* – constatação meramente descritiva da realidade, sem caráter normativo – e em se considerando que a reserva do possível vaza por vezes tanto o significado de *limite* fático (escassez econômica) quanto o de *restrição* (escassez jurídica), de se enfrentar ambos os aspectos.

Consigne-se, conclusivamente, apenas, que o terceiro aspecto da reserva do possível como contemporaneamente compreendida no Brasil – razoabilidade ou racionalidade da pretensão – pode constituir tanto um limite imanente quanto uma restrição, conforme a hipótese.⁸⁰⁸

Iniciar-se-á pela hipótese de reserva do possível baseada em escassez ficta, tema mais tratado pela dogmática constitucionalista e, portanto, mais desenvolvido em nível teórico, para, ulteriormente, abordar-se o problema da escassez econômica.

2. Reserva do possível como restrição a direitos fundamentais e aplicação da teoria das “restrições às restrições” (*Schranken der Schranken*).

Com base nas distinções entre escassez econômica e escassez jurídica e entre limites e restrições a direitos fundamentais, sustenta-se aqui que a reserva do possível, quando alegada

⁸⁰⁷ CANOTILHO, J. J. G. Ibidem.

⁸⁰⁸ Assim, poder-se-ia sustentar existirem posições que seriam irrazoáveis ou irracionais já em seu nascedouro, como, por exemplo, a idéia de exigir da estatalidade a outorga de um bem economicamente escasso, como órgãos para transplante. De outra parte, parece ser possível sustentar a possibilidade de que, em outras situações, pretensões que inicialmente poderiam ser consideradas razoáveis ou racionais, estando compreendidas no âmbito de proteção da norma jusfundamental, deixem de sê-lo pela modificação na realidade concreta, tornando-se irrazoáveis na nova conjuntura. Neste segundo caso, vislumbra-se o requisito da razoabilidade e da racionalidade da pretensão atuando como restrição, haja vista anteriormente encontrar a pretensão guardada no âmbito protetivo jusfundamental. De todo modo, a reserva do possível na acepção de uma exigência de racionalidade e de razoabilidade da pretensão não ocupa posição central no presente estudo, interessando aqui, especificamente, a situação de reserva do possível calcada em escassez jurídica e a pretensão de sua equiparação com aquela baseada em escassez econômica, razão pela qual se renuncia de incursionar mais detidamente na temática.

com base em limitações jurídicas, como a lei orçamentária, configura-se como restrição a direitos fundamentais.

Com efeito, a alegação de ausência de *disponibilidade* financeira sobre *recursos existentes*, seja por força de lei orçamentária, seja em virtude de dispositivo legal que imponha padrões de austeridade fiscal, caracteriza uma situação em que a decisão alocativa consubstanciada no diploma legal implica restrição a direitos fundamentais sociais, sendo interpretada, portanto, a partir de tal ponto de vista, como restritiva de tais direitos fundamentais.

Assim faz-se oportuna a incursão na seara da dogmática dos direitos fundamentais para examinar algumas formulações integrantes da denominada teoria das “restrições das restrições” (“*Schranken der Schranken*”), baseada, conforme Jorge Miranda, citado por Calil de Freitas, na idéia expressa no brocardo latino *odiosa sunt restringenda*, a significar que as restrições a direitos fundamentais devem ser, por sua vez, restritas e limitadas.⁸⁰⁹

A constatação de que inexistem direitos absolutos, mesmo porque a realização de alguns em máxima extensão implicaria na violação ou não realização de outros, conduziu à relativização dos direitos fundamentais e ao tema das restrições a direitos fundamentais.

A doutrina constitucionalista alemã conta com o desenvolvimento de um significativo arcabouço de elementos teóricos de controle das restrições a direitos fundamentais, dentro do que se convencionou denominar *Schranken der Schranken*, ou *teoria das restrições das restrições*.⁸¹⁰

Exploraremos no presente item alguns destas construções, a saber, a proibição de excesso (*Übermaß Verbot*), a proibição da proteção deficiente (*Untermaß Verbot*), o núcleo essencial (*Wesensgehalt*), a cláusula de proibição de retrocesso (*Verbot des sozialen Rückschritts*) e, por fim, o mínimo existencial (*Existenzminimum*) conexo com a dignidade da pessoa humana (*Menschenwürde*) como parâmetros limitativos da atividade restritiva estatal em matéria de direitos sociais prestacionais.

2.1. Proibição de excesso (*Übermaß Verbot*).

⁸⁰⁹ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 452. FREITAS, L. F. C. de. Op. cit. p. 185.

⁸¹⁰ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 452. É Luiz Fernando Calil de Freitas quem observa: “O sistema constitucional de direitos fundamentais, a par de os estabelecer e viabilizar a respectiva limitação e restrição, como forma de auto-defesa configura um complexo mecanismo de limitação e controle dos atos de aposição de limites e restrições de modo a que a ação limitadora ou restritiva somente se dê na medida estritamente necessária e indispensável à própria concretização e preservação de tais direitos e demais bens constitucionalmente protegidos.” FREITAS, L. F. C. de. Op. cit. p. 185.

Uma primeira barreira para as restrições aos direitos fundamentais encontra-se consubstanciada no princípio da *proibição de excesso*, em alemão *Übermaß Verbot*. Embora tal princípio afigure-se originalmente elaborado para fazer frente a restrições incidentes sobre os direitos fundamentais ditos “negativos”, ou direitos de defesa⁸¹¹, afigure-se aplicável às restrições em relação a direitos preponderantemente positivos ou prestacionais, na maneira que se segue.

O *Übermaß Verbot* é uma das dimensões do denominado *dever de proporcionalidade*, através do qual se busca aferir a “adequação constitucional da discricionariedade legislativa quanto à liberdade de conformação” quando esta atue prejudicialmente em relação a direitos e garantias fundamentais.⁸¹² O constitucionalista lusitano José Joaquim Gomes Canotilho, discorrendo sobre a proibição de excesso, assim se manifesta:

O princípio da proibição de excesso, atrás considerado como um subprincípio densificador do Estado de direito democrático (cfr., *supra*), significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida).⁸¹³ (grifos do original).

Já se pode vislumbrar, portanto, a íntima conexão entre a proibição de excesso e a proporcionalidade. A idéia traduzida pela proibição de excesso é a de que as restrições a direitos fundamentais admissíveis são aquelas que não sejam excessivas, em suma, as restrições proporcionais. Do excerto do constitucionalista lusitano transcrito acima se depreende que mesmo as restrições feitas através de lei ou com base em uma lei devem observar, sob pena de inconstitucionalidade, o *Übermaß Verbot*, que se afere pela proporcionalidade. Ou, dito de outro modo, *todas* as restrições a direitos fundamentais devem ser *proporcionais*.

Aqui entra em cena, portanto, o denominado *princípio da proporcionalidade* (*Verhältnismässigkeit Grundsatz*), em seu tríptico aspecto de *adequação* (*Geeignetheit*), *necessidade* (*Erforderlichkeit*) e *proporcionalidade em sentido estrito* (*Verhältnismässigkeit im engerem Sinne*).⁸¹⁴ Sobre tal princípio ou máxima, vale transcrever as palavras da escoreita síntese da lavra de Luiz Fernando Calil de Freitas:

O conteúdo material do princípio da proporcionalidade, em face disso, pode anunciar-se como sendo o dever de emprego do meio necessário para o fomento de um fim constitucionalmente legítimo, o dever de que o meio empregado seja o menos gravoso dentre os aptos ao fomento do resultado pretendido e, ainda, o dever de que o meio empregado fomente um resultado positivo proporcionalmente mais relevante do que o

⁸¹¹ Como observa Canotilho, “o sentido mais geral da proibição de excesso é, como se acaba de ver, evitar cargas coativas excessivas ou atos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares.” CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 273.

⁸¹² FREITAS, L. F. C. de. Op. cit. pp. 205-206. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, citado pelo autor, o controle judicial da inconstitucionalidade material em virtude de excesso de poder legislativo possivelmente constitui um dos temas mais tormentosos em matéria de controle de constitucionalidade na contemporaneidade. Idem, p. 206.

⁸¹³ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 457.

⁸¹⁴ CANOTILHO, J. J. G. Ibidem.

prejuízo causado aos direitos fundamentais desvantajosamente afetados em decorrência de sua utilização.⁸¹⁵

O princípio ou máxima da proporcionalidade guarda estreita relação com a questão das possibilidades fáticas e jurídicas de cumprimento de normas constitucionais consubstanciadas em princípios⁸¹⁶, conforme se colhe do magistério do alemão Robert Alexy. Segundo Alexy, os princípios da *adequação* (*Geeignetheit*) e da *necessidade* (*Erforderlichkeit*) encontram-se vinculados com as *possibilidades fáticas*, ao passo que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*) vincula-se às *possibilidades jurídicas*.⁸¹⁷ De se estudar cada um destes aspectos separadamente.

Pelo princípio da adequação, a restrição deve revelar-se adequada à consecução dos fins pretendidos, ou seja, no magistério de Canotilho, a “exigência da *adequação* aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins).” (grifos do original).⁸¹⁸

Pelo princípio da necessidade considera-se proporcional a restrição que se revele necessária à obtenção da finalidade desejada, o que implica dizer que inexistia outro meio menos gravoso de se obter o mesmo resultado. Segundo Canotilho

A exigência da *necessidade* pretende evitar a adopção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de protecção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos “coactivo”, relativamente aos direitos restringidos.⁸¹⁹ (grifos do original).

⁸¹⁵ FREITAS, L. F. C. de. Op. cit. p. 207.

⁸¹⁶ O conceito alexyano de princípio se depreende com clareza do seguinte excerto de seu “Theorie der Grundrechte”: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado **na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes**. Por isso, os princípios são *mandados de otimização*, que são caracterizados pelo fato de que **podem ser cumpridos em diferente grau** e que **a medida devida de seu cumprimento** não apenas **depende** das **possibilidades reais** como também **das jurídicas**. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.” Tradução livre do autor. Texto original: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado **en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes**. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que **pueden ser cumplidos en diferente grado** y que **la medida devida de su cumplimiento** no sólo **depende** de las **posibilidades reales** sino también de **las jurídicas**. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opostos.”⁸¹⁶ (itálicos do original, negritos ausentes do original). ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales* cit, p. 86. Como se vê, a questão do faticamente e do juridicamente possível em matéria de direitos fundamentais é central.

⁸¹⁷ ALEXY, R. Idem, pp. 112-113.

⁸¹⁸ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 457. Conforme observa Wilson Steinmetz, o *princípio da adequação*, também nomeado *princípio da idoneidade ou da conformidade*, consiste na verificação de se, no caso concreto “a norma restritiva (o meio, a medida) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de examinar se o meio é apto, útil, idóneo ou apropriado para atingir o fim pretendido.” STEINMETZ, W. *A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 212.

⁸¹⁹ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 457. Segundo Steinmetz, tal princípio, também denominado *princípio da exigibilidade ou da indispensabilidade* “ordena que se examine se, entre os meios de restrição disponíveis e igualmente eficazes para atingir ou promover o fim pretendido, o escolhido é o menos restritivo – isto é, menos prejudicial ou gravoso – ao(s) direito(s) fundamental(is) em questão. Assim, uma determinada restrição é necessária se não é possível escolher outra restrição igualmente efetiva que limite menos o(s) direito(s) fundamental(is) em questão.” STEINMETZ, W. Op. cit. p. 213.

Já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige que haja uma relação proporcional entre a restrição imposta e o fim atingido, de modo que se encontra excluída a restrição em nome de uma finalidade de somenos importância. Ainda uma vez recorre-se ao magistério do constitucionalista de Coimbra:

O princípio da *proporcionalidade* em sentido estrito (= princípio da ‘justa medida’) significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adopte “cargas coactivas” de direitos, liberdades e garantias “desmedidas”, “desajustadas”, “excessivas” ou “desproporcionadas” em relação aos resultados obtidos.⁸²⁰ (grifos do original).

Os requisitos são cumulativos, devendo ser preenchidos, segundo a leitura feita do mesmo pela doutrina, as exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para a higidez da restrição operada, do ponto de vista constitucional.⁸²¹

Dito de outro modo, pelo princípio da proibição de excesso, estão excluídas as restrições a direitos fundamentais que não observem a proporcionalidade, quer por não serem necessárias ao atingimento do fim pretendido, quer por não serem adequadas a este mesmo fim ou ainda por não guardarem uma relação de proporcionalidade entre fins visados e meios utilizados, isto é, por revelar-se a restrição uma medida mais gravosa do que o próprio não atingimento do fim perseguido. E, reiterar-se, a finalidade perseguida através da restrição deve ser valiosa do ponto de vista constitucional.

As restrições que não observem tais requisitos inquinam-se de inconstitucionalidade por violarem a proibição de excesso. Como visto, o princípio do *Übermaß Verbot* vincula-se mais diretamente aos direitos ditos de defesa. Não obstante, visto que todos os direitos fundamentais, por outro lado, possuem plúrimas dimensões, ostentando facetas de defesa e facetas prestacionais, ele revela-se aplicável a qualquer direito ou garantia fundamental enquanto direito de defesa.

Assim, na análise de um caso concreto em que se objete, em face de uma demanda por direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, a reserva do possível em sua vertente jurídica, com base na *lei orçamentária* ou na *lei de responsabilidade fiscal*, por exemplo, tais diplomas normativos, em se revelando potencialmente restritivos de direitos fundamentais, devem passar pelo crivo da proporcionalidade, com vistas à constatação de eventual excesso.

A configuração das restrições aportadas pelas leis orçamentárias e de austeridade fiscal, bem como por quaisquer atos da Administração Pública alocativos de recursos devem ser

⁸²⁰ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 457. Segundo Steinmetz, com esboço em no BVerfGE 35, 382 (401) e em Manuel Medina Guerrero, os meios escolhidos devem se manter em uma relação de razoabilidade com o resultado pretendido. Nas palavras do primeiro, “Esse dever é cumprido mediante o exame do equilíbrio ou da ‘justa medida’ entre a restrição (o meio) e a finalidade pretendida.” STEINMETZ, W. Op. cit. pp. 213-214.

⁸²¹ Sintetizando, Konrad Hesse ensina: “A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser *adequada* para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser *necessária* para isso, o que não é o caso quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser *proporcional* no sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.” HESSE, K. Op. cit. p. 256.

submetidos à análise em face do princípio da proibição de excesso, com vistas a se aferir se a afetação negativa por eles produzida em direitos fundamentais sociais prestacionais atende aos requisitos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, há de se inquirir, no caso concreto – tarefa esta, ressalte-se, que não é de consecução simples, o que aqui se reconhece – quais as finalidades perseguidas pelo poder público com a alocação dos recursos, na forma como feita, para se aferir com vistas à promoção de quais bens ou interesses foram restringidos direitos fundamentais sociais que poderiam ter sido concretizados com os mesmos recursos (adequação).

Pode ser que de tal investigação se afigure a proteção de outros bens ou valores constitucionalmente tutelados que justifiquem a restrição orçamentária, por exemplo, revelando-se idônea a alegação de reserva do possível, *in casu*. Por outro lado, pode ser que se afigure uma situação de desatendimento à adequação, como, por exemplo, nas hipóteses em que parte significativa dos recursos do Erário seja consumida com despesas que não gozem de prioridade constitucional em detrimento dos direitos fundamentais sociais.⁸²²

Há, igualmente, que se investigar se a restrição assim operada, através da alocação de recursos, é necessária à consecução dos fins pretendidos, se não poderia ser substituída por outras medidas igualmente eficazes e menos gravosas aos direitos fundamentais sociais.⁸²³

Igualmente, poderá se afigurar como preenchido ou não o requisito da necessidade da medida restritiva, de modo que restará evidenciada, respectivamente, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da restrição, com base na proibição de excesso.

Por fim, há que se aferir se a medida restritiva atende ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, se o resultado obtido com a restrição não é de somenos importância em relação a esta.⁸²⁴ Assim, é de se indagar quais os efeitos da não satisfação do bem ou interesse contraposto em confronto com a não satisfação do direito fundamental social que se pretende preterir em seu nome.⁸²⁵

⁸²² Reconheça-se, expressamente e desde logo, as dificuldades em se aferir referido requisito, bem como a quase impossibilidade de estrear o juízo político do juízo de constitucionalidade acerca das alocações de recursos públicos. No entanto, o caso concreto pode lançar luzes sobre a questão. Tornou-se célebre, por exemplo, o caso em que em uma pequena cidade procurava-se destinar parcela vultosa do orçamento público para a construção de um suntuoso estádio de futebol *em detrimento de investimentos na área da saúde*. Não se nega o valor do esporte como constitucionalmente tutelado, por evidente, mas parece plausível sustentar, com base no próprio direito constitucional positivo, a absoluta prioridade do direito à preservação da vida e da saúde, em casos como o mencionado.

⁸²³ Voltando o exemplo do esporte, em certos casos em que este valor constitucionalmente tutelado concorra por recursos parcos com bens constitucionais prioritários, como o direito à preservação da vida e da saúde, ou o direito à educação, por exemplo, de se investigar se não se poderia atingir o mesmo nível de fomento da atividade esportiva através do recurso a parcerias com a iniciativa privada, em lugar de proceder a alocações de recursos orçamentários de expressão.

⁸²⁴ Trata-se de uma indagação que pode ser respondida através do recurso à denominada “lei de colisão”, da lavra de Robert Alexy, formulada nos seguintes termos: “Quanto maior o grau da não-satisfação ou da afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”. Tradução livre do autor. Texto original: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.” ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales* cit, p. 161.

⁸²⁵ De forma que, ainda valendo-nos da mesma hipótese até aqui trabalhada, deve-se questionar quais as consequências prováveis do não investimento dos recursos implicados no esporte em comparação com as consequências do não investimento dos mesmos recursos nas áreas da saúde ou da educação, por exemplo.

Evidentemente tal construção e tais concepções não são imunes a críticas. Além do carácter essencialmente formal dos critérios do construto da proporcionalidade, do qual se vale a *Übermaß Verbot* para sua operação, restam os problemas da intedeterminação dos sentidos dos termos em que se encontram vazadas as máximas ora analisadas, bem como fica evidenciada a abertura aí contida para a subjetividade do intérprete.

De todo modo, sustenta-se aqui que, a despeito de tais limitações, a construção não perde seu valor por completo, podendo ser utilizado de maneira válida e útil para o controle da legitimidade constitucional dos atos do Poder Público, desde que conjugado com outros critérios materiais.

Examinado o primeiro aspecto do dever de proporcionalidade, voltado às dimensões defensivas dos direitos fundamentais, de se analisar seu segundo aspecto, destinado às dimensões prestacionais dos mesmos direitos.

2.2. Proibição de proteção deficiente (*Untermaß Verbot*).

Viu-se que as restrições a direitos fundamentais não podem ser excessivas, segundo o postulado da proibição de excesso, devendo, para tanto, observar a proporcionalidade, em seu tríplice aspecto.

Embora tal construção preste-se muito bem à proteção das intervenções restritivas em determinados tipos ou dimensões de direitos fundamentais, notadamente os direitos de defesa, e possa ser utilizada na análise de óbices jurídicos porventura levantados contra a efetivação de direitos fundamentais sociais, revela-se insuficiente, por si só, em matéria de direitos a prestações.⁸²⁶

Em relação aos direitos ditos prestacionais, que exigem um *dar* ou um *fazer* do poder público, faz-se necessária uma construção própria, apta à avaliação da omissão de tais poderes em adimplir seus deveres fundamentais, o que reclama uma estrutura própria e diversa.

Assim, em decorrência das exigências de satisfação e concretização dos direitos a prestações surge a construção teórica do *princípio da proibição de proteção deficiente*, segundo o qual não apenas o Estado estará violando direitos fundamentais através de restrições

⁸²⁶ Conforme Paulo Leivas, “junto aos direitos de defesa, o preceito da proporcionalidade é aplicado no sentido da proibição de excesso (*Übermaßverbot*). Em época recente surgiu, na Alemanha, o conceito de proibição de não-suficiência (*Untermaßverbot*). Trata-se de conceito equivalente à proibição de excesso e deixa-se deduzir logicamente o carácter principiológico das obrigações de ação estatais.” LEIVAS, P. G. C. Idem, p. 76.

excessivas (*Übermaß Verbot*⁸²⁷) como também o estará fazendo quando não prestar proteção suficiente ao exercício dos direitos.

Conforme observa Paulo Gilberto Cogo Leivas, o princípio da proporcionalidade seguindo, de forma congruente, o caráter dos direitos fundamentais, aplica-se também quanto às obrigações positivas do Estado.⁸²⁸ Assim, se o princípio da proibição de excesso é uma das facetas do dever de proporcionalidade que incumbe ao agir da estatalidade, o princípio da vedação de proteção deficiente é a outra.

Canotilho, após abordar a dimensão clássica, por assim dizer, da proteção de direitos fundamentais de invasões excessivas através da proporcionalidade, encarnada no princípio do *Übermaß Verbot*, aborda a questão da “proibição por defeito”:

Há, porém, um outro lado da proteção que, em vez de salientar o *excesso*, releva a *proibição por defeito* (*Untermassverbot*). Existe um **defeito de proteção** quando as entidades sobre quem recai um *dever de proteção* (*Schutzpflicht*) adoptam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais.⁸²⁹ (destaques do original).

Trata-se, aqui, da exigência de proporcionalidade no âmbito da omissão estatal, a qual revelará a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da referida omissão. A relevância da formulação denominada *Untermass Verbot* na matéria de direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, decorrente da já vista constitucionalização do Estado Social, é das maiores, como se pode antever. Segundo o magistério de Paulo Gilberto Cogo Leivas, com base em Martin Borowski e Hartmut Maurer, quanto ao particular:

A proibição da não-suficiência exige que o legislador [e também o administrador], se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos. O Estado, portanto, é limitado de um lado, por meio dos limites superiores da proibição do excesso, e de outro, por meio de limites inferiores da proibição da não-suficiência. Como afirma Borowski: “A melhor realização possível do objeto da otimização dos princípios jusfundamentais-prestacionais é um objetivo prescrito pela constituição”.⁸³⁰

É comum a afirmação doutrinária no sentido de que, assim como a *Übermaß Verbot*, a *Untermass Verbot* opera através do princípio da proporcionalidade, em seu tríplice aspecto,

⁸²⁷ A expressão teria sido criada por Claus-Wilhelm Canaris, posteriormente adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Nesse sentido: CANARIS, C-W. Op. cit., p. 60.

⁸²⁸ LEIVAS, P. G. C. Op. cit., p. 76.

⁸²⁹ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 273.

⁸³⁰ LEIVAS, P. G. C. Op. cit., pp. 76-77.

conforme se depreende da jurisprudência e a doutrina constitucionais alemãs.⁸³¹ Cada um dos subprincípios ou preceitos parciais integrantes da proporcionalidade em sentido lato, no entanto, ganham significado próprio no âmbito dos deveres de ação estatais.

Seguindo o magistério de Leivas, sempre com base naquele de Borowski e Maurer, o requisito da adequação (*Geeignetheit*) é aferido, no âmbito da *Untermaß*, indagando-se se a medida estatal no sentido da efetivação do direito fundamental prestacional revela-se apta, idônea, apropriada para a consecução de sua finalidade. Segundo o primeiro autor, caso o meio eleito pela estatalidade para tal finalidade “não seja adequado a alcançar o objetivo imposto pelo princípio jusfundamental, ele está proibido e impõe-se que sejam buscados outros meios adequados para a realização do princípio P1”.⁸³²

Já no que diz respeito ao princípio da *necessidade* ou *Erforderlichkeits* no âmbito da *Untermaß Verbot*, Leivas expressa entendimento no sentido de que, existindo meio alternativo menos gravoso a outros direitos ou bens constitucionalmente contrapostos, impõe-se a adoção de tal meio, e não de outro.⁸³³

Por fim, o terceiro aspecto da proporcionalidade, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito, no sentido da proibição de não-suficiência, consiste, para Paulo Gilberto Cogo Leivas, no resultado de uma ponderação entre o princípio em questão – i.e., institutivo do direito fundamental social prestacional – e outros princípios colidentes, através da “lei da ponderação”, formulada por Alexy.⁸³⁴

Com o devido respeito e ressalvando, desde logo, ser inegável o dever de optar pelo meio idôneo à efetivação de um direito fundamental social que se revele menos gravoso em comparação com outros igualmente eficazes, ousamos discordar do entendimento no que se refere à compreensão das duas últimas máximas parciais integrantes da proporcionalidade em sentido lato e sua aplicação ao *Untermaß Verbot*.

