

A INADEQUAÇÃO RELATIVA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

José Marcelo Barreto Pimenta*

RESUMO: O presente artigo visa tratar da relação entre os direitos fundamentais sociais e a chamada “reserva do possível”, que, em nosso ordenamento jurídico, vem se apresentando como uma verdadeira barreira à efetivação dos mencionados direitos, face, principalmente, à sua importação do país de origem sem as devidas e necessárias adaptações. Nesse sentido, e a fim de se buscar a almejada adaptação, é preciso que se faça uma releitura da mencionada teoria através dos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Reserva do possível. Inadequação. Proporcionalidade. Dignidade humana.

1. INTRODUÇÃO

A cláusula da reserva do possível, concebida sob os moldes da sociedade germânica, não pode ser transposta automaticamente para a realidade brasileira. Em um país onde impera a desigualdade social e o quase abandono de parcela da população pelo Estado, a reserva do possível deve ser encarada apenas como o farol que orienta os Gestores Públicos a traçarem as coordenadas sociais e econômicas com prudência e responsabilidade. A teoria da reserva do possível, tal qual adotada na decisão paradigma alemã dos *Numerus Clausus*, deve ser entendida sob o prisma da razoabilidade da reivindicação de efetivação do direito social. Isso significa que pretensões deduzidas frente ao Judiciário deverão ser analisadas mediante a ponderação de bens, com fuste nos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Destarte, o presente trabalho objetiva analisar o relacionamento entre os direitos fundamentais sociais e a cláusula da “reserva do possível”, que, em nosso ordenamento jurídico, vem se mostrando como um óbice

* Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Sergipe. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador.

à efetivação dos mencionados direitos, devido, principalmente, a sua importação do país de origem sem as adaptações necessárias e devidas. Nesse passo, e a fim de se buscar a vindicada adaptação, é imprescindível uma releitura da mencionada cláusula através dos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, a fim de uma melhor compreensão do tema, serão feitas algumas considerações sobre as dimensões dos direitos fundamentais, seguindo-se com uma explanação quanto à eficácia dos direitos fundamentais sociais em cotejo com a teoria da reserva do possível. Em seguida, será abordado o porquê de se afirmar que essa mencionada teoria é relativamente inadequada em nosso ordenamento jurídico, bem como será apresentada uma proposta de releitura da mesma, utilizando-se, obrigatoriamente, dos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, única forma de se adequar tal construção à teoria dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, justamente por sua natureza histórica, não nasceram na extensão que conhecemos hoje, haja vista terem sofrido várias transformações quanto ao conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação.

Para ilustrar essas transformações evolutivas, um jurista tcheco, naturalizado francês, chamado Karel Vasak, desenvolveu a “teoria das gerações dos direitos”. Sua teoria foi inspirada pelo lema da Revolução Francesa, correspondendo as três gerações apresentadas aos três ideários da mencionada Revolução: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. A primeira geração, dos direitos civis e políticos, corresponde ao ideal da liberdade (*liberté*), tendo origem com as revoluções burguesas; a segunda geração, dos direitos sociais, econômicos e culturais, atende ao princípio da igualdade (*égalité*), sendo impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; e, por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força depois da Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Vale mencionar, ainda, que se fala hodiernamente em novas gerações,

além dessas três imaginadas por Karel Vasak, a exemplo dos direitos de quarta e quinta gerações, decorrentes da globalização, dos avanços tecnológicos (cibernética) e das descobertas da genética (bioética).

De fundamental importância é a questão referente à crítica ao termo “gerações” de direitos fundamentais. Com efeito, a evolução empreendida aos direitos fundamentais fez com que a doutrina passasse a falar em gerações de direitos fundamentais, muito embora a ideia predominante seja a de cumulação, e não de alternância entre elas, motivo pelo qual o termo “geração” não mantém rigor técnico-científico adequado. Com efeito, o termo “gerações” pressupõe a ideia de substituição de uma sobre a outra, de modo a que uma geração exclua e não se encontre com outra no tempo. Ocorre que, com os direitos fundamentais ocorreu e ocorre justamente a simbiose, a mistura, o acúmulo de uma realidade com outra no tempo, sendo mais adequado falar-se em “dimensões”, haja vista tal expressão retratar melhor a dinâmica (e não estática) do direito.

Além disso, a expressão pode induzir à ideia de que o reconhecimento de uma nova geração somente pode ou deve ocorrer quando a geração anterior já estiver madura o suficiente. Isso, obviamente, dificulta bastante o reconhecimento de novos direitos, sobretudo nos países dito periféricos (em desenvolvimento), onde sequer se conseguiu um nível minimamente satisfatório de maturidade dos direitos da chamada “primeira geração”. Essa ideia poderia gerar a sensação de que somente os países já ricos poderiam se dar ao luxo de oferecer os direitos de segunda geração. É aquela velha afirmação, tão ao gosto dos economistas brasileiros, de que primeiro é preciso que o bolo cresça para somente depois ser repartido. Por causa disso, a teoria contribui para a atribuição de baixa carga de normatividade e, conseqüentemente, de efetividade dos direitos sociais, tidos como direitos de segunda geração e, portanto, sem prioridade de implementação¹.

Nesse trabalho, adotaremos o termo “dimensão”, por ser de maior rigor técnico-científico.

A par disso, infelizmente ainda persiste o erro de se querer classificar determinados direitos como se eles fizessem parte de uma dimensão determinada, sem se atentar para o caráter da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais, conforme, aliás, já reconhecido pela ONU desde 1948, com base no art. 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos².

Nessa toada, o ideal é se considerar que todos os direitos fundamentais

podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na individual-liberal (primeira dimensão), na social (segunda dimensão), na de solidariedade (terceira dimensão), na democrática (quarta dimensão) e assim sucessivamente. Não existe qualquer hierarquia entre essas dimensões. Em verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única maneira de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais.

À guisa de exemplos, transcrevemos os apresentados por George Marmelstein, iniciando pelo direito de propriedade: na dimensão individual liberal (primeira dimensão), a propriedade tem seu sentido tradicional, de natureza essencialmente privada, tal como protegida no Código Civil; já na sua acepção social (segunda dimensão), esse mesmo direito passa a ter uma conotação menos individualista, de modo que a noção de propriedade fica associada à ideia de função social (art. 5º, XXIII, da CF/88); por fim, com a terceira dimensão, a propriedade não apenas deverá cumprir uma função social, mas também uma função ambiental. (...) A mesma análise pode ser feita com os direitos sociais, como, por exemplo, o direito à saúde. Em um primeiro momento, a saúde tem uma conotação essencialmente individualista: o papel do Estado será proteger a vida do indivíduo contra as adversidades existentes (epidemias, ataques externos, etc.) ou simplesmente não violar a integridade física dos indivíduos (vedação de tortura e de violência física, por exemplo), devendo reparar o dano no caso de violação desse direito (responsabilidade civil). Na segunda dimensão, passa a saúde a ter uma conotação social: cumpre ao Estado, na busca da igualização social, prestar os serviços de saúde pública, construir hospitais, fornecer medicamentos, em especial para as pessoas carentes. Em seguida, numa terceira dimensão, a saúde alcança alto teor de humanismo e solidariedade, em que os (Estados) mais ricos devem ajudar os (Estados) mais pobres a melhorar a qualidade de vida de toda população mundial, a ponto de se permitir, por exemplo, que países mais pobres, para proteger a saúde de seu povo, quebrem a patente de medicamentos no intuito de baratear os custos de determinado tratamento, conforme reconheceu a própria Organização Mundial do Comércio, apreciando um pedido feito pelo Brasil no campo da AIDS. E se formos mais além, ainda conseguimos dimensionar a saúde na sua quarta dimensão (democracia), exigindo a participação de todos na gestão do sistema único de saúde, conforme determina a Constituição Federal de 1988 (art. 198, III)³.

