



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**JOSÉ MARCELO BARRETO PIMENTA**

**A FORÇA DIRIGENTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS  
SOCIAIS E A SUPERAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Salvador  
2013

**JOSÉ MARCELO BARRETO PIMENTA**

**A FORÇA DIRIGENTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS  
SOCIAIS E A SUPERAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior.

Salvador  
2013

P644

Pimenta, José Marcelo Barreto,

A força dirigente dos direitos fundamentais sociais e a superação da reserva do possível / por José Marcelo Barreto Pimenta. – 2013.  
227 f.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2013.

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos sociais. I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 342.085

**JOSÉ MARCELO BARRETO PIMENTA**

**A FORÇA DIRIGENTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E  
A SUPERAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em  
Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior – Orientador \_\_\_\_\_  
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares \_\_\_\_\_  
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. \_\_\_\_\_  
Instituição de ensino

Dedico este trabalho a minha família, em especial ao meu filho Théo Rafael, por tanto tempo subtraído de sua convivência.

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Gildete e José Antônio Pimenta, pelo apoio incondicional na tarefa de construção deste trabalho.

A minha esposa, Carla, por ter aturado e compensado a minha distância durante todo esse tempo, principalmente nos cuidados com nosso filho.

Ao meu orientador, Professor Dirley da Cunha Júnior, por toda a atenção dispensada e pelo compartilhamento de seus sólidos conhecimentos jurídicos e amizade.

Aos professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, pelas lições indispensáveis a esta dissertação, o que faço nas pessoas dos Professores Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Cerqueira, Ricardo Maurício Freire Soares, Maria Auxiliadora, Manoel Jorge e Paulo César Santos Bezerra.

Aos funcionários da Secretaria do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA, que tanto nos ajudaram ao longo dessa caminhada, o que faço nas pessoas de Jovino e Lúiza.

Aos desembargadores do TJSE, pela autorização de afastamento para a conclusão do mestrado, o que faço nas pessoas de José Alves Neto, Netônio Bezerra Machado, Cezário Siqueira Neto e Osório Ramos Filho.

Aos colegas do TJSE que também envidaram esforços para que eu obtivesse o meu afastamento, o que faço nas pessoas dos juízes Gilson Félix, Adelaide Martins Moura, Rômulo Dantas Brandão, Paulo César Macedo, Antônio Henrique, José Anselmo de Oliveira e Marcos de Oliveira Pinto.

Estendo meus agradecimentos a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, doaram um pouco de si para a conclusão deste trabalho, ainda que fora dos muros acadêmicos.

## RESUMO

A presente dissertação visa tratar da construção denominada reserva do possível e a possibilidade de sua superação no ordenamento jurídico brasileiro, permeado que é pela força dirigente dos direitos fundamentais sociais. É sabido que a Constituição Federal de 1988, também chamada Carta Cidadã, em alusão à sua feição social, enquadrou uma série de direitos antes relegados à ordem social e econômica como autênticos direitos fundamentais: os chamados direitos fundamentais sociais, daí advindo uma série de consequências, como a aplicabilidade imediata de tais direitos, uma eficácia dirigente que obriga todos os poderes públicos a concretizá-los, uma eficácia irradiante, no sentido de se interpretar as demais normas jurídicas do ordenamento de acordo com os direitos fundamentais sociais, dentre outras, revelando, assim, que o Estado deixou sua posição de protetor das manifestações individuais, tornando-se o fomentador da igualdade. Acontece que, para isso, é preciso recursos, que, por sua vez, são finitos, ao contrário das necessidades, que são infinitas. Nessa senda, desponta o argumento da reserva do possível como a tábua de salvação da Administração Pública, que não titubeia em sustentar tal construção para tentar justificar sua omissão ou prestação deficiente no campo social. A construção alemã original da reserva do possível surgiu atrelada à razoabilidade e à proporcionalidade. Entretanto, aqui no Brasil, ela relegou tais valores para segundo plano, priorizando, em contrapartida, a questão dos custos dos direitos e da escassez de recursos, que passaram a ser vistos como praticamente insuperáveis. Essa nova roupagem deve-se à importação acrítica e desordenada de sua construção, bem como pela influência ideológica neoliberal. É preciso, portanto, contextualizar a reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro, colocando lado a lado a escassez de recursos e a razoabilidade e proporcionalidade, visando, assim, cumprir a Constituição naquilo que ela tem como essência: a dignidade humana. Com efeito, a reserva do possível tem a natureza de restrição a direitos fundamentais, admitindo, entretanto, ser restringida, haja vista não haver direitos absolutos, como também restrições absolutas. Nesse sentido, e como consequência da teoria das restrições às restrições, surgem como possibilidades de superação da reserva do possível a proporcionalidade, a razoabilidade, a vedação do retrocesso e o mínimo existencial. O estudo de tais institutos permite enfrentar a reserva do possível, desvendando o falso mito de insuperabilidade por conta da realidade econômica, evitando-se, assim, sua superavaliação em detrimento dos direitos sociais. Tal posicionamento justifica-se, pois, independente da convicção política do intérprete (liberal, social-democrata ou neo-liberal), a Constituição de 1988 assumiu claramente a feição social, de sorte que não cabe discutir acerca da conveniência de tal modelo, cabendo apenas a discussão de como efetivá-la. Nesse contexto, embora não se desconsidere as dificuldades de ordem econômica para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, buscou-se trazer a questão da reserva do possível a dimensões constitucionalmente adequadas. Dessa forma não se ignora, mas se evita uma superestimação do elemento econômico em detrimento do elemento humano, finalidade última dos direitos e garantias fundamentais, ponto principal do sistema constitucional de países civilizados.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais sociais; reserva do possível; superação.

## ABSTRACT

This thesis aims to address the construction denominated reserve of the possible and the possibility of its overcoming in the Brazilian legal system, which is permeated by the driving force of fundamental social rights. It is known that the Constitution of 1988, also called Citizen letter, in allusion to its social feature, has framed a series of rights before relegated to social and economic order as authentic fundamental rights: the so-called fundamental social rights, with the consequence a number of consequences as the immediate applicability of such rights, an efficacy leader that requires all public authorities to realize them, a irradiant efficacy, in the sense of interpret the others legal rules of order in accordance with the fundamental social rights, among others, revealing thus the State has left his position as protector of individual manifestations, becoming the promoter of equality. It follows that for this, it is necessary resources which, in turn, are finite, unlike the needs, which are endless. In this vein, blunts the argument of reserve of the possible as a lifeline of Public Administration, which does not hesitate to sustain such construction to try to justify its omission or deficient in social provision. The original German construction of reserve of the possible appeared linked to reasonableness and the proportionality. However, here in Brazil, it has relegated to the background such values, prioritizing, however, the question of the costs of the rights and the scarcity of resources, which came to be seen as practically insuperable. This new guise is due to disordered and acritical importation of its construction, as well as by neoliberal ideological influence. It is therefore necessary to contextualize the reserve of the possible for the Brazilian legal system, placing side by side the scarcity of resources and the reasonability and proportionality, seeking thereby enforce the Constitution and what it has essence of human dignity. Indeed, the reserve of the possible has the nature of the restriction of the fundamental rights, admitting, however, be restricted, considering that there is no absolute rights, as well as absolute restrictions. In this sense and as a result the theory of constraints to restrictions, arise as possibilities for overcoming the reserve of the possible the proportionality, reasonableness, sealing of regress and the existential minimum. The study of such institutes lets face the reserve of the possible, unmasking the false myth of the insuperability due of economic reality, avoiding thus its overvaluation the detriment of social rights. This position is justified because, regardless of the political conviction of the interpreter (liberal, social democratic or neo-liberal), the 1988 Constitution clearly assumed social feature, so that it does not argue about the convenience of such a model, fitting only the discussion of how effect it. In this context, although not disregard the economic difficulties for the realization of fundamental social rights, sought to bring the issue of reserve of the possible for the constitutionally appropriate dimensions. Thus is not being ignored, but avoids an overestimation of the economic element to the detriment of the human element, ultimate purpose of fundamental rights and guarantees, main point of the constitutional system of civilized countries.