⁸³¹ “A apreciação de um meio de promoção individual resulta da aplicação do preceito da proporcionalidade em sentido amplo. Do mesmo que na proibição do excesso, este preceito, no sentido da proibição da não-suficiência, deixa-se dividir em três preceitos parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.” LEIVAS, P. G. C. Op. cit., p. 77.

⁸³² LEIVAS, P. G. C. Ibidem. O autor assim explicita o preceito da adequação no sentido da proibição de proteção deficiente ou proibição da não-suficiência: “Assim, para o cumprimento do princípio P1, verifica-se se o meio M1 é adequado para alcançar o objetivo exigido pelo princípio P1”. LEIVAS, P. G. C. Ibidem.

⁸³³ LEIVAS, P. G. C. Idem, pp. 77-78.

⁸³⁴ LEIVAS, P. G. C. Idem, pp. 78-79. Como já visto, a lei de ponderação alexyana é formulada, como é sabido, nos seguintes termos: “Quanto maior é o grau da não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.” Nesse sentido, ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales* cit, p. 161.

Inicialmente, no que se refere ao requisito da *necessidade*, a dimensão assim evidenciada com base na doutrina ora citada nada mais é do que a proibição de excesso que resguarda os outros direitos e interesses constitucionalmente tutelados afetados.⁸³⁵

Explicita-se o entendimento: se no âmbito da *proibição de excesso*, voltada ao evitamento da excessiva ingerência da estatalidade no âmbito de proteção dos direitos fundamentais em sua dimensão de direito de defesa, a *necessidade* representa uma salvaguarda *contrária* à intervenção restritiva e, logo, *favorável* à preservação de tal dimensão defensiva jusfundamental, não faz sentido, no âmbito da *proibição de proteção deficiente*, interpretá-la nos exatos termos, visto que esta construção volta-se a combater a *omissão* do poder público, exigindo um atuar positivo da estatalidade.

Em tal hipótese, além de tal entendimento implicar indistinção entre a *Übermaß* e na *Untermaß Verbot* quanto a tal aspecto – visto que o requisito *necessidade* resta de idêntico teor em ambas, a despeito de a primeira voltar-se à proteção da dimensão de defesa do direito fundamental e a segunda à dimensão prestacional do mesmo – o requisito, estranhamente, volta-se *contra* a consecução do direito fundamental que a construção deveria salvaguardar, na medida em que questiona se *outros* direitos não estão sendo *excessivamente afetados*. Assim compreendido, prestigia os valores contrapostos, e não o direito cuja proteção visa a *Untermaß Verbot*.

Trata-se, *data máxima venia* em face da respeitável doutrina que retrata o entendimento referido, de equívoco perigoso, eis que converte o construto, de protetor dos direitos a prestações, em seu detrator.

Igualmente, compreendendo-se a proporcionalidade em termos idênticos ou similares àqueles em que é concebida quando integrante da *proibição de excesso*, chega-se a resultado contraditório, novamente submetendo o reconhecimento da insuficiência à inexistência ou insignificância de quaisquer outros bens ou interesses constitucionalmente tutelados. Tal requisito, interpretado desta maneira, em indistinção da terceira máxima parcial da *Übermaß Verbot*, submete a realização do direito prestacional à não-afetação ou à afetação em grau mínimo de outros direitos e interesses constitucionalmente tutelados, agindo em desfavor daquele direito, que deveria proteger.

De se buscar, portanto, critérios componententes da *Proibição de proteção deficiente* congruentes com seu caráter de proteção contra a omissão estatal inconstitucional, recorrendo,

⁸³⁵ O que ora se sustenta é que embora seja plausível defender a existência do dever de levar em consideração a afetação de direitos e bens juridicamente tutelados eventualmente contrapostos, esta é uma decorrência da máxima da necessidade (*Erforderlichkeit*) de outro construto, a saber, a *Proibição de excesso* (*Übermaß Verbot*), não podendo ser confundida com um componente da *Untermaß Verbot* sem mais.

para tanto, ao supedâneo da doutrina de Claus Wilhelm-Canaris e de José Joaquim Gomes Canotilho.

É José Joaquim Gomes Canotilho quem observa que a proibição por defeito ou proibição de proteção deficiente exige da estatalidade a adoção de *medidas suficientes*, sejam estas de natureza *normativa* ou *material*, com vistas à proteção *adequada* e *eficaz* dos direitos fundamentais implicados, no caso do presente estudo, dos direitos fundamentais sociais.⁸³⁶

Vê-se exsurgirem as idéias de *suficiência* e *eficácia*, bem como a necessidade de adoção das medidas normativas ou materiais necessárias à efetivação dos direitos à proteção, aí compreendidos aqueles de cunho prestacional.

Ainda na esteira do magistério de Canotilho é importante frisar a observação deste, feita com base no magistério de Claus-Wilhelm Canaris, no sentido de que o *Untermaß Verbot* implica a verificação da existência de *condições mínimas de eficiência na proteção*, bem como na aferição de *inexistir sobreavaliação* no que se refere aos bens jurídicos e aos interesses contrapostos.⁸³⁷

Temos, portanto, o surgimento da *eficiência* da proteção bem como a necessária aquilatação proporcionada de eventuais bens e interesses antagônicos. Com base no magistério de ambos os constitucionalistas, estamos a propugnar uma concepção de *proibição de proteção deficiente* ou *Untermaß Verbot* um tanto quanto diversa daquela vista linhas atrás. Também Konrad Hesse sublinha a dimensão da necessária *eficácia*, intimamente vinculada com a idéia de proibição de defeito:

Com base em tais deveres de proteção, os direitos fundamentais não são barreiras ao poder estatal: enquanto eles, em seu significado negatário, são dirigidos para uma omissão estatal que, em geral, não carece de regulação mais pormenorizada, obrigam eles, como base de um dever de proteção, fundamentalmente, ao tornar-se ativo estatal positivo. Nesse significado, eles regularm, sem dúvida, o “se”e, com isso, também o requisito da salvaguarda *eficaz*.⁸³⁸

Desta feita, revisitando o princípio da proibição de proteção deficiente, compreende-se hígido o requisito da *adequação*: é de rigor a indagação acerca da idoneidade das medidas

⁸³⁶ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 273.

⁸³⁷ CANOTILHO, J. J. G. Ibidem. Claus-Wilhelm Canaris assim se manifesta na passagem citada por Canotilho: “Neste quadro, há, pois, que averiguar se a protecção do direito infra-constitucional é eficaz e apropriada. Aqui não se trata de, por exemplo, mediar a – eventual – insuficiência de protecção, ou a omissão do legislador, da mesma forma que no caso de uma intervenção num direito fundamental, com base na proibição de excesso. É, antes, preciso verificar se a protecção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se os bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobre-avaliados.” CANARIS, C-W. Op. cit. p. 123.

⁸³⁸ HESSE, K. Op. cit. p. 279.

estatais encetadas com vistas ao desencumbimento do dever fundamental de proteção que recai sobre a estatalidade, em nosso caso, com vistas à promoção de um núcleo básico de direitos fundamentais sociais.

Em substituição ao requisito da *necessidade*, que se reputa incabível no caso presente, pelas razões expostas, propugna-se aqui, com base na doutrina de Canaris e Canotilho, por outro critério, qual seja, o da *suficiência*: por tal critério buscar-se-ia aferir se as medidas positivas ou prestacionais encetadas pela estatalidade com vistas à desincumbência do dever fundamental de proteção que lhe cabe são suficientes à promoção das finalidades constitucionalmente cominadas, em condições mínimas de eficiência e de eficácia em relação ao universo dos titulares, medidas estas que podem consistir, conforme sublinha Canotilho, em prestações normativas ou materiais.

O critério da *suficiência* compreenderia, assim, aspectos quantitativos e qualitativos do agir estatal no sentido da desincumbência dos deveres de proteção que lhe cabem; ou seja, compreenderia a verificação no sentido de que a atuação estatal seja *quantitativamente* suficiente, tendo em vista o universo dos titulares dos direitos fundamentais em questão e suas necessidades, bem como na verificação de se a atuação estatal é eficiente e eficaz na tutela de tais direitos, ou se, contrariamente, a despeito do agir estatal, os direitos continuam em grande medida irrealizados.⁸³⁹

Por fim, postula-se a *proporcionalidade em sentido estrito* orientada à análise de proporção entre os recursos orçamentários destinados pelo Estado à consecução das atividades e ao atingimento das finalidades constitucionalmente consagradas em matéria de direitos fundamentais sociais, em comparação com os recursos voltados a outras áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional.

Tal exigência reveste-se de importância na medida em que se tem presente o caráter economicamente relevante, nas palavras de Ingo Sarlet, dos direitos fundamentais sociais a prestações, e revela-se consentâneo com a proteção dos direitos à proteção, em conformidade com a teleologia da proibição de defeito.

⁸³⁹ Assim, exemplifique-se uma vez mais com o direito fundamental à moradia, reputado dos mais onerosos, do ponto de vista econômico. Partindo-se da premissa da inexistência do direito de ganhar um imóvel residencial, e compreendendo-se tal direito como o direito a uma política habitacional consistente, de se investigar se as políticas do Sistema Financeiro da Habitação atingem uma parcela significativa dos brasileiros e se são eficientes no prover o acesso à moradia. Se tal política revelar-se seletiva, restrita a uma pequena parcela da população com maior poder aquisitivo e, portanto, ineficiente na promoção do direito à habitação, encontra-se demonstrada, s.m.j., a situação de inconstitucionalidade, por violação da cláusula da proibição de proteção deficiente. Ao contrário, se se constatar que há uma política habitacional consistente, que atinja vários estratos sociais, com diferentes poderes aquisitivos e diferentes necessidades, indo desde financiamentos favorecidos e subsidiados até projetos habitacionais parcialmente financiados pelo poder público e parcialmente levados a cabo pelos próprios beneficiários – como através de mutirões, por exemplo – e que atinja parcela significativa da população, parece ser possível afirmar, s.m.j., inexistir violação à *Untermaß Verbot*.

Outro elemento indicativo importante da proporcionalidade, nesses termos, é a proporção entre o nível de exações tributárias e o nível de prestações sociais e outros indicadores sociais, como o índice de desenvolvimento humano – IDH – da UNESCO e o índice de necessidades básicas insatisfeitas – NBI – da CEPAL, de forma a se poder propor a idéia no sentido de que *quanto maior a desproporção entre o índice de exação e os indicadores de qualidade de vida, maior o indicativo de que a proporcionalidade em sentido estrito encontra-se desatendida, vislumbrando-se uma situação de inconstitucionalidade por descumprir o Estado de seu dever de proporcionalidade na promoção da proteção suficiente.*

Em jeito de síntese, se propugna aqui por uma concepção de *Untermaß Verbot* composta por três máximas parciais, a saber, a *adequação*, através da qual se investiga se os meios adotados pelo Estado são aptos ou idôneos à promoção da proteção constitucionalmente consagrada; a *suficiência* – em lugar da *necessidade* –, através da qual se nega higidez jurídico constitucional às medidas que, embora adequadas sejam insuficientes ao atingimento das metas constitucionalmente traçadas, por parcas, ínfimas ou insignificantes e, por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito*, desta feita compreendida como a exigência de uma proporção entre as rubricas orçamentárias destinadas às áreas constitucionalmente priorizadas e as demais, bem como uma proporção entre os índices de exação tributária e os indicadores de bem estar social e desenvolvimento humano.

A medida *adequada* à promoção do fim visado e *insuficiente* evidencia violação dos preceitos constitucionais implicados. A medida *adequada* e *suficiente* deve ser, ainda, *proporcional em sentido estrito*. O dever de proporcionalidade em sentido estrito, em estabelece parâmetros para a aferição do quão além de um patamar mínimo devem se colocar as prestações sociais.

2.3. Proteção do núcleo essencial (*Wesensgehalt*)⁸⁴⁰.

A teoria da proteção do núcleo essencial ou conteúdo essencial (*Wesensgehalt*) dos direitos fundamentais baseia-se na idéia de que as restrições de direitos fundamentais não devem atingir o âmago de tais direitos, de modo a representar sua aniquilação, seu esvaziamento

⁸⁴⁰ A despeito de inexistir disposição de direito constitucional positivo pátrio que preveja, expressamente, a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais, diversamente do que ocorre no caso da Constituição alemã de 1949 (art. 19, 2), da Constituição Portuguesa de 1976 (art. 18, 3) e da Constituição Espanhola de 1978 (art. 53, 1), o construto ganha ares de princípio geral na atualidade, sendo possível sua aplicação ao direito constitucional brasileiro a partir de uma interpretação sistemática de dispositivos da Constituição Federal brasileira de 1988. Neste sentido, Luiz Fernando Calil de Freitas: “De conseguinte, o que se pretende propugnar é que uma interpretação conjunta dos enunciados do artigo 60 § 4º, IV, do artigo 5º, I, do artigo 1º, III, e do artigo 4º, II, todos da Constituição da República, conduz à conclusão de que o núcleo essencial dos direitos fundamentais goza de proteção no sistema constitucional brasileiro.” FREITAS, L. F. C. de. Op. cit. p. 195.

de qualquer conteúdo. Sobre o que denomina *princípio da salvaguarda do núcleo essencial*, ensina Canotilho:

A idéia fundamental deste requisito é aparentemente simples: existe **um núcleo essencial** dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos (sic) restringidos.⁸⁴¹ (destaques do original).

Como visto, o cerne da teoria consiste na idéia de que existe um núcleo mínimo do direito fundamental, o qual guardaria a característica de ser intangível, não se justificando sua violação, embora se dividam as compreensões teóricas a respeito de tal compreensão. A formulação teórica assenta-se em preocupação com a excessiva relativização dos direitos e garantias fundamentais, pois, conforme ensina Luiz Fernando Calil de Freitas,

Desde logo, entretanto, pode-se afirmar que a idéia de que os direitos fundamentais são dotados de um núcleo essencial é decorrência da premissa de que podem eles ser objeto de limites e restrições, e, de conseguinte, não podem uns e outras *esvaziar o direito fundamental na sua totalidade, isto é, na globalidade de seu sentido ou significado real*.⁸⁴² (itálicos do original).

No direito constitucional alemão a garantia do núcleo essencial encontra-se consubstanciada no artigo 19 (2) da Lei Fundamental de 1949, disposição sobre a qual assim discorre Robert Alexy:

O artigo 19, parágrafo 2º da LF parece regular um limite adicional de restrição e restringibilidade que proíbe afetar os direitos fundamentais em seu conteúdo essencial. A interpretação de tal disposição é objeto de polêmica. Prescindindo-se de múltiplos matizes, as teorias do conteúdo essencial podem ser classificadas com base em dois pares de conceitos, vale dizer, primeiro, segundo refiram-se à garantia do conteúdo essencial a posições *subjetivas* ou a uma situação *objetiva* da normação jusfundamental e, segundo, conforme interpretem a garantia em sentido *absoluto* ou *relativo*.⁸⁴³ (itálicos do original).

A complexidade do tema começa a se manifestar. O principal problema relativo à idéia de núcleo essencial é o estabelecimento da “porção” do âmbito de proteção do direito fundamental que constituiria tal núcleo, ou seja, em que consistiria, a que parcela do direito fundamental corresponderia. A indeterminação semântica é um óbice significativo. Além disso, Canotilho, na esteira da distinção traçada na citação de Alexy retrotranscrita, problematiza as

⁸⁴¹ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 458.

⁸⁴² FREITAS, L. F. C. de. Op. cit. p. 193.

⁸⁴³ ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales* cit, pp. 286-287. Tradução livre do autor. Texto original: “El artículo 19 párrafo 2 LF parece normar una valla adicional de restricción y restringibilidad que prohíbe afectar a los derechos fundamentales en su contenido esencial. La interpretación de esta disposición es objeto de polémica. Si se prescinde de múltiples matices, las teorías del contenido esencial pueden ordenar-se sobre la base de dos pares de conceptos, es decir, primero, según que refieran la garantía del contenido esencial a posiciones *subjetivas* o a una situación *objetiva* de normación jusfundamental y, segundo, según que interpreten la garantía en sentido *absoluto* o *relativo*.”

dimensões do *objeto da proteção* e do *valor da proteção*, isto é, se o que é tutelado sob a idéia de núcleo essencial é a dimensão objetiva ou subjetiva do direito fundamental e, de outro lado, se a intangibilidade do núcleo essencial constitui um valor absoluto ou se seu peso dependeria da confrontação com outros direitos ou bens com guarida constitucional.⁸⁴⁴

Conforme ensina o constitucionalista lusitano, para a denominada *teoria objetiva* o núcleo essencial refere-se ao direito fundamental como norma objetiva, não assim como direito subjetivo, de modo que “o objecto de protecção do preceito é a garantia geral e abstracta prevista na norma e não a posição jurídica concreta do particular.”⁸⁴⁵

A partir de tal ponto de vista, portanto, é possível, em situações concretas, que seja restringido o direito fundamental subjetivo *mesmo em sua essência*, desde que reste resguardada objetivamente no ordenamento, enquanto norma jusfundamental, ou seja, genericamente, sua dimensão essencial.

Já a denominada *teoria subjetiva* defende a incolumidade do núcleo essencial do direito fundamental enquanto direito subjetivo, de modo que, em sua perspectiva, “em caso algum, pode ser sacrificado o direito de uma pessoa”⁸⁴⁶, a ponto de, para ele, esse direito deixar de ter qualquer significado.”⁸⁴⁷ Conforme observa Luiz Fernando Calil de Freitas,

Outra controvérsia importante acerca da proteção ao núcleo essencial diz respeito à verificação se tal se dá em favor do direito fundamental objetivamente considerado, enquanto instituição jurídica abstrata, ou concretamente, em favor do direito subjetivo a partir dele produzido em favor de cada sujeito que o titula. Do posicionamento quanto a tais indagações vai depender considerar inconstitucional qualquer afetação desvantajosa do núcleo essencial que afete individualmente titulares de direitos fundamentais, ou, em sentido contrário, apenas aquelas que configurem restrições ao núcleo essencial de caráter geral, afetando ao direito fundamental como instituição.⁸⁴⁸

⁸⁴⁴ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. pp. 458-459. Nas palavras de Calil de Freitas: “O debate travado em torno à questão relativa à proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais abarca, de um lado, um conceito relativo estabelecido a partir da premissa conforme a qual o conteúdo essencial do direito fundamental não pode ser determinado para todos os casos de um modo definitivo, estando tal estabelecimento condicionado pelos interesses jurídicos que se façam presentes, se e quando presentes. Por outro lado e em sentido contrário, o conceito absoluto opera com a noção de que o conteúdo essencial do direito fundamental é determinável independentemente das circunstâncias dos casos concretos. Debate-se, ainda, relativamente ao objeto da proteção da norma jusfundamental ao núcleo essencial em termos de se estabelecer se tal se dá objetivamente em relação ao direito em si ou subjetivamente, em relação ao sujeito que se vale da proteção. FREITAS, L. F. C. de. Op. cit. p. 196.

⁸⁴⁵ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 459. Sob uma ótica tal, a pena de morte, por exemplo, não atingiria o núcleo essencial do direito fundamental à preservação da vida, na medida em que somente aniquilaria o núcleo essencial do direito *subjetivo* do condenado à preservação de sua vida, continuando a vigor, *para todos os demais*, a norma jusfundamental. Vislumbram-se, desde logo, as limitações e o caráter intrinsecamente problemático de tal entendimento.

⁸⁴⁶ Já a partir da perspectiva da teoria subjetiva, retomando-se o exemplo da pena de morte em confronto com o direito à preservação da vida, esta é inadmissível, na medida em que atinge a essência de tal direito fundamental na dimensão subjetiva – i.e., do penalmente imputado – aniquilando o direito fundamental, esvaziando-o de qualquer conteúdo.

⁸⁴⁷ CANOTILHO, J. J. G. Ibidem. O autor propugna comedimento, apontando que a adoção estrita de uma posição subjetivista pode ser insustentável do ponto de vista comunitário, ao mesmo tempo que defende não ser possível, adotando-se uma teoria estritamente objetiva, abdicar da dimensão subjetiva de modo a aniquilar um direito fundamental individual. Ibidem.

⁸⁴⁸ FREITAS, L. F. C. de. Op. cit. p. 199. O autor recorda o posicionamento de Konrad Hesse, segundo o qual: “A outra questão, se sob o núcleo absolutamente protegido dos direitos fundamentais deve ser entendido o núcleo dos direitos fundamentais como direitos subjetivos ou aquele de sua qualidade como garantias de conexões de funções objetivas, não se deixa, já por causa da correlação estreita de ambos, responder no sentido de um ou-ou, mas também não no de um não-só-mas-também. Sempre deve, sem dúvida, a função do direito fundamental ficar conservada ‘para

Quanto ao problema do valor da proteção emergem a *teoria absoluta* (*absolute Theorie*) e a *teoria relativa* (*relative Theorie*). Ainda segundo Canotilho, as denominadas teorias absolutas “vêm no núcleo essencial um conteúdo normativo irrestringível, abstractamente fixado”⁸⁴⁹, ao passo que as segundas “vêm no núcleo essencial o resultado de um processo de ponderação de bens.”⁸⁵⁰

Assim, de acordo com a lição de José Joaquim Gomes Canotilho, para as *teorias absolutas* a idéia de núcleo essencial corresponde a uma posição subjetiva absolutamente indisponível, cuja relativização em virtude de eventual direito ou interesse contraposto é inadmissível. Ainda na esteira de seu magistério, para a *teoria relativa*, o núcleo essencial é identificado com a parte do direito fundamental prevalecente ao final de um procedimento de ponderação com direitos e interesses contrapostos, subtraindo-se da disponibilidade legislativa.⁸⁵¹

Ou seja, para a teoria relativa, o conteúdo do núcleo essencial dos direitos fundamentais é variável e depende das circunstâncias do caso concreto. É após o procedimento de ponderação, através da proporcionalidade, que se identifica se a posição jusfundamental do titular no caso concreto encontra-se no âmbito do âmago intangível do direito ou não.⁸⁵²

Os entendimentos preconizados por ambas as teorias não são, por evidente, imunes a críticas. Canotilho refuta, uma vez mais, as posições extremadas, observando que identificar o núcleo essencial ao resultado de uma ponderação, conforme preconizado pela teoria relativa, implicaria em reconduzir o princípio da proteção do núcleo essencial ao dever de proporcionalidade, confundindo ambos. Quanto às teorias absolutas, o autor defende ser necessária a equação dos direitos fundamentais com outros bens, de modo que, em determinadas circunstâncias, haveria a possibilidade de relativização de um direito fundamental em seu núcleo.⁸⁵³

No mesmo sentido é a crítica de Luis Prieto Sanchís, reportada por Luiz Fernando Calil de Freitas, segundo o qual o *ponto débil* da teoria relativa residiria em que, em se considerando como constitucionalmente adequado o limite razoavelmente justificado com base na

a vida social em conjunto’, porque uma limitação que abolisse essa função nunca pode ser proporcional. Em geral, também uma limitação de direitos fundamentais, que elimina quase ou completamente uma liberdade garantida jurídico-fundamentalmente para o particular, será desproporcional e, por causa disso, incompatível com o artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental. Há, todavia, casos excepcionais nos quais, para o particular, de um direito fundamental, segundo a fórmula freqüentemente empregada, pode ‘quase nada mais restar’, nos quais, porém, a limitação de direitos fundamentais não viola o conteúdo essencial do direito fundamental, porque ela é proporcional, como, por exemplo, a ordem de internação de um doido perigoso em um estabelecimento fechado.” HESSE, K. Op. cit. p. 268.

⁸⁴⁹ Como ensina Luiz Fernando Calil de Freitas, para a teoria absoluta “o conteúdo essencial é apenas uma parte do direito fundamental que sempre estará protegida das intervenções desvantajosas; as hipóteses fáticas incluídas na parte considerada não essencial do direito fundamental apenas eventualmente aproveitarão da proteção respectiva, podendo, em contrário, sofrer restrições desde que justificáveis.” FREITAS, L. F. C. de. Op. cit. p. 198.