Daí ser de fundamental importância tratar os direitos fundamentais como valores indivisíveis e interdependentes, impedindo, assim, a priorização de direitos de liberdade em detrimento dos direitos sociais e vice-versa. A bem da verdade, de nada adianta a liberdade sem que haja condições materiais mínimas para sua fruição, não sendo possível, destarte, se falar em liberdade sem um mínimo de igualdade, nem de igualdade sem as liberdades básicas. É preciso deixar para trás a ideia de que os direitos sociais são direitos de segunda categoria, como se houvesse hierarquia entre as diversas dimensões de direitos fundamentais, e que a violação de um direito social não fosse tão grave quanto a violação de um direito civil ou político. O processo de efetivação dos direitos fundamentais deve compreender todos esses direitos, com a mesma ênfase, e não apenas os de determinada “geração”, como se essa efetivação devesse acontecer progressiva e gradativamente de uma “geração” para outra.

2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO

A primeira dimensão corresponde aos direitos individuais, dentro do modelo clássico de Constituição. São limites impostos à atuação do Estado, resguardando direitos considerados indispensáveis a cada pessoa humana. Significam uma prestação negativa, um não fazer do Estado, em prol do cidadão. O nacional deixou de ser considerado como mero súdito, passando à condição de cidadão, detentor de direitos tutelados pelo Estado, inclusive contra os próprios agentes deste. Esses direitos surgiram em decorrência das grandes revoluções burguesas do final do século XVIII, a Revolução Americana, em 1776, e a Revolução Francesa, em 1789.

São os direitos da liberdade, representados pelos direitos civis e políticos correspondentes aos primórdios do constitucionalismo ocidental. São as denominadas liberdades públicas. Evidencia-se nitidamente a separação entre sociedade e Estado, sendo eles claramente antiestatais, de cunho negativo, impondo uma abstenção ao Estado e protegendo a esfera jurídica dos cidadãos.

Nos dizeres de Dirley da Cunha Júnior, os direitos de primeira dimensão foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, em razão de haver naquela época uma única preocupação, qual seja, proteger as pessoas do poder opressivo do Estado. Em razão disso, eles se voltavam

exclusivamente à tutela das liberdades públicas, tanto na esfera civil, quanto na esfera política; constituíam verdadeiro obstáculo à interferência estatal, pois pregavam o afastamento do Estado da esfera individual da pessoa humana, de modo que eram denominados de direitos de caráter “negativo” ou simplesmente “liberdades negativas”. Negava-se ao Estado, portanto, qualquer ingestão nas relações individuais e sociais, ficando ele reduzido tão-somente a guardião das liberdades⁴.

Disso resultou a chamada doutrina do *laissez-faire, laissez-passer* (“deixar fazer, deixar passar”), em que a função do Estado seria apenas a de proteger a propriedade e garantir a segurança dos indivíduos, permitindo que as relações sociais e econômicas se desenvolvessem livremente, sem qualquer interferência estatal. Tais ideias serviram aos fins da burguesia, que estava na iminência de alcançar o poder político e foram responsáveis por uma profunda transformação acerca do papel a ser desempenhado pelo Estado.

São exemplos: direito à vida, à liberdade, à propriedade, à manifestação, à expressão, à associação, ao voto, ao devido processo legal, à igualdade perante a lei (igualdade formal).

2.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO

A segunda dimensão corresponde aos direitos sociais, econômicos e culturais, que visam melhorar as condições de vida e de trabalho da população. Significam uma prestação positiva, um fazer do Estado em prol dos menos favorecidos, objetivando alcançar-se uma igualdade material entre os indivíduos.

O Estado liberal era abstencionista, alheio e indiferente à vida econômica e social. Dava-se apenas um tratamento de proteção às liberdades individuais. Entretanto, no campo social e econômico ele mantinha uma postura passiva, igual à de um mero observador. Era o Estado do *laissez-faire et laissez-passer*.

Contudo, essa postura absenteísta sofreu grandes golpes ainda no século XIX, em um segundo momento do capitalismo, com o aprofundamento das relações entre capital e trabalho.

A Revolução Industrial, resultante do desenvolvimento de técnicas de produção, proporcionou um crescimento econômico nunca visto antes. Entretanto, esse progresso gerou também sacrifício de grande parte da população, sobretudo dos trabalhadores, que sobreviviam em condições

cada vez mais deploráveis. Enquanto poucos viviam no luxo, a grande maioria da população passava fome, estava desempregada ou morria de falta de cuidados médicos, isto é, encontrava-se inteiramente excluída das vantagens estatais usufruídas pela burguesia. Não existia limite de jornada de trabalho, salário mínimo, férias, descanso regular, o trabalho infantil era aceitável, etc.

O Estado já não era mais capaz de garantir a harmonia social, e as classes operárias, que se organizavam em grupos fortemente politizados, começavam as primeiras reivindicações visando à conquista de direitos que lhes proporcionassem melhores condições de trabalho.

Estava instalado, portanto, o clima político-social propiciador da intervenção do Estado nas relações socioeconômicas travadas pelo indivíduo. Nasce, nesse contexto, o Estado do Bem-Estar Social. Assim, esse Estado do Bem-Estar e da Justiça Social fez-se intervencionista na sociedade e na economia nela praticada, exatamente para que os direitos sociais e econômicos fossem indistinta e genericamente assegurados. Sua atitude, longe de ser passiva e indiferente em face do desenvolvimento e das relações econômico-sociais, era ativa, pois não se contentava em prevenir e solucionar os conflitos de interesses interindividuais. (...) O homem, livre das investidas do Estado, passou a precisar dele, ante os graves problemas sociais e econômicos que o oprimiam. Se no individualismo clássico do Estado Liberal, o Estado era o inimigo contra o qual se havia de defender os âmbitos da autonomia individual privada, sob a nova filosofia social o Estado foi convertido no amigo que está obrigado a satisfazer as necessidades coletivas da comunidade. Não bastava, pois, assegurar os chamados direitos individuais, para atingir a plena proteção do indivíduo⁵.

Surgem, então, os direitos de segunda dimensão, que reclamam atuação positiva por parte do Estado, realizando programas sociais. Compreendem os direitos sociais, econômicos e culturais, sendo denominados de direitos de igualdade, porque animados pelo propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade humana. Como exigem prestações por parte do Estado, são denominados positivos, em contraposição aos de primeira dimensão, que exigem uma abstenção daquele.

Nesse ponto, calha ressaltar que essa segunda dimensão abrange também alguns tipos de liberdade, como, por exemplo, a liberdade de sindicalização, o direito de greve, etc. Consoante o magistério de Dirley

da Cunha Júnior⁶, apesar da nota “direitos de cunho positivo” que os distingue, os direitos de segunda dimensão também compreendem as denominadas “liberdades sociais”, das quais são exemplos a liberdade de sindicalização, o direito de greve e alguns direitos trabalhistas (tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, o salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, entre outros).

As primeiras Constituições a estabelecer a proteção de direitos sociais foram a mexicana de 1917, a russa de 1918 e a alemã de Weimar em 1919, tendo como exemplos de direitos sociais o salário mínimo, aposentadoria, previdência social, greve, décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado e férias remuneradas.

No Brasil, a Constituição de 1934 e, de forma mais abrangente, a de 1946 deram os primeiros passos na formação de um Estado do Bem-Estar Social, prevendo vários direitos sociais (aposentadoria, educação, assistência social, entre outros), bem como os direitos ligados à proteção dos trabalhadores.

Em resumo, e parafraseando George Marmelstein, os direitos de primeira dimensão tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios jurídicos. Já os direitos de segunda dimensão possuem um objetivo diferente: eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda dimensão funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade⁷.

2.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO

Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservação ambiental e proteção aos consumidores. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade. Ao lado dos tradicionais interesses individuais e sociais, o Estado passou a proteger outras modalidades de direitos. São novos direitos, decorrentes de uma sociedade de massas, surgida em razão dos processos de industrialização urbanização, em que os conflitos sociais não mais eram adequadamente resolvidos dentro da antiga tutela jurídica

voltada somente para a proteção de direitos individuais.