**Keywords:** Fundamental social rights; reserve of the possible; overcoming.



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS</b> .....	<b>13</b>
2.1	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	13
2.1.1	Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão .....	17
2.1.2	Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão .....	18
2.1.3	Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão .....	21
2.1.4	Direitos Fundamentais de Quarta e Quinta Dimensões .....	23
2.2	O NOVO PARADIGMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS .....	25
2.2.1	Considerações Preliminares .....	25
2.2.2	Fundamentalidade Formal e Material .....	27
2.2.3	Aplicabilidade Imediata dos Direitos Fundamentais Sociais .....	33
2.2.4	As Dimensões Subjetiva e Objetiva dos Direitos Fundamentais Sociais .....	37
2.2.5	O Novo Paradigma dos Direitos Fundamentais Sociais .....	46
2.3	DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL .....	47
<b>3</b>	<b>A NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO INSTRUMENTO PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS</b> .....	<b>49</b>
3.1	HERMENÊUTICA .....	49
3.2	DO JUSNATURALISMO AO POSITIVISMO JURÍDICO .....	53
3.2.1	Jusnaturalismo .....	53
3.2.2	Positivismo Jurídico .....	55
3.3	PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO .....	57
3.4	A NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA .....	60
3.5	A PRINCIOLOGIA JURÍDICA .....	63
3.5.1	Distinção entre Regras e Princípios .....	65
3.5.2	O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....	68
<b>4</b>	<b>RESTRICÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS</b> .....	<b>74</b>
4.1	BREVES CONSIDERAÇÕES .....	74
4.2	TEORIAS INTERNA E EXTERNA .....	75
4.3	POSIÇÃO ADOTADA .....	80
4.4	A RESERVA DO POSSÍVEL COMO RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS .....	82
<b>5</b>	<b>A RESERVA DO POSSÍVEL</b> .....	<b>85</b>
5.1	CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	85

5.1.1	A Cisão dos Direitos Humanos no Sistema da Onu em 1951 .....	85
5.1.2	O Caso do <i>Numerus Clausus</i> I (BVerfGE 33, 303, de 1973) .....	87
5.1.3	<i>Hochschul-Urteil</i> ou <i>Decisão das Universidades</i> (Precedente BVerfGE 35, 79, de 1973) .....	90
5.1.4	O Caso do <i>Numerus Clausus</i> II (Precedente BVerfGE 43, 291, de 1977) .....	91
5.2	A RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL .....	92
5.2.1	Importação de Direito Estrangeiro .....	94
5.2.2	A Influência do Neoliberalismo: Breves Considerações .....	99
5.3	CONCEITO .....	106
5.4	CUSTOS DOS DIREITOS .....	109
5.5	A ESCASSEZ DE RECURSOS COMO ELEMENTO COMUM E CENTRAL: AS DIMENSÕES DA RESERVA DO POSSÍVEL .....	113
5.5.1	Dimensão Fática da Reserva do Possível ou Escassez Real ou Econômica .....	117
5.5.2	Dimensão Jurídica da Reserva do Possível ou Escassez Ficta ou Jurídica .....	119
5.5.3	Dimensão Negativa .....	124
<b>6</b>	<b>POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA RESERVA DO POSSÍVEL: TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES (OU RESTRIÇÃO ÀS RESTRIÇÕES) .....</b>	<b>126</b>
6.1	PROPORCIONALIDADE .....	129
6.1.1	Considerações Preliminares .....	130
6.1.2	Natureza Jurídica .....	134
6.1.3	Do Fundamento Jurídico .....	136
6.1.4	Os Subprincípios Integradores do Princípio da Proporcionalidade: Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em Sentido Estrito .....	140
6.1.4.1	Adequação .....	141
6.1.4.2	Necessidade .....	142
6.1.4.3	Proporcionalidade Em Sentido Estrito .....	144
6.1.5	Das Funções .....	152
6.1.5.1	Vedação de Excesso .....	154
6.1.5.2	Vedação de Insuficiência .....	154
6.2	RAZOABILIDADE .....	160
6.2.1	Razoabilidade e Proporcionalidade .....	160
6.2.2	Delimitação do Princípio da Razoabilidade .....	164
6.2.3	Razoabilidade e Reserva do Possível .....	166
6.3	VEDAÇÃO DO RETROCESSO .....	168
6.3.1	Considerações Preliminares .....	168
6.3.2	Fundamento Jurídico .....	172
6.3.3	Vedação do Retrocesso e Reserva do Possível .....	175
6.4	MÍNIMO EXISTENCIAL .....	179
6.4.1	Considerações Preliminares .....	179

6.4.2	Tentativa de Delimitação do Conteúdo de Mínimo Existencial .....	182
6.4.3	O Mínimo Existencial e o Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais .....	185
6.4.3.1	Teorias Objetiva e Subjetiva .....	186
6.4.3.2	Teorias Absoluta e Relativa .....	190
6.4.3.3	Posição Adotada .....	195
6.4.3.4	Aproximação entre o Mínimo Existencial e o Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais Sociais .....	196
6.4.3.5	Mínimo Existencial e Dignidade da Pessoa Humana .....	197
6.4.4	Mínimo Existencial e Reserva Do Possível .....	202
6.5	NOTAS CONCLUSIVAS .....	204
7	CONCLUSÃO .....	206
	REFERÊNCIAS .....	218



## 1 INTRODUÇÃO

A escolha do tema desta dissertação deveu-se a uma grande preocupação com o tratamento dispensado às questões relacionadas à efetivação dos direitos fundamentais sociais no Brasil. Decerto, identifica-se uma inquietação quanto à reserva do possível, que tem servido de fundamento para se justificar o descumprimento das normas jusfundamentais, de sorte que sua aplicação sem uma análise mais aprofundada gera um sentimento de argumento retórico e irremediável.

Destarte, a presente dissertação visa tratar dessa construção denominada “reserva do possível” e das possibilidades de sua superação. Com efeito, a reserva do possível afigura-se como uma restrição à efetivação dos direitos fundamentais, mormente dos direitos fundamentais sociais, o que exige uma abordagem cautelosa de tal construção, visando sempre alcançar em maior grau a dignidade da pessoa humana.

Evitou-se limitar o presente trabalho a um estudo de determinado direito social, ou mesmo a um grupo deles, pois, entendeu-se que isso mudaria o objeto do mesmo, que versa sobre a construção denominada “reserva do possível”, e não determinados tipos de direitos fundamentais sociais e sua efetivação diante daquela.

Para tanto, preferiu-se dividir a dissertação em sete capítulos, sendo este primeiro reservado a apresentação do trabalho.

No capítulo segundo, serão feitas algumas considerações sobre os direitos fundamentais de acordo com a sua divisão histórica em gerações ou dimensões. Assim, identificar-se-á os direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira, quarta e, até mesmo, de quinta geração, como pretendem alguns. Em seguida, tratar-se-á do novo paradigma dos direitos fundamentais sociais, vistos hodiernamente como o meio para se atingir os valores escolhidos pelo constituinte. Nesse contexto, serão abordadas a questão da fundamentalidade formal e material, a aplicabilidade imediata de suas normas, suas dimensões subjetiva e objetiva, sendo tratados ainda diversos desdobramentos de tais pontos, como a proteção dos direitos sociais por meio das cláusulas pétreas, sua justiciabilidade, a eficácia dirigente, a eficácia irradiante, a eficácia horizontal, dentre outros aspectos. A parte final do capítulo relaciona a reserva do possível e os direitos fundamentais sociais, campo maior de atuação daquela.