⁸⁵⁰ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 459.

⁸⁵¹ CANOTILHO, J. J. G. Idem, p. 460.

⁸⁵² FREITAS, L. F. C. de. Op. cit. p. 197.

⁸⁵³ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 460.

necessidade de preservação de outros bens constitucionalmente tutelados, poder-se-ia considerar admissível, em determinadas circunstâncias, a “aniquilação total ou o sacrifício completo do direito fundamental”, bastando, para tanto, que a restrição seja suficientemente justificada.⁸⁵⁴

Quanto à teoria absoluta, Freitas elenca três críticas, a saber, a de sua redundância, na medida em que, em se tratando de direitos constitucionalmente albergados estes já estariam protegidos da afetação legislativa desvantajosa, a da fragilização dos direitos fundamentais, que imputa à teoria absoluta o efeito negativo de permitir restrições injustificadas no âmbito do direito fundamental não compreendido como núcleo essencial e, por fim, a de inadequação a direitos fundamentais estabelecidos por princípios, na medida em que poderia conduzir à contradição de uma colisão de princípios ser legítima do ponto de vista da ponderação e ilegítima do ponto de vista do núcleo essencial, por afetar este último desvantajosamente.⁸⁵⁵

A despeito dos problemas aqui referidos, quanto ao valor da proteção espousa-se aqui, tendo em vista a orientação essencialmente garantista perfilhada, a *teoria absoluta* do núcleo essencial. Inicialmente, rememore-se que os direitos *fundamentais* adquiriram o adjetivo exatamente em virtude de serem indisponíveis, diferentemente dos *direitos* em geral, de índole infra-constitucional ou ordinária. A simples admissão da existência de um *núcleo essencial* dentro de tais direitos *fundamentais* representa uma erosão da fundamentalidade dos mesmos, inaugurada pelo reconhecimento de limites e restrições, como já visto. Assim, é coerente e consistente admitir que ao menos sua *essência* – ainda que seja difícilimo estabelecer esta – é *absolutamente* infranqueável, sob pena de subverter a própria razão de ser dos direitos e garantias fundamentais.

No que diz respeito à dissensão entre as teorias objetiva e subjetiva do núcleo essencial, perfilhamos entendimento sustentado por Luiz Fernando Calil de Freitas, com espeque em Luís Prieto Sanchís, segundo o qual, diante da dupla dimensão dos direitos fundamentais, de se propugnar pela ambivalência da proteção do núcleo essencial:

É, contudo, possível conjugar-se ambos os enfoques que, antes e ao contrário de serem opostos se complementam: sempre que a lei afete desvantajosamente a um direito fundamental, em face da dupla natureza dos direitos fundamentais, tanto garantias institucionais enquanto normas objetivas do sistema jurídico quanto direitos subjetivos atribuíveis individualmente, a respectiva garantia deve compreender, naturalmente, as duas facetas: objetiva e subjetiva.⁸⁵⁶

Sustenta-se aqui, portanto, a conjunção das *teorias objetiva e subjetiva*, tendo em vista que não faz sentido a manutenção de uma garantia institucional, meramente objetiva, intangível em seu núcleo, cuja dimensão subjetiva seja franqueada, ainda que motivadamente, mesmo em sua essência. Tal interpretação é, em nosso juízo, insubsistente em face da teleologia do instituto

⁸⁵⁴ FREITAS, L. F. C. de. Op. cit. pp. 197-198.

⁸⁵⁵ FREITAS, L. F. C. de. Idem, p. 199.

⁸⁵⁶ FREITAS, L. F. C. de. Idem, p. 200.

jurídico dos direitos fundamentais: objetivando à concreta proteção da pessoa, nada significa sua dimensão objetiva dissociada da dimensão subjetiva. A pretensão de tal dissociação é insubsistente do ponto de vista de uma teoria jusfundamental coerente e consistente.

Além disso, conforme observa o autor citado, a questão da proteção do núcleo essencial se coloca tanto no que diz respeito aos direitos de defesa quanto com relação aos direitos a prestações positivas.⁸⁵⁷

Segundo o pensamento do autor, o núcleo essencial variará de direito fundamental para direito fundamental, conforme suas peculiaridades e especificidades, assemelhando-se os distinguindo-se entre si por características essenciais e acidentais.⁸⁵⁸

Partindo diretamente para o foco de nosso principal interesse no presente estudo, revela-se complexa a tarefa de delinear o núcleo essencial dos direitos fundamentais prestacionais. Prende-se o problema, particularmente, à questão de que tais direitos, comumente elaborados como princípios, apenas parcialmente delimitadas as hipóteses fáticas e conseqüências jurídicas, encontrando-se, ademais, abertos a variadas possibilidades de concretização.⁸⁵⁹ Não obstante tal problema de indeterminação semântica, de se sufragar aqui as palavras de Calil, baseado no magistério de Beatriz Gonzáles Moreno, no sentido de que

(...) há um conteúdo jurídico mínimo plasmado em cada um dos preceitos jusfundamentais de cunho prestacional, ainda que de natureza eminentemente principiológica e carente de desenvolvimento legislativo, porque elementos de ordem objetiva constitucionalmente estabelecida e, como tal, determinantes de finalidades a serem cumpridas tanto pelo Estado quanto pela própria sociedade de molde a obter-se um nível de convivência minimamente desejável.⁸⁶⁰

Assim, a despeito de inexistir uma margem segura acerca da forma de concretização de tais direitos, reputa-se que os extremos são divisíveis, podendo-se distinguir entre situações em que a atuação estatal encontra-se compreendida no âmbito da constitucionalidade, no que se refere à desincumbência do Estado com relação aos deveres fundamentais constitucionalmente impostos e, de outro lado, situações opostas, em que a omissão estatal está a indicar o descumprimento daqueles mesmos deveres fundamentais.

Ademais as concepções de mínimo vital e de mínimo existencial, esta última conectada com o conceito de dignidade da pessoa humana, podem revelar-se importantes vetores hermenêuticos para uma maior nitidez da idéia de núcleo essencial em sede de direitos fundamentais sociais, embora tais conceitos sejam assolados também por uma margem de indeterminação semântica e conceitual evidente. Tais concepções serão analisadas adiante.

⁸⁵⁷ FREITAS, L. F. C. de. Idem, p. 201.

⁸⁵⁸ FREITAS, L. F. C. de. Ibidem.

⁸⁵⁹ FREITAS, L. F. C. de. Idem, pp. 202-203.

⁸⁶⁰ FREITAS, L. F. C. de. Idem, p. 204.

2.4. Cláusula da proibição de retrocesso (*Verbot des sozialen Rückschritts*).⁸⁶¹

A cláusula de proibição de retrocesso ou *Rückschrittsverbot* encontra-se vinculada diretamente aos direitos fundamentais sociais. De acordo com tal formulação teórica, uma vez concretizadas as normas instituidoras de direitos fundamentais, seja através de outorga de prestações, de políticas públicas ou da criação instituições, por desenvolvimento legislativo, não seria possível sua supressão sem compensação.⁸⁶² Segundo José Joaquim Gomes Canotilho

O princípio da **proibição de retrocesso social** pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei de segurança social”, “lei de subsídio ao desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial.⁸⁶³ (grifos do original).

Evidencia-se, desde logo, a conexão da idéia em exame com aquela concepção de núcleo essencial, já vista. O constitucionalista lusitano completa seu magistério no que se refere à proibição de retrocesso social (*Verbot des sozialen Rückschritts*), afirmando que tal garantia representa um limite à liberdade de conformação do legislador e à auto-reversibilidade que lhe é insita, especialmente em situações em que o núcleo essencial já realizado traduza a garantia do mínimo existencial, indissociável do respeito à dignidade da pessoa.⁸⁶⁴

⁸⁶¹ Felipe Derbli historia as origens e a concepção do princípio da proibição de retrocesso social na Alemanha, Itália, Portugal e Brasil. DERBLI, F. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 133 e ss. O mesmo autor recorda que José Joaquim Gomes Canotilho nomeou o mesmo princípio, ainda, de *princípio de proibição da contra-revolução social* e de *princípio da proibição da evolução reacionária*. Idem, p. 145. Relembra, ainda, a terminologia empregada por Jorge Miranda, a saber, *princípio do não retorno da concretização* ou *princípio do não-retrocesso social*. Idem, p. 154. Na Itália, Derbli atribui a identificação do princípio a Ballardore Pallieri, o qual, a despeito de reconhecer como *necessária a interpositio legislatoris* para a eficácia de normas programáticas – nos moldes de certa doutrina italiana já vista em tópico precedente – reconhece que as normas instituidoras de direitos fundamentais sociais teriam por *efeitos mínimos* a vedação de que o legislador adote medida oposta à constitucionalmente preconizada e, de outro lado, que uma vez cumprido o comando constitucional, a vedação de que o legislador possa “retornar sobre seus passos.” DERBLI, F. Idem, pp. 161-164.

⁸⁶² Conforme historia Felipe Derbli, as origens do princípio da proibição de retrocesso social na Alemanha remontariam à crise do Estado Social e a crescente insegurança e incerteza decorrente do redimensionamento do Estado, donde, com base na cláusula do Estado Social da Lei de Bonn (arts. 20 (1) e 28 (1) da *Grundgesetz*) ou mesmo na garantia fundamental da propriedade (art. 14 da GG), a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal e a doutrina alemãs passaram a reconhecer a *Verbot des sozialen Rückschritts*. DERBLI, F. Idem, pp. 139-141. O conceito deita suas raízes, ademais, no conceito de democracia econômica e social. Nas palavras de Luiz Fernando Calil de Freitas: “O princípio democrático incrustado no conceito de Estado Democrático de Direito tem como uma de suas derivações o princípio da democracia econômica e social que se materializa em termos do dever de proteção aos direitos fundamentais, notadamente aos direitos a prestações positivas, justamente em razão de sua conotação cultural, social e econômica, no sentido de ser desenvolvida atividade econômica e social necessária e suficiente ao atingimento dos fins constitucionalmente estabelecidos.” FREITAS, L. F. C. de. Op. cit. pp. 216-217.

⁸⁶³ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. pp. 339-340. Conforme ensina Flávia Piovesan, “Da obrigação de progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula de proibição de retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados retroceder no campo da implementação desses direitos. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia de tais direitos.” PIOVESAN, F. **Direitos humanos** cit., p. 172. Sobre o princípio da progressividade como limite dos limites dos direitos fundamentais sociais deter-se-á adiante.

⁸⁶⁴ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 340.

Ingo Wolfgang Sarlet, após sublinhar a vinculação do tema à segurança jurídica, de referir-se às múltiplas dimensões do princípio da proibição de retrocesso e de demonstrar que algumas de tais dimensões restam consagradas entre nós, como as noções de direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, restrições constitucionais a atos retroativos gravosos e as limitações constitucionais às restrições de direitos e garantias fundamentais, observa que

De fato, na esteira do que tem sido reconhecido na seara do direito constitucional alienígena e, de modo particular, em face do que tem sido experimentado no âmbito da prática normativa (muito embora não exclusivamente nesta esfera), cada vez mais constata-se a existência de medidas inequivocamente retrocessivas que não chegam a ter caráter propriamente retroativo, pelo fato de não alcançarem posições jurídicas já consolidadas no patrimônio jurídico de seu titular, ou que, de modo geral, não atingem situações anteriores. Assim, por paradoxal que possa parecer à primeira vista, retrocesso também pode ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos.⁸⁶⁵

Pode-se vislumbrar, portanto, no princípio da proibição de retrocesso social, uma garantia mais ampla, que alcança situações não protegidas pelas vedações ortodoxas da irretroatividade de leis mais gravosa ou de disposições que garantem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.⁸⁶⁶

Conforme observa Ingo Wolfgang Sarlet, medidas de efeitos prospectivos podem também representar uma situação de retrocesso, quer em relação a indivíduos singularmente considerados, quer com relação à ordem jurídica e social em seu conjunto.⁸⁶⁷ Asseverando que a proibição de retrocesso em sentido amplo não se restringe à questão dos direitos fundamentais sociais, Ingo Sarlet reconhece, no entanto, ser em tal seara que a temática ostenta maior repercussão.⁸⁶⁸

⁸⁶⁵ SARLET, I. W. *A Eficácia* cit., p. 437. O autor demonstra a premência da questão em debate: “Neste contexto, poder-se-ia indagar a respeito da possibilidade de desmontar-se parcial ou totalmente (e mesmo com efeitos prospectivos), o sistema de seguridade social (incluindo os parques benefícios no âmbito da assistência social e os serviços e prestações assegurados no âmbito do nosso precário Sistema Único de Saúde), o acesso ao ensino público e gratuito, a flexibilização dos direitos e garantias dos trabalhadores, entre tantas outras hipóteses que aqui poderiam ser referidas e que bem demonstra o quanto tal problemática nos é próxima e está constantemente na ordem do dia.” SARLET, I. W. Idem, p. 438. Sobre reformas retrocessivas com efeitos prospectivos em matéria previdenciária remete-se ao estudo de Ivo Dantas, **Direito adquirido, Emendas Constitucionais e controle da constitucionalidade**. 3. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. O autor sublinha a necessidade da distinção de outras figuras, como a expectativas de direito, o que aqui serve para evidenciar o caráter estrito da clássica figura do direito adquirido em relação ao conceito de proibição de retrocesso social, muito mais amplo. DANTAS, I. Idem, p. 72 e ss.

⁸⁶⁶ No mesmo sentido, SARLET, I. W. Idem, p. 456. Semelhante é o magistério de Felipe Derbli, referindo-se à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: “Sob essa formulação, destarte, as prestações do sistema de seguridade social alcançadas pelo princípio da proibição de retrocesso social restariam garantidas não apenas nos casos dos chamados direitos adquiridos, como também nos casos em que se verifica mera expectativa de direito, pelo que se verifica a pretendida aproximação do tema com o *princípio da segurança jurídica*, mais especificamente com seu aspecto subjetivo da *proteção da confiança*.” (itálicos do original). DERBLI, F. Op. cit. p. 144. Sobre os aspectos da segurança jurídica e proteção da confiança ver SARLET, I. W. *A Eficácia* cit., p. 434 e ss.

⁸⁶⁷ SARLET, I. W. Idem, p. 438.

⁸⁶⁸ SARLET, I. W. Idem, p. 439. Nas palavras de Sarlet “Que também entre nós a crescente insegurança no âmbito da segurança social (aqui tomada em sentido amplo) decorre de uma demanda cada vez maior por prestações sociais (ainda mais em se cuidando de sociedades marcadas pelo incremento da exclusão social) e de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade, revela, por sua vez, o quanto assume relevo a discussão em torno dos níveis possíveis de preservação (e, portanto, de proteção) das precárias conquistas sociais já alcançadas.” SARLET, I. W. Idem, p. 440.

Ingo Wolfgang Sarlet, resgatando lições de Luís Roberto Barroso, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, consigna que o desenvolvimento legislativo no sentido de um mandamento constitucional acarreta a incorporação do avanço no patrimônio jurídico da cidadania, inviabilizando as pretensões de sua supressão, de modo que o direito prestacional, uma vez desenvolvido legislativamente, resta acobertado por uma dimensão negativa, com caráter de direito de defesa, oponível contra o Estado quando este pretenda contra ele atentar.⁸⁶⁹

Sarlet evidencia, outrossim, a vinculação da idéia de proibição de retrocesso social com a de núcleo essencial dos direitos sociais, aqui já referida:

Com efeito, vale aqui reproduzir a lição de Gomes Canotilho, ao sustentar que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado pelo legislador encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente auto-reversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado.⁸⁷⁰

A vinculação do princípio da proibição de retrocesso social com a do núcleo essencial dos direitos sociais é de grande significação posto que, conforme adverte Sarlet, a dinâmica das relações sociais e econômicas inviabiliza que se sustente uma concepção absoluta do princípio ora em estudo, donde “é em primeira linha o núcleo essencial dos direitos sociais que vincula o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, encontra-se protegido.”⁸⁷¹

As idéias de dignidade da pessoa humana (*Menschenwürde*) e de mínimo existencial (*Existenzminimum*) igualmente encontram-se diretamente vinculadas ao princípio da proibição

⁸⁶⁹ SARLET, I. W. Idem, p. 448. Ingo Sarlet reconhece, d’outra parte, que a proteção da proibição de retrocesso não é absoluta. SARLET, I. W. Idem, p. 452. É Sarlet, ainda, quem ensina: “Assim a proibição de retrocesso assume (como parece ter sido suficientemente fundamentado) feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia de graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.” SARLET, I. W. Idem, p. 453. Observando-se que no Brasil, como em Portugal, inexistente previsão expressa, no direito constitucional positivo, instituindo a proibição de retrocesso social, de se referenciar a construção do português Jorge Pereira da Silva, citado por Derbli, o qual afirma que a despeito de tal quadro, a proibição de retrocesso social decorre do *princípio da proibição de recriar omissões legislativas inconstitucionais*. DERBLI, F. Op. cit. pp. 158-159. Trata-se, nas palavras do autor luso, de uma verdadeira proibição de *reformatio in peius* em matéria de direitos fundamentais sociais. *Apud* DERBLI, F. Idem, p. 160. Fayga Silveira Bedê, enfrentando o problema dos direitos sociais como limites ao Poder Constituinte Reformador compreende que os mesmos consistem limites implícitos em face de tal poder. BEDÊ, F. S. Sísifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites constitucionais implícitos ao poder reformador. In: BONAVIDES, P. *et al.* (coords.). **Constituição e democracia: Estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 104. Respondendo ao problema do conflito entre o princípio da vedação de retrocesso e a autonomia do legislador, Fayga Bedê afirma, ainda, que “a partir do reconhecimento de *normas materialmente constitucionais*, que, no entanto, não encontram assento no texto constitucional, é possível compreender que o legislador esteja vinculado ao seu teor, devendo conformar sua vontade a estes preceitos, sem que isto esteja a ferir a sua autonomia.” BEDÊ, F. S. Idem, p. 115. Ivo Dantas entende que os direitos sociais encontram-se protegidos pela rigidez constitucional instituída no inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesse sentido, DANTAS, Ivo. **Constituição & processo** cit., p. 112.

⁸⁷⁰ SARLET, I. W. **A Eficácia** cit., pp. 453-454.

⁸⁷¹ SARLET, I. W. Idem, p. 455.

de retrocesso social, conforme adverte Sarlet.⁸⁷² Tais conceitos serão abordados adiante, bastando consignar, pelo momento, que, segundo as lições do constitucionalista gaúcho, o núcleo essencial dos direitos sociais, decisivo para a aferição do retrocesso social, vincula-se ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida digna.⁸⁷³ Para Sarlet

(...) este conjunto de prestações básicas não poderá ser suprimido ou reduzido (para alguém do seu conteúdo de dignidade da pessoa) nem mesmo mediante ressalva dos direitos adquiridos, já que afetar o cerne material da dignidade da pessoa (na sua dupla dimensão positiva e negativa) continuará sendo uma violação injustificável do valor (e princípio) máximo da ordem jurídica e social.⁸⁷⁴

Insta, portanto, explorar os conceitos do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, para dar cabo desta primeira parte exploratória das respostas à reserva do possível caracterizada como restrição jurídica a direitos fundamentais sociais.

2.5. Mínimo existencial e dignidade da pessoa humana (*Existenzminimum* e *Menschenwürde*)⁸⁷⁵.

Debate-se a doutrina em torno do conceito de mínimo existencial, referido na doutrina alemã como *Existenzminimum*, baseado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana (*Menschenwürde*).⁸⁷⁶

É Ingo Wolfgang Sarlet quem historia as origens e o desenvolvimento do conceito de Mínimo Existencial na Alemanha.⁸⁷⁷ Na doutrina, Ingo Sarlet aponta como primeiro autor de

⁸⁷² SARLET, I. W. Ibidem.

⁸⁷³ SARLET, I. W. Ibidem.

⁸⁷⁴ SARLET, I. W. Idem, p. 456. O autor aduz que “no Embate entre o paradigma do Estado Social intervencionista e altamente regulador e a nefasta tentativa de implantar um Estado minimalista à feição dos projetos globalizantes do modelo econômico e da ideologia neoliberal, o correto manejo da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais poderá constituir importante ferramenta jurídica para a reafirmação do Estado necessário, do qual nos fala Juarez Freitas.” SARLET, I. W. Idem, p. 461.

⁸⁷⁵ Tratar-se-á, no presente trabalho, do mínimo existencial conjuntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana em virtude da íntima conexão entre ambas as temáticas, assim como em razão de se esposar no presente trabalho a distinção entre *mínimo vital* e *mínimo existencial* – ou entre *mínimo existencial fisiológico* e *mínimo existencial sociocultural* – cujo diferencial radica exatamente na questão do direito à vida *digna*, na esteira das lições de Sarlet, como se verá. Sobre o tema ver SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Op. cit. p. 20 e ss.

⁸⁷⁶ SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Idem, pp. 20-21. Ana Carolina Lopes Olsen assevera: “A idéia segundo a qual todo ser humano deve ter suas necessidades básicas satisfeitas para que lhe seja reconhecida uma sobrevivência digna vem sendo profundamente difundida na doutrina do direito constitucional e dos direitos humanos.” OLSEN, A. C. L. **Direitos Fundamentais Sociais** cit., p. 311. Andreas Krell ensina: “A Corte Constitucional Alemã extraiu o direito a um ‘mínimo de existência’ do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1, I, Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (artigo 20, I, LF). Assim a Corte determinou um aumento expressivo do valor da ‘ajuda social’ (*Sozialhilfe*), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um ‘mínimo vital’”. O autor refere-se, expressamente, aos julgados BVerfGE 1, 161, de 1951, e BVerfGE 27, 63, além de 52, 346 e 82, 85. KRELL, A. J. Op. cit. p. 61 e notas de rodapé ns. 141 e 142.

⁸⁷⁷ SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Op. cit. p. 19. Embora a construção do Mínimo existencial, em sua compreensão atual, remonte à teoria juspublicista e a decisões judiciais alemãs do Século XX, conforme se verá, existe um protótipo da idéia, aproximado ao conceito contemporâneo de mínimo vital, no *Speenhamland Parliament Act* britânico, de 1795, que consagrou o direito de todo trabalhador a um mínimo vital, para si e para sua família, conforme ensina Robert Holcman: “Uma decisão do Parlamento (*Speenhamland Parliament Act*) reconheceu o direito

relevo a referir-se ao *Existenzminimum* o publicista Otto Bachof, no ano de 1953. Segundo Sarlet, o jurista alemão

(...) considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida.⁸⁷⁸

A construção do *Existenzminimum* não obteve reconhecimento apenas doutrinário, mas também judicial, com decisões proferidas tanto pelo *Bundesverwaltungsgericht*, o Tribunal Federal Administrativo alemão, quanto pelo *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Federal Constitucional alemão, nas décadas de 50 e 70, respectivamente, do século passado.⁸⁷⁹ Assim, sempre na esteira das lições de Sarlet, o Mínimo existencial foi consagrado pelo Tribunal Federal Administrativo Alemão no precedente BVerwGE 1, 159 (161), no ano de 1954:

Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência.⁸⁸⁰

Assim, na década de 50 do século passado surgiram, na Alemanha, os primeiros desenvolvimentos recentes de que se tem notícia da concepção de mínimo existencial. Já acerca da consagração do mínimo existencial no âmbito do Tribunal Federal Constitucional germânico,

de todo trabalhador a uma ‘renda de subsistência’ dependente do preço do trigo e do número de seus filhos, obrigando assim as comunas a outorgar um complemento de renda a todos aqueles que não ganhavam tal mínimo.” Tradução livre do autor. Texto original : “Um jugement du Parlement (Speenhamland Parliament Act) reconnaît le droit de tout travailleur à un ‘revenu de subsistance’ dépendant du prix du blé et du nombre de ses enfants, obligeant ainsi les communes à verser un complément de salaire à tous ceux qui ne gagnaient pas ce minimum.” HOLCMAN, R. Op. cit. p. 16.

⁸⁷⁸ SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Op. cit. p. 19.