Conforme Edgar Morin, o desafio da globalidade é também um desafio de complexidade. Existe complexidade, de fato, quando os componentes que constituem um todo (como o econômico, o psicológico, o afetivo, o mitológico) são inseparáveis e existe um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre as partes e o todo, o todo e as partes. Ora, os desenvolvimentos próprios de nosso século e de nossa era planetária nos confrontam, inevitavelmente e com mais frequência, com os desafios da complexidade⁸.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são também chamados de direitos da fraternidade ou de solidariedade, em razão do interesse comum que liga e une as pessoas e, de modo especial, em face de sua implicação universal, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala, até mesmo mundial. Tais direitos aparecem com a característica de não mais estarem centrados no homem individualmente concebido. A titularidade ganha cunho coletivo ou difuso: família, grupo, povo, nação, isto é, tais direitos são para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos.

No escólio de Manoel Jorge e Silva Neto, a explosão da densidade demográfica e o subsequente aumento do consumo e o recrudescimento das transgressões ambientais impuseram a preocupação pela qualidade de vida, ensejando o aparecimento dos direitos de natureza difusa. São direitos que têm por destinatários indivíduos indeterminados, como ocorre com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, da Constituição)⁹. São, portanto, direitos de titularidade difusa ou coletiva. Nesse ponto, o mencionado autor questiona como distinguir os interesses difusos dos direitos sociais, asseverando que a diferença substancial está no fato de estes últimos permitirem a fruição pelo indivíduo isolado.

São exemplos mais comuns o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, o direito de comunicação, o direito à conservação do patrimônio cultural, à segurança, à autodeterminação dos povos, à solidariedade universal e ao reconhecimento mútuo de direitos entre vários países. Podem ainda ser acrescidos o direito a proteção ao consumidor, à infância e à juventude, ao idoso, ao deficiente físico, à saúde e à educação pública.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da proteção de interesses

difusos e coletivos, foi a primeira a inserir em seu texto a tutela desses novos direitos, a exemplo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), à paz mundial (art. 4º, VI e VII), à autodeterminação dos povos (art. 4º, III) e ao desenvolvimento (art. 3º, II). A maior parte, entretanto, ainda não encontra positividade constitucional, apesar de já constar em alguns tratados internacionais mais recentes.

2.4. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE QUARTA E QUINTA DIMENSÕES

De acordo com o escólio de Paulo Bonavides, a quarta dimensão é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização desses direitos no plano institucional, que corresponde à última fase da institucionalização do Estado Social. Compreendem os direitos à democracia direta, ao pluralismo e à informação, que constituem a base de legitimação de uma possível globalização política e deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência¹⁰.

Manoel Jorge e Silva Neto aduz que as demandas da coletividade em prol do respeito às minorias possibilitaram o surgimento dos direitos de quarta “geração”: os direitos das minorias, ou ainda os direitos humanos à democracia, ao pluralismo e à informação¹¹. Assevera, ainda, o mencionado autor, que o processo de densificação dos direitos fundamentais é infindo; vale dizer, teve seu início identificado à Revolução Francesa, mas não teve fim. E isso acontece precisamente porque o Estado, instrumento de satisfação das necessidades humanas, está, de modo ininterrupto, submetido a modificações pelo simples fato de o ser humano que o cria estar constantemente em transformação.

Dirley da Cunha Júnior acrescenta ainda que, além desses direitos, é de se reconhecer também como direitos de quarta dimensão o direito contra a manipulação genética, o direito à mudança de sexo e, em geral, os direitos relacionados à biotecnologia¹².

Mais recentemente, Paulo Bonavides vem defendendo a existência de uma quinta dimensão de direitos, que seria o direito à paz universal.

No tocante a essa quinta dimensão, Robério Nunes dos Anjos Filho leciona que essa dimensão poderia ser imaginada, desde que o pensamento histórico de que só o homem pode ser titular de direitos sofresse uma

revisão radical. Seria a hipótese de entender a natureza como titular, por si mesma, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹³.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

Como visto, os direitos sociais, ditos de segunda dimensão (ao lado também dos econômicos e culturais), exigem do Estado uma ação positiva, isto é, uma prestação. Daí serem chamados também de direitos a prestação.

Implementar um direito a prestação exige a alocação de recursos, em maior ou menor quantidade, conforme o caso concreto, e, vale ressaltar, não apenas recursos financeiros, mas também recursos não monetários, como pessoal especializado e equipamentos. No entanto, há menos recursos do que o necessário para o atendimento de todas as demandas. As decisões que visam concretizar um direito podem, muitas vezes, gerar novas formas de ameaças, privando outros potenciais beneficiários da fruição dos bens ou serviços a que também teriam direito¹⁴.

Exige-se, portanto, políticas públicas para a efetivação de tais direitos, que, por sua vez, demandam, na grande maioria das vezes, gasto de recursos públicos. E este é o ponto central no debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para a tutela de um determinado direito social no caso concreto normalmente obriga o Estado a realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de um outro direito que o poder público entendeu ser mais importante.

A escassez de recursos exige que o Estado faça escolhas, o que pressupõe preferências e que, por sua vez, pressupõe preteridos. O grande debate que a exigibilidade judicial dos direitos sociais suscita é a possibilidade daqueles que foram preteridos de buscarem, por meio do Poder Judiciário, a tutela de seus direitos, e se este Poder teria legitimidade democrática, competência constitucional e formação técnica para realizar esta tarefa.

O problema da escassez dos recursos merece mesmo uma reflexão especial. Levar os direitos a sério significa levar a escassez a sério. O

ideal seria que houvesse disponibilidade financeira para cumprir todos os objetivos da Constituição. Mas não há. E é aí que entra a cláusula da reserva do possível, tão alardeada e mal interpretada pelos que são contra o ativismo judicial em matéria de direitos sociais¹⁵.

Por dependerem de prestações positivas por parte do Estado, os direitos sociais de prestação acabam por esbarrar nas limitações de recursos materiais e financeiros que condicionam a Administração Pública e, ainda, enfrentam as especificidades contidas no orçamento, que fixa as previsões de receita e define as despesas a serem efetuadas. Nesse ponto, a efetivação dos direitos sociais se encontra subordinada à teoria da reserva do possível, na medida em que o Poder Público somente poderá implementar as políticas públicas dentro de sua capacidade financeira.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, como dá conta a problemática posta pelo “custo dos direitos”, por sua vez, indissociável da assim designada “reserva do possível” a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa, como bem destaca Rogério Gesta Leal, o que também diz respeito à ampliação do acesso à justiça como direito a ter direitos efetiváveis e efetivados e envolve a discussão em torno da necessidade de evitar interpretações injustificadamente restritivas no que diz com a legitimação do Ministério Público para atuar na esfera da implementação também dos direitos sociais. Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação

do princípio democrático e do princípio da separação dos poderes. (...) Parece-nos oportuno apontar aqui (mesmo sem condições de desenvolver o ponto) que os princípios da moralidade e da eficiência, que direcionam a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais¹⁶.

O postulado da reserva do possível é fruto de uma construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha. No conhecido caso *Numerus Clausus das Vagas em Universidades*¹⁷, o TCF entendeu que o direito à educação não implicaria o dever do Estado de custear os serviços educacionais para todos os cidadãos, mas tão somente que o Poder Público deveria demonstrar que estaria dando a maior efetividade possível ao direito social, em face dos recursos financeiros disponíveis¹⁸.

O caso, em apertada síntese, era o seguinte: várias universidades alemãs estabeleciam um limite de vagas de admissão na Faculdade de Medicina. Um grupo de estudantes que não conseguiu ingressar na referida faculdade foi ao Judiciário pleitear seu ingresso, argumentando que o critério de seleção era arbitrário e que estaria havendo violação ao direito de educação e de escolha da profissão. O TCF (Tribunal Constitucional Federal), apesar de negar o pedido, concluiu que o Estado, além de ser obrigado a utilizar critérios razoáveis para a seleção, teria que demonstrar também que o número de vagas disponíveis era mesmo o máximo possível. Ainda nesse julgamento, asseverou-se que o Estado não estaria obrigado a prover educação superior para todos os estudantes, haja vista os direitos a prestações estarem submetidos à capacidade financeira dos entes estatais, portanto, submetidos a reserva do possível.