Intimamente relacionado ao capítulo anterior, o terceiro capítulo é dedicado à hermenêutica jurídica inaugurada a partir da pós-modernidade. Com efeito, entender os direitos fundamentais sociais sob um novo paradigma exige também uma hermenêutica jurídica voltada para esse objetivo. Nesse sentido, o terceiro capítulo tratará dessa nova hermenêutica jurídica, inaugurada com o pós-positivismo, segundo a qual a interpretação jurídica deverá buscar sempre a efetivação máxima da dignidade da pessoa humana, e, conseqüentemente, a maximização também dos direitos fundamentais, como sói acontecer no panorama pós-moderno. Na medida em que a hermenêutica inaugurada com o pós-positivismo leva o intérprete a buscar a solução que melhor alcance a dignidade humana e, na medida que os direitos fundamentais sociais tem fundamento na dignidade humana (ainda que em medidas variadas), salta aos olhos que efetivar direitos fundamentais sociais importa na priorização da dignidade humana. Nesse contexto, após algumas considerações sobre a hermenêutica em si, far-se-á uma digressão pelo jusnaturalismo, pelo positivismo, até chegar no pós-positivismo, sendo encarado aqui como a síntese entre os dois primeiros. Serão abordados alguns reflexos do pós-positivismo em vários campos da Ciência do Direito, o que fez emergir novas possibilidades de realização do direito justo, podendo ser identificados como contributos desse movimento, dentre outros, o delineamento de uma nova hermenêutica jurídica e a valorização da principiologia jurídica. Em seguida buscar-se-á distinguir as normas jurídicas em princípios e regras, culminando com o delineamento do princípio da dignidade da pessoa humana.

No quarto capítulo tratar-se-á da questão da viabilidade de restrições aos direitos fundamentais sociais, abordando-se as teorias interna e externa, e apontando-se para um posicionamento pessoal em seguida. Ao fim, discutir-se-á se a reserva do possível pode vir a ser classificada como limite (algo interno) ou restrição (algo externo) aos direitos fundamentais, matéria de fundamental importância, cuja consequência reflete na possibilidade de controle ou não da mesma.

O quinto capítulo foi dedicado à reserva do possível propriamente dita. Entendeu-se por bem fazer uma breve digressão sobre as origens e o histórico de tal instituto. Ato contínuo, buscar-se-á comprovar que, com a importação desordenada da mesma e da influência ideológica do neoliberalismo, ela, ao ser introduzida no Brasil, sofreu um grande processo de mutação, deixando de refletir sua preocupação principal original (razoabilidade e proporcionalidade) para refletir a preocupação com a escassez de recursos e os custos dos direitos, relegando aquela para segundo plano. Dentro desse contexto, serão abordadas as

questões dos custos dos direitos, e da escassez de recursos como elemento comum e central da reserva do possível, distinguindo-se a escassez real (ou econômica) da ficta (ou jurídica), possibilitando, assim, uma melhor visão de tal construção no ordenamento jurídico brasileiro.

Após cuidar, nos capítulos anteriores, da possibilidade de restrição aos direitos fundamentais e da restrição chamada reserva do possível, tratar-se-á no sexto capítulo das restrições às restrições aos direitos fundamentais, ou, como querem alguns, dos limites dos limites. Em resumo, serão analisadas as possibilidades de superação da reserva do possível. Tal capítulo se inicia com o delineamento da teoria das restrições às restrições aos direitos fundamentais e segue com a análise individualizada de algumas dessas restrições: a proporcionalidade, a razoabilidade, a vedação do retrocesso e o mínimo existencial. Preferiu-se não colocar cada uma dessas restrições em capítulos separados, pois, além de serem espécies do mesmo gênero “restrições às restrições” aos direitos fundamentais, elas mantêm entre si uma ligação muito forte, justificando, destarte, sua análise em um único capítulo.

Por fim, no capítulo sétimo reside a conclusão dessa dissertação, traçando, para tanto, um breve resumo de tudo quanto será dito nessas próximas linhas.

Impõe-se uma última consideração, no sentido de desvelar que a presente dissertação assume uma postura garantista em favor dos direitos fundamentais sociais, buscando-se evitar a superavaliação da escassez de recursos, tão corriqueiro nos tempos atuais. Tal posicionamento justifica-se por motivos de ordem constitucional, segundo os quais, independente da convicção política do intérprete (liberal, social-democrata ou neo-liberal), a Constituição de 1988 assumiu claramente a feição social, de sorte que não cabe discutir acerca da conveniência de tal modelo, cabendo apenas a discussão de como efetivá-la.

Nesse contexto, a presente dissertação, em que pese não desconsiderar as dificuldades de ordem econômica para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, buscou trazer a questão da “reserva do possível” a dimensões constitucionalmente adequadas. Dessa forma não se ignora, mas se evita uma superestimação do elemento econômico em detrimento do elemento humano, finalidade última dos direitos e garantias fundamentais, ponto principal do sistema constitucional de países civilizados.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A título de pressuposto teórico da presente dissertação, antes de tratar propriamente da reserva do possível, entende-se ser necessário tecer alguns comentários sobre as linhas gerais dos direitos fundamentais sociais. Por sua vez, não há como falar da espécie (direitos fundamentais sociais) sem antes situar tais direitos dentro do gênero que é os direitos fundamentais.

Assim, nos próximos tópicos, ainda que de forma breve e sucinta, os direitos fundamentais serão tratados de acordo com sua divisão didática em gerações ou dimensões, sendo abordado ainda o novo paradigma dos direitos fundamentais sociais, relacionando-se, no final, os direitos fundamentais sociais com a reserva do possível.

### 2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tratar da espécie “direitos fundamentais sociais” exige, previamente, que se teçam alguns comentários acerca do gênero “direitos fundamentais”, ainda que de forma breve e sucinta.

Os direitos fundamentais, justamente por sua natureza histórica, não nasceram na extensão que se conhecem 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<sup>1</sup>, 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,

---

<sup>1</sup> MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.40.



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.

Tais gerações correspondem a uma sucessão temporal de afirmação e acumulação de outros direitos fundamentais, levando à irreversibilidade ou irrevogabilidade dos direitos reconhecidos<sup>2</sup>.

Fala-se hodiernamente em novas gerações de direitos, 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, o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem um caráter de cumulatividade, de complementaridade, e não de alternância, de modo que o uso da expressão “gerações” pode passar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, motivo pelo qual parte da doutrina vem preferindo utilizar o termo “dimensões” dos direitos fundamentais<sup>3</sup>, retratando melhor a dinâmica (e não estática) do direito.

Nesse sentido, André Ramos Tavares pontua que:

É preciso anotar que os autores têm preferido falar em gerações, querendo significar gerações sucessivas de direitos humanos. A ideia de “gerações”, contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as “gerações” ou “dimensões” dos direitos fundamentais. Daí a razão da preferência pelo termo “dimensão”<sup>4</sup>.

Comungando ainda desse entendimento, Paulo Bonavides assevera que “força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”<sup>5</sup>.

Todavia, conforme assevera Dirley da Cunha Júnior, tal fundamento, por si só, não é capaz de infirmar o uso do termo “gerações”, haja vista todos sustentarem (inclusive os que lançam tais críticas) que a progressividade dos direitos fundamentais “ocorre no âmbito

---

<sup>2</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p.580.

<sup>3</sup> 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.45.

<sup>4</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.358.

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.525.

de um processo cumulativo e complementar, de modo que os direitos das gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das novas gerações”<sup>6</sup>. Assim, em que pese as críticas levantadas ao termo “gerações”, as próprias características de complementaridade e cumulatividade levam à conclusão de que não há desaparecimento de uma geração com o surgimento de outra, não sendo necessário, portanto, afastar o uso do termo “gerações”.

Nesse mesmo diapasão, Manoel Jorge e Silva Neto sustenta que uma geração pode sim conviver com outra, de forma harmoniosa ou não, pois “não é viável aludir à possibilidade de colisão ou substituição de uma geração de direitos fundamentais por outra; não há, por conseguinte, ‘conflito de gerações’ entre eles”<sup>7</sup>.