⁸⁷⁹ SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Ibidem. Robert Alexy indica a o julgado BVerfGE 40, 121 (133), onde restou consignado expressamente que “Certamente, a assistência social àqueles que necessitam de auxílio é um dos deveres evidentes do Estado Social. Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos que, por força de doenças físicas ou mentais, encontrem-se impedidos de desenvolverem-se pessoal e socialmente e não podem assumir sua subsistência por conta própria. Em todo caso, a comunidade estatal tem que lhes assegurar as condições mínimas para uma existência humana digna.” Tradução livre do autor. Texto original: “Ciertamente, la asistencia social a los necesitados de ayuda es uno de los deberes obvios del Estado Social. Necesariamente, esto incluye la asistencia social a los ciudadanos que, a raíz de dolencias físicas o mentales, están impedidos de desarrollarse personal y socialmente y no pueden asumir por sí mismos su subsistencia. En todo caso, la comunidad estatal tiene que asegurarles las condiciones mínimas para una existencia humana digna [...]”. ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales** cit, p. 422. Leivas faz menção à mesma decisão. LEIVAS, P. G. C. Op. cit., p. 129.

⁸⁸⁰ SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Op. cit. p. 19.

em sede do julgado BVerfGE 40, 121 (133)⁸⁸¹, no ano de 1975, assim se pronuncia o constitucionalista gaúcho:

Da argumentação desenvolvida ao longo desta primeira decisão, extrai-se o seguinte trecho: “certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições essenciais.”⁸⁸²

Não apenas nas searas doutrinária e jurisprudencial obteve reconhecimento o direito ao mínimo existencial. Também no âmbito legislativo consagrou-se a construção, segundo Sarlet, com a criação de um direito a prestações de assistência social, previsto no art. 4º, I, da *Bundessozialhilfegesetz* ou Lei Federal sobre assistência social.⁸⁸³

Assim, sempre de acordo com referido autor, na Alemanha como nos demais países da União Européia, o direito à assistência social é compreendido como a principal manifestação do mínimo existencial, ostentando o caráter de uma ajuda para a auto-ajuda (em alemão *Hilfe zur Selbsthilfe*).⁸⁸⁴

Após este sucinto histórico das origens e do reconhecimento do direito ao mínimo existencial – considerado como *direito fundamental*, como *critério material de garantia da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais sociais* (*Sozialengrundrechte*) e como *limite à liberdade de conformação do legislador*⁸⁸⁵ – impõe-se enfrentar o problema central do conteúdo do *Existenzminimum*.⁸⁸⁶ Tal problema de indeterminação semântica é captado por Canotilho, que assim o expõe, vinculando-o com o tema conexo do núcleo essencial⁸⁸⁷:

Coloca-se também o problema de saber se os direitos económicos, sociais e culturais exigem a garantia de um *núcleo essencial* como condição do mínimo de existência (núcleo essencial como *standard* mínimo). Das várias normas sociais, económicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem económico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um **núcleo básico de direitos sociais** (*minimum core of economic and social rights*), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas.⁸⁸⁸ (destaques do original).

⁸⁸¹ No Brasil o Mínimo Existencial encontrou reconhecimento no Supremo Tribunal Federal em alguns julgamentos, como no AgReg no RE n. 271.286-8/RS, na ADPF n. 45 e no RE n. 436996/SP. Neste sentido, SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Op. cit. p. 23.

⁸⁸² SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Op. cit. pp. 19-20.

⁸⁸³ SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Idem, p. 19.

⁸⁸⁴ SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Idem, p. 20.

⁸⁸⁵ SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Idem, pp. 18, 12 e 23, respectivamente.

⁸⁸⁶ Ana Carolina Lopes Olsen enfrenta a problemática tentativa de delimitação de tal conceito indeterminado. Ver. OLSEN, A. C. L. *A eficácia* cit., p. 311 e ss.

⁸⁸⁷ Com efeito parece ser defensável o entendimento que vislumbra, no mínimo existencial, o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais.

⁸⁸⁸ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 518.

Assim, afirmada a existência de um núcleo elementar de direitos sociais e econômicos, nas palavras do constitucionalista lusitano, decorrente de normas constitucionais cogentes e de obrigações internacionais assumidas pelo Estado, aquele conclui:

Nesta perspectiva, o “rendimento mínimo garantido”, as “prestações de assistência social básica”, o “subsídio de desemprego”, são verdadeiros direitos sociais *originariamente* derivados da constituição sempre que eles constituam o *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito.⁸⁸⁹ (destaques do original).

De se destacar, portanto, a percepção de Canotilho, no excerto *supra*, no sentido de que um patamar mínimo de direitos fundamentais sociais e econômicos constitui *condição de possibilidade da fruição de outros direitos*, inclusive de direitos clássicos de liberdade ou defesa, tema este que será devidamente explorado adiante.

Andreas Joachim Krell observa que embora a imensa maioria dos constitucionalistas alemães rejeite a idéia de direitos fundamentais sociais a prestações subjetivamente exigíveis a partir do texto constitucional e independente de desenvolvimento legislativo, “ao mesmo tempo, quase todos os autores – até os mais conservadores – aceitam e defendem que o Estado Social deve intervir para garantir a existência física da pessoa, o ‘mínimo social’”.⁸⁹⁰

Por outro lado, se existe significativo consenso em torno da afirmativa no sentido de que o mínimo existencial seria aquele complexo básico de direitos relativos à existência humana digna, inexistente, no entanto, consenso doutrinário acerca do conteúdo concreto da categoria jurídica aberta do *Existenzminimum*.⁸⁹¹ No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, Antonio Augusto Cançado Trindade observa:

É significativo que já se comece hoje a considerar o que constituiria um ‘núcleo fundamental’ de direitos econômicos, sociais e culturais. Há os que, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, argumentam que tal núcleo seria constituído pelos direitos ao trabalho, à saúde e à educação. Em recentes reuniões internacionais de peritos também se tem referido, como possíveis componentes daquele núcleo, aos chamados “direitos de subsistência” (e.g., direito à alimentação, direito à moradia, direito aos cuidados médicos, e direito à educação). Os debates apenas têm início, e certamente se prolongarão no decorrer dos próximos anos neste início do novo século.⁸⁹²

⁸⁸⁹ CANOTILHO, J. J. G. Ibidem.

⁸⁹⁰ KRELL, A. J. Op. cit. pp. 60-61.

⁸⁹¹ Paulo Leivas reconhece a complexidade da definição do mínimo existencial. Nas palavras do autor, “tarefa que se revela de extrema complexidade diz respeito a uma definição mais precisa do direito ao mínimo existencial, embora não haja problemas maiores em uma definição mais geral, que aponta o direito ao mínimo existencial como o direito de satisfação das necessidades básicas.” O autor cita um rol de necessidades básicas, com base em doutrina de Corinna Treisch, que pode ser considerado exemplificativo, e não taxativo, conforme observa Sarlet, como aquelas consistentes na parte do consumo corrente de qualquer ser humano, adulto ou criança, necessário à conservação da vida digna, compreendendo, portanto, alimentação, vestuário, moradia, assistência à saúde e educação, dentre outros direitos. LEIVAS, P. G. C. Op. cit., p. 135.

⁸⁹² CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado cit.*, v. I, p. 493.

Embora se possa admitir, com base na historicidade dos direitos e garantias fundamentais e dos direitos humanos, alguns apontamentos de direitos ou dimensões de direitos fundamentais que constituiriam o mínimo existencial em princípio – como, e.g., o direito à alimentação – de se refutar qualquer pretensão de estabelecimento apriorístico, taxativo e em caráter definitivo de tal conteúdo, especialmente tendo-se em mente seu caráter sociocultural.

Contra a elaboração de um rol dos direitos fundamentais sociais integrantes do *Mínimo Existencial*, Ingo Sarlet sustenta a impossibilidade de uma pré-definição fechada e apriorística de seu conteúdo, defendendo sua variabilidade no tempo e no espaço e mesmo com relação a diferentes direitos fundamentais sociais.⁸⁹³

Para ingressar em tal discussão, é essencial a compreensão da distinção, aqui já referida de passagem, entre *mínimo vital* ou *fisiológico* – aquilo que é imprescindível à manutenção da vida em termos biológicos – e *mínimo sociocultural* – consistente na assecuração de um mínimo de inserção do indivíduo, em tendencial igualdade, na vida social.⁸⁹⁴

Assim, a própria fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humana, dignidade essa que possui uma inequívoca dimensão sociocultural⁸⁹⁵, conforme já afirmado, exige que, além de não se definir aprioristicamente o conteúdo do Mínimo Existencial, não se reduza este último ao mínimo vital, eis que a mera existência biológica não é o duplo da existência digna, tutelada pelo *Existenzminimum*.⁸⁹⁶

Segundo Sarlet, revela-se impossível “se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial.”⁸⁹⁷

⁸⁹³ SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Op. cit. p. 26. De se recordar que Karl Marx já havia observado, em mais de um escrito, as diversificadas necessidades do proletariado de diferentes países, o que é perfeitamente pertinente para ilustrar a dimensão sociocultural da concepção de uma vida digna. Nesse sentido, convém citar excerto de Louis Althusser, ao abordar o *salário* como mínimo necessário a reprodução da força de trabalho, particularmente esclarecedor: “Como lembrança, indiquemos que essa quantidade de valor (o salário) necessária para a reprodução da força de trabalho é determinada não exclusivamente pelas necessidades de um SMIG [salário mínimo interprofissional garantido] ‘biológico’, mas também pelas necessidades de um mínimo *histórico* (Marx observava: os operários ingleses precisam de cerveja, enquanto os proletários franceses precisam de vinho) – portanto, historicamente *variável*.” (itálicos do original). ALTHUSSER, L. **Sobre a reprodução**. Trad. Guilherme J. de F. Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 74.

⁸⁹⁴ SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Op. cit. p. 21. O fator primordial de tal inserção consiste, em nosso juízo, no direito à educação.

⁸⁹⁵ SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Idem, p. 24. Recorde-se Marx a discorrer acerca das necessidades, uma vez mais.

⁸⁹⁶ SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Idem, p. 22. Sarlet e Figueiredo observam, ainda, que como os demais direitos e garantias fundamentais, o mínimo existencial possui uma dimensão defensiva e uma dimensão prestacional. A primeira consiste em um postulado de justiça tributária, colocando-se à salvo da tributação os valores mínimos indispensáveis a uma vida digna, para o indivíduo assim como para sua família (proteção contra a ingerência estatal na esfera existencial) (BVerfGE 82, 60 e BVerfGE 87, 153). A dimensão prestacional tem que ver com justiça social, compreendendo os direitos prestacionais decorrentes do princípio da justiça social. SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Idem, p. 20, nota de rodapé n. 25. Sobre o Mínimo Existencial como limite material ao poder de tributar do ente estatal ver ainda TORRES, R. L. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 67-70.

⁸⁹⁷ SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Op. cit. p. 26.

Para Sarlet é defeso, ademais, mesmo ao legislador, o estabelecimento apriorístico de valores fixos e alheios à análise de adequação das necessidades específicas da pessoa concreta, posto que “[o] que compõe o mínimo existencial reclama, portanto, uma análise (ou pelo menos a possibilidade de uma averiguação) à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso.”⁸⁹⁸

Portanto, se a indeterminação do conteúdo do *Existenzminimum* constitui, por um lado, um problema teórico, por outro é exatamente tal indeterminação, diretamente relacionada à dimensão sociocultural da idéia de vida digna, que permite sua adaptação adequada às variações das necessidades no tempo, no espaço e em função das características peculiares pessoais ou de cada núcleo familiar.⁸⁹⁹

De outro lado, se o conteúdo do mínimo existencial e os níveis de satisfação das necessidades que integram tal mínimo permanecem problemáticos, existem necessidades que fundamentam direitos que inegavelmente inserem-se dentro do conceito de mínimo existencial e, simultaneamente, fazem parte do mínimo vital ou fisiológico, como o direito à alimentação.⁹⁰⁰

Leivas observa que tal direito, albergado sobretudo no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigo 11, e objeto do Comentário Geral n. 12 das Nações Unidas, bem como no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, é de satisfação urgente e prioritária, na medida em que “a carência nutricional acarreta danos graves à vida e à saúde”, os quais podem ser irreversíveis, notadamente quando assola fetos e crianças de até três anos de idade, com conseqüências que afetam a pessoa por toda a vida.⁹⁰¹

Assim, a indeterminação é sempre relativa, sendo superável em virtude da natureza dos direitos em questão ou ainda de circunstâncias históricas e sociais concretas, permanecendo, portanto, hígido o construto de mínimo existencial para a finalidade de salvaguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais.

De outra parte, revela-se especialmente relevante, no presente tópico, a exploração do princípio da dignidade da pessoa, indissociável, como visto, do tema do mínimo existencial, na acepção de restrição às restrições a direitos fundamentais sociais, abordagem esta realizada, dentre outros, por Luiz Fernando Calil de Freitas.⁹⁰² Conforme observa o referido autor, a dignidade humana

⁸⁹⁸ SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Ibidem. Recordando-se que já no Speenhamland Parliament Act inglês, de 1795, conferiam-se as prestações em função do preço do trigo e do número de filhos, conforme já noticiado, em uma demonstração inequívoca do acerto da tese de Sarlet, no particular, quanto à variabilidade do conceito no tempo e no espaço e, especialmente, em relação às necessidades de cada pessoa ou de cada núcleo familiar.

⁸⁹⁹ Sarlet assim se manifesta, de maneira lapidar: “O que compõe o mínimo existencial reclama, portanto, uma análise (ou pelo menos a possibilidade de uma averiguação) à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso. Tudo isso, evidentemente, não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluir outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial”. SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Ibidem.

⁹⁰⁰ LEIVAS, P. G. C. Op. cit., p. 136.

⁹⁰¹ LEIVAS, P. G. C. Op. cit., pp. 136-138.

⁹⁰² FREITAS, L. F. C. de. Op. cit. p. 220 e ss.

(...) opera igualmente como limite dos limites dos direitos fundamentais, no sentido de que qualquer afetação desvantajosa, limitadora ou restritiva, jamais poderá retirar ao direito fundamental aquele conteúdo seu diretamente identificado com o que se considera o princípio reitor do sistema de direitos fundamentais.⁹⁰³

Importa frisar, portanto, a idéia de que tanto o mínimo existencial quanto o conexo princípio da dignidade humana constituem, a despeito de seu conteúdo *relativamente* indeterminado – mas determinável por ocasião da análise de casos concretos – barreiras às restrições aos direitos fundamentais, de modo que medidas comissivas ou *omissivas* – estas últimas marcadamente importantes no âmbito de direitos sociais prestacionais – da estatalidade que violem o mínimo existencial ou a dignidade da pessoa humana restam inquinadas de inconstitucionalidade.⁹⁰⁴ Importa insistir, portanto, desta feita com base no magistério de Ana Carolina Lopes Olsen, que

(...) ainda que a definição de um mínimo existencial possa variar, é possível reconhecer que determinadas prestações materiais incumbidas ao Estado pelo constituinte são essenciais para a manutenção da vida humana com dignidade. Sempre que a vida humana, e a personificação do homem (em contraposição à idéia de coisificação do homem) estiverem em risco, poderá o intérprete aquilatar a presença do mínimo existencial.⁹⁰⁵

Reputa-se aqui que o mínimo existencial desempenha um papel análogo ao legitimamente desempenhado pela reserva do possível, no âmbito do Estado Social constitucionalizado, mas em sentido oposto. Explica-se: se, por um lado, a reserva do possível

⁹⁰³ FREITAS, L. F. C. de. Idem, pp. 220-221.

⁹⁰⁴ Lembrando-se que as necessidades sociais básicas insatisfeitas em larga medida, conforme os relatórios da CEPAL, aqui já analisados, reveladoras de pessoas sobrevivendo, na América Latina e no Brasil, em condições de comprometimento de sua dignidade, por falta de acesso a água potável, a moradia em condições mínimas de salubridade e segurança, ou a alimentação que proporcione níveis nutricionais satisfatórios do ponto de vista da manutenção de uma vida com qualidade, bem como alijadas do acesso a bens culturais essenciais, como alfabetização e educação elementar, são indicadores aptos a denunciar a violação, além da proibição de insuficiência, aqui já estudada, da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial e, em certos casos, até mesmo do mínimo vital.

⁹⁰⁵ OLSEN, A. C. L. **A eficácia** cit., p. 318. Insta resgatar, aqui, o magistério de Lenio Streck acerca do caráter não-relativista da hermenêutica. Segundo o autor, “a norma é sempre o produto da interpretação de um texto e que a norma não está contida no texto. *Mas isto não pode significar que haja uma separação (ou ‘independência’) entre ambos (texto e norma).*” Prossegue o autor, ensinando que “*não existe um processo de discricionariedade do intérprete*”, sendo que “*texto e norma são coisas distintas, mas não separadas, no sentido de que possam subsistir um sem o outro.*” Estas e outras considerações perpassam a compreensão que se depreende já do título do item de sua obra cujos trechos aqui são transcritos, a saber “o caráter *não relativista* da hermenêutica ou de como a afirmação ‘a norma é (sempre) o produto de uma atribuição de sentido a um texto’ não pode significar que o intérprete esteja autorizado a ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa.’” Assim, STRECK, L. L. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exposição hermenêutica da construção do Direito. 7. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 314 e ss., itálicos do original. *Mutatis mutandis*, a compreensão do conteúdo de um conceito indeterminado não se presta a qualquer interpretação alijada de balizas. O texto, qualquer que seja, a despeito da indeterminação, sempre institui um sentido mínimo e um sentido máximo, de forma que, ainda que se assevere difícil ou impossível o estabelecimento exato de seu conteúdo, revela-se possível a constatação de situações que se encontram fora de seus limites. Assim, pode não ser possível afirmar qual o conteúdo do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, mas pode-se identificar situações em que ambos restam violados, o que, em matéria de direitos fundamentais, é o que se afigura realmente relevante. Insta concluir esta observação consignando a consideração de Friedrich Müller, no sentido de que “o texto da norma é tratado cronologicamente como *primeira instância* entre alternativas de solução consideradas, e materialmente como limite de alternativas admissíveis de solução.” MÜLLER, F. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 09.

representa, em sua conformação original (i.e., conforme o teor originário do precedente BVerfGE 33, 303) um limite máximo ou *teto* para o Estado Social, excluindo pretensões exageradas e irrazoáveis, conforme já visto, por outro lado, o mínimo existencial desempenha o papel de um patamar mínimo ou *piso* para o Estado Social, excluindo a omissão estatal que comprometa a *existência digna da pessoa*.⁹⁰⁶

Visitados os principais princípios da teoria das restrições às restrições (*Schranken-Schranken*), úteis à avaliação, em concreto, de alegações de impossibilidade de atendimento de demandas sociais com base na reserva do possível em sua vertente jurídica – indisponibilidade jurídica de recursos economicamente existentes – de se visitar outras construções teóricas, desta feita oriundos da seara do Direito Internacional dos Direitos Humanos, úteis a analisar a alegação de reserva do possível baseada em escassez de tipo real ou econômico, precipuamente.⁹⁰⁷

3. A reserva do possível como limitação fática aos direitos fundamentais e as propostas do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Como visto, a reserva do possível ostenta uma tríplice acepção no Brasil, sendo ora concebida como limite fático, ora como restrição jurídica e, por fim, ora como um imperativo de razoabilidade e racionalidade quanto às pretensões fundadas em posições jusfundamentais.

Neste passo interessa mais de perto a primeira hipótese, em que a construção é concebida, conforme a lição de Luiz Fernando Calil de Freitas, como “um limitador fático, que

⁹⁰⁶ Ana Carolina Lopes Olsen aborda, nas págs. 324-326 de seu livro, a questão do risco de desenvolvimento de uma noção reducionista dos direitos fundamentais sociais com espeque na noção de mínimo existencial (Op. cit., p. 324). Com efeito, de se ressaltar que o mínimo existencial, além de ser interpretado, na esteira dos ensinamentos de Ingo Sarlet, como diverso do mínimo vital, não exaure os direitos fundamentais sociais, devendo ser interpretado como seu padrão mínimo, e não como sua expressão única. A Constituição da República afasta essa possibilidade na medida em que determina, como objetivo fundamental da República, a *erradicação* da pobreza e da marginalização (art. 3º, III), sendo evidente ser impossível *erradicar* ambos os problemas sociais apenas com a efetivação de direitos sociais mínimos. O princípio em questão deve ser interpretado, portanto, sempre em seu sentido *conforme* para com o sistema estatuído pela Constituição, vale dizer, como *garantia* contra a erosão dos direitos sociais para além de seu núcleo essencial, sendo inadmissível a interpretação que poder-se-ia denominar aqui *liberal* do princípio do mínimo existencial. Assim, Jayme Benvenuto Lima Júnior: “Nesse sentido, a definição de um núcleo fundamental de direitos humanos econômicos, sociais e culturais só poderá ser encarada corretamente dentro dessa idéia extensiva de ‘progressividade’; nunca como forma de limitar a identificação ou o reconhecimento de novos direitos humanos econômicos, sociais e culturais.” LIMA JR., J. B. **Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 104-105.

⁹⁰⁷ Do estudo dos arcabouços teóricos dos ramos do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos se depreendeu que as construções do primeiro pareciam tratar mais apropriadamente das restrições a direitos fundamentais – reserva do possível jurídica ou ficta – ao passo que as construções do segundo dirigiam-se preponderantemente para as questões relativas à escassez econômica ou real – reserva do possível como limite aos direitos fundamentais sociais. Não se exclui, no entanto, que determinadas construções de ambos os ramos sirvam para conferir tratamento a situações de um tipo ou de outro, ou seja, que construções do Direito Constitucional possam eventualmente ser úteis para a solução de problemas baseados na escassez econômica e que construtos do Direito Internacional dos Direitos Humanos possam ser válidas para solucionar problemas originários da escassez jurídica ou ficta.

atua necessariamente sobre os direitos à (*sic*) prestações materiais, devida sua conotação econômica.⁹⁰⁸

Como se viu nos tópicos precedentes, diversos problemas relacionados com as *restrições jurídicas* a direitos fundamentais foram significativamente enfrentados pela doutrina constitucionalista, que proporciona, portanto, um arcabouço teórico útil à resolução de problemas constitucionais decorrentes da reserva do possível baseada na escassez jurídica. De outro lado, o problema da reserva do possível *como limite fático* aos direitos fundamentais foi enfrentado mais diretamente, s.m.j., pela dogmática do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que ocupará, portanto, posição central no presente item.

Em parte por motivos políticos, em parte como da afirmação da necessária efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, encontramos nos instrumentos internacionais de direitos humanos e na dogmática do Direito Internacional dos Direitos Humanos construções como a do *princípio da progressividade*, a do *princípio da aplicação do máximo dos recursos disponíveis* e ainda as construções do *princípio da interdependência* e da *indivisibilidade* dos direitos humanos, que podem fazer face, de maneira significativa, a alegações de impossibilidade fática da efetivação dos direitos fundamentais sociais ou dos direitos humanos sociais, sendo a presente passagem dedicadas a tais elaborações.

3.1. Princípio da progressividade.

Jayme Benvenuto Lima Júnior dedica o capítulo III de sua obra sobre direitos humanos econômicos, sociais e culturais, à temática dos limites e condições de exigibilidade de tais direitos.⁹⁰⁹

O autor acuradamente observa que a necessidade de se garantir padrões mínimos de vida para todos, para além das adversidades econômicas e sobretudo por ocasião de sua ocorrência como imperativo da normatividade internacional e como critério para o estabelecimento de padrões aceitáveis de justiça social.⁹¹⁰

Lima Jr. observa a centralidade da questão da progressividade na realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, vista a importância do tema da escassez dos recursos financeiros para sua realização.⁹¹¹

Cioso da complexidade peculiar que informa o tema da efetivação dos direitos sociais, ao lado dos econômicos e culturais, o autor aborda o princípio da progressividade, estremando e

⁹⁰⁸ FREITAS, L. F. C. de. Op. cit. p. 173.

⁹⁰⁹ LIMA JR., J. B. Op. cit. pp. 95-154.

⁹¹⁰ LIMA JR., J. B. Idem, pp. 96-97.