A partir desse julgamento, começou a ser desenvolvida a máxima da reserva do possível, que pode assim ser resumida: os direitos a prestações podem ser exigidos judicialmente, cabendo ao Judiciário, observando o princípio da proporcionalidade, impor ao Poder Público as medidas necessárias à implementação do direito, desde que a ordem judicial fique dentro do financeiramente possível. Nas palavras do Tribunal Constitucional alemão, a reserva do possível é aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade. Se for razoável (melhor dizendo, proporcional), não pode o Estado se negar a fornecer. Assim, pode-se dizer que a reserva do possível é sinônimo de razoabilidade econômica ou proporcionalidade financeira¹⁹.

A reserva do possível é uma limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afinal, sem dinheiro não há como realizar diversos direitos²⁰.

A escassez de recursos impõe ao Judiciário uma constante preocupação com os impactos no orçamento público, pois a falta de meios materiais disponíveis para se cumprir a ordem judicial poderá tanto gerar o desprestígio do quanto julgado (pela frustração na sua execução) quanto prejudicar a concretização de outros direitos igualmente importantes. Se exige, portanto, cuidado ao efetivar um direito fundamental que implique em grandes gastos financeiros ao erário público.

Porém, se o quanto decidido pelo magistrado estiver dentro da reserva do possível, o direito fundamental protegido não poderá deixar de ser concretizado sob a justificativa de que a realização da despesa correspondente ficaria dentro da esfera da estrita oportunidade e conveniência do Poder Público.

Esse entendimento, embora possa se justificar em um ambiente clássico do constitucionalismo liberal, não é condizente com o modelo estatal traçado na Constituição de 1988, pois, ao fixar diretrizes aos poderes públicos, houve a intenção de que essas diretrizes fossem efetivamente implementadas. Se eventualmente não forem, é inquestionável que estará havendo uma violação à norma constitucional por omissão. Nesse caso, nada mais natural do que permitir que o juiz determine que o poder público efetive os comandos constitucionais, já que o Judiciário é o guardião da Constituição, devendo zelar pela sua supremacia. Se para efetivar os comandos constitucionais for necessária a realização de despesas, natural também que essa seja a ordem do juiz, com o fim de alcançar a máxima realização dos objetivos constitucionais²¹.

4. INADEQUAÇÃO RELATIVA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A doutrina nacional, lamentavelmente e não sem equívoco, vem acolhendo comodamente essa criação do direito estrangeiro, aceitando-a indiscriminadamente como obstáculo à efetividade dos direitos sociais²².

A reserva do possível, concebida sob os moldes da sociedade germânica, não pode ser transposta automaticamente para a realidade brasileira. Em um país onde impera a desigualdade social e o quase abandono de parcela

da população pelo Estado, a reserva do possível deve ser encarada apenas como o farol que orienta os Gestores Públicos a traçarem as coordenadas sociais e econômicas com prudência e responsabilidade. O mesmo raciocínio pode ser conferido aos magistrados quando da apreciação dos valores em caso específico.

Apesar das grandes contribuições que a doutrina estrangeira tem dado ao direito brasileiro, proporcionando indiscutivelmente consideráveis avanços na literatura jurídica nacional, é preciso deixar bem claro, contudo, que é extremamente discutível e de duvidosa pertinência o traslado de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases cultural, econômica, social e histórica próprias, para outros países cujos modelos jurídicos estão sujeitos a condicionamentos socioeconômicos e políticos completamente diferentes. Os institutos jurídico-constitucionais devem ser compreendidos a partir da história e das condições socioeconômicas do país em que se desenvolveram, de modo que é impossível “transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos”²³. É condição primeira para qualquer estudo dos fenômenos jurídicos no âmbito do direito comparado, o prévio conhecimento do direito estrangeiro à vista do meio social e político em que ele se aplica, o que exige, conseqüentemente, uma compreensão primária da história política e social daquele país. Há casos em que, não raro, os mesmos textos legais e procedimentos jurídicos produzem efeitos jurídicos distintos, quando utilizados em domínios político-sociais diferentes, como o alemão e o brasileiro, por exemplo. A propósito, é completamente sem sentido aplicar, descuidadamente e sem critérios, ao Brasil, um país em desenvolvimento ou periférico, teorias jurídicas hauridas de países desenvolvidos ou centrais. A adoção de soluções estrangeiras nem sempre se compatibiliza com a realidade jurídica e material do Estado brasileiro²⁴.

Como já visto, a chamada reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-concreta brasileira. Nestas diferentes ordens jurídicas concretas não variam apenas as formas de lutas, conquistas, realização e satisfação dos direitos, mas também os próprios paradigmas jurídicos aos quais se sujeitam, devendo, portanto, haver, inexoravelmente, uma diferenciação entre tais realidades.

Além disso, a Carta Magna de 1988 é essencialmente dirigente, uma vez ser composta de normas impositivas ao Estado de realização

de políticas públicas socialmente ativas voltadas ao atendimento das necessidades básicas dos cidadãos, fixando as diretrizes, metas e os mandamentos que devem ser cumpridos pelo Estado Social na efetivação dos direitos sociais. Daí porque o que vale na Alemanha não pode ser transferido para o Brasil sem as devidas adaptações.

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe. Não é este o caso, pois aquele “algo” existe e sempre existirá, só que não se encontra – este sim é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamentos de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência²⁵.

Prosegue ainda Dirley da Cunha Júnior, asseverando que, deveras, trasladar para o direito brasileiro essa limitação da reserva do possível criada pelo direito alemão, cuja realidade socioeconômica e política do país difere radicalmente da realidade brasileira, é negar esperança àquele contingente de pessoas que depositou todas as suas expectativas e entregou todos os seus sonhos à fiel guarda do Estado Social do Bem-Estar. Obstáculos como esses, transplantados de ordens jurídicas de paradigmas diversos, só vem robustecer a flagrante contradição entre a pretensão normativa dos direitos sociais e o fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços públicos essenciais à efetivação desses direitos, garantidores de padrões mínimos de existência para a maioria

da população. Assim, as discussões travadas nos chamados países centrais sobre os limites do Estado Social e a redução de suas pretensões, e a contenção dos respectivos direitos subjetivos a prestações não podem, em absoluto, ser carreadas para a realidade brasileira, onde o Estado Providência ainda não foi efetivamente implantado²⁶.

5. RELEITURA OBRIGATÓRIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: PROPORCIONALIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O entendimento de que a reserva do possível também impede a competência do Judiciário para decidir sobre a distribuição dos recursos públicos orçamentários não se aplica, igualmente, no direito brasileiro, ante a vigente CF/88. Com efeito, incumbe inicialmente aos Poderes Legislativo e Executivo a deliberação sobre o destino e aplicação dos recursos públicos. Entretanto, tal competência não é absoluta, haja vista se encontrar adstrita às normas constitucionais, especialmente àquelas instituidoras de direitos sociais, que impõem prioridade na distribuição de tais recursos, considerados imprescindíveis para a concretização das ações materiais que constituem o objeto desses direitos sociais.

É imperioso o esclarecimento de que, pelo princípio da separação de poderes, a regra é a não interferência do Judiciário no âmbito de discricionariedade do Administrador. Somente no caso de ficar demonstrado (através de dados empíricos e consistentes) que a situação administrativa está aquém das expectativas estabelecidas na Constituição é que será legítimo o controle judicial, inclusive para impor obrigações de certa complexidade. Certo é afirmar que, quanto maior for o diálogo e a consistência do julgado, maior será a sua legitimidade e, por conseguinte, menor será a chance de o Poder Judiciário ser acusado de interferência indevida na seara do administrador público.

Apesar de a reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos recursos socioeconômicos, o que se observa é uma banalização no seu discurso por parte do Poder Público quando se defende em juízo, sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial²⁷.

Por isso, as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir

a ordem judicial; é preciso demonstrá-la²⁸.

Assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão judicial causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Vale enfatizar: o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos sociais é do Poder Público. É ele quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não efetivação do direito fundamental²⁹.