Entretanto, se a crítica ao uso do termo “gerações” parece não proceder somente pelo argumento da “substituição gradativa de uma geração por outra”, a ele se soma outro, trazido por Willis Santiago Guerra Filho, segundo o qual os direitos já reconhecidos em uma geração assumem uma outra dimensão no seu processo de evolução progressiva, sendo mais prudente falar-se em “dimensões” e não “gerações” dos direitos fundamentais:

Que ao invés de “gerações” é melhor se falar em “*dimensões de direitos fundamentais*” (...), não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos “gestados” em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental<sup>8</sup>. (grifos no original).

Além disso, a expressão “gerações” 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 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

---

<sup>6</sup> Op. Cit., p.583.

<sup>7</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p.637.

<sup>8</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p.39.

direitos sociais, tidos como direitos de segunda geração e, portanto, sem prioridade de implementação<sup>9</sup>.

Assim, a fim de uma melhor precisão terminológica, adotar-se-á nessa dissertação o termo “dimensões”, afastando, destarte, a equívoca ideia de sucessão, em que uma geração substitui a outra. Ressalte-se, todavia, como bem adverte Ingo Wolfgang Sarlet, “que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e ‘gerações’ de direitos”<sup>10</sup>.

Outro ponto importante, relacionado às dimensões dos direitos fundamentais, diz respeito ao fato de que 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<sup>11</sup>.

Nessa toada, o ideal é 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.

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

<sup>9</sup> MARMELSTEIN, George. Op. Cit., p.57.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p.45.

<sup>11</sup> “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”.

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)<sup>12</sup>.

Dá 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 “dimensão”, como se essa efetivação devesse acontecer progressiva e gradativamente de uma “dimensão” para outra.

### **2.1.1 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão**

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. Com efeito, após a queda do absolutismo e o surgimento da ideia de Estado de Direito (um Estado que além de ter o monopólio do direito, estivesse ele mesmo sujeito à observância da legalidade), observa-se o reconhecimento dos primeiros direitos civis e políticos, o que retrata um marco divisório entre as esferas pública e privada, assegurando aos cidadãos um âmbito

---

<sup>12</sup> Op. Cit., p.58-59.

de liberdade intangível ao Estado. Nesse sentido, as primeiras declarações de direitos (Declarações de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789) estabeleceram os primeiros direitos civis ou liberdades civis clássicas, de cunho negativo, no sentido de que, no geral, estabelecem limitações ao agir estatal, ou imunidades em face do Estado.

São os direitos da liberdade, representados pelos direitos civis e políticos correspondentes aos primórdios do constitucionalismo ocidental. São as denominadas liberdades públicas, evidenciando-se nitidamente a separação entre sociedade e Estado, sendo eles claramente anti-estatais, 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 ingerência nas relações individuais e sociais, ficando ele reduzido tão-somente a guardião das liberdades<sup>13</sup>.

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 idéias 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 desses direitos de primeira dimensão: direito à vida, à liberdade, à propriedade, à manifestação, à expressão, à reunião, à associação, ao voto, ao devido processo legal, à igualdade perante a lei (igualdade formal).

### **2.1.2 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

---

<sup>13</sup> Op. Cit., p.584-585.

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, mantinha-se uma postura passiva, igual à de um mero observador. Era o Estado do *laissez faire et laissez passer* (“deixar fazer, deixar passar”), como antes afirmado.

Contudo, essa postura abstencionista 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.

Conforme o magistério de Dirley da Cunha júnior,

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 indivíduo<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Idem, p.587-588.

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, conforme observa Ingo Wolfgang Sarlet, essa segunda dimensão abrange não só os direitos de teor positivo, mas também as “liberdades sociais”, como, por exemplo, a liberdade de sindicalização, o direito de greve e alguns direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como o direito a férias, repouso semanal remunerado, o salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, dentre outros. Assim, em que pese o cunho positivo ser considerado como marco distintivo dessa nova fase na evolução dos direitos fundamentais, essa segunda dimensão abrange bem mais do que direitos de cunho prestacional<sup>15</sup>.

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, a aposentadoria, previdência social, o direito de 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.

A título de síntese, trazemos à baila o escólio de George Marmelstein, para quem,

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 liberdade<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Op. Cit., p.48

<sup>16</sup> Op. Cit., p.51-52.

Por fim, cumpre ainda salientar que, assim como os direitos da primeira dimensão, os direitos dessa segunda dimensão referem-se à pessoa individual, não se confundindo com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão. Assim, o termo “social”, presente na expressão “direitos fundamentais sociais” (em seu sentido amplo), justifica-se, dentre outros motivos, no fato de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma “densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico”<sup>17</sup>.

### **2.1.3 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 complexidade<sup>18</sup>.

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

---

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p.48.

<sup>18</sup> 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.



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.

Pode-se dizer, portanto, que os direitos de primeira dimensão (os civis e políticos) relacionam-se diretamente com o princípio da liberdade; os direitos de segunda dimensão (os sociais, econômicos e culturais), com o princípio da igualdade; e os de terceira dimensão, ao princípio da solidariedade ou fraternidade.

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)<sup>19</sup>.

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<sup>20</sup>.

Com efeito, a nota característica e distintiva dos direitos de terceira dimensão é sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, como, por exemplo, se revela no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, que, ademais de ficar preservada sua dimensão individual, exige novas técnicas de proteção e garantia<sup>21</sup>. Trata-se, portanto, de direitos transindividuais, coletivos ou difusos.

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 os direitos à proteção ao consumidor, à infância e à juventude, ao idoso, ao deficiente físico, à saúde e à educação pública.

Ingo Wolfgang Sarlet observa que parte da doutrina ainda costuma elencar como integrantes dessa terceira dimensão a garantia contra a manipulação genética, ao direito de

---

<sup>19</sup> Op. Cit., p.637.

<sup>20</sup> Op. Cit., p.637.

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p.49.

morrer com dignidade, ao direito à mudança de sexo, ressaltando, entretanto, que, para alguns, já se trata aí de uma quarta dimensão<sup>22</sup>. Na verdade, em essência e estrutura, tais direitos atuam como direitos preponderantemente negativos, motivo pelo qual fossem melhor catalogados na primeira dimensão, evidenciando, destarte, a permanente atualidade dos direitos de liberdade, ainda que redimensionados<sup>23</sup>.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da proteção de interesses difusos e coletivos, inseriu em seu texto a tutela desses novos direitos, a exemplo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225<sup>24</sup>), à paz mundial (art. 4º, VI e VII<sup>25</sup>), à autodeterminação dos povos (art. 4º, III<sup>26</sup>) e ao desenvolvimento (art. 3º, II<sup>27</sup>). A maior parte, entretanto, ainda não encontra posituação constitucional, apesar de já constar em alguns tratados internacionais mais recentes.

#### 2.1.4 Direitos Fundamentais de Quarta e Quinta Dimensões

---

<sup>22</sup> Op. Cit., p.49-50.

<sup>23</sup> Ingo Wolfgang Sarlet menciona que “boa parte destes direitos em franco processo de reivindicação e desenvolvimento corresponde, na verdade, a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se intimamente vinculados (à exceção dos direitos de titularidade notadamente coletiva e difusa) à idéia da liberdade-autonomia e da proteção da vida e outros bens fundamentais contra ingerências por parte do Estado e dos particulares. Com efeito, cuida-se, no mais das vezes, da reivindicação de novas liberdades fundamentais, cujo reconhecimento se impõe em face dos impactos da sociedade industrial e técnica deste final de século. Na sua essência e pela sua estrutura jurídica de direitos de cunho excludente e negativo, atuando como direitos de caráter preponderantemente defensivo, poderiam enquadrar-se, na verdade, na categoria dos direitos de primeira dimensão, evidenciando assim a permanente atualidade dos direitos de liberdade, ainda que com nova roupagem e adaptados às exigências do homem contemporâneo.” (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.50).