⁹¹¹ LIMA JR., J. B. Idem, p. 100. Conforme observa o autor, “A excessiva importância dada aos recursos financeiros, na verdade, tem impossibilitado a realização de muitos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, mediante a acomodação do estados (*sic*), nos seus diversos níveis, às situações de vulnerabilidade de amplos setores sociais. O argumento da mera escassez de recursos financeiros, usado com frequência pelos administradores públicos, resulta na postergação da realização prática dos DHESC. LIMA JR., J. B. Idem, p. 101.

distinguindo a compreensão da progressividade em sua vertente clássica, já vista – i.e., compreendida como óbice à exigibilidade imediata dos direitos sociais – da compreensão atual da progressividade:

Ao referir-se à progressividade dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não nega a exigibilidade imediata dessa categoria de direitos. A progressividade ali mencionada deve ser interpretada no sentido extensivo de se fazer o máximo para avançar no respeito aos direitos, e não como forma de limitar sua extensão.⁹¹²

Conforme já visto, inicialmente a mesma racionalidade ostentada pela compreensão atual da reserva do possível parecia encontrar-se subjacente ao *princípio da progressividade*, inserto em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos, especialmente no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Tratava-se, segundo uma certa ótica, da sujeição da concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais à existência e à disponibilidade de recursos⁹¹³ - segundo uma leitura que poderíamos nomear *liberal*.

Esta parece ser a concepção subjacente ao princípio da progressividade em seus primórdios, conforme já visto ao se estudar a criação do Sistema Global de proteção em 1951, de modo que atendeu aos anseios e respondeu aos receios de certos países, recalcitrantes em ratificar os instrumentos internacionais consagradores de direitos econômicos, sociais e culturais, na esteira do magistério de Antonio Augusto Cançado Trindade.⁹¹⁴

Se em tal concepção o princípio aproximava-se de construções e concepções que não se revelam favorecedoras da concretização dos direitos fundamentais, cujas principais expressões foram aqui rapidamente revisadas, a concepção contemporânea da construção, reportada por Lima Júnior no excerto supra, consentânea para com os *Princípios de Limburgo*, parece guardar um aspecto de poderoso elemento favorecedor da efetivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais sociais. Atua, neste sentido, como instrumento de superação de argumentações baseadas na escassez real e, portanto, para a reserva do possível como limitação fática de direitos fundamentais sociais.⁹¹⁵

Tal aspecto consiste em que, se por um lado, declarar que determinados direitos não podem ser realizados senão progressivamente pode servir de escusa para o inadimplemento *imediato* dos direitos reconhecidos, de outro lado, pode-se exigir a demonstração, por parte dos

⁹¹² LIMA JR., J. B. Op. cit. pp. 100. O teor do artigo 2º, 1, do PIDESC é o seguinte: “Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo dos recursos disponíveis, que visem a assegurar, **progressivamente**, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.” Negritos ausentes do original.

⁹¹³ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado* cit., v. I, p. 446.

⁹¹⁴ No entanto, conforme observa Jayme Lima Jr., “esse, no entanto, é o resultado oposto pretendido pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com a adoção da idéia de progressividade de direitos.” LIMA JR., J. B. Op. cit. p. 102.

⁹¹⁵ Mas não apenas, haja vista que a abordagem do princípio da progressividade, na acepção aqui adotada, presta-se também à superação de certas dificuldades que não se caracterizam apenas como limites fáticos aos direitos fundamentais sociais, mas também como restrições jurídicas, como limitações orçamentárias, e.g.

Estados aos quais incumbem os respectivos deveres fundamentais, da efetiva implementação de prestações sociais, políticas públicas, instituições e o mais necessário para a plena realização concreta de tais direitos *ao longo do tempo*, de modo que a ausência sistemática e persistente de efetivação revela-se violadora dos direitos humanos em questão.⁹¹⁶

Assim, se é verdadeiro um direito cuja concretização importe em alto custo e investimentos vultosos, como o direito à moradia, v.g., não pode ser outorgado pelo Estado “*do dia para a noite*” ou em um “*piscar de olhos*”, como em um passe de mágica⁹¹⁷, também o é que se encontra descumprido o princípio da progressividade se não há *qualquer* investimento, *ainda que progressivo*, na concretização de tal direito, ou nenhuma política pública séria, contínua, convencional e constitucionalmente adequada em tal sentido.⁹¹⁸

Nesse sentido, convém conferir o magistério de Cançado Trindade acerca do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU:

Ao examinar a natureza das obrigações do Pacto (art. 2 (1)), o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais significativamente assinalou que, se por um lado o Pacto dispõe sobre a realização progressiva dos direitos consagrados, por outro lado impõe várias obrigações de *efeito imediato*, a saber: a) obrigação de “adotar medidas” (‘to take steps’) pouco após a entrada em vigor do Pacto (artigo 2 (1)); [...] d) obrigação geral de buscar constantemente a realização dos direitos consagrados sem retrocessos; e) “obrigações mínimas” (“minimum core obligations”) em relação a todos os direitos consagrados e, em caso de não-cumprimento, obrigação de provar que “o máximo dos recursos disponíveis” (tanto no plano nacional como mediante a cooperação e a assistência internacionais) foi utilizado, ou se tentou utilizá-lo, para a realização dos direitos consagrados (artigos 11, 15, 22 e 23 do Pacto).⁹¹⁹

Desse modo, direitos que não são realizáveis *aqui e agora*, em lugar de serem reputados, em virtude de tal fato, irrealizáveis e inexigíveis, continuam a sê-lo, progressivamente, através de concretização gradual ao longo do tempo⁹²⁰.

⁹¹⁶ Na verdade, a progressividade inserta em instrumentos internacionais de direitos humanos econômicos, sociais e culturais vincula-se diretamente com a percepção realista das dificuldades de implementação imediata de grande parte desses direitos. Neste sentido é a lição de David Kelley, citado por Flávia Piovesan, que observa: “‘Para que se implementem direitos de liberdade individuais (*liberty rights*), o governo precisa protegê-los contra ações de outros indivíduos. [...] As leis envolvidas são relativamente simples; elas essencialmente proíbem tipos específicos de ação. O aparato governamental é relativamente pequeno, trata-se do ‘Estado guarda-noturno’ do liberalismo clássico.’ Já a ‘implementação de direitos ao bem-estar requer uma forma muito mais ativa de governo. O Estado de Bem-Estar social envolve tipicamente programas de transferência em larga escala’”. KELLEY, David, *apud* PIOVESAN, F. **Direitos humanos** cit., pp. 169-170, nota de rodapé n. 35.

⁹¹⁷ No particular, de se reportar o magistério de Piovesan, ao se referir ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966: “Para o Pacto, a implementação progressiva dos direitos sociais, econômicos e culturais reflete o reconhecimento de que a realização desses direitos, em geral, não se faz possível em um curto período de tempo.” PIOVESAN, F. **Direitos humanos** cit., p. 170.

⁹¹⁸ Papel que, conforme já referido aqui, não é desempenhado pela política do Sistema Financeiro da Habitação – SFH, na medida em que, do ponto de vista dos critérios típicos de instituições financeiras privadas para a concessão de financiamento, subsidia juros para a construção ou aquisição de imóveis das classes média e média-alta com recursos oriundos do FGTS e, portanto, captados junto a toda a sociedade, em uma verdadeira discriminação negativa.

⁹¹⁹ CANÇADO TRINDADE, A. A. **Tratado** cit., v. 1, pp. 472-473. No mesmo sentido é a lição de Jayme Benvenuto Lima Jr. LIMA JR., J. B. Op. cit. pp. 98-100.

⁹²⁰ O que decorre, em grande medida, da interpretação conjugada da cláusula da progressividade com a cláusula da aplicação do máximo dos recursos, a ser vista adiante, interpretação esta que afasta a concepção liberal da progressividade.

A idéia aqui exposta parece ser de toda valia visto o objeto em análise – a oposição de elementos da realidade fática *contra* a realização de direitos fundamentais sociais. Ora, se elementos oriundos da realidade – das coordenadas do tempo-espço, nas palavras de Clèmerson Merlin Clève –, como a escassez de recursos, são utilizados *contra* a concretização dos direitos fundamentais sociais, a idéia de progressividade, na forma em que é aqui interpretada – e em conexão com o *princípio da aplicação do máximo dos recursos*, visto a seguir – subverte a situação, trazendo elementos da realidade, como o tempo, *em favor* da concretização dos direitos fundamentais.⁹²¹

Dito de outra forma, direitos aparentemente irrealizáveis *sincronicamente* passam a ser percebidos como realizáveis *diacronicamente*. O elemento temporal passa a relativizar a dificuldade inicial representada pela escassez, notadamente em face de direitos de realização particularmente onerosa.⁹²² Conforme observa Jayme Benvenuto Lima Jr., referindo-se ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,

A interpretação adequada da progressividade mencionada naquele documento internacional não é de “indefinição” de metas e prazos para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Ao contrário, o Pacto buscou impulsionar sua realização.⁹²³

Tal leitura decorre da articulação do princípio da progressividade com o seu par, o *princípio da aplicação do máximo dos recursos disponíveis*, como já afirmado, leitura esta autorizada na medida em que ambos os construtos aparecem conjuntamente em diversos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, notadamente no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

Portanto, dizer que a realização de certos direitos encontra-se informada pelo princípio da progressividade, contemporaneamente, não implica dizer que os titulares dos deveres fundamentais correlatos – i.e., os Estados – podem concretizá-los ou não discricionariamente e ao seu alvedrio, ou que podem diferir sua concretização conforme livremente. Impõe-se a esses

⁹²¹ Dito de outro modo, de acordo com tal pensamento, se algo não é realizável *hic et nunc*, imediatamente, pode sê-lo ao longo de um lapso razoável de tempo. Assim, o fator tempo atua como um elemento favorecedor da concretização, e não como um elemento detrator da mesma; o decurso do tempo deixa de significar dilação indefinida para representar um elemento indicador ou critério de aferição do adimplemento ou inadimplemento dos deveres fundamentais por parte da estatalidade.

⁹²² O elemento empírico cronológico auxilia a superação das dificuldades importas pelo elemento escassez. Conforme Jayme Benvenuto Lima Jr., “a questão ‘tempo’, portanto, adquire significado especial para os DHESC, uma vez que esse direitos não têm qualquer sentido se sua realização for postergada indefinidamente.” LIMA JR., J. B. Op. cit. p. 103.

⁹²³ LIMA JR., J. B. Op. cit. p. 102. O autor aduz, com base em Matthew Craven: “A propósito dessa discussão, ela esteve presente já durante os trabalhos de elaboração do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ocasião em que se temia que o conceito de progressividade pudesse vir a dar cabimento a uma postergação indefinida na realização dos direitos e até mesmo uma deliberada ‘evitação’ das obrigações assumidas no Pacto, por parte dos estados.” Ibidem. Aduz o autor: “Na interpretação do Pacto, o tempo deverá ser o ‘razoável’ para a conquista de direitos acontecer. ‘Dar passos para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais’, nos termos do Pacto, não significa deixar sua realização ao Deus dará. Ao contrário, reflete um princípio geral do Direito Internacional que requer dos estados a ação necessária à execução das normas internacionais assinadas livremente.” LIMA JR. J. B. Idem, p. 104.

a desincumbência de ônus de demonstrar que têm tomado e que estão a tomar todas as medidas a seu alcance, com base em recursos próprios ou decorrentes da cooperação internacional, para a efetivação dos referidos direitos.

Interpretação contrária, no sentido de se remeter a realização dos direitos sociais, econômicos e culturais a um futuro incerto, indeterminado ou indefinido encontra-se desautorizada, de outro lado, pelos *Princípios de Limburgo*, conforme lembra Jayme Lima Jr., que estabelecem que o princípio da progressividade “sob nenhuma circunstância (...) pode ser interpretado como uma implicação para os Estados do direito de postergar indefinidamente os esforços para garantir a plena realização.”⁹²⁴

Conforme bem lembra aquele autor, a inclusão do princípio da progressividade constituiu a preocupação realista da variável da escassez de recursos na realização dos direitos, mas deve ser interpretada conjugadamente e na perspectiva da aplicação do máximo dos recursos⁹²⁵, a qual se passa a estudar.

3.2. Princípio da aplicação do máximo dos recursos disponíveis.

Segundo o *princípio da aplicação do máximo dos recursos disponíveis*, consagrado em instrumentos internacionais de direitos humanos e indissociável do princípio da progressividade que se acaba de explorar, os Estados-parte devem aplicar na realização dos direitos econômicos, sociais e culturais o máximo dos recursos disponíveis, a título próprio ou através da cooperação internacional e, conseqüentemente, apenas se desincumbem do dever de efetivação de tais direitos através da progressividade se comprovarem a aplicação do máximo dos recursos disponíveis na referida efetivação.

O conceito de máximo dos recursos disponíveis origina-se do artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, de 1966⁹²⁶, e é reiterado pelo Protocolo de San Salvador, de 1988.⁹²⁷

Assim, Antônio Augusto Cançado Trindade ensina que, dentre as obrigações dos estados que ratificaram o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de

⁹²⁴ LIMA JR., J. B. Idem, p. 103. Os *Princípios de Limburgo* foram adotados pela ONU em 1987 e versam sobre a interpretação e sobre a aplicação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

⁹²⁵ LIMA JR., J. B. Ibidem.

⁹²⁶ Cujo teor, conforme visto, é o seguinte: “Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, **até o máximo dos recursos disponíveis**, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.” Negritos ausentes do original.

⁹²⁷ Segundo Cançado Trindade, “O Protocolo [de San Salvador, de 1988] estipulou inicialmente (artigo 1) a obrigação dos Estados Partes de adotar medidas (de ordem interna e por meio da cooperação internacional) ‘até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento’, a fim de conseguir, ‘progressivamente e de acordo com a legislação interna’, a ‘plena efetividade’ dos direitos nele consagrados”, isto é, dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. CANÇADO TRINDADE, A. A. **Tratado** cit., v. I, p. 462.

1966, encontra-se aquela de, em caso de não cumprimento do já referido núcleo mínimo de obrigações⁹²⁸, “provar que ‘o máximo dos recursos disponíveis (tanto no plano nacional como mediante a cooperação e assistência internacionais) foi utilizado, ou se tentou utilizá-lo para a realização dos direitos consagrados’”.⁹²⁹

É exatamente a cláusula da aplicação do máximo dos recursos disponíveis na concretização dos direitos sociais que possibilita a adequada interpretação do princípio da progressividade, de maneira compatível com os *Princípios de Limburgo* em uma perspectiva sistematicamente adequada em relação ao Sistema Global de proteção dos direitos humanos. Sobre a cláusula da aplicação do máximo dos recursos disponíveis, assim se manifesta Jayme Benvenuto Lima Jr.:

Ao estabelecer que os estados-membros devem usar “**até o máximo de seus recursos disponíveis**” para tornar os DHESC realizáveis na prática, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais demonstra a necessidade e o compromisso internacional de que sejam envidados esforços para que todos os recursos sejam disponibilizados para viabilizar tais direitos.⁹³⁰ (negritos do original).

Assim, a comprovação da utilização do máximo dos recursos disponíveis na efetivação dos direitos sociais, que aqui ocupam posição central, é o principal fator a demonstrar que os mesmos foram efetivamente priorizados pelo Estado, de modo a justificar ou afastar a justificativa baseada na escassez de recursos.

Evidentemente, como cláusula aberta de conteúdo indeterminado que é, o princípio apresenta as mesmas características problemáticas de indeterminação semântica das demais normas de tal tipo, em parte abordadas quando aqui se investigaram as formulações teórico-dogmáticas do mínimo existencial e da dignidade da pessoa. Convém visitar, uma vez mais, o magistério de Lima Jr., sobre o particular:

As expressões “máximo” e “disponíveis”, conforme analisadas por E. Robertson, dizem muito a respeito do que se quer para a realização dos DHESC: enquanto “máximo” diz respeito ao idealismo; “disponíveis” diz respeito à realidade. “Máximo” é “a espada (poder) dos direitos humanos”, e “disponível” é o movimento próprio do estado.⁹³¹

Portanto, a expressão *máximo dos recursos disponíveis*, a despeito da indeterminação, serve de parâmetro hermenêutico mínimo de determinação de sentido, de modo a indicar que a parcela de recursos alocada para a consecução dos direitos econômicos, sociais e culturais deve

⁹²⁸ *Minimum core obligations*, na literalidade dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos.

⁹²⁹ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado* cit., v. I, p. 473. No mesmo sentido Jayme Benvenuto Lima Jr., que transcreve texto do Comentário Geral n. 3 (*General Comment n. 3*) das Nações Unidas (Doc. E/1991/23, Anexo III, UN ESCOR, 86), no sentido de que “Para um Estado-parte ser possível (sic) atribuir sua incapacidade de atender pelo menos um núcleo mínimo de obrigações à falta de recursos disponíveis, é preciso demonstrar que todos os esforços têm sido feitos para usar os recursos que estão à sua disposição no esforço de satisfazer, em grau de prioridade, àquelas obrigações mínimas.” LIMA JR., J. B. Op. cit. p. 106, nota de rodapé n. 114.

⁹³⁰ LIMA JR., J. B. Idem, pp. 105-106.

⁹³¹ LIMA JR., J. B. Idem, p. 106.

ser significativa em comparação com as alocadas para outras finalidades, não assim írrita, ínfima ou muito diminuta, em montante que, comparativamente, possa demonstrar sua efetiva prioridade.⁹³²

Evidentemente, o aspecto problemático da disposição é trazer para dentro de si a expressão “recursos disponíveis”, o que traz à baila a ingrata discussão acerca do que seriam tais recursos *disponíveis*.

Nada obstante, a melhor interpretação parece ser a de que a expressão significa que, da *integralidade* dos recursos do Erário oriundos das receitas diretas ou indiretas da estatalidade a serem alocados através do orçamento de dos planos plurianuais, das políticas públicas e dos órgãos estatais, o montante das verbas destinadas *diretamente e efetivamente* a programas sociais voltados à realização dos direitos de bem-estar deve, insista-se, ser respeitável e proporcionado em relação a dotações voltadas para áreas não-prioritárias, conforme já defendido em outra passagem, rechaçando-se a interpretação de que recursos disponíveis seriam os recursos alocados orçamentariamente em cada rubrica.

Interpretar desta forma a cláusula do *máximo dos recursos disponíveis*, procurando sustentar que tais *recursos disponíveis* nada mais significam do que aqueles recursos alocados através das disposições orçamentárias, constitui uma interpretação absurda, eis que, admitir-la como idônea implicaria admitir que *a normativa internacional nada estaria regulando*, mas sim consagrando a ampla autonomia e discricionariedade do legislador nacional para dispor dos recursos do Estado ao seu livre alvedrio, o que é incompatível com a própria existência dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, cujas disposições vinculantes buscam *dirigir* a atuação dos Estados-partes, contrariando-se um princípio jurídico-hermenêutico elementar que exclui a interpretação conducente a resultados absurdos.

Tal interpretação apartar-se-ia substancialmente da própria teleologia que informa o Direito Internacional dos Direitos Humanos e seus instrumentos internacionais, sendo expresso nestes últimos que nenhuma de suas disposições pode ser utilizada para destruir ou limitar os direitos neles reconhecidos⁹³³, sendo colidente, outrossim, com os Princípios de Limburgo. Portanto, tal interpretação revela-se absurda e ideológica, restando desautorizada, isto é, sendo defesa.⁹³⁴

⁹³² Nas palavras de Jayme Benvenuto, “a obrigação, portanto, é de que os estados venham a priorizar a realização dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais.” LIMA JR., J. B. Ibidem.

⁹³³ PIDESC, art. 5º, 1: “Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.”

⁹³⁴ Ademais, conforme observa Jayme Benvenuto Lima Jr., “a escassez de recursos financeiros, no entanto, não pode ser uma escusa para que um estado não empreenda esforços em realizar os DHESC. Afinal, há diversos outros recursos que podem ser utilizados nesse sentido. Inclusive nos tempos de crise, em que o estado pode recorrer à ajuda internacional, além de existirem outras medidas internas, como sugere o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao propor a taxação de terras improdutivas como maneira de acelerar processos de reforma agrária e o combate à pobreza.” LIMA JR., J. B. Op. cit. p. 107. Conforme observa o mesmo autor, com base em Mathew Craven, em tempos de crise está o Estado *obrigado* a buscar ajuda internacional. Ibidem, nota de rodapé n. 116.

Portanto reputa-se que, diante da alegação de escassez de recursos, além da observância da progressividade como elemento a desautorizar a inércia estatal, se possa levar em conta a quantidade de recursos disponíveis, em sentido amplo – i.e., o conjunto de recursos com os quais conta *economicamente* o estado, não assim *orçamentariamente* – e a proporção destes alocada em áreas prioritárias do ponto de vista do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos para a realização dos direitos sociais.

A alegação de ausência de recursos deve ser, portanto, na ótica do princípio da aplicação do máximo dos recursos disponíveis, devidamente demonstrada, não bastando a mera alegação de esgotamento das dotações orçamentárias destinadas à realização de direitos sociais, como a educação e a saúde, e tampouco a mera *alegação* de esgotamento econômico dos recursos disponíveis, sem a devida comprovação e, especialmente, sem uma análise comparativa da aplicação de tais recursos prioritários em comparação com os recursos do Erário dispendidos em outras áreas. Reputa-se, outrossim, de conformidade com os princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, caber à Administração Pública o ônus da prova quanto ao alegado esgotamento, não assim aos titulares dos direitos fundamentais sociais correspondentes.

As próximas formulações teóricas oriundas da dogmática do Direito Internacional dos Direitos Humanos valiosos para a análise do objeto deste estudo são os princípios da interdependência e da indivisibilidade dos direitos humanos, os quais, embora não visem controlar exatamente a alegação de escassez real ou ficta, demonstram o caráter indissociável ou holístico dos direitos humanos fundamentais, desautorizando categorizações que tenham por repercussão diferentes graus de efetividade ou vinculatividade.

3.3. Princípio da interdependência e da indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais: uma concepção holística.

De todos os construtos teóricos oriundos do Direito Internacional dos Direitos Humanos talvez o de maior importância seja o *princípio da interdependência dos direitos humanos*, conjuntamente com aquele que aqui se reputa como sendo seu corolário direto, o *princípio da indivisibilidade dos direitos humanos*⁹³⁵, ambos traduzindo o que Cançado Trindade denominou concepção integral ou holística dos direitos humanos⁹³⁶:

⁹³⁵ A interdependência e a indivisibilidade ora são referidas na literatura jurídica ora como *teses* ou *teorias*, ora como *princípios*. Aqui se tomam ambas como princípios, eis que como tais encontram assento no direito internacional positivo. Há, outrossim, uma certa fungibilidade terminológica na doutrina, havendo autores que referem-se exclusivamente à interdependência ou exclusivamente à indivisibilidade, e tomando uma pela outra, sem diferenciá-las. Embora o efeito prático seja equivalente, parece ser adequado interpretar a indivisibilidade como uma decorrência da interdependência – i.e., os direitos humanos são indivisíveis *porque* interdependentes – como se verá no presente tópico.

⁹³⁶ Em sentido diametralmente oposto é o entendimento de Ricardo Lobo Torres, extremamente crítico em face do construto. Na ótica do autor, a “tese da indivisibilidade dos direitos fundamentais chega a alguns impasses: não consegue resolver o problema da eficácia dos tais direitos fundamentais sociais sem a intermediação do legislador;

Em perspectiva histórica, é altamente significativo que a Declaração Universal de 1948 tenha propugnado por uma concepção necessariamente *integral* ou holística de todos os direitos humanos. Transcendendo as divisões ideológicas do mundo de seu próprio tempo, situou assim no mesmo plano todas as “categorias” de direitos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Este enfoque seria retomado duas décadas depois, na I Conferência Mundial de Direitos Humanos (1968) e nele se insistiria mais recentemente na II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993).⁹³⁷ (itálicos do original).