Nesse sentido, cumpre trazer a baila os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas), significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que cabe ao Poder Público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos. Nesse mesmo sentido, como bem averba Geraldo Pisarello, é preciso ter presente que o economicamente possível ou razoável não pode ser simplesmente presumido, existindo um dever de demonstração por parte dos órgãos públicos³⁰.

Ainda segundo ele, “negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real”³¹.

Todos os obstáculos normalmente apontados para impedir a efetivação de direitos sociais pelo Poder Judiciário, como a reserva do possível, a liberdade de conformação do legislador, a discricionariedade política, a

ausência de previsão orçamentária ou legal, entre outros, são meramente contra-argumentos e não barreiras intransponíveis para a atuação judicial. Sem dúvida, eles devem ser levados em conta pelo juiz, dentro do processo ponderativo da tomada de decisão para o caso concreto. Essa é uma exigência do dever de consistência e de fundamentação da argumentação judicial, elemento de suma importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Porém, se do outro lado da balança estiverem direitos fundamentais tão essenciais que não podem ficar à mercê do jogo político, titularizados por pessoas fragilizadas social, econômica ou culturalmente, não há porque negar ao Judiciário a possibilidade de tentar concretizar esses direitos, observando, logicamente, o princípio da proporcionalidade³².

Colocadas nos devidos termos as considerações acima feitas, chegamos à conclusão de que a teoria da reserva do possível, tal qual adotada na decisão paradigma do *Numerus Clausus*, deve ser entendida sob o prisma da razoabilidade da reivindicação de efetivação do direito social. Isso significa que pretensões deduzidas frente ao Judiciário deverão ser analisadas mediante a ponderação de bens, com fuste nos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Como visto na decisão alemã que tratou dos *Numerus Clausus*, fez-se menção àquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. E essa racionalidade apenas pode ser referida em cada caso concreto, mediante o princípio da proporcionalidade, por meio do qual se ponderam os bens envolvidos na questão. Na resolução do problema, a racionalidade econômica (traduzida como limitação de recursos e de capacidade de disposição dos mesmos) incorpora-se à racionalidade do juiz, de forma a compor mais um elemento para determinação da proporcionalidade. Assim, a ponderação deve levar em conta o pressuposto econômico de que as necessidades são ilimitadas e que os recursos são escassos e a preocupação acerca do impacto econômico e social das decisões.

Daí se vê, portanto, que o princípio da proporcionalidade deverá presidir a atuação dos órgãos estatais, incidindo na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência, além de, nesta dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Isto significa, em apertadíssima síntese, que os responsáveis pela proteção

e implementação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade – no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito desguarnecer a proteção de outro(s) – no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito. Nesse contexto, vale o registro de que a proibição de insuficiência assume particular ênfase no plano da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais, o que remete, por sua vez, à questão do mínimo existencial, que volta a assumir um lugar de destaque também por esse prisma³³.

Para a definição do patamar mínimo a permitir a superação da limitação imposta pela reserva do possível, recorre-se ao posicionamento de Ingo Sarlet, o qual aponta como parâmetro demarcatório o valor fundamental da dignidade da pessoa humana, o qual representaria o verdadeiro limite à restrição dos direitos fundamentais, coibindo eventuais abusos que pudessem levar ao seu esvaziamento ou à sua supressão.

Assim, o juízo de proporcionalidade deve ser aplicado sempre com vistas ao atingimento máximo do valor da dignidade da pessoa humana, como, aliás, é da própria essência do neoconstitucionalismo. Isto é, o princípio da proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana são indissociáveis, haja vista ser este último o principal vetor argumentativo de aplicação daquele. Em outras palavras, em sede de reserva do possível, ao se aplicar o juízo de proporcionalidade, através de seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o intérprete deverá orientar-se de forma a atingir, de forma máxima, a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Daniel Sarmento nos ensina que a ponderação de interesses deve sempre se orientar no sentido da proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente³⁴.

Quer-se dizer que a liberdade de conformação do legislador e administrador encontra limites nítidos e está vinculada a se observar o “padrão mínimo” para assegurar as condições indispensáveis a uma existência digna. Não atendido esse padrão mínimo, o Judiciário está autorizado a intervir para garantir esse mínimo existencial, haja vista ser ele obrigado a agir onde os outros poderes não cumprem as exigências básicas da Constituição, não satisfazendo os direitos fundamentais sociais³⁵. Segundo Jorge Hage, citado por Dirley da Cunha Júnior, “as decisões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos deixam de ser questões de discricionariedade política, para serem uma questão de observância de direitos fundamentais, de modo que a competência para tomá-las passaria do Legislativo para o Judiciário”³⁶.

Vale, ademais, esclarecer que não é nenhuma novidade no direito brasileiro a possibilidade de o juiz intervir na competência orçamentária do legislador. Basta lembrar que, no âmbito dos direitos fundamentais de defesa, quando o juiz invalida, por inconstitucional, uma lei instituidora ou majoradora de tributo que viola um direito fundamental do contribuinte, ele está, de certa forma, interferindo na composição do orçamento público, e jamais alguém suscitou isso como óbice à atuação judicial³⁷.

Em suma, nem a reserva do possível nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações. Por conseguinte, a efetividade dos direitos sociais – notadamente daqueles mais diretamente ligados à vida e à integridade física da pessoa – não pode depender da viabilidade orçamentária³⁸.

Em outras palavras, a aplicação da teoria da reserva do possível implica reconhecer, de um lado, a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação; de outro, a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa (discricionária) do Executivo como óbices à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Isso significa que a inexistência efetiva de recursos e ausência de previsão orçamentária são elementos não absolutos a serem levados em conta no processo de ponderação por meio do qual a decisão judicial deve tomar forma. Assim, o custo direto envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como óbice intransponível à sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação. Além disso, deve participar

também desse processo de ponderação a natureza da providência judicial almejada, em especial no que se refere a sua necessidade, adequação e proporcionalidade específica para a proteção do direito fundamental invocado. Por fim, outros elementos devem participar também do processo de ponderação, como o grau de essencialidade do direito fundamental em questão, as condições pessoais e financeiras envolvidos e eficácia da providência judicial almejada, sempre se buscando à maximização da dignidade da pessoa humana.

5.1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De início, impende se fazer um registro sobre a (falta de) definição do princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, comungamos do entendimento de Manoel Jorge e Silva Neto, ao asseverar que não se conceitua dignidade da pessoa humana, haja vista tratar-se de um *topoi*, ou seja, termo que, apesar de não admitir conceituação, serve de ponto de partida para a solução do problema normativo ocorrente. É o mesmo que se passa com o termo interesse público: não há a possibilidade de conceituá-lo, conquanto o magistrado e o membro do Ministério Público possam afirmar, no caso concreto, se a hipótese é de interesse público³⁹.

Cientes de tais esclarecimentos, sigamos adiante.

Pelo fato de a dignidade da pessoa humana ser o objetivo sempre a ser alcançado por qualquer política pública, é mister que se faça uma breve digressão sobre o seu conteúdo.

A consolidação de um paradigma pós-positivista passou a formular novas propostas de compreensão do significado de um direito justo, buscando compatibilizar as exigências de validade e legitimidade da ordem jurídica, mediante o delineamento de variadas alternativas teóricas, com destaque, dentro do paradigma neoconstitucionalista, para a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, como alternativa de fundamentação e legitimação das opções hermenêuticas e decisórias.

Com o advento da modernidade, os sistemas jurídicos ocidentais passaram a reconhecer o ser humano como o centro e o fim do Direito. Seguindo a valiosa lição Kantiana, a pessoa é um fim em si mesmo, não podendo converter-se em instrumento para a realização de um eventual interesse. Essa tendência humanizante, robustecida após a traumática

experiência totalitária na Segunda Guerra Mundial, cristalizou-se com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, erigido à condição de valor supremo dos sistemas jurídicos de inspiração democrática⁴⁰.