<sup>24</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2013).

<sup>25</sup> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; (BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2013).

<sup>26</sup> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) III - autodeterminação dos povos; (BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2013).

<sup>27</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) II - garantir o desenvolvimento nacional; (BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2013).

Os direitos fundamentais não param de evoluir. A busca pela dignidade humana é uma constante na vida dos povos, devendo as normas jurídicas constantemente se adaptar aos anseios sociais, econômicos e culturais que vão surgindo. Daí ser natural que outros valores sejam acrescentados às declarações de direitos, assim como os “velhos” direitos sejam redimensionados a fim de refletirem as necessidades do momento atual.

Nesse contexto, as novas tecnologias, o avanço na medicina, a questão bioética, o terrorismo e as medidas antiterroristas, dentre outros, fazem nascer novas aspirações em torno dos direitos fundamentais.

De acordo com o escólio de Paulo Bonavides, a quarta dimensão dos direitos fundamentais 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 convivência<sup>28</sup>.

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 informação<sup>29</sup>. 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”<sup>30</sup>.

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 biotecnologia<sup>31</sup>. Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, a proposta de Paulo Bonavides<sup>32</sup>, comparada às posições

---

<sup>28</sup> Op. Cit., p.524-526.

<sup>29</sup> Op. Cit., p.638.

<sup>30</sup> Op. Cit., p.638.

<sup>31</sup> Op. Cit., p.595.

<sup>32</sup> A proposta é de considerar tais direitos, face a sua essência e estrutura jurídica de direitos de cunho excludente e negativo – atuando, portanto, como direitos de caráter preponderantemente defensivo – como direitos de primeira dimensão, o que evidenciaria a permanente atualidade dos direitos de liberdade, ainda que com nova

que colocam tais direitos como de quarta dimensão, tem a nítida vantagem de constituir uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, “qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade”<sup>33</sup>.

Mais recentemente, Paulo Bonavides vem defendendo a existência de uma quinta dimensão de direitos, que seria o direito à paz universal, que, como visto anteriormente, também é classificado por parte da doutrina como direito de terceira dimensão, como bem obtempera Ingo Wolfgang Sarlet:

Considerações similares dizem respeito ao direito à paz, que, na concepção de Karel Vasak, integra a assim designada terceira dimensão dos direitos humanos e fundamentais, mas que, de acordo com a proposta de Paulo Bonavides, movida pelo intento de assegurar ao direito à paz um lugar de destaque, superando um tratamento incompleto e teoricamente lacunoso, de tal sorte a resgatar a sua indispensável relevância no contexto multidimensional que marca a trajetória e o perfil dos direitos humanos e fundamentais, reclama uma reclassificação mediante sua inserção em uma dimensão nova e autônoma<sup>34</sup>.

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 equilibrado<sup>35</sup>.

## 2.2 O NOVO PARADIGMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

### 2.2.1 Considerações Preliminares

Os direitos fundamentais sociais trazem como principal característica a pressuposição de uma conduta ativa por parte do ente estatal, por meio de políticas públicas e ações governamentais, ao contrário do que pregava o modelo liberal, em que a concretização

---

roupagem e adaptadas às exigências do homem contemporâneo. (In: 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.50-51).

<sup>33</sup> Op. Cit., p.51.

<sup>34</sup> Op. Cit., p.51.

<sup>35</sup> ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2003, p.156.

dos direitos de liberdade ocorria pela inatividade do Estado. Nesse sentido é o escólio de José Joaquim Gomes Canotilho:

Daí a problemática dos direitos sociais que, ao contrário do que a teoria liberal defendia, não postula a abstinência estadual, antes exige uma intervenção pública estritamente necessária à realização destes direitos; a intervenção estadual é concedida não como um limite mas como um fim do Estado<sup>36</sup>.

Destarte, os direitos fundamentais sociais ensejam pretensões positivas estatais, isto é, o dever deste para com o indivíduo não mais se restringe à abstenção de condutas lesivas aos clássicos direitos de liberdade. Nessa segunda dimensão de direitos, o Estado assume o encargo de fornecer prestações, por meio de uma atuação positiva.

Entretanto, convém lembrar que os direitos fundamentais sociais não se limitam a um “fazer” do Estado. Eles abrangem também as denominadas “liberdades sociais”, como, por exemplo, o direito de greve, direito à férias, a liberdade de sindicalização e alguns direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como o direito a repouso semanal remunerado, o salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, dentre outros. Assim, em que pese o cunho positivo ser considerado como marco distintivo dessa nova fase na evolução dos direitos fundamentais, essa segunda dimensão abrange bem mais do que direitos de cunho prestacional<sup>37</sup>.

Vale referir também os ensinamentos de José Eduardo Faria, no sentido de que “os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento formalmente uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios”<sup>38</sup>.

Tratando de tal aspecto, Vicente de Paulo Barreto traz a seguinte lição acerca da representação dos direitos sociais:

Transitamos então para um novo patamar conceitual, onde os direitos sociais irão representar a integração dos princípios da igualdade material e da liberdade real, que não é aquela meramente proclamada nos textos legais. Os direitos sociais adquirem um novo papel no sistema jurídico, deixando de ser simples expedientes funcionais, destinados a compensar situações de desigualdade, e passando a atuar como núcleos integradores e legitimadores do bem comum, pois será através deles que se poderá

---

<sup>36</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.519.

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p.48

<sup>38</sup> FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.105.

garantir a segurança, a liberdade, a sustentação e continuidade da sociedade humana<sup>39</sup>.

Vê-se, portanto, que os direitos sociais, além de serem vistos como resultado das reivindicações de caráter social, são resultado também da pretensão de legitimação da verdadeira igualdade por meio de direitos que assegurem um mínimo em condições materiais com vistas à efetivação da justiça social.

### **2.2.2 Fundamentalidade Formal e Material**

A Constituição Federal de 1988, de forma pioneira, elevou os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais, incluindo-os, expressamente, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Tal fato pode ser visto como um compromisso do legislador constituinte em erigir uma sociedade um pouco mais equilibrada, tendo em vista as grandes diferenças sociais que sempre (e ainda hoje) reinaram na realidade brasileira.

Com efeito, já no preâmbulo se observa o propósito do constituinte de construir um Estado Democrático, destinado a assegurar a concretização dos direitos sociais. Ademais, o art. 3º revela os objetivos da República Federativa do Brasil, destacando-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I) e a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso II, parte final), os quais tornam a aparecer em outras passagens da Carta Magna, como, por exemplo, o art. 170, que se encontra no capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica<sup>40</sup>.

É de se admitir, hodiernamente, que os direitos fundamentais sociais são o meio para se atingir os valores escolhidos pelo constituinte, notadamente por serem direitos que visam a igualdade e a melhoria das condições de vida da população. Daí Paulo Bonavides afirmar que tais direitos nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não pode se desgarrar, pois isto equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: *Direitos Fundamentais Sociais*. Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.119.

<sup>40</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.34.

<sup>41</sup> Op. Cit., p.91.

Em que pese muitos desses direitos serem de expressão coletiva, o objeto de proteção, ao final, é o indivíduo, e, em última instância, a dignidade da pessoa humana. Ela reside no próprio conteúdo de tais direitos, fazendo-se, portanto, mister tecer alguns comentários acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, tanto formal, quanto material.

A fundamentalidade formal se dá com a inserção dos direitos sociais no Título II da Constituição Federal (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”). Ela diz respeito à colocação de determinados direitos sob o *status* de norma formalmente constitucional. Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet, a fundamentalidade formal está ligada ao direito constitucional positivo, resultando dos seguintes aspectos:

a) como parte integrante da constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza *supralegal*; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); c) cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF). (grifos no original)<sup>42</sup>.