Em apertada síntese pode-se afirmar que, segundo o *princípio da interdependência*, os direitos humanos de todas as gerações e dimensões dependem intrinsecamente uns dos outros, não se podendo realizar fragmentariamente ou de maneira seccionada, na medida em que a realização de uns depende da realização dos demais e vice-versa, ou, dito de outro modo, o gozo ou a fruição de determinados direitos encontra-se na dependência do gozo ou da fruição de outros.⁹³⁸

Já na I Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Teerã, no Irã, em 1968, foi afirmada a idéia de interdependência e de indivisibilidade dos direitos humanos⁹³⁹, afirmação esta reiterada pouco mais de duas décadas depois, pois, conforme ensina Antonio Augusto Cançado Trindade, ao historiar as percepções das delegações dos Estados participantes da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, na Áustria, em 1993, naquela oportunidade a

(...) tese da indivisibilidade dos direitos humanos, de igual modo, encontrou respaldo de países de todos os quadrantes do mundo, com variadas ponderações. Tal tese, argumentou a Delegação da Santa Sé, se impunha, uma vez que “on ne saurait pas invoquer un droit pour s’excuser d’en violer un autre.”⁹⁴⁰

Já se vislumbra, da manifestação do Vaticano na Conferência em questão, o corolário da interdependência já referido, qual seja, a indivisibilidade dos direitos humanos, na medida a

banaliza a temática dos direitos da liberdade sem fortalecer a dos direitos da justiça; apóia-se na idéia de ‘justiça social’, que postula a distribuição da riqueza social entre classes, mas não leva à adjudicação de parcelas dessa riqueza a indivíduos concretos; tenta substituir as políticas públicas pela subsunção no processo judicial, atitude típica do bacharelismo; amortece a dimensão reivindicatória da cidadania; busca, enfim, a própria *quadratura do círculo*.” (itálicos do original). TORRES, R. L. Mínimo existencial cit., pp. 73-74. Com a devida vênia ao autor, por tudo o que aqui se exporá, um tal entendimento é indefensável e insustentável.

⁹³⁷ CANÇADO TRINDADE, A. A.O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos (1997). In: _____. **O Direito Internacional em um mundo em transformação**. Ensaios, 1976-2001. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, pp. 632-633. PORT, Otávio Henrique Martins. **Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública**. São Paulo: RCS, 2005, p. 18.

⁹³⁸ “A referência à indivisibilidade dos direitos humanos está relacionada a uma compreensão integral desses direitos, pela qual não se admite o seu fracionamento. Nesse sentido, a compreensão de indivisibilidade dos direitos humanos impõe uma crítica, pelo menos em termos relativos, à classificação geracional dos direitos humanos.” LIMA JR., J. B. Op. cit. pp. 76-77. Pode-se afirmar, grosso modo, que o exercício dos direitos de liberdade pressupõe o gozo de um núcleo mínimo de direitos de igualdade e que a recíproca é verdadeira. Paulo Gilberto Cogo Leivas, associando o tema às questões conexas do mínimo existencial e da dignidade da pessoa, ensina: “Nesse sentido, Tugendhalt diz que a dignidade aponta para certo nível de satisfação das necessidades, uma vez que um ser humano precisa do mínimo de existência para que ele possa gozar os seus direitos e para que leve, neste sentido, uma existência humanamente digna.” LEIVAS, P. G. C. Op. cit., p. 134.

⁹³⁹ LIMA JR., J. B. Op. cit. pp. 78-79.

⁹⁴⁰ CANÇADO TRINDADE, A. A. **Tratado** cit., v. I, pp. 288-289.

realização de determinados direitos não serve de escusa para a não realização de outros, vista a recíproca dependência e as recíprocas influências. Segundo Cançado Trindade, também as delegações brasileira e iraniana, dentre outras – como a portuguesa – manifestaram-se em favor da interdependência e da indivisibilidade naquela oportunidade:

A Delegação do Brasil observou que os direitos humanos têm impacto, uns, no exercício de outros, e recordou a “simultaneidade da adesão” do país aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, a revelar “a interrelação e a indivisibilidade que atribuímos a tais direitos”. A Delegação do Irã rechaçou as categorizações de direitos, mormente quando motivadas por “considerações políticas”, porquanto a indivisibilidade de todos os direitos humanos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais) encontra-se “solidamente fundamentada na teoria e comprovada na vida contemporânea”.⁹⁴¹

O reconhecimento e a consagração dos princípios da interdependência e da indivisibilidade são, portanto, inegáveis e, nos termos da manifestação iraniana na Conferência de Viena de 1993, encontra-se comprovada e é demonstrável, como se verá.⁹⁴² Como já afirmado, o princípio da interdependência consiste na tese no sentido de que todos os direitos humanos, *sejam de que geração ou dimensão forem*, dependem uns dos outros e não são isoladamente realizáveis.⁹⁴³

Assim, a realização de alguns direitos humanos *pressupõe e não prescinde* da realização dos demais. Como um sistema – usa-se com frequência a metáfora da *teia de aranha* para ilustrá-lo –, se por um lado o fortalecimento e a efetivação de um ou alguns dos direitos humanos favorece o fortalecimento e a efetivação dos demais, o enfraquecimento e a sonegação de um ou de alguns dos direitos humanos desdobra-se, ao fim e ao cabo, no enfraquecimento e na sonegação dos demais. Nesse sentido, tratando da temática de que ora aqui se ocupa, Lima Jr. esclarece que

Não negando a existência de diferenças entre os direitos humanos, inclusive em relação à especificidade dos instrumentos de exigibilidade, o que a indivisibilidade destaca é a impossibilidade prática de compartimentar os direitos humanos, mediante a visão de que só é possível materializar direitos tidos como civis se houver direitos tidos como econômicos e sociais minimamente respeitados, e vice-versa.⁹⁴⁴

⁹⁴¹ CANÇADO TRINDADE, A. A. Ibidem.

⁹⁴² Como ensina Jayme Benvenuto Lima Jr., com esboço no magistério de Flávia Piovesan, a própria consagração, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos onusiana, de 10.12.1948, de direitos sociais, econômicos e culturais ao lado dos direitos civis e políticos constitui um reconhecimento inequívoco da interdependência e da indivisibilidade. LIMA JR., J. B. Op. cit. pp. 77-78.

⁹⁴³ As interpretações distintivas dos direitos humanos em categorias ou classes dotadas de eficácia diversa são ideológicas, conforme se demonstrou, com base em autores tais quais Cançado Trindade e Piovesan, ao se estudar a cisão do sistema onusiano de proteção dos direitos fundamentais em 1951. Também Jayme Benvenuto Lima Jr. o afirma, referindo-se ao período ulterior ao advento da Declaração Universal, onde restaram consagradas a interdependência e a indivisibilidade: “Os anos seguintes, no entanto, mostraram um mundo profundamente dividido em dois blocos econômicos e ideológicos – o capitalismo e o socialismo – o que deixou seqüelas a uma compreensão integral de direitos humanos.” LIMA JR., J. B. Idem, p. 78.

⁹⁴⁴ LIMA JR., J. B. Ibidem, pp. 83-84. O mesmo autor ensina: “Em outras palavras, não é preciso que *todos* tenham casa, trabalho, saúde, educação, entre outros direitos humanos econômicos e sociais, numa condição ideal, para que tenham os direitos civis e políticos respeitados; mas é preciso que aqueles direitos tenham uma existência real em termos razoáveis, para que os direitos humanos civis e políticos sejam exercidos em condições adequadas. Nesse

Precisamente nisto consiste o corolário do *princípio da interdependência*, qual seja, o *princípio da indivisibilidade*, segundo o qual não é possível outorgar, reconhecer ou efetivar apenas determinados direitos ou gerações de direitos, em detrimento de outros. Nesse sentido, convém recorrer ao magistério de Flávia Piovesan acerca da existência de dois pactos de direitos humanos no âmbito do sistema Global de proteção dos Direitos Humanos:

Não obstante a elaboração de dois pactos diversos, a indivisibilidade e a unidade dos direitos humanos eram reafirmadas pela ONU, sob a fundamentação de que, sem direitos sociais, econômicos e culturais, os direitos civis e políticos só poderiam existir no plano nominal, e, por sua vez, sem direitos civis e políticos, os direitos sociais, econômicos e culturais também apenas existiriam no plano formal.⁹⁴⁵

Decorrência valiosa de ambos os princípios é a constatação de que existem *violações reflexas, indiretas, regressivas ou complessivas* de direitos humanos: a partir da violação de alguns, por via reflexa, restam violados todos os demais, isto é, o conjunto dos direitos humanos; assim como, em virtude de violação de direitos das gerações historicamente mais recentes restam esvaziados os direitos humanos das gerações mais antigas, e vice-versa.

Assim, a sonegação ou não-efetivação de um ou de alguns direitos ou gerações/dimensões de direitos implica violação não apenas de tais direitos, mas até mesmo dos direitos já reconhecidos e formalmente efetivados. Cabe ilustrar a assertiva com base no magistério de Cançado Trindade:

Com efeito, a denegação ou violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, materializada, e.g., na pobreza extrema, afeta os seres humanos em todas as esferas de suas vidas (inclusive a civil e política), revelando assim de modo marcante a interrelação ou indivisibilidade de seus direitos. A pobreza extrema constitui, em última análise, a negação de todos os direitos humanos. Como falar de direito de livre expressão sem o direito à educação? Como conceber o direito de ir e vir (liberdade de movimento) sem o direito à moradia? Como contemplar o direito de participação na vida pública sem o direito à alimentação? Como referir-se ao direito à assistência judiciária sem ao mesmo tempo ter presente o direito à saúde? E os exemplos se multiplicam. Em definitivo, todos experimentamos a indivisibilidade dos direitos humanos no cotidiano de nossas vidas: é esta uma realidade inescapável.⁹⁴⁶

A imperatividade realista da interdependência e da indivisibilidade decorre de sua base antropológica, consubstanciada no caráter holístico do ser humano, cujas plúrimas necessidades se interpenetram, sendo que as respectivas satisfações dependem, em larga medida, da satisfação das demais.

sentido é que Cançado Trindade afirma que ‘a pobreza extrema constitui, em última análise, a negação de todos os direitos humanos.’ LIMA JR., J. B. Idem, pp. 84-85.

⁹⁴⁵ PIOVESAN, F. *Direitos humanos* cit., pp. 154-155.

⁹⁴⁶ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado* v. I, 2. ed., p. 475.

Adentra-se, neste passo, o fenômeno denominado *liberdades vazias*, por Konrad Hesse⁹⁴⁷, dentre outros. Assim, sem direitos sociais e econômicos, por exemplo, como o *direito ao trabalho e ao desenvolvimento*, o reconhecimento do *direito de titular propriedade* revela-se inócuo para a maior parte da população, alijada dos meios econômicos de adquirir a referida titularidade, ou seja, de alçar a condição de proprietário. *Para aqueles alijados de trabalho*⁹⁴⁸ e *de renda, o direito e a garantia da propriedade são meramente retóricos*.⁹⁴⁹

Neste caso, verifica-se uma violação reflexa que se poderia nomear *regressiva*: um direito civil (de primeira geração ou dimensão) resta violado (inviabilizado) pela violação de um direito social (p. ex., o direito ao trabalho).

Outras demonstrações irrecusáveis são possíveis. O *direito político ao voto* resta de pouco valor em um contexto socioeconômico e cultural que não assegura às pessoas instrução ou *educação* suficiente, ou os *meios mínimos de vida* para não serem compelidos a mercadejar seus votos com vistas ao suprimimento de necessidades elementares. Aqui, novamente, um direito político (dito de primeira geração) resta esvaziado e aniquilado pela violação a direitos sociais (o direito à educação ou o direito a uma renda mínima).

Cabível, ainda, uma última ilustração, extrema: o direito civil elementar à *manutenção da vida* pode restar violado pela vulneração de direitos sociais, como nos casos extremos de *morte por inanição* ou *desnutrição*, ou por doenças decorrentes de ou deflagradas por quadros de insuficiência alimentar crônica. Novamente, um direito civil (direito à vida) é vulnerado e aniquilado reflexamente pela violação a um direito social (direito à alimentação, à renda, ao trabalho, etc.), conduzindo à morte.⁹⁵⁰

⁹⁴⁷ HESSE, K. Op. cit. p. 176, § 214.

⁹⁴⁸ Recordando-se que o desemprego contemporâneo é, em larga medida, estrutural.

⁹⁴⁹ No mesmo sentido são as observações de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, em sua obra **The Cost of Rights**, adiante explorada em maior detalhe. A certa altura, afirmam os autores: “Os filósofos também distinguem entre liberdade e o valor da liberdade. Liberdade tem pouco valor se aqueles que ostensivamente a possuem não dispõem dos recursos para fazer efetivos os seus direitos. A liberdade de contratar um advogado significa pouco se todos os advogados cobram honorários, se o estado não quer auxiliar e se você não tem dinheiro. O direito à propriedade privada, uma parte importante da liberdade, significa pouco se você não possui os recursos para proteger o que você possui e a polícia encontra-se indisponível. Somente liberdades que são valiosas na prática proporcionam legitimidade para uma ordem política liberal.” E, um pouco à frente: “Os custos públicos com os departamentos de polícia e de bombeiros contribuem essencialmente para o ‘perímetro protetivo’ que torna possível gozar e exercer nossos direitos constitucionais fundamentais e os demais.” Tradução livre do autor. Texto original: “Philosophers also distinguish between liberty and the value of liberty. Liberty has little value if those who ostensibly possess it lack the resources to make their rights effective. Freedom to hire a lawyer means little if all lawyers charge fees, if the state will not help, and if you have no money. The right of private property, an important part of liberty, means little if you lack the resources to protect what your own and the police are unavailable. Only liberties that are valuable in practice lend legitimacy to a liberal political order.” “The public costs of police and fire departments contribute essentially to the ‘protective perimeter’ that makes it possible to enjoy and exercise our basic constitutional and other rights.” HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Idem, p. 20.

⁹⁵⁰ Lembrando que o economista indiano Amartya Sen, observa: “Vivemos em um mundo assolado por fome e subnutrição disseminadas e por repetidas fomes coletivas. Muitas vezes se supõe – ao menos implicitamente – que pouco podemos fazer para remediar essa situação desesperadora. Presume-se também, com bastante frequência, que esses males podem realmente agravar-se no longo prazo, em especial com o aumento da população mundial. No mundo de hoje, um pessimismo tácito muitas vezes domina as reações internacionais a essas misérias. Essa falta de liberdade para remediar a fome pode levar ao fatalismo e à ausência de tentativas resolutas de sanar os sofrimentos que vemos. Há pouca base factual para esse pessimismo, e também não existem razões convincentes para pressupor a imutabilidade da fome e da privação. Políticas e ações apropriadas podem realmente erradicar os terríveis problemas

Portanto, ao contrário da opinião de Ricardo Lobo Torres, a interdependência e a indivisibilidade não buscam a “quadratura do círculo”, mas revelam e expõem, em toda a sua crueza, a realidade concreta e antropológica do caráter holístico do ser humano.⁹⁵¹

Outro aspecto de valor dos princípios da interdependência e da indivisibilidade radica no fato de exporem o caráter ideológico das distinções seletivas entre direitos humanos. Assim, os construtos auxiliam ainda no deslinde da questão da *reserva do possível*, aqui enfrentada, na medida em que esta se baseia, em última análise, em uma compartimentalização ou seccionamento *seletivos* dos direitos humanos ou fundamentais⁹⁵², que não se sustenta em uma perspectiva realista, sob a ótica holística dos direitos humanos, demonstrando que a irrealização dos direitos sociais, sob a alegação de escassez, conduz à bancarrota todo o sistema de direitos e garantias fundamentais para uma parcela cada vez maior da população, implicando, em última análise, uma descaracterização não apenas do Estado Social, mas do Estado de direito, pela denegação, à maioria da população, até mesmo da fruição efetiva dos direitos civis e políticos mais elementares.

De se frisar que embora os princípios da interdependência e da indivisibilidade dos direitos da pessoa encontrem seu principal desenvolvimento, sob tal denominação, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, conforme abordados até o momento, não são estranhos à dogmática constitucionalista e tampouco à jurisdição constitucional.

da fome no mundo moderno. Com base em análises econômicas, políticas e sociais recentes, creio ser possível identificar as medidas que podem levar à eliminação das fomes coletivas e a uma redução radical da subnutrição crônica.” SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, pp. 188-189. No capítulo 9 de sua obra, que versa especificamente sobre o tema que o intitula, *população, alimento e liberdade*, Sen afirma: “Não faltam em nossa época acontecimentos terríveis e abomináveis, mas sem dúvida um dos piores é a persistência da fome para um número imenso de pessoas, em um mundo de prosperidade sem precedentes. As fomes coletivas assolam muitos países com espantosa inclemência, ‘ferozes como dez fúrias terríveis do inferno’ (tomando emprestadas as palavras de John Milton). Além disso, a fome endêmica em massa é um flagelo que perdura em muitas partes do mundo – debilitando centenas de milhões de pessoas e matando uma proporção considerável delas com regularidade estatística. O que faz dessa fome disseminada uma tragédia ainda maior é o modo como acabamos por aceitá-la e tolerá-la como parte integrante do mundo moderno, como se ela fosse um fato essencialmente inevitável (como nas tragédias gregas). Tentamos demonstrar o erro de julgar a natureza e a gravidade dos problemas de fome crônica, subnutrição e fome coletiva apenas da perspectiva da produção de alimentos.” SEM, A. Idem, p. 236.

⁹⁵¹ Outra acepção possível das teses da interdependência e da indivisibilidade, já desbordando da perspectiva individualista para uma perspectiva transindividual sociológica e econômica, é aquela baseada no aumento da interdependência do ponto de vista sociológico, de um lado, e no fenômeno da externalidades, do ponto de vista econômicos, de outro, conforme demonstra o sociólogo holandês Abram De Swaan em seu livro “Sous l’aile protectrice de l’État” e implicariam em reconhecer os efeitos negativos da privação de determinados indivíduos ou grupos de indivíduos do gozo ou fruição de determinados direitos humanos fundamentais sobre outros indivíduos ou grupos de indivíduos, de modo a demonstrar que a fruição de todos os direitos humanos *na sociedade* estão a depender do maior ou menor grau de acesso desta *em seu conjunto* a um feixe mais ou menos amplo de direitos humanos fundamentais. DE SWAAN, Abram. Op. cit. pp. 12 e ss.

⁹⁵² Com efeito, não se vê falar em *reserva do possível* quanto a determinadas categorias de direitos, notadamente direitos de defesa e de liberdade, presumidos gratuitos ou insignificantes economicamente. A denúncia da falácia do baixo custo dos direitos de liberdade clássicos e dos direitos políticos aqui já foi feita, com base no principal trabalho teórico de Cass Sunstein e Stephen Holmes, ao qual já se fez referência em outras passagens deste estudo, a saber, a obra “*The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*”. Sobre o assunto, de se sublinhar ainda, com base no magistério de Cançado Trindade, narrando a posição da Delegação de Portugal na Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, no sentido de que “não têm razão de ser as tentativas de separar estes direitos ou para justificar o não-respeito de alguma categoria de direitos por exigências de outra natureza, como o sejam atrasos econômicos ou problemas sociais ou políticos.” CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado** cit., v. I, p. 289.

Na própria pátria de origem da idéia de *reserva do possível*, a Alemanha, há consagração teórica e jurisprudencial da indivisibilidade, como se passa a demonstrar. Segundo a narrativa de Andreas Joachim Krell, a Lei Fundamental alemã de Bonn, de 1949 deliberadamente renunciou ao estabelecimento de um rol de direitos fundamentais sociais devido às experiências frustradas da Constituição de Weimar, de 1919, reputada fracassada em seus intuitos sociais e como tendo contribuído para a radicalização política havida na Alemanha dos anos vinte do século passado que conduziu à ascensão nazista ao poder em 1933.⁹⁵³

Nada obstante a recalcitrância no reconhecimento de direitos fundamentais sociais diretamente decorrentes do texto da *Grundgesetz* alemã de 1949, a necessária correlação dos direitos humanos e dos direitos e garantias fundamentais, aqui explorada sob as construções da interdependência e da indivisibilidade, levaram a uma alteração doutrinária e jurisprudencial de tal orientação. Assim, conforme observa Andreas Krell, os “direitos humanos básicos à vida e integridade física, contudo, também estão intimamente ligados aos direitos *sociais* à saúde e assistência social.”⁹⁵⁴ De maneira que o autor constata:

(...) no Estado moderno, os Direitos Fundamentais clássicos estão cada vez mais fortemente dependentes da prestação de determinados serviços públicos, sem os quais o indivíduo sofre sérias ameaças de sua liberdade. Os Direitos Fundamentais de defesa somente podem ser eficazes quando protegem, ao mesmo tempo, as condições materiais mínimas necessárias para a possibilidade da sua realização.⁹⁵⁵

Assim, na experiência constitucional alemã se apercebeu que, a despeito da ausência de reconhecimento *formal*, em nível constitucional, dos direitos fundamentais sociais, seu gozo constituía, na crua realidade, uma *condição de possibilidade* do gozo dos direitos clássicos de liberdade, estes constitucionalmente consagrados – por força do imperativo da interdependência e indivisibilidade ora em estudo.

Tal linha de pensamento reconduziu ao reconhecimento dos direitos sociais, por indispensáveis à efetividade dos demais direitos fundamentais. Assim, uma vez mais é cabível o magistério de Andreas Joachim Krell, explicitando a maneira como a juspublicística alemã procurou resolver a omissão do constituinte de 1949 quanto aos direitos fundamentais sociais:

⁹⁵³ KRELL, A. J. Op. cit. p. 45. Convém transcrever, à guisa de ilustração, a narrativa do próprio autor: “Isto explica também a desconfiança que muitos autores alemães guardam, até hoje, contra formas extensivas de participação popular direta (por exemplo: plebiscitos). Esses instrumentos foram abusados por parte das bancadas dos nacional-socialistas e dos comunistas da República de Weimar (1919-1933) para inviabilizar várias medidas do governo democrático. As massas populares mal informadas e radicalizadas normalmente ficaram ao lado dos exterministas, fato que ‘incentiva também a se interrogar sobre a fragilidade de uma constituição escrita cujos cidadãos não estão dispostos a defender’. Os modernos artigos da Carta de Weimar sobre direitos sociais foram ‘ridicularizados’ por parte dos integrantes da extrema-direita e esquerda política, como ‘promessas vazias do Estado burguês’ e ‘contos de lenda’. Como consequência, o legislador fundamental de 1949 renunciou deliberadamente à formulação de normas que conferem direitos subjetivos a prestações positivas por parte do Estado. Os direitos sociais, cuja eficácia sempre depende de vários fatores econômicos e políticos, ficaram de fora.” KRELL, A. J. Idem, pp. 45-46.

⁹⁵⁴ KRELL, A. J. Op. cit. p. 47. Itálicos do original.

⁹⁵⁵ KRELL, A. J. Ibidem. O autor completa, com base no magistério de Ingo Wolfgang Sarlet: “Onde o poder estatal deixa de desenvolver esforços para atender à população mais carente, que não tem condições de pagar um plano privado de saúde, na área da saúde preventiva e curativa, essas pessoas acabam sendo ameaçadas *imediatamente* no seu direito à vida e à integridade física.” KRELL, A. J. Ibidem.

É obrigação de um Estado Social controlar os riscos resultantes do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais. Assim, numa sociedade onde existe a possibilidade fática da cura de uma doença, o seu impedimento significa uma violência contra a pessoa doente que é diretamente prejudicada na sua vida e integridade. *Dessa maneira, os Direitos Fundamentais de primeira geração foram tomados como fonte de direitos subjetivos a prestações positivas do Estado. A teoria engenhosa que liga a prestação do 'mínimo social' aos Direitos Fundamentais de liberdade (primeira geração) é fruto da doutrina alemã pós-guerra que tinha de superar a ausência de qualquer Direito Fundamental Social na Carta de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdiicionalidade do texto constitucional.*⁹⁵⁶ (itálicos ausentes do original).