Sem dúvida, dentre os diversos princípios ético-jurídicos que adquiriram status constitucional nas últimas décadas, merece destaque a dignidade da pessoa humana, porquanto, na esteira do pós-positivismo jurídico, evidencia-se, cada vez de modo mais patente, que o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um direito justo não é outro senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana⁴¹.

Tratando-se de uma resposta tanto ao movimento jusnaturalista quanto às construções positivistas que debilitaram as referências morais do fenômeno jurídico, a luta pela dignidade humana expressa a própria afirmação dos direitos fundamentais do cidadão.

Antes mesmo de seu reconhecimento jurídico nas Declarações Internacionais de Direito e nas Constituições de diversos países, a dignidade da pessoa humana figura como um valor, que brota da própria experiência axiológica de cada cultura humana, submetida aos influxos do tempo e do espaço.

Decerto, a apreensão do sentido do princípio da dignidade da pessoa humana não se afigura como o produto metódico de procedimentos formais, dedutivos e indutivos, mas, em verdade, requer um conhecimento de base concreta e real, que repousa sobre valorações. Entendida a cultura como tudo aquilo que é construído pelo homem em razão de um sistema de valores, com o escopo de atender aos seus interesses e finalidades, será possível constatar que o princípio da dignidade da pessoa humana é dotado de um sentido de conteúdo valorativo, pertencente, portanto, ao campo da cultura humana⁴².

A dignidade da pessoa humana importa no reconhecimento e tutela de um espaço de integridade física e moral a ser assegurado a todas as pessoas pelo simples fato de existirem no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência quanto com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo.

A dignidade da pessoa humana assume relevo como valor supremo de toda sociedade para o qual se reconduzem todos os direitos fundamentais

da pessoa humana. É uma “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”⁴³.

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), integrando a categoria dos princípios fundamentais, ao lado de outras normas principiológicas. É um princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos direitos e garantias fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Por conta de sua posição no ápice do sistema jurídico, ele exprime as estimativas e finalidades a serem alcançados pelos particulares e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio. Destarte, os preceitos que se refram à dignidade da pessoa humana não podem ser considerados apenas do ponto de vista individual, como salvaguarda dos cidadãos em face do Estado, mas também numa perspectiva de valores e fins superiores que reclamam a ação ou a abstenção dos órgãos do Estado.

Pode-se dizer, portanto, que a Carta Magna de 1988 conferiu ao princípio da dignidade humana a característica de norma embaixadora de todo o sistema constitucional, informando as prerrogativas e as garantias fundamentais da cidadania, pelo que os direitos fundamentais da Constituição de 1988 encontram seu fundamento no mencionado princípio.

Como bem ensina Ricardo Maurício F. Soares, ao simbolizar um espaço de integridade, a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo, o significado da dignidade humana tem oscilado, no plano semântico. Embora não seja tarefa simples elucidar o sentido de uma existência digna, a delimitação linguística do princípio da dignidade da pessoa humana parece apontar para os seguintes elementos: a) a

preservação da igualdade; b) o impedimento à degradação e coisificação da pessoa; c) a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano⁴⁴.

A eficácia hermenêutica do princípio da dignidade humana consiste na capacidade do princípio orientar a correta interpretação e aplicação das regras e demais princípios de um dado sistema jurídico, a fim de que o intérprete escolha, dentre as diversas opções hermenêuticas, aquela que melhor proteja a ideia de dignidade no caso concreto, o que terá importância ímpar nas colisões entre princípios, em conjunto com o princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, concluímos este capítulo transcrevendo a seguinte passagem sobre a função hermenêutica desse princípio: “Decerto, o implemento desta função hermenêutica é tão relevante que o princípio da dignidade humana serve como parâmetro axiológico e teleológico não só para a aplicação de regras constitucionais e infraconstitucionais, como também para a concretização de outros princípios constitucionais, tais como os princípios gerais (*e.g.*, art. 5º, da CF/88) e os princípios setoriais”⁴⁵.

5.2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Dentro desse novo contexto hermenêutico surgido com a pós-modernidade, o princípio da proporcionalidade, enquanto garantidor dos direitos fundamentais, apresenta-se, não só como um importante princípio jurídico fundamental, mas também como um verdadeiro referencial argumentativo em busca do fim maior que é uma vida digna.

Como o pós-positivismo prega um direito axiológico, aberto aos valores da sociedade, e arraigado de normas principiológicas, que, não raro entram em rota de colisão, o princípio de proporcionalidade surge como o viés protetivo dos cidadãos e de seus direitos fundamentais.

Com efeito, quando ocorre uma colisão de princípios, não se afasta nenhum deles, como no caso de conflito entre regras. Na colisão de princípios a solução será dada pelo sopesamento, isto é, pela atribuição de pesos aos princípios envolvidos, chegando ao final, após uma intensa argumentação jurídica, a um resultado que estabelecerá qual o princípio com maior peso naquele caso concreto. Aquele princípio que tiver o maior peso deverá prevalecer naquela situação determinada. Para se chegar a

essa conclusão, o intérprete necessitará do princípio da proporcionalidade, com seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Nessa tarefa do sopesamento, com vistas a se extrair o princípio prevalecente no caso concreto, estabelecer-se-á relações de precedências condicionadas, consistentes na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, a questão pode ser resolvida de forma contrária.

A questão decisiva é, segundo Robert Alexy⁴⁶, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder.

Nesse sentido, ele obtempera que, se o sopesamento se resumisse à formulação de um tal enunciado de preferências e, com isso, à determinação da regra relacionada ao caso – que decorre desse enunciado –, o sopesamento, de fato, não representaria um procedimento racional. O estabelecimento da preferência condicionada poderia ocorrer de forma intuitiva. Aquele que sopesa teria a possibilidade de seguir única e exclusivamente suas concepções subjetivas. Não seria possível falar em sopesamentos corretos e sopesamentos equivocados⁴⁷.

E prossegue afirmando que, no entanto, a um tal modelo decisionista de sopesamento pode ser contraposto um modelo *fundamentado*. Em ambos os modelos, o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes⁴⁸.

Fica claro, portanto, que a solução da colisão principiológica deverá, obrigatoriamente, levar em conta uma correta fundamentação, associando a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica. Nesse ponto, e à luz da nova hermenêutica pós-moderna, a dignidade da pessoa humana deverá ser o vetor principal do intérprete, que buscará sempre a sua efetivação

em grau máximo.

Observe-se que não se está aqui defendendo o grau absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana, pois, como sabido, não existem princípios absolutos. É da própria natureza principiológica que exsurge a relatividade dos mesmos, que são satisfeitos de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, entendidas estas últimas como as situações de conflito com regras e colisões com outros princípios. O que se está aqui a defender é a busca incessante da realização da dignidade humana, que servirá de argumento maior para o intérprete dentro da sua argumentação jurídica, o que será imprescindível em casos envolvendo a cláusula da reserva do possível e os direitos fundamentais sociais.

O princípio da proporcionalidade, portanto, tem como proposta a harmonização da pluralidade dos direitos fundamentais que possibilitam uma vida digna, de molde a sintetizar as exigências de legalidade e legitimidade do ordenamento jurídico.

Bastante elucidativo é o ensinamento de Ricardo Maurício F. Soares, para quem, como se deduz, o princípio da proporcionalidade funciona como importante parâmetro para orientar a atividade de sopesamento de valores do intérprete do Direito, iluminando a ponderação de princípios jurídicos e, pois, de dimensões da dignidade humana eventualmente conflitantes. Descortina-se, portanto, como alternativa hermenêutica para a colisão entre os direitos fundamentais dos cidadãos, vetores que norteiam uma vida digna, modulando a interpretação e a posterior tomada de uma decisão, perante casos difíceis. Nos chamados *hard cases*, muito frequentes na prática processual, a subsunção se afigura insuficiente, especialmente quando a situação concreta rende ensejo para a aplicação de normas principiológicas, que sinalizam soluções axiológicas e teleológicas muitas vezes diferenciadas⁴⁹.