Em tal posição, os direitos sociais tem a proteção reforçada própria das normas constitucionais, seja pelo seu caráter de norma hierarquicamente superior, seja pela sua inclusão no rol das cláusulas pétreas. Nesse sentido, Ana Carolina Lopes Olsen assevera que, em face da positivação jurídico-constitucional, “é possível afirmar que os direitos fundamentais encontram maior grau de efetividade, pois contam com uma estrutura judiciária capaz de obrigar os destinatários das normas respectivas ao seu devido cumprimento”<sup>43</sup>.

Vale observar, entretanto, que os direitos fundamentais situam-se no mesmo nível hierárquico das outras normas constitucionais originárias, sendo de fundamental importância compreendê-los dentro de um sistema constitucional, como bem observa Luís Roberto Barroso, ao pontuar que “a visão estrutural, a perspectiva de todo o sistema é vital”<sup>44</sup>. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) Não há, a evidência, como reconhecer uma relação pautada pela diferença hierárquica entre estes e as demais normas constitucionais originárias, já que inviável a existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais. A posição dos direitos fundamentais – que não podem ser considerados uma espécie de supercodificação – relativamente ao restante da ordem constitucional deve, neste

---

<sup>42</sup> Op. Cit., p.74-75.

<sup>43</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2012, p.31.

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.127-128.

contexto, ser analisada à luz do princípio da unidade da Constituição, resolvendo-se os inevitáveis conflitos por meio dos mecanismos de ponderação e harmonização dos princípios em pauta<sup>45</sup>.

Outro ponto importante acerca da fundamentalidade formal é caracterização dos direitos sociais como cláusulas pétreas, pois, mesmo já passados mais de vinte e quatro anos da promulgação da Constituição Federal, ainda surgem algumas objeções a tal característica, especialmente por conta da utilização pelo texto constitucional da expressão “direitos e garantias individuais”<sup>46</sup>, o que excluiria, portanto, os direitos sociais. Entretanto, essa interpretação literal (ou gramatical) esbarra na nova hermenêutica jurídica que, como será visto adiante, prima por aquela interpretação que mais alcance a dignidade da pessoa humana. Ora, excluir os direitos sociais da proteção das cláusulas pétreas, por conta, simplesmente, da literalidade de um dispositivo, não se coaduna com essa nova hermenêutica jurídica inaugurada com a pós-modernidade.

Com efeito, a interpretação gramatical não é a que melhor corresponde à vontade do Constituinte, imbuído que foi do espírito de promover a justiça social, colocando os direitos sociais como direitos fundamentais. Se essa interpretação literal prevalecesse, ter-se-ia que reconhecer como excluídos dessa proteção não apenas os direitos sociais (artigos 6º a 11), como também os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13) e os direitos políticos (artigos 14 a 17, com exceção do direito de voto), já que também não foram mencionados pelo texto da norma do art. 60, § 4º, IV, da CF<sup>47</sup>.

Outro argumento contrário à inclusão dos direitos sociais no rol das cláusulas pétreas é o de que, se o Constituinte de 1988 desejasse incluir tais direitos no mencionado rol o teria feito expressamente. Ocorre que tal interpretação desconsidera algumas peculiaridades da Carta Cidadã de 88, podendo-se contra-argumentar no sentido de que, se os direitos sociais não fossem dotados dessa nota de fundamentalidade, o constituinte originário poderia ter repetido a tradição brasileira de não incluir os direitos sociais no título destinado aos direitos e garantias fundamentais. Ademais, ao contrário da Constituição portuguesa, a brasileira não

---

<sup>45</sup> Op. Cit., p.73-74.

<sup>46</sup> Art. 60, § 4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2013).

<sup>47</sup> Art. 60, § 4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2013).



faz distinção de regime jurídico entre direitos de defesa e direitos prestacionais, corroborando, destarte, a ideia de mesma hierarquia jurídica ou axiológica entre eles, não justificando, por outro lado, tratamento diferenciado.

Assim, negar aos direitos sociais a proteção do art. 60, § 4º, IV, da CF, significa, em outras palavras, voltar as costas às novas perspectivas veiculadas pela proteção diferenciada de “todos os direitos fundamentais, sem distinção”. A inclusão dos direitos sociais no conceito de “direitos e garantias individuais” (como prescrito pelo texto do art. 60, § 4º, IV, CF) representa, não só uma busca por outros valores que não apenas aqueles do modelo liberal, como também uma superação desse modelo, que não atende aos anseios preconizados pela Constituição de 1988<sup>48</sup>. Vale ressaltar que sempre estará em questão a dignidade da pessoa humana, que não é afastada por direitos de expressão coletiva, haja vista as coletividades serem formadas por indivíduos, como bem observa Paulo Bonavides:

A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam hoje o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do Poder<sup>49</sup>.

Observa-se, mais uma vez, a necessidade de uma compreensão sistemática da Constituição, de sorte a incluir os direitos sociais no rol das cláusulas pétreas como forma de impedir sua supressão, além de assegurar a promoção e a consecução dos objetivos constitucionais, demonstrando, outrossim, que a proteção prevista no art. 60, § 4º, dialoga com a forma de Estado eleita pela CF/88.

Tecidas essas considerações acerca da fundamentalidade formal, cumpre ressaltar que ela não se mostra suficiente para resolver completamente o caráter de fundamentalidade dos direitos sociais, surgindo a necessidade de se buscar uma fundamentalidade material dos mesmos. Nesse sentido é o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet:

É, portanto, evidente que uma conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na Constituição, revela sua insuficiência também para o caso brasileiro, uma vez que a nossa Carta Magna, como já referido, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II da CF), seja com assento na Constituição, seja fora desta, além da circunstância de que tal conceituação

---

<sup>48</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. Op. Cit., p.38.

<sup>49</sup> Op. Cit., p.642.

estritamente formal nada revela sobre o conteúdo (isto é, a matéria propriamente dita) dos direitos fundamentais<sup>50</sup>.

A fundamentalidade material diz respeito aos direitos que, pelo seu conteúdo, podem ser considerados fundamentais, mesmo que fora do catálogo dos direitos fundamentais (Título II da CF), ou mesmo fora da Constituição. Ela decorre do fato de serem os direitos fundamentais elementos constitutivos da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, em que pese não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é pelo direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite que a Constituição se abra a outros direitos fundamentais não inseridos em seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes de seu texto formal, ainda que possa haver controvérsia acerca da extensão do regime da fundamentalidade formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais<sup>51</sup>.

A própria Constituição Federal, em seu art. 5º, § 2º<sup>52</sup>, traz norma contemplando um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, o que se coaduna com os diversos direitos sociais previstos ao longo de seu texto, deixando claro que o rol do Título II não é exaustivo. A título de exemplo, podem-se citar os direitos previstos no Título VIII, da “Ordem Social”, que se baseia na justiça social. Nesse contexto, reafirma-se o papel dos direitos sociais como meio de atingir a tão almejada justiça social, corolário dos objetivos do Estado, mormente o que trata de desigualdades sociais<sup>53</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet cita alguns argumentos para justificar a inclusão dos direitos sociais na norma de abertura material da CF/88: o primeiro diz respeito à literalidade do próprio texto da norma do art. 5º, § 2º, que não faz distinção entre os direitos que pretende abarcar, haja vista anunciar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros (...)”<sup>54</sup>; o segundo refere-se à inserção dos direitos sociais no título destinado

---

<sup>50</sup> Op. cit., p.75.

<sup>51</sup> Idem, p.75.

<sup>52</sup> Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2013.

<sup>53</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. Op. Cit., p.40.

<sup>54</sup> Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja

aos direitos fundamentais, o que autoriza a interpretação a favor da abrangência de tais direitos pela norma em análise; o terceiro é relativo à formulação do art. 6º, da CF, o qual, após enumerar alguns direitos sociais (educação, saúde, trabalho, etc.), encerra com a expressão “na forma desta Constituição”, viabilizando, destarte, a inclusão de outros direitos sociais que possam ser encontrados na Constituição, mormente os inseridos nos títulos “Da Ordem Econômica” e da “Ordem Social”<sup>55</sup>.