No mesmo sentido são as ponderações de outro constitucionalista alemão, Konrad Hesse, que, a despeito de suas inúmeras reticências aos direitos fundamentais sociais e, em seguida à análise da *cláusula do Estado Social* presente na Lei Fundamental de Bonn (*Sozialstaatspostulat*), reconhece:

Para os desempregados, a liberdade de profissão é inútil. Liberdade de aprender e livre escolha dos centros de formação⁹⁵⁷ ajudam somente àquele que está financeiramente em condição de terminar a formação desejada e ao qual tais centros de formação estão à disposição. A garantia da propriedade somente tem significado real para os proprietários, a liberdade de habitação para aqueles que possuem uma habitação. Se essas e outras liberdades devem ser mais do que liberdades sem conteúdo, então elas também pressupõem mais do que uma proibição de intervenções estatais, ou seja, aquele sistema de medidas planificadoras, fomentadoras e conservadoras da política econômica e social, da política cultural e educacional, da política sanitária e familiar, que caracteriza o Estado Social atual, por exemplo, em prêmios de poupança para construção, subsídio de habitação e familiar por filhos ou de apoio estatal de formação e aperfeiçoamento profissional.⁹⁵⁸

Tal linha de raciocínio, reconhecendo direitos sociais, para além de serem decorrências da cláusula do Estado Social, como imperativos necessários à fruição, ao gozo e à efetividade e respeito dos direitos clássicos de defesa ou liberdade, por força da interdependência e da indivisibilidade que ostentam, obteve consagração não apenas doutrinária, como já afirmado, mas igualmente pretoriana.⁹⁵⁹

E é exatamente no julgado BVerfGE 33, 303, alcunhado *numerus clausus I*, aqui já examinado⁹⁶⁰, dentre outras decisões, que o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu a possibilidade de interpretação de direitos de liberdade não apenas como direitos de defesa, aduzindo a imperatividade das prestações sociais e dos direitos de igualdade enquanto

⁹⁵⁶ KRELL, A. J. Idem, p. 60.

⁹⁵⁷ Exatamente os direitos fundamentais à base do julgado BVerfGE 33, 303, ao qual comumente se remontam as origens do construto da reserva do possível, conforme já visto.

⁹⁵⁸ HESSE, K. Op. cit. pp. 176-177, § 214.

⁹⁵⁹ Vimos itinerário argumentativo similar para fundamentar o mínimo existencial em decisões do Tribunal Federal Administrativo e do Tribunal Constitucional Federal alemães, como os já citados BVerwGE 1, 159 e BVerfGE 40, 121, respectivamente. SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Op. cit. pp. 19-20.

⁹⁶⁰ Do qual decorre a teoria da reserva do possível, insista-se.

“pressupostos necessários à realização” do direito de liberdade⁹⁶¹, reconhecendo o Tribunal – e é isso que aqui realmente interessa – que “o direito de liberdade careceria de valor sem o pressuposto real de a ele se poder recorrer.”⁹⁶²

Assim, em BVerfGE 33, 303 (331), o Tribunal Constitucional germânico pronunciou-se expressamente no sentido de que a liberdade de escolha do estabelecimento de formação, por sua própria natureza de liberdade de acesso às instalações, seria uma liberdade inútil sem as condições reais para fazer valer tal direito⁹⁶³, assim reconhecendo, portanto, que o próprio objetivo da liberdade de escolha do estabelecimento de ensino restaria sem valia na ausência dos pressupostos necessários à sua fruição.

Desse modo, o que importa destacar na presente passagem é que, embora não referida expressamente pela noção de interdependência ou indivisibilidade, a idéia correlata não é estranha ao pensamento constitucionalista, o que apenas reforça sua indisfarçável característica de princípios calcados em uma exigência da realidade holística dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, por ambos referirem-se à pessoa, a qual constitui um todo indissociável.

No que se refere à reserva do possível como limite e como restrição aos direitos fundamentais sociais, resta demonstrado, portanto, que a utilização desta para esquivar-se o Estado de promover os direitos fundamentais sociais pode implicar não apenas na violação de tais direitos, mas também refletindo no gozo e na fruição de todos os demais direitos, mesmo direitos de liberdade e de defesa, mesmo direitos civis e políticos.

Portanto, todos os esforços devem ser envidados, em conformidade com o Direito Constitucional e com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, para a progressiva mas efetiva incrementação da concretização de todos os direitos fundamentais, na medida em que os princípios da indivisibilidade e da interdependência expõem e denunciam o caráter ideológico das distinções e demonstram as afetações negativas a todos o sistema de direitos fundamentais oriundas da denegação e da inefetividade de direitos fundamentais sociais.

Feita a análise, ainda que não exaustiva, por impossível no presente estudo, das principais teorias em matéria de limites e restrições, impõe-se uma síntese conclusiva. Como se viu, sem a pretensão de superar todas as dissensões teóricas entre a teoria interna e a teoria externa dos direitos fundamentais, é possível sustentar a compreensão no sentido de que limites

⁹⁶¹ Consigne-se aqui a ressalva: não se comunga, aqui, com tal entendimento na medida em que signifique que os direitos sociais somente são exigíveis *quando* for demonstrada a necessidade de sua efetivação *para* viabilizar o exercício de um direito de liberdade, implicando em uma hierarquização conferente de primazia a este último em relação ao primeiro. As passagens argumentativas do Tribunal Constitucional Alemão aqui referenciadas revelam seu valor, no particular, apenas pelo reconhecimento tácito da interdependência e da indivisibilidade ora abordadas, ressaltando-se que as mesmas foram um meio de contornar a ausência de direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental de Bonn. O mesmo vale para as colocações de teor análogo na doutrina de Robert Alexy.

⁹⁶² BVerfGE 33, 303 (337) e (331), respectivamente. Nesse sentido, ainda ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales** cit, p. 424.

⁹⁶³ BVerfGE 33, 303 (331), *in literis*: „Demgegenüber zielt die freie Wahl der Ausbildungsstätte ihrer Natur nach auf freien Zugang zu Einrichtungen; das Freiheitsrecht wäre ohne die tatsächliche Voraussetzung, es in Anspruch nehmen zu können, wertlos“

e restrições coexistem e que, para ambas as categorias, existe um arcabouço teórico de aplicação prática utilizável na análise crítica da alegação da reserva do possível, seja ela compreendida como limitação fática, seja ela compreendida como restrição jurídica aos direitos fundamentais sociais.

Quanto à categoria das restrições jurídicas a direitos fundamentais, compreendidas como afetações desvantajosas ou redutoras operadas pelo direito em desfavor daqueles direitos, analisaram-se construtos integrantes da teoria das restrições das restrições, nomeadamente a proibição de excesso, a proibição de proteção deficiente, a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, a cláusula de proibição de retrocesso e, finalmente, o mínimo existencial, indissociavelmente conexo, na acepção aqui adotada, com a dignidade da pessoa humana.

Nesse itinerário teórico viram-se alguns parâmetros de aferição da higidez jurídica das leis restritivas de direitos fundamentais sociais, como, e.g., as leis orçamentárias e de responsabilidade fiscal, com base no princípio da proibição de excesso, que representa a dimensão do dever de proporcionalidade em face das normas restritivas de direitos fundamentais, como visto.

Nesse diapasão, nega-se validade àquelas restrições desproporcionais, que violem os postulados da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito. Por outro lado, em se tratando de direitos prestacionais, buscou-se, através do construto da proibição de proteção deficiente, fornecer instrumental teórico adequado ao enfrentamento do problema teórico e prático das omissões estatais inconstitucionais em matéria de implementação de direitos fundamentais sociais.

Abordando-se criticamente a concepção que considera a proibição de proteção deficiente estruturalmente idêntica à proibição de excesso, pelas impropriedades de tal entendimento aqui demonstradas, propôs-se uma concepção adaptada à natureza precípua do construto, reitere-se, o controle das omissões do poder público. Assim, mantendo-se as máximas parciais da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, propôs-se a substituição da máxima da necessidade pela máxima da suficiência, bem como se propôs, como conteúdo a ser levado em consideração por ocasião da análise da proporcionalidade em sentido estrito, elementos como os indicadores sociais e a carga tributária para se inferir a proporcionalidade do agir da estatalidade e, logo, a existência ou não de omissão inconstitucional.

Abordando o construto da proteção do núcleo essencial, enfrentou-se a questão da existência de um cerne intangível de tais direitos, adentrando-se a polêmica sustentada entre as teorias objetiva e subjetiva e entre as teorias absoluta e relativa, conforme visto, adotando-se uma concepção dúplici do construto do núcleo essencial, consentânea com a dupla dimensão dos direitos fundamentais, de modo a se afirmar a existência de um núcleo intangível dos direitos fundamentais tanto em perspectiva subjetiva quanto em perspectiva objetiva, mesmo admitindo-se as dificuldades teóricas e práticas de se delimitar o conteúdo do referido núcleo

duro dos direitos e perfilhando, ao mesmo tempo, a teoria absoluta, por ser a única consentânea com a teleologia dos direitos e garantias fundamentais.

A despeito de tais dificuldades, sustenta-se aqui compreensão no sentido do valor do construto, na medida em que se opõe à erosão de direitos, típica do período histórico pelo qual ora se passa.

De semelhante valia revelou-se outro construto abordado, a saber, o da cláusula de proibição de retrocesso social, garantidor dos avanços já atingidos contra as denominadas contra-revoluções sociais, e que alcança elementos que permaneceriam desprotegidos em um horizonte teórico onde existissem apenas elementos mais tradicionais ou ortodoxos, como os direitos adquiridos.

Finalizando a abordagem das construções integrantes da denominada teoria das restrições das restrições, visitaram-se conjuntamente os construtos do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, procurando-se demonstrar que, a despeito da significativa indeterminação semântica de tais conceitos, os mesmos ainda revelam-se como elementos úteis à análise da higidez jurídica das restrições a direitos fundamentais, haja vista representarem a proteção do patamar mínimo de direitos fundamentais sociais a assegurar não apenas a sobrevivência biológica – mínimo vital –, mas também a mínima inserção cultural e possibilidade de participação na vida da comunidade com dignidade, para além da existência biológica animal.

Após tais abordagens, passou-se a analisar uma série de construtos oriundos essencialmente do Direito Internacional dos Direitos Humanos e voltados precipuamente – embora não unicamente – ao enfrentamento do problema da reserva do possível como limite fático aos direitos fundamentais sociais.

Nessa esteira, foram analisados o princípio da progressividade, o conexo e indissociável princípio da aplicação do máximo dos recursos disponíveis e, por fim, os igualmente próximos princípios da interdependência e da indivisibilidade dos direitos humanos, fundamentadores de um concepção holística daqueles direitos.

O princípio da progressividade, a despeito de uma aparentemente proximidade perigosa em relação às teorias fragilizadoras da efetividade e da eficácia dos direitos fundamentais sociais, interpretado em conjunto com seu par, o princípio da aplicação do máximo dos recursos disponíveis, revelou-se conducente à superação da dificuldade da escassez real, através da execução progressiva e planejada, ao longo de um lapso temporal razoável, das medidas necessárias a efetivação dos direitos fundamentais sociais, mesmo daqueles particularmente onerosos.

Já o princípio da aplicação do máximo dos recursos disponíveis, aqui tomados na acepção de recursos economicamente disponíveis – não assim orçamentariamente disponíveis – revela-se vetor da exigência de que o Estado envide esforços efetivos, e não simbólicos, com

vista a oportunizar o gozo ou fruição dos direitos sociais em relação a seus titulares. O construto ainda opera uma espécie de inversão do ônus da prova, conforme visto, atribuindo à estatalidade o dever de, em caso de alegação de reserva do possível fulcrada em escassez do tipo econômico, comprovar a aplicação dos recursos de que dispõe em conformidade com os preceitos instituidores de direitos fundamentais sociais, e não à sua revelia.

Por fim, os princípios da interdependência e da indivisibilidade dos direitos humanos e fundamentais expressam a realidade de que todos os direitos, sejam de que dimensão ou geração forem, dependem uns dos outros de maneira intrínseca, de modo a denunciar o caráter ideológico das distinções entre as categorias e a exporem, ainda, os efeitos nefastos oriundos da violação de determinados direitos fundamentais, como os de natureza social, sobre outros direitos fundamentais, como os civis e políticos, sendo a recíproca verdadeira.

Com base em ambos os princípios postulou-se aqui uma concepção holística ou integral dos direitos humanos fundamentais, como única apta a respeitar um patamar mínimo de realização dos direitos fundamentais, seja de um ponto de vista individual, seja de um ponto de vista transindividual.

CONCLUSÃO.

Procurou-se fazer aqui uma leitura da “reserva do possível” sobre o pano de fundo das tensões entre os modelos de Estado Social e Estado liberal/“neo”liberal, ao longo do processo histórico entre tais formas de Estado, dada a indissociabilidade da compreensão de qualquer tema correlato aos Direitos Sociais com tal espectro mais amplo de fatores político-filosóficos e sócioeconômicos.

É sabido que desde a Escola Clássica, economistas como Adam Smith e outros criticavam severamente as medidas estatais visando responder às externalidades sócio-econômicas, tais quais as *poor laws* e seus equivalentes da Europa-continental e legislação intervencionista.

A contradição entre o pensamento liberal/neoliberal e a proteção social através da intervenção estatal no domínio econômico evidentemente não desapareceu. No pensamento neoliberal, tal contradição perpetua-se e mesmo se recrudesce⁹⁶⁴, dada a consolidação do Estado Social havida até período histórico bastante recente em boa parte do mundo desenvolvido e a conseqüente radicalização do movimento reacionário.

De acordo com Gilmar Bedin, para Friedrich August von Hayek, cujas teorizações essenciais já foram aqui visitadas, os direitos sociais e econômicos não podem ser satisfeitos numa sociedade livre, ou sociedade aberta, em sua terminologia, dada a incompatibilidade entre uma justiça de fins e o racionalismo evolucionista com suas decorrências – *kosmos*, *nomos* e *catalaxia*.⁹⁶⁵

Para Hayek, os direitos sociais e econômicos sequer seriam verdadeiros direitos, uma vez que para a afirmação da existência de um direito é imprescindível a estipulação do sujeito em face de quem seria exigível o dever correspondente, soando absurdo para o mesmo falar-se em direitos em face da sociedade ou da coletividade, sendo inconsistente, outrossim, exigir de uma *ordem espontânea* a consecução de fins.⁹⁶⁶

A substituição do *kosmos* ou ordem decorrente da evolução pela *taxis* ou ordem feita, pretendida pelo racionalismo construtivista que encontra-se à base do estabelecimento de direitos sociais, implicaria em violação da *liberdade* dos membros da sociedade em eleger e perseguir individualmente suas próprias finalidades.⁹⁶⁷

Assim, Hayek vislumbra e defende uma *incompatibilidade*, uma inconciliabilidade dos *novos direitos* ou direitos de bem-estar, para com os “sagrados direitos civis”, os quais somente

⁹⁶⁴ Recordando-se que, segundo Avelãs Nunes, os neoliberais foram além dos economistas clássicos como Pigou em matéria de radicalismo. NUNES, A. J. A. Op. cit., p. 21.

⁹⁶⁵ BEDIN, G. A. Op. cit. p. 146.

⁹⁶⁶ BEDIN, G. A. Ibidem.

⁹⁶⁷ BEDIN, G. A. Ibidem.

podem ser assegurados pela prevalência do racionalismo evolucionista, com a idéia de *ordem resultante da evolução, normas de conduta justa (comutativa)*, direito, *catalogia* ou ordem de mercado, como jogo livre de interferências e, finalmente, sociedade aberta.⁹⁶⁸

Se, para Hayek, conforme sintetiza Bedin, “os direitos civis somente podem ser garantidos em uma sociedade liberal, na qual o Estado é mínimo e o mercado é livre”, os direitos sociais somente podem ser garantidos pela prevalência do racionalismo construtivista e, portanto, da ordem feita – *taxis* –, da legislação como normas de organização, da justiça social e da sociedade planificada.⁹⁶⁹

Daí a crítica de Hayek em face da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948, ao tentar conciliar duas espécies de direitos por ele reputados inconciliáveis, intento este, segundo sua ótica, frustrado, por impossível. Em suma, conforme resume Gilmar Bedin, “para Hayek, os direitos da cidadania são os direitos civis e os direitos políticos, ou seja, os direitos individuais.”⁹⁷⁰

Vê-se, portanto, que a rejeição *paleo* e *neo* liberal em relação aos direitos sociais é uma constante, e que muitos dos discursos apologéticos da questão dos custos dos direitos em detrimento dos direitos sociais assemelham-se por demais ao pensamento de Hayek, chegando à identidade, ao não considerá-los verdadeiros direitos.

Vê-se, outrossim, que a despeito da mudança e do refinamento teórico entre o liberalismo econômico da Escola dita clássica e do pensamento neoliberal contemporâneo, o cerne da mensagem continua sendo o mesmo, havendo uma verdadeira *profissão de fé* na capacidade de auto-regulação⁹⁷¹ do mercado e na produção de uma ordem justa e perfeita espontaneamente a partir deste.⁹⁷²

O fio condutor do estudo pode ser considerado, portanto, a evidenciação do caráter comprometido ideologicamente da atual compreensão da “reserva do possível” e de uma possível – e mesmo provável, poder-se-ia afirmar – infiltração do pensamento neoliberal no âmbito dos direitos e garantias fundamentais através de tal compreensão e do discurso retórico com base nela sustentado.

Reputa-se, no presente trabalho, que o arrefecimento da já tímida implementação dos direitos sociais no Brasil, bem como a erosão das conquistas já obtidas, levadas a cabo por tal

⁹⁶⁸ BEDIN, G. A. Idem, p. 147.

⁹⁶⁹ BEDIN, G. A. Ibidem. Conclui o autor: “Em síntese, os direitos econômicos e sociais somente podem ser garantidos em uma sociedade com tendências socializantes, na qual o mercado é submetido, em maior ou menor parte, ao controle do Estado e, como consequência, o Estado é intervencionista.” BEDIN, G. A. Ibidem.

⁹⁷⁰ BEDIN, G. A. Ibidem.

⁹⁷¹ Segundo Antônio José Avelãs Nunes, os monetaristas e neoliberais, “fiéis ao ideário liberal do *laissez-faire*, da *mão invisível* e da *lei de Say*, defendem que as economias capitalistas tendem espontaneamente para o equilíbrio de pleno emprego em todos os mercados, pelo que não precisam de ser equilibradas, sendo desnecessárias as políticas anti-cíclicas e sendo desnecessárias e inconsequentes as políticas de combate ao desemprego, que não conseguem eliminá-lo e geram inflação.” NUNES, A. J. A. Op. cit. p. 37.

⁹⁷² Profissão de fé posto que a crença na auto-regulação pela “mão invisível” do mercado, em face de eventos históricos tais quais a atual crise financeira em curso, não pode ser qualificada de outra maneira, revelando-se diante de eventos como este como absolutamente contrafática.

tipo de pensamento, perpetuam e incrementam aquilo que Washington Peluso Albino de Souza e Giovanni Clark denominaram *genocídio econômico*⁹⁷³, tendo em vista o caráter interdependente e indivisível dos direitos humanos fundamentais aqui estudado, genocídico econômico este que pode ser vislumbrado pelos indicadores sociais brasileiros, que denunciam o absurdo grau de insatisfação das necessidades básicas por contingentes humanos crescentes.

Quanto ao construto propriamente dito, conforme visto ao longo do itinerário percorrido no presente trabalho, a *reserva do possível*, de uma exigência da racionalidade e de proporcionalidade nas demandas individuais fulcradas no Estado Social constitucionalizado passou a ser compreendida entre nós em tríplice sentido, adicionando-se a este sentido originário – cfr. BVerfGE 33, 303 – aqueles de *limitação fática* – i.e., impossibilidade respaldada em escassez econômica – e de *restrição jurídica* – vale dizer, impossibilidade fundada em escassez ficta.

Assim, haja vista o caráter ambivalente precípuo⁹⁷⁴ da reserva do possível como compreendida atualmente entre nós, de se submeter referido construto ao crivo da teoria das restrições das restrições, bem como ao arcabouço originário do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ambos voltados ao controle das restrições aos direitos fundamentais e da alegação de impossibilidade fática da desincumbência dos deveres correlatos à sua afirmação.

Além disso, a distinção entre a reserva do possível baseada em escassez econômica e baseada em escassez jurídica levou à demonstração da impossibilidade da transferência das características de *auto-evidência* e de *irrefutabilidade* do primeiro tipo para o segundo, a qual parece ter sido pretendida por alguns defensores da reserva do possível.

A compreensão da proximidade entre a reserva do possível enquanto *restrição jurídica* a direitos fundamentais e outras figuras teóricas ou dogmáticas contrárias à eficácia dos direitos fundamentais, já desgastadas na atualidade, possibilita que o teórico e o prático não estejam inermes quando aventada, por ocasião da busca de solução de problemas constitucionais, a reserva do possível lastreada em escassez jurídica o que, por sua vez, contribui para a controlabilidade intersubjetiva da racionalidade das decisões que tenham de enfrentar referido construto.

⁹⁷³ Nas palavras dos autores, “em pleno século XXI, tempos pós-modernos, os genocídios não foram extirpados entre os homens. São executados por intermédio das armas de guerra ou via políticas econômicas que eliminam a crédito ou à vista milhões de pessoas. (...) O genocídio econômico é executado atualmente com uma eficácia espantosa, via políticas econômicas públicas e privadas, no Terceiro Mundo, as eternas colônias, pelos senhores dos lucros. Evidentemente, em nome da glória do capital nos reservaram as trevas do inferno, logicamente sem a aquiescência dos deuses. As radicais políticas econômicas transferem ganhos dos pobres para os ricos, sejam eles nações ou indivíduos, via políticas de juros, crédito ou renda, executando uma pilhagem visível, através de uma guerra econômica, onde o resultado é a fome, o desemprego e a morte fatal dos vencidos.” SOUZA, W. P. A. de. CLARK, G. **Questões polêmicas de Direito Econômico**. São Paulo: LTR, 2008, pp. 35 e 36. Os autores falam ainda do *terrorismo econômico*. SOUZA, W. P. A. de. CLARK, G. Idem, p. 42.

⁹⁷⁴ Lembrando-se que a reserva do possível enquanto exigência de racionalidade e proporcionalidade das demandas individuais em relação ao Estado Social restarou marginalizada ou mesmo esquecida entre nós.

Por outro lado, a partir da identificação da *seletividade* que informa o construto – voltado essencialmente à justificação das omissões estatais em matéria de direitos de bem-estar, conforme demonstrado –, além de evidenciar sua aproximação ao pensamento hegemônico contemporâneo, foi possível expô-lo a duas críticas significativas.

A primeira delas, oriunda do que aqui se denominou caráter holístico dos direitos fundamentais, é calcada na demonstração do caráter falacioso da pretensão de se outorgar apenas direitos de liberdade, ou direitos classicamente sustentados como negativos ou como direitos de defesa. Viu-se, com base nos princípios conexos da interdependência e da indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais, e com recurso a inúmeras demonstrações, ser impossível tal intento.

A segunda das críticas baseadas na seletividade que informa a utilização contemporânea da reserva do possível advém de um setor do qual inicialmente não seria de se esperar, qual seja, a tão atual *teoria dos custos dos direitos*. Com efeito, com base nos estudos de Stephen Holmes e Cass Sunstein restou demonstrado que todos os direitos custam dinheiro, tanto os direitos de bem-estar quanto os direitos de liberdade e – sobretudo – que estes últimos *não são* necessariamente menos onerosos, do ponto de vista econômico, do que os primeiros.

Portanto, embora não se negue que o caráter economicamente relevante de *qualquer* direito imponha escolhas disjuntivas – muitas delas trágicas, na expressão de Guido Calabresi e Philip Bobbit⁹⁷⁵ – ou *trade-offs*, conforme a terminologia da moda, compreende-se – na mesma vertente realista de Holmes a Sunstein segundo a qual a efetivação dos direitos implica a distribuição de recursos⁹⁷⁶ – que o reconhecimento de determinado direito *implica* necessariamente a alocação dos recursos correspondentes pelos órgãos competentes, sendo, portanto, inconsistente a alegação de escassez – notadamente de tipo jurídico ou ficto – para justificar a irrealização dos direitos.

Conseqüentemente, tanto o caráter holístico demonstrado quanto o aspecto custo acabam expondo a seletividade que informa a reserva do possível, a qual parece estar a denunciar certa base ideológica um tanto quanto evidente – afinal não se fala em reserva do possível em relação a direitos clássicos, mesmo que extremamente onerosos.

Tal abordagem teórica parece proporcionar ao teórico ou operador do direito elementos que lhe permitam procurar controlar a reserva do possível enquanto *topos* argumentativo, haja vista sua alta carga de racionalidade aparente e o processo atual de expansão pelo qual passa, conforme demonstra o número crescente de decisões judiciais e de escritos que a ela fazem referência.

⁹⁷⁵ CALABRESI, G. BOBBIT, P. **Tragic choices**: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. Nova Iorque: W.W. Norton Company, 1978.