Ao vislumbrar-se a ordem jurídica brasileira, não faltaram exemplos de aplicabilidade do raciocínio ponderativo na harmonização das dimensões da dignidade da pessoa humana: a) o debate acerca da relativização da coisa julgada onde se contrapõem o princípio da segurança jurídica e o princípio da realização da justiça; b) a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, onde se contrapõem princípios como a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana; c) o debate sobre os princípios da liberdade de expressão *versus* proteção aos valores éticos e sociais da pessoa ou da família; d) a polêmica concernente aos princípios da liberdade de expressão e informação *versus* políticas públicas de

proteção da saúde; e) o conflito entre os princípios da liberdade religiosa e proteção da vida, em situações que envolvam a transfusão de sangue para as testemunhas de Jeová, além de outras hipóteses ilustrativas⁵⁰, como, ainda podemos acrescentar, o conflito entre os direitos fundamentais sociais e a cláusula da reserva do possível.

Destarte, sustentamos que, apesar de serem princípios distintos, o princípio da proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana são indissociáveis, haja vista ser este último o principal vetor argumentativo de aplicação daquele. Em outras palavras, ao se aplicar o juízo de proporcionalidade, através de seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o intérprete deverá orientar-se de forma a atingir, de forma máxima, a dignidade da pessoa humana.

6. CONCLUSÃO

Tendo em vista o constante processo evolutivo dos direitos fundamentais, costuma-se falar em “gerações” dos direitos fundamentais, seguindo-se a classificação de Karel Vasak, que os catalogou em 3 (três) “gerações”, sendo cada uma correspondente, sucessivamente, aos 3 (três) ideários da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Assim, os direitos de primeira geração corresponderiam ao ideal de liberdade; os de segunda geração, ao ideal de igualdade; e os de terceira, ao ideal de fraternidade.

Apesar de tal classificação ser maciçamente aceita pela doutrina, ela não é isenta de críticas, dentre as quais se apresenta a que reprova o termo “geração”, indicando ser de um maior rigor técnico-científico a expressão “dimensão”, face, principalmente, mas não só, a ideia de cumulação, e não de substituição, como faz crer aquele termo criticado. Com efeito, o termo “gerações” pressupõe a ideia de substituição de uma sobre a outra, de modo a que uma geração exclua e não se encontre com outra no tempo. Ocorre que, com os direitos fundamentais ocorreu e ocorre justamente a simbiose, a mistura, o acúmulo de uma realidade com outra no tempo, sendo mais adequado falar-se em “dimensões”, haja vista tal expressão retratar melhor a dinâmica (e não estática) do direito.

Outrossim, a expressão “geração” pode induzir à ideia de que o reconhecimento de uma nova geração somente pode ou deve ocorrer quando a geração anterior já estiver madura o suficiente. Isso, obviamente,

dificulta bastante o reconhecimento de novos direitos, sobretudo nos países dito periféricos (em desenvolvimento), onde sequer se conseguiu um nível minimamente satisfatório de maturidade dos direitos da chamada “primeira geração”.

A par disso, infelizmente ainda persiste o erro de se querer classificar determinados direitos como se eles fizessem parte de uma dimensão determinada, sem se atentar para o caráter da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais, conforme, aliás, já reconhecido pela ONU desde 1948, com base no art. 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesse passo, o ideal é se considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na individual-liberal (primeira dimensão), na social (segunda dimensão), na de solidariedade (terceira dimensão), na democrática (quarta dimensão) e assim sucessivamente. Não existe qualquer hierarquia entre essas dimensões. Em verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única maneira de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais corresponde aos direitos individuais, dentro do modelo clássico de Constituição. São limites impostos à atuação do Estado, resguardando direitos considerados indispensáveis a cada pessoa humana. Significam uma prestação negativa, um não fazer do Estado, em prol do cidadão. O nacional deixou de ser considerado como mero súdito, passando à condição de cidadão, detentor de direitos tutelados pelo Estado, inclusive contra os próprios agentes deste. Esses direitos surgiram em decorrência das grandes revoluções burguesas do final do século XVIII, a Revolução Americana, em 1776, e a Revolução Francesa, em 1789.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais corresponde aos direitos sociais, econômicos e culturais, que visam melhorar as condições de vida e de trabalho da população. Significam uma prestação positiva, um fazer do Estado em prol dos menos favorecidos, objetivando alcançar-se uma igualdade material entre os indivíduos. São direitos que reclamam atuação positiva por parte do Estado, realizando programas sociais. Compreendem os direitos sociais, econômicos e culturais, sendo denominados de direitos de igualdade, porque animados pelo propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade humana. Como exigem prestações por parte do Estado, são denominados positivos, em contraposição aos de primeira

dimensão, que exigem uma abstenção daquele.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são também chamados de direitos da fraternidade ou de solidariedade, em razão do interesse comum que liga e une as pessoas e, de modo especial, em face de sua implicação universal, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala, até mesmo mundial. Tais direitos aparecem com a característica de não mais estarem centrados no homem individualmente concebido. A titularidade ganha cunho coletivo ou difuso: família, grupo, povo, nação, isto é, tais direitos são para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos.

Fala-se ainda em direitos de quarta e quinta dimensões. Os direitos de quarta dimensão seriam o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização desses direitos no plano institucional, que corresponde à última fase da institucionalização do Estado Social. Compreendem os direitos à democracia direta, ao pluralismo e à informação, que constituem a base de legitimação de uma possível globalização política e deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. Mais recentemente, Paulo Bonavides vem defendendo a existência de uma quinta dimensão de direitos, que seria o direito à paz universal.

Por dependerem de prestações positivas por parte do Estado, os direitos sociais de prestação acabam por esbarrar nas limitações de recursos materiais e financeiros que condicionam a Administração Pública e, ainda, enfrentam as especificidades contidas no orçamento, que fixa as previsões de receita e define as despesas a serem efetuadas. Nesse ponto, a efetivação dos direitos sociais se encontra subordinada à teoria da reserva do possível, na medida em que o Poder Público somente poderá implementar as políticas públicas dentro de sua capacidade financeira.

A reserva do possível, concebida sob os moldes da sociedade germânica, não pode ser transposta automaticamente para a realidade brasileira. Em um país onde impera a desigualdade social e o quase abandono de parcela da população pelo Estado, a reserva do possível deve ser encarada apenas como o farol que orienta os Gestores Públicos a traçarem as coordenadas sociais e econômicas com prudência e responsabilidade. O mesmo raciocínio pode ser conferido aos magistrados quando da apreciação dos valores em caso específico.

Todos os obstáculos normalmente apontados para impedir a efetivação

de direitos sociais pelo Poder Judiciário, como a reserva do possível, a liberdade de conformação do legislador, a discricionariedade política, a ausência de previsão orçamentária ou legal, entre outros, são meramente contra-argumentos e não barreiras intransponíveis para a atuação judicial. Sem dúvida, eles devem ser levados em conta pelo juiz, dentro do processo ponderativo da tomada de decisão para o caso concreto. Essa é uma exigência do dever de consistência e de fundamentação da argumentação judicial, elemento de suma importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Porém, se do outro lado da balança estiverem direitos fundamentais tão essenciais que não podem ficar à mercê do jogo político, titularizados por pessoas fragilizadas social, econômica ou culturalmente, não há porque negar ao Judiciário a possibilidade de tentar concretizar esses direitos, observando, logicamente, o princípio da proporcionalidade⁵¹.

Colocadas nos devidos termos as considerações acima feitas, chegamos à conclusão de que a teoria da reserva do possível, tal qual adotada na decisão paradigma do *Numerus Clausus*, deve ser entendida sob o prisma da razoabilidade da reivindicação de efetivação do direito social. Isso significa que pretensões deduzidas frente o Judiciário deverão ser analisadas mediante a ponderação de bens, com fuste nos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Assim, o juízo de proporcionalidade deve ser aplicado sempre com vistas ao atingimento máximo do valor da dignidade da pessoa humana, como, aliás, é da própria essência do neoconstitucionalismo. Isto é, o princípio da proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana são indissociáveis, haja vista ser este último o principal vetor argumentativo de aplicação daquele. Em outras palavras, em sede de reserva do possível, ao se aplicar o juízo de proporcionalidade, através de seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o intérprete deverá orientar-se de forma a atingir, de forma máxima, a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana importa no reconhecimento e tutela de um espaço de integridade física e moral a ser assegurado a todas as pessoas pelo simples fato de existirem no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência quanto com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo.