Problema distinto é o da identificação do conteúdo do conceito material dos direitos fundamentais (dentre os quais os sociais). Essa identificação se torna ainda mais árdua pelo fato de a Constituição mencionar, em seu art. 5º, § 2º, “direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados”, o que significa que, por uma interpretação baseada nos princípios, podem existir direitos não positivados<sup>56</sup>. Com efeito, não é tarefa fácil identificar quais direitos gozam da mencionada materialidade material (estejam ou não no texto da Constituição). Somente com a análise do seu conteúdo é que se permite verificar se os mesmos possuem ou não a mencionada fundamentalidade, isto é, se possuem ou não decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial à posição ocupada pela pessoa humana naqueles.

Entretanto, ainda que haja essa discussão em torno da fundamentalidade material de determinados direitos não previstos no catálogo, uma vez identificada aquela, aplica-se o regime jurídico diferenciado dos direitos fundamentais, pois, se assim não fosse, a norma de abertura material perderia sentido, haja vista uma das notas distintivas dos direitos fundamentais ser justamente o regime jurídico reforçado.

Especificamente no que toca à interpretação da cláusula de abertura material em relação aos direitos sociais, cabe trazer à baila o escólio de Vicente de Paulo Barreto, para quem esses direitos representam um novo paradigma, uma vez que acrescentam aos direitos fundamentais uma dimensão social, sem configurar caridade:

---

parte. BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2013.

<sup>55</sup> Op. Cit., p.82.

<sup>56</sup> Nesse ponto, vale ressaltar o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem, com base no entendimento subjacente ao art. 5º, § 2º, da CF, pode-se cogitar de duas espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição formal); b) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto constitucional). Ele, entretanto, ainda menciona respeitável doutrina que defende a existência de uma terceira categoria, a dos direitos apenas formalmente fundamentais, a exemplo de Vieira de Andrade, Canotilho e, entre nós, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. (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.80-81; 137).

Os direitos sociais, como direitos nascidos, precisamente, em virtude e como resposta à desigualdade social e econômica da sociedade liberal, constituem-se como núcleo normativo central do estado democrático de direito<sup>57</sup>.

Ademais, o fundamento jurídico dos direitos sociais apresenta-se em consonância com o modelo de Estado Democrático e Social eleito pela Carta Magna de 1988, de modo que o mencionado modelo impõe que, junto à liberdade, o indivíduo também tem certas necessidades básicas cuja satisfação deve ser garantida por meio dos direitos fundamentais.

Destarte, conclui-se que, se a própria Constituição elegeu uma forma de Estado “Social”, fundada em princípios de justiça social com vistas a reduzir desigualdades e promover o bem estar econômico de todos, a cláusula de abertura material do art. 5º, § 2º abrange, por óbvio, os direitos de cunho social.

### **2.2.3 Aplicabilidade Imediata dos Direitos Fundamentais Sociais**

Como consequência do reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais, impõe-se a conclusão lógica de que eles se sujeitam à norma do art. 5º, § 1º, da CF, que prevê a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais<sup>58</sup>. Entretanto, em que pese a obviedade dessa conclusão, ela encontra algumas objeções, como será visto.

A primeira delas diz respeito à eficácia dos direitos fundamentais, considerados por alguns como normas programáticas, isto é, normas de eficácia limitada. José Afonso da Silva, por exemplo, sustenta que as normas definidoras dos direitos sociais são normas programáticas, sendo, portanto, normas de eficácia limitada:

As normas de eficácia limitada são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Op. Cit., p.110.

<sup>58</sup> Art. 5º, § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2013.

<sup>59</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.82-83.

Por esse entendimento, as normas referentes aos direitos sociais apenas prescreveriam programas sociais a serem adotados pelo Estado, motivo pelo qual alguns doutrinadores defenderem que a regra da aplicabilidade imediata não poderia ser aplicada a essa categoria de direitos.

Entretanto, não realizar os direitos fundamentais que defluem de tais normas programáticas por falta de regulamentação desmerece o próprio direito, isto é, a omissão do Estado por falta de lei fere o direito e a norma que o prevê, que, por sua vez, seria destituída de sentido se não pudesse gerar qualquer efeito. Nessa linha de entendimento, Norberto Bobbio leciona que:

O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem, aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas”. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados sine die, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de “direito”?<sup>60</sup>. (grifos no original).

Assim, voltando ao quanto sustentado por José Afonso da Silva, pode-se observar um contra-senso em sua teoria, na medida em que ele também admite que todas as normas constitucionais são dotadas de alguma eficácia<sup>61</sup>. Assim, não se pode aceitar uma norma constitucional que por si só não seja capaz de produzir algum efeito. Nesse sentido, impõe-se discordar da afirmação de José Afonso da Silva de que as normas constitucionais que definem os direitos sociais não são autoaplicáveis.

Mesmo com essa contra-argumentação, José Afonso da Silva tenta refutá-la, asseverando que “o valor contido no § 1º do art. 5º está na obrigação das instituições estatais de atender aos direitos fundamentais na medida de suas condições. Além disso, numa situação

---

<sup>60</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 6. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.92.

<sup>61</sup> “Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida”. (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.81).

concreta levada ao Poder Judiciário, este não poderá deixar de aplicar a norma em comento, conferindo ao interessado o direito reclamado”<sup>62</sup>. Nesse mesmo diapasão, Celso Ribeiro Bastos sustenta que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata tanto quanto possível<sup>63</sup>.

Fala-se também na dependência de fatores econômicos para a concretização dos direitos fundamentais sociais, o que seria mais uma restrição à aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais sociais. Porém, esse argumento cai por terra diante do fato de que todos os direitos fundamentais (de defesa ou prestacionais) têm custos, isto é, reclamam do Estado algum dispêndio econômico, mesmo que indiretamente. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva afirma que:

Não são apenas aqueles direitos garantidos pelo que convencionou chamar de “norma de eficácia limitada” que exigem uma ação onerosa do Estado, mas também as liberdades públicas e os direitos políticos (e todos os outros direitos). Com isso, pretende-se demonstrar, então, que a *limitação da eficácia de determinadas normas não é algo intrínseco a elas*. Uma norma não é de eficácia limitada por uma questão meramente textual ou “estritamente jurídica”. Essa limitação depende muito mais de opções político-ideológicas que não tem necessária relação com o texto constitucional. Toda norma, a partir desse ponto de vista, tem eficácia limitada – mas algumas delas, por razões extrínsecas, têm melhores condições de produzir efeitos<sup>64</sup>. (grifos no original).

Observa-se, portanto, que a questão da aplicabilidade imediata está intimamente relacionada à eficácia das normas, entendida como a capacidade das mesmas em produzir efeitos concretos. Daí o mencionado autor sustentar que todas as normas dependem de atuação estatal para produzir efeitos, questionando, outrossim, a necessidade de se distinguir a eficácia no que toca aos direitos sociais<sup>65</sup>.

Afigura-se necessário, nessa ótica, buscar o sentido da norma testificada pelo art. 5º, § 1º, a fim de se descobrir o intuito do Constituinte originário, como bem observa Ingo Wolfgang Sarlet:

Nesse contexto, verificar-se-á que até mesmo os defensores mais ardorosos de uma interpretação restritiva da norma reconhecem que o Constituinte pretendeu, com sua expressa previsão no texto, evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que os “permaneçam letra morta no texto da Constituição”, de tal sorte que podemos considerar tal constatação como um dos esteios de nossa Constituição,

<sup>62</sup> SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p.165.

<sup>63</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. vol. São Paulo: Saraiva, 1989, p.393.

<sup>64</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p.232.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p.232.

tomando-a como ponto de partida para as considerações que irão seguir<sup>66</sup>. (grifo no original).