⁹⁷⁶ HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. Op. cit. pp. 113 e ss.

Pensa-se ser possível, diante do quanto visto, afirmar que o principal mérito da reserva do possível é aquele que ela ostenta na dimensão que lhe era central em suas origens imediatas, na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão da década de 1970: impor um *limite máximo* às pretensões individuais em face do Estado Social, excluindo demandas dessarazoadas.

Quanto às outras duas dimensões que lhe são ínsitas entre nós na atualidade – dimensões estas que hoje passaram a desempenhar o papel central – quais sejam, as de *limite material* e de *restrição jurídica* aos direitos fundamentais sociais, pensa-se ter demonstrado que nem mesmo quando desempenha o primeiro papel referido, baseando-se em escassez econômica, a reserva do possível *não constitui* um óbice intransponível para os direitos sociais.

Pois mesmo em tais casos elementos tais quais a progressividade – compreendida em sentido *não-liberal* – e a aplicação do máximo dos recursos *economicamente* disponíveis fornecem parâmetros para diferenciar a omissão estatal justificada na desincumbência de seus deveres fundamentais em matéria social daquela inércia deliberada, inadmissível, conforme já ressaltado, entre nós, no Supremo Tribunal Federal, por ocasião do voto do Ministro relator da ADPF n. 45.

Propugna-se no presente estudo, portanto, a guisa de conclusão, por um *conceito constitucionalmente adequado* de reserva do possível, no qual esta desempenhe, nos moldes do delineado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão que se firmou a partir de BVerfGE 33, 303, o papel de *teto* das prestações sociais devidas pelo Estado, contrapondo o piso, que reputamos ser o *mínimo existencial* – o qual deve representar, por sua vez, nada menos do que o necessário à erradicação da miséria, nos termos da Constituição Federal.

Por outro lado, sustenta-se a inadmissibilidade de que a reserva do possível, quer seja ela compreendida como limitação fática, quer como restrição jurídica aos direitos fundamentais sociais, represente a procrastinação indefinida da realização destes, seu esvaziamento, seu desmonte, bem como a consagração do pensamento neoliberal no âmbito da dogmática jusfundamental, o qual deveria ser o refúgio garantista por definição.⁹⁷⁷

É contra tal risco – representado pela aparente alta carga de racionalidade e de auto-evidência que informa a reserva do possível mais do que qualquer outra *teoria da inefetividade* anterior, ressalte-se – que se pretendeu fornecer instrumental teórico adequado a permitir um mínimo de controle da utilização do construto entre nós.

⁹⁷⁷ A tensão entre o neoliberalismo e os direitos sociais é captada por Fayga Silveira Bedê. BEDÊ, F. S. Sisifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites ao poder reformador. In: BONAVIDES, P. *et al.* (coords.). **Constituição e democracia:** Estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 99. Conceitos neoliberais como o de desemprego voluntário e taxa natural de desemprego, assim como a acusação neoliberal dos sindicatos como responsáveis pela inflação e pelo desemprego expõem a incompatibilidade visceral entre tal corrente de pensamento e a afirmação/manutenção de direitos sociais. NUNES, A. J. A. Op. cit., pp. 17-18. Sobre a tensão entre o neoliberalismo e os direitos sociais, ver ainda DANTAS, I. **Constituição & Processo** cit., p. 115.

ANEXO ÚNICO – VOTO DO MINISTRO RELATOR NA MC/ADPF 45/DF de 2004.

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO
DE PRECEITO FUNDAMENTAL 45-9 (91)**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

R E L A T O R : MIN. CELSO DE MELLO

ARGTE.(S) : PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA
- PSDB

A D V. (A / S) : GUSTAVO ARTHUR COELHO LOBO DE
CARVALHO E OUTRO(A/S)

ARGDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

A D V. (A / S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

E M E N T A : ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A **QUESTÃO** DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO **EM TEMA** DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, **QUANDO** CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. **DIMENSÃO POLÍTICA** DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL **ATRIBUÍDA** AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **INOPONIBILIDADE** DO ARBÍTRIO ESTATAL À **EFETIVAÇÃO** DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. **CARÁTER RELATIVO** DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. **CONSIDERAÇÕES** EM TORNO DA CLÁUSULA DA “**RESERVA DO POSSÍVEL**”. **NECESSIDADE** DE PRESERVAÇÃO, **EM FAVOR** DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “**MÍNIMO EXISTENCIAL**”. **VIABILIDADE INSTRUMENTAL** DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO **NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO** DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE **SEGUNDA** GERAÇÃO).

DECISÃO:

Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida **contra veto**, que, **emanado** do Senhor Presidente da República, incidiu **sobre o § 2º** do art. 55 (posteriormente **renumerado** para art. 59), de proposição legislativa **que se converteu** na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo **vetado** possui o seguinte conteúdo material: “**§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações**

do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.”

O **autor** da presente ação constitucional **sustenta** que o veto presidencial **importou em desrespeito** a preceito fundamental **decorrente da EC 29/2000**, que foi promulgada para **garantir** recursos financeiros **mínimos** a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Requisitei, ao Senhor Presidente da República, **informações** que por ele foram prestadas a fls. 93/144. **Vale referir** que o Senhor Presidente da República, **logo após** o veto parcial ora questionado nesta sede processual, **veio a re m e t e r**, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, **transformado** na Lei nº 10.777/2003, **re s t a u r o u**, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (**LDO**), dele fazendo constar a **mesma** norma sobre a qual incidira o veto executivo.

Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, **sobreveio** a edição **da já referida** Lei nº 10.777, de 24/11/2003, **cujo art. 1º - modificando** a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) - **supriu a omissão** motivadora do ajuizamento da **presente** ação constitucional.

Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, **editada** para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, **passou** a ter, **no ponto** concernente à **questionada** omissão normativa, o **seguinte** conteúdo material: “**Art. 1º** O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

'Art.59.....

§ 3º Para os efeitos do inciso II do **caput** deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

§ 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.’ (NR).” (**grifei**)

Cabe registrar, por necessário, que a regra legal **re s u l t a n t e** da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, **re p r o d u z**, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, **constante do § 2º** do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (**LDO**), **veio a ser vetado** pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.). **Impende assinalar** que a regra legal em questão - que culminou **por colmatar** a própria omissão normativa **aleadamente** descumpridora de preceito fundamental - entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual **pertinente** ao exercício financeiro de 2004.

Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual **foi inteiramente alcançado** com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, **promulgada** com a finalidade específica **de conferir efetividade** à EC 29/2000, **concebida** para garantir, em bases adequadas - **e sempre** em benefício da população deste País - recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, **capaz** de fazer instaurar situação de prejudicialidade da **presente** arguição de descumprimento de preceito fundamental, **não posso deixar de reconhecer** que a ação constitucional em referência, **considerado** o contexto em exame, **qualifica-se** como instrumento idôneo e apto a viabilizar a **concretização** de políticas públicas, **quando**, previstas no texto da Carta Política, **tal como sucede** no caso (EC 29/2000), **venham a ser descumpridas**, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais **destinatárias do comando** inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal **põe em evidência**, de modo particularmente expressivo, **a dimensão política** da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, **que não pode demitir-se** do gravíssimo encargo **de tornar efetivos** os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, **enquanto** direitos de **segunda** geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, **sob pena** de o Poder Público, por violação positiva **ou** negativa da Constituição, **c o m p r o m e t e r**, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:

“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição **tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um **comportamento ativo** do Poder Público, que **age** ou **edita** normas em **desacordo** com o que dispõe a Constituição, **ofendendo-lhe**, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um **facere** (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade **por ação**. - **Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias** à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a tornálos efetivos, operantes e exequíveis, **abstendo-se**, em consequência, **de cumprir** o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em **violação negativa** do texto constitucional. Desse **non facere** ou **non praestare**, resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total**, quando é **nenhuma** a providência adotada, ou **parcial**, quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público.....

- A **omissão** do Estado - **que deixa de cumprir**, em maior ou em menor extensão, a **imposição** ditada pelo texto constitucional - **qualifica-se** como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, **mediante inércia**, o Poder Público **também desrespeita a**

Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo. Nº 84, terça-feira, 4 de maio de 2004 1 ISSN 1677-7018 13 **Tal incumbência**, no entanto, **embora em bases excepcionais**, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, **se e quando** os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, **vierem a comprometer**, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos **impregnados** de estatura constitucional, **ainda** que derivados de cláusulas **revestidas** de conteúdo programático. **Cabe** assinalar, **presente** esse contexto - **consoante já proclamou** esta Suprema Corte - **que o caráter programático** das regras inscritas no texto da Carta Política “*não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impositivo e l dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado*” (RT J 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). **Não deixo de conferir**, no entanto, **assentadas** tais premissas, **significativo relevo** ao tema pertinente à “*reserva do possível*” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), **notadamente** em sede **de efetivação e implementação** (sempre onerosas) dos direitos de **segunda** geração (direitos econômicos, sociais e culturais), **cujo adimplemento**, pelo Poder Público, **impõe e exige**, deste, prestações estatais **positivas** concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. **É que** a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - **além** de caracterizar-se pela **gradualidade** de seu processo de concretização - **depende**, em grande medida, de um **inescapável** vínculo financeiro **subordinado** às possibilidades orçamentárias do Estado, **de tal modo** que, **comprova** da , objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta **não se poderá** razoavelmente exigir, **considerada** a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. **Não se mostrará lícito**, no entanto, ao Poder Público, **em tal hipótese** - mediante **indevida** manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - **criar** obstáculo artificial **que revele** o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito **de fraudar, de frustrar e de inviabilizar** o estabelecimento e a preservação, em favor **da** pessoa **e dos** cidadãos, de condições materiais **mínimas** de existência. **Cumpre advertir**, desse modo, que a cláusula da “*re s e r v a do possível*” - **ressalvada** a ocorrência de **justo** motivo objetivamente aferível -

não pode ser invocada, pelo Estado, **com a finalidade** de exonerar-se **do cumprimento** de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando, dessa conduta governamental negativa, **puder resultar** nulificação **ou**, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais **impregnados** de um sentido de essencial fundamentalidade. **Daí a correta ponderação** de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar): *“Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”* (grifei)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “*reserva do possível*”, ao **processo de concretização** dos direitos de **segunda** geração - de implantação **sempre** onerosa - , **traduzem-se em um binômio** que compreende, de um lado, (1) a **razoabilidade** da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de **disponibilidade financeira** do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. **Desnecessário acentuar-se**, considerado o encargo governamental **de tornar efetiva** a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos **componentes** do mencionado binômio (**razoabilidade** da pretensão + **disponibilidade** financeira do Estado) **devem** configurar-se de modo afirmativo e em situação de **cumulativa** ocorrência, pois, **ausente** qualquer desses elementos, **descaracterizar-se-á** a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas **dependam** de opções políticas a **cargo** daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, **cumpre reconhecer que não se revela absoluta**, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, **nem** a de atuação do Poder Executivo.

É que, **se** tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável **ou** procederem com a clara intenção de neutralizar, **c o m p r o m e t e n d o - a**, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, **afetando**, como decorrência causal de uma injustificável **inércia** estatal **ou** de um abusivo comportamento governamental, aquele **núcleo intangível** consubstanciador de um conjunto **irredutível** de condições mínimas **necessárias** a uma existência digna **e essenciais** à própria sobrevivência do indivíduo, **af**, então, **justificar-se-á**, como **p r e c e d e n t e m e n t e** já enfatizado - **e até mesmo** por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a **possibilidade** de intervenção do Poder Judiciário, **em ordem** a viabilizar, **a todos**, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido **injustamente** recusada pelo Estado.

Extremamente pertinentes, a tal propósito, as **observações** de ANDREAS JOACHIM KRELL (“Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 22-23, 2002, Fabris):

*“A **constituição** confere ao legislador **uma margem substancial de autonomia** na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, **o chamado 'livre espaço de conformação'** (...). **Num sistema político pluralista**, as normas constitucionais sobre direitos sociais **devem ser abertas** para receber **diversas** concretizações **consoante** as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos **cabe**, principalmente, **aos governos e parlamentos**. **Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir** em esfera **reservada** a outro Poder **para substituí-lo** em juízos de conveniência e oportunidade, **querendo controlar** as opções legislativas de organização e prestação, **a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária**, pelo legislador, **da incumbência constitucional**. **No entanto**, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, **visto** que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil **se mostraram incapazes de garantir** um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. **A eficácia** dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais **depende**, naturalmente, **dos recursos públicos disponíveis**; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. **Muitos autores** entendem que **seria** ilegítima a conformação desse conteúdo **pelo Poder Judiciário**, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. **Nem** a doutrina **nem** a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, **nem** lhes dado aplicação adequada como princípioscondição da justiça social. **A negação** de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais **tem como consequência** a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, **está crescendo** o grupo daqueles **que consideram***

os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.”

(grifei) **Todas as considerações** que venho de fazer **justificam-se**, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da **própria** natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada **nesta** sede processual, **consistente** na impugnação a ato **emanado** do Senhor Presidente da República, de que **poderia** resultar **grave** comprometimento, **na área da saúde pública**, da execução de política governamental **decorrente** de decisão vinculante do Congresso Nacional, **consubstanciada** na Emenda Constitucional nº 29/2000.

O c o r r e , no entanto, como **precedentemente** já enfatizado no início **desta** decisão, **que se registrou**, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da **presente** arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A **inviabilidade** da presente arguição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, **impõe** uma observação final: **no desempenho** dos poderes processuais de que dispõe, **assiste**, ao Ministro-Relator, **competência plena** para exercer, **monocraticamente**, o controle **das ações**, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, **legitimando-se**, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar.

Cumpre acentuar, por oportuno, que o **Pleno** do Supremo Tribunal Federal **reconheceu** a inteira **validade constitucional** da norma legal que **inclui**, na esfera de atribuições do Relator, a competência para **negar** trânsito, **em decisão monocrática**, a recursos, pedidos **ou ações**, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, **sem objeto** ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175).

Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao **princípio da colegialidade**, eis que o postulado em questão **sempre** restará preservado ante a **possibilidade** de submissão da decisão singular ao **controle recursal** dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **consoante** esta Corte tem **reiteradamente** proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial **é também aplicável** aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, **qualquer** que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD – ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **eis que**, tal como já assentou o **Plenário** do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro “**não subtrai**, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o **controle prévio** dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)” (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo **prejudicada** a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da **perda superveniente** de seu objeto.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 29 de abril de 2004.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Fundamentos do Direito Constitucional. Trad. Mauro R. de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. A teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Trad. Zilda H. S. Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto G. Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Amador Paes de. **CLT comentada**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

ALPA, Guido (org.). **Il giudice e l'uso delle sentenze straniere**: modalità e tecniche della comparazione giuridica. Milão: Giuffrè, 2006.

ALTHUSSER, Louis. **Sobre a reprodução**. Trad. Guilherme J. de F. Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1999.

ALVES, Elizete Lanzoni; SANTOS, Sidney Francisco Reis dos. **Iniciação ao conhecimento da Antropologia Jurídica**. Por onde caminha a humanidade? Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do Direito Comparado**. Trad. Sergio J. Porto. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

AUBRUN, Michel. Assistance et protection dans les paroisses et à la porte des monastères (Xie-XIIIe siècles). In : GUESLIN, André; GUILLAUME, Pierre (orgs.). **De la charité médiévale à la sécurité sociale**: Économie de la protection sociale du Moyen Âge à l'époque contemporaine. Paris : Les Éditions Ouvrières, 1992, pp. 31-40.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BONAVIDES, P. *et al.* (coords.). **Constituição e democracia**: Estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 435-448.

BEDÊ, Fayga Silveira. Sísifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites ao poder reformador. In: BONAVIDES, P. *et al.* (coords.). **Constituição e democracia: Estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 88-118.

BEDIN, Gilmar Antônio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 3. ed. rev. e ampl. Ijuí: Editora Unijuí, 2002.

BILHALVA, Jacqueline Michels. **A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Trad. Maria C. C. J. Santos. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais**. Eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988. Curitiba: Juruá, 2008.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. Nova Iorque: W.W. Norton Company, 1978.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo M. Pinto. Coimbra: Almedina, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos (1997). In: _____. **O Direito Internacional em um mundo em transformação**. Ensaios , 1976-2001. Rio de Janeiro: Renovar: 2002.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. I**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos A. A. de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado.** Trad. Aroldo P. Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CENDRON, Jean-Pierre. Systèmes d'assurance et systèmes universels. Systèmes bismarckian et beveridgean. In : HOLCMAN, Robert (org.). **La protection sociale** : principes, modèles, nouveaux défis. Paris : La Documentation Française, 1997, pp. 33-34.

CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Direito e Discurso**: discursos do Direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, pp. 161-171.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Crítica Jurídica**, Curitiba, v. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

_____. Direito constitucional, novos paradigmas, Constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo *et al.* (coords.). **Constituição e democracia**: Estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 35-48.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional.** São Paulo: Landy, 2002.

DANTAS, I. **Constituição & Processo.** 2. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2007

_____. **Direito adquirido, Emendas Constitucionais e controle da constitucionalidade.** 3. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Direito Constitucional Comparado**: Teoria do Direito Comparado. Introdução. Teoria. Metodologia. 2. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DERRIDA, Jacques. Force de loi. Le “fondement mystique de l'autorité”. **Cardozo Law Review**. Nova Iorque, v. 11, ns. 5-6, pp. 919-1045, jul./ago. 1990.

DE SWAAN, Abram. **Sous l'aile protectrice de l'État**. Trad. Laurent Bury. Paris : Presses Universitaires de France, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direito a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **L'empire du droit**. Trad. Elisabeth Soubrenie. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Ariel, 1996.

GEREMEK, Bronislaw. **La potence ou la pitié**. L'europe et les pauvres du Moyen Âge à nos jours. Trad. Joanna Arnold-Moricet. Paris: Éditions Gallimard, 1987.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Trad. Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GONZÁLES RODRÍGUEZ, Maria Rosario *et al.* Un análisis transversal y longitudinal en el estado de pobreza en Alemania. **Revista de Métodos Cuantitativos para la Economía y la Empresa**, v. 4, págs. 7-34, ano 2007.

GRANDE, Elisabetta. **Il terzo strike: la prigionia in America**. Palermo: Sellerio, 2007.

GUIMARÃES, Alexandre Queiroz. **O capitalismo coordenado alemão: do boom do pós-guerra à Agenda 2010**. *Lua Nova*, 2006, no.66, p.23-56. ISSN 0102-6445

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha** (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOLCMAN, Robert (org.). **La protection sociale** : principes, modèles, nouveaux défis. Paris : La Documentation Française, 1997.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**. Why Liberty Depends on Taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

JACKSON, Vicky. Yes please, i'd love to talk with you. The court has learned from the rest of the world before. It should continue to do so. **Legal Affairs**, [s.l.], jul./ago. 2004. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_jackson_julaug04.msp>. Acesso em: 13.09.2008.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELLER, Arno Arnoldo. **A exigibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

KORPI, Walter. KORPI, W. Différents types de protection. In : HOLCMAN, R. (org.). **La protection sociale** : principes, modèles, nouveaux défis. Paris : La Documentation Française, 1997, pp. 35-38.

_____. Un État-providence contesté et fragmenté. Le développement de la citoyenneté sociale en France. Comparaisons avec la Belgique, l'Allemagne, l'Italie et la Suède. **Revue Française de Science Politique**, Paris : vol. 45, n. 04, pp. 632-667, 1995.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAMIOT, Dominique ; LANCRY, Jean-Pierre. L'époque moderne : des lois bismarckiennes à la Sécurité sociale. In : HOLCMAN, Robert (org.). **La protection sociale** : principes, modèles, nouveaux défis. Paris : La Documentation Française, 1997, pp. 18-24.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica**. 7. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**. Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. **Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOIODICE, Aldo. La motivazione comparatistica negli indirizzi giurisprudenziali pubblicistici. In: ALPA, Guido (org.). **Il giudice e l'uso delle sentenze straniere**: modalità e tecniche della comparazione giuridica. Milano : Giuffrè, 2006, pp. 77-84.

MACHADO, Luiz. **Pequeno Dicionário Jurídico Alemão-Português**. Rio de Janeiro: Sistema CLC, 1981.

MARKESINIS, Basil. Comparative Law in Courtroom. In: ALPA, Guido (org.). **Il giudice e l'uso delle sentenze straniere**: modalità e tecniche della comparazione giuridica. Milano : Giuffrè, 2006, pp. 87-96.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MONATERI, Pier Giuseppe. Critique et différence : le droit comparé en Italie. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, v. 51, n. 4, pp. 989-1002, out./dez. 1999.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**. Introdução ao Direito Econômico. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à reserva do possível**. Curitiba, 2006, 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

_____. **Direitos Fundamentais Sociais**. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PONS Großwörterbuch. Deutsch als Fremdsprache. Stuttgart: Ernst Klett Sprachen GmbH, 2004.

POSNER, Richard. No thanks, we already have our own laws. The court should never view a foreign legal decision as a precedent in any way. **Legal Affairs**: [s.l.], jul./ago. 2004. Disponível em: < http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>. Acesso em: 13.09.2008.

Problèmes économiques : l'Amérique Latine après la tourmente, Paris: La documentation française, n. 2.899, 10 de maio de 2006.

Problèmes économiques : le Brésil – les défis d'une puissance émergente, Paris: La documentation française, n. 2.871, 16 de março de 2005.

QUENAN, Carlos. Une croissance retrouvée... mais quelques signes d'essoufflement. **Problèmes économiques** : l'Amérique Latine après la tourmente, Paris, n. 2.899, 10 de maio de 2006, pp. 02-07.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As Normas Constitucionais programáticas e o controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIDOLA, Paolo. La giurisprudenza costituzionale e la comparazione. In: ALPA, Guido (org.). **Il giudice e l'uso delle sentenze straniere**: modalità e tecniche della comparazione giuridica. Milano : Giuffrè, 2006, pp. 15-32.

ROSANVALLON, Pierre. **La crise de l'Etat-providence**. Paris : Editions du Seuil, 1988.

_____. La performance économique contre le social. In : HOLCMAN, Robert (org.). **La protection sociale : principes, modèles, nouveaux défis**. Paris : La Documentation Française, 1997, pp. 61-63.

SACCO, Rodolfo. *Introduzione al Diritto Comparato*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1980.

SANDRETTO, René. La protection sociale contre l'économie? Um handicap pour la compétitivité. La performance économique contre le social. In : HOLCMAN, Robert (org.). **La protection sociale : principes, modèles, nouveaux défis**. Paris : La Documentation Française, 1997, pp. 66-67.

SANDULLI, Aldo. La giurisprudenza amministrativa italiana e l'uso delle sentenze straniere. In: ALPA, Guido (org.). **Il giudice e l'uso delle sentenze straniere: modalità e tecniche della comparazione giuridica**. Milano : Giuffrè, 2006, pp. 51-76.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática: A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**, A. 6. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. (orgs.) **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 11-53.

_____. Rechtsschutz und Soziale Rechte in Südamerika – ein Überblick, behandelt an einigen Beispielen. Disponível em: <<http://www.issa.int/pdf/initiative/reports/4Brasilien.pdf>>. Acesso em: 28.09.2008.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. (orgs.) **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 149-172.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direito Sociais**. Leis Orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

SOMMA, Alessandro. Metodi e scopi della comparazione giuridica nelle decisioni delle corti. In: ALPA, Guido (org). **Il giudice e l'uso delle sentenze straniere**: modalità e tecniche della comparazione giuridica. Milano : Giuffrè, 2006, pp. 97-113.

_____. Tanto per cambiare... mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Cidade do México, n. 116, pp. 535-569, mai./ago. 2006.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. CLARK, Giovani. **Questões polêmicas de Direito Econômico**. São Paulo: LTR, 2008.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exposição hermenêutica da construção do Direito. 7. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, I. W. TIMM, L. B. (orgs.) **Direitos**

Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 55-68.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário.** 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, I. W. TIMM, L. B. (orgs.) **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 69-86.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers. University of California, Berkeley, 2007, paper 050207-16. Disponível em: <http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=bple>>. Acesso em: 04 jan. 2009.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres:** a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. A onda punitiva. 3. ed. rev. e ampl. Trad: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia.** 5. ed. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 2002