A eficácia hermenêutica do princípio da dignidade humana consiste na capacidade do princípio orientar a correta interpretação e aplicação das regras e demais princípios de um dado sistema jurídico, a fim de que o intérprete

escolha, dentre as diversas opções hermenêuticas, aquela que melhor proteja a ideia de dignidade no caso concreto, o que terá importância ímpar nas colisões entre princípios, em conjunto com o princípio da proporcionalidade.

Dentro desse novo contexto hermenêutico surgido com a pós-modernidade, o princípio da proporcionalidade, enquanto garantidor dos direitos fundamentais, apresenta-se, não só como um importante princípio jurídico fundamental, mas também como um verdadeiro referencial argumentativo em busca do fim maior que é uma vida digna.

Como o pós-positivismo prega um direito axiológico, aberto aos valores da sociedade, e arraigado de normas principiológicas, que, não raro entram em rota de colisão, o princípio de proporcionalidade surge como o viés protetivo dos cidadãos e de seus direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade, portanto, tem como proposta a harmonização da pluralidade dos direitos fundamentais que possibilitam uma vida digna, de molde a sintetizar as exigências de legalidade e legitimidade do ordenamento jurídico.

Destarte, sustentamos que, apesar de serem princípios distintos, o princípio da proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana são indissociáveis, haja vista ser este último o principal vetor argumentativo de aplicação daquele. Em outras palavras, ao se aplicar o juízo de proporcionalidade, através de seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o intérprete deverá orientar-se de forma a atingir, de forma máxima, a dignidade da pessoa humana.

Outra não é a conclusão no tocante à relação entre os direitos fundamentais sociais e a teoria da reserva do possível: deve-se deixar de lado a importação germânica nua e crua, passando-se a interpretar tal construção de acordo com as circunstâncias existentes em nossa realidade, o que, forçosamente, implicará numa releitura da mesma de acordo com os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, como forma de salvaguardar os direitos fundamentais.

THE RELATIVE INADEQUACY OF THE RESERVE OF THE POSSIBLE IN THE BRASILIAN LEGAL ORDERING

ABSTRACT: This article aims to address the relationship between the fundamental social rights and the called “possible reserves”, which, in our legal system, has been presented as a real barrier to the realization

of these rights face, especially the country of importation source without proper and necessary adaptations. In this sense, and in order to get the desired adjustment, it is necessary to do a remake of that theory through the principles of proportionality and human dignity.

KEYWORDS: Fundamental rights. Reserve for contingencies. Inadequacy. Proportionality. Human dignity.

Notas

¹ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.57.

² “todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A Comunidade internacional deve tratar todos os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”.

³ MARMELSTEIN, George. op. cit., p.58-59.

⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p.585.

⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p.588-589.

⁶ Ibid., p.590.

⁷ MARMELSTEIN, George. op. cit., p.51-52.

⁸ MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 18. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p.14.

⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p.638.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.524-526.

¹¹ SILVA NETO, Manoel Jorge. op. cit., p.638.

¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p.595.

¹³ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2003, p.156.

¹⁴ MARMELSTEIN, George. op. cit., p.319.

¹⁵ Ibid., p.320.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.354/356.

¹⁷ O resumo do caso foi obtido em LANGFORD, Malcom; NOLAN, Aoife. 50 leading cases on economic, social and cultural rights: summaries. Suíça: COHRE – Center on Housing Rights and Evictions, 2003, p.23, através da obra já citada do professor George Marmelstein. Vejamos um trecho do julgamento: “A proteção constitucional do direito fundamental no âmbito do ensino e formação profissionais não se esgota, assim, na função de proteção tradicionalmente atribuída aos direitos de liberdade contra intervenções do Poder Público. O TCF asseverou várias vezes que os

direitos fundamentais, como normas objetivas, estatuem igualmente uma ordem axiológica que vale como decisão constitucional fundamental para todas as áreas do Direito, e que, por isso, os direitos fundamentais não são apenas direitos de resistência (*Abwehrrechte*) do cidadão contra o Estado (BverfGE 21, 362 [372] com outras referências). Quanto mais fortemente o Estado moderno se inclina à seguridade social e ao fomento cultural dos cidadãos, mais aparece, no contexto da relação entre cidadãos e Estado, a exigência complementar pela outorga de direito fundamental da participação (*grundrechtliche Verbürgung der Teilhabe*) em prestações estatais, ao lado do postulado original da garantia de direito fundamental da liberdade em face do Estado. [...] O reconhecimento desse direito não está à disposição do livre arbítrio do legislador. Aqui pode restar em aberto se os 'direitos de participação' poderiam ser, em dada extensão, derivados já do fato do Estado social de direito assumir uma posição de garantidor para a concretização do sistema axiológico dos direitos fundamentais na realidade constitucional (cf. sobre isso BverwGE 27, 360 *Privatsschulfinanzierung*). [...] Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. [...] Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. Não se pode, portanto, proibir ao legislador que ele também se oriente pela necessidade urgente nas diferentes profissões, contanto que não seja possível cobrir demanda individual e necessidade social geral por meio da orientação estudantil [oferecida a estudantes e candidatos nas universidades]. Com base nesses critérios, uma violação constitucional não pode ser constatada" (SCHWAB, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p.276).

¹⁸ MARMELSTEIN, George. op. cit., p.320.

¹⁹ Ibid., p.321.

²⁰ Ibid., p.322.

²¹ Ibid., p.323.

²² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p.739.

²³ DANTAS, Ivo. *Direito constitucional comparado*, p.66, in CUNHA JÚNIOR, Dirley da., op. cit., p.739.

²⁴ Ibid., p.739.

²⁵ Ibid., p.741.

²⁶ Ibid., p.742.

- ²⁷ MARMELSTEIN, George. op. cit., p.323.
- ²⁸ Ibid., p.323.
- ²⁹ Ibid., p.324.
- ³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p.356/357.
- ³¹ Ibid., p.347.
- ³² MARMELSTEIN, George. op. cit., p.324.
- ³³ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p.357/358.
- ³⁴ *Apud*. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.98.
- ³⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p.742-743.
- ³⁶ Ibid., p.743.
- ³⁷ Ibid., p.743.
- ³⁸ Ibid., p.744.
- ³⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.112-113.
- ⁴⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.137.
- ⁴¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.128.
- ⁴² Ibid., p.129.
- ⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.62.
- ⁴⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.140.
- ⁴⁵ Ibid., p.145.
- ⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.97.
- ⁴⁷ Ibid., p.164.
- ⁴⁸ Ibid., p.164-165.
- ⁴⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.150.
- ⁵⁰ Ibid., p.151.
- ⁵¹ MARMELSTEIN, George. op. cit., p.324.

REFERÊNCIAS

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

- _____. *Da estrutura dos direitos fundamentais a proteção*. In Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, vol. 18. Salvador: 2009.1.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2010.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2003.
- APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *A produção do direito no Brasil: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça*. 2. ed. ver. e ampl. Ilhéus: Editus, 2008.
- _____. *Temas atuais de direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Editus, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho, Nova edição, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 6ª reimpressão.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., Salvador: Juspodivm, 2010.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução: Gilson Cesar Cardoso de Souza. 22. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- _____. *Interpretação e superinterpretação*. Tradução MF. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo

- Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas, 1992.
- MEDEIROS, Fábio Andrade. *O princípio da proporcionalidade e a aplicação da multa do art. 461, do CPC*. Disponível em <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3627>. Acesso em 14.05.2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 20. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 1. edição, Dialética, 1999.
- MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 18. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- MULLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- ORTEGA Y GASSET, José. *A desumanização da arte*. Trad. Ricardo Araújo. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.
- SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de escrever*. Tradução, organização, prefácio e notas de Pedro Sussekind. Porto Alegre: L&PM, 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio

de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.