Nessa perspectiva, a própria localização dos direitos fundamentais sociais na Constituição já seria suficiente para que lhes fosse atribuído o caráter de diretamente aplicáveis, mormente porque a norma do art. 5º, § 1º utiliza a expressão “direitos e garantias fundamentais”<sup>67</sup>, não fazendo distinção entre eles. Por esse motivo, Ingo Wolfgang Sarlet observa que “mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição, nem mesmo aos – como já visto, equivocadamente designados – direitos individuais e coletivos do art. 5º”<sup>68</sup>.

Além disso, embora existam dificuldades fáticas à plena realização dos direitos sociais, excluí-los da abrangência da norma do art. 5, § 1º equivaleria a retirar-lhes a própria fundamentalidade, pois uma das notas distintivas dos direitos fundamentais “é justamente a possibilidade de serem exigidos judicialmente por força da Constituição, que atribuiu a aplicabilidade imediata a todos os direitos fundamentais”<sup>69</sup>. Comungando desse pensamento, Ingo Wolfgang Sarlet assim se manifesta:

O Constituinte de 1988, além de ter consagrado expressamente uma gama variada de direitos fundamentais sociais, considerou todos os direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata. Além disso, já se verificou que boa parte dos direitos fundamentais sociais (as assim denominadas liberdades sociais) se enquadra, por sua estrutura normativa e por sua função, no grupo dos direitos de defesa, razão pela qual não existem maiores problemas em considerá-los normas auto-aplicáveis, mesmo de acordo com os padrões da concepção clássica referida<sup>70</sup>.

É de se ressaltar, entretanto, que o reconhecimento da aplicabilidade imediata às normas de direitos fundamentais sociais não invalida a constatação de que existem normas cuja eficácia não pode ser atingida plenamente, pois algumas delas dependerão sim de interposição legislativa para surtirem seus efeitos de forma completa. Os instrumentos processuais do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão são uma prova de que existem normas dependentes de interposição do legislador, encontrando-se tais instrumentos a serviço da aplicabilidade imediata e da efetividade das normas

---

<sup>66</sup> Op. Cit., p.264.

<sup>67</sup> Art. 5º, § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2013.

<sup>68</sup> Op. Cit., p.262.

<sup>69</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. Op. Cit., p.47.

<sup>70</sup> Op. Cit., p.268.

constitucionais<sup>71</sup>. Essa necessidade de lei, contudo, não pode servir de argumento para a omissão estatal, daí afirmando Flávia Piovesan que a ação de inconstitucionalidade por omissão seria uma sanção à inatividade:

Essa inovação constitucional expressa ruptura com a concepção que admite na Constituição um elenco de normas destituídas de qualquer aparato sancionatório, que não apresentam qualquer resposta á sua violação, que não ordenam, proíbem ou permitem em lapso temporal determinado e, sobretudo, normas que estão condicionadas unicamente à vontade do poder, que a assume como obrigação moral ou, no máximo, política. Fixa-se, assim, a idéia de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas dotadas de aplicabilidade, que desempenham função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser<sup>72</sup>.

Outrossim, é mister que se reconheça a grande mudança operada na história constitucional brasileira, em que, pela primeira vez, os direitos sociais foram guindados à condição de direitos fundamentais, afigurando-se vinculantes para todos os poderes estatais, saindo da “Ordem Econômica e Social” para o topo da Carta Magna de 1988. Daí que o não reconhecimento da aplicabilidade imediata aos direitos sociais seria um enorme retrocesso em relação às lentas e custosas conquistas sociais conseguidas ao longo do tempo.

Por fim, deve-se deixar claro que o tema aqui enfrentado suscita diversos outros aspectos que não foram objeto de análise, haja vista ter sido pretendido apenas apresentar o problema e tecer algumas considerações sobre a aplicabilidade imediata das normas dos direitos fundamentais sociais, sem, contudo, divisar a pretensão de investigá-lo profundamente, o que fugiria ao objeto e extensão desta dissertação.

#### **2.2.4 As Dimensões Subjetiva e Objetiva dos Direitos Fundamentais Sociais**

Admite-se duas dimensões (que não se confundem com as “gerações” ou “dimensões” históricas vistas anteriormente) ou perspectivas para os direitos fundamentais (dentre os quais os sociais), uma subjetiva e outra objetiva: a subjetiva corresponde aos direitos fundamentais como direito subjetivo do indivíduo, podendo ser exigido judicialmente, enquanto a objetiva corresponde aos direitos fundamentais como decisões valorativas da

---

<sup>71</sup> Ibidem, p.265.

<sup>72</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.81



Constituição, vinculando todos os poderes como uma ordem objetiva de valores. Tratando desse ponto, Dirley da Cunha Júnior assim leciona:

Nesse contexto, os direitos fundamentais operam, para além da dimensão de garantia de posições jurídicas individuais, também como elementos objetivos fundamentais que sintetizam os valores básicos da sociedade democraticamente organizada e os expandem para toda a ordem jurídica. Vale dizer, os direitos fundamentais devem ser concebidos não só como garantias de defesa do indivíduo contra o abuso estatal, mas também como um conjunto de valores objetivos básicos e diretrizes da atuação positiva do Estado<sup>73</sup>.

De forma geral, quando se faz referência aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, tem-se em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de exigir judicialmente seus direitos perante o destinatário, por meio de uma relação trilateral, composta pelo titular, o objeto e o destinatário do direito<sup>74</sup>. No que toca aos direitos fundamentais sociais, não há diferença de tratamento para as demais espécies de direitos fundamentais, admitindo-se, também, sua exigibilidade judicial, o que deve ser referenciado, pois, até pouco tempo atrás, doutrina e jurisprudência titubeavam quanto a essa possibilidade em face do aspecto programático das normas jusfundamentais sociais.

Não se duvida que grande parte dos direitos sociais só se realiza por meio de políticas públicas, o que leva ao problema da exigibilidade de tais direitos, já que seria vedado ao Judiciário intervir nos meandros das referidas políticas públicas. Nesse ponto, é de se observar que a efetivação dos direitos sociais pelo caminho judicial atende aos princípios que norteiam um Estado Social e Democrático de Direito, permitindo a correção de situações extremas que afetam grupos marginalizados ou discriminados, resultando, assim, crucial em uma teoria própria de países caracterizados por intensas desigualdades econômicas e sociais.

Além de tais considerações, observam-se outras em torno dos limites fáticos e jurídicos em torno dos direitos fundamentais em sua perspectiva subjetiva, dentre os quais pode-se apontar a escassez de recursos e a primazia do legislador para decisão de matérias a serem adotadas<sup>75</sup>.

No que atine à escassez de recursos, não há como desconsiderar que os direitos sociais têm um custo. Ocorre que todos os direitos fundamentais têm custos, não só os sociais,

---

<sup>73</sup> Op. Cit., p.608.

<sup>74</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p.152.

<sup>75</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p.567.

motivo pelo qual o fator econômico não deve impedir a realização de tais direitos pela via judicial. O reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais leva à conclusão de que eles são tão justiciáveis quanto os direitos civis e políticos, isto é, todos os direitos fundamentais são igualmente acionáveis em face do reconhecimento de sua fundamentalidade.

De forma contrária a esse entendimento, argumenta-se no sentido da possibilidade de malferimento do princípio da separação de poderes. Entretanto, a efetivação dos direitos sociais pelo Judiciário torna possível a concretização da própria Constituição naquilo que ela tem de mais essencial; os direitos fundamentais<sup>76</sup>, como bem observa Andreas Krell:

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<sup>77</sup>.

Da mesma forma, Virgílio Afonso da Silva assevera ser necessário reconsiderar o princípio da separação dos poderes quando se trata de direitos sociais, especialmente em se tratando de casos de descumprimento por omissão:

Somente nos casos de omissão infundada é que se poderia imaginar alguma margem de ação para os juízes nesse âmbito. Isso passaria a exigir – essa é a hipótese que aqui se defende – um diálogo constitucional entre os três poderes. É claro que isso também exigiria que a separação rígida de Poderes, na forma como muitas vezes é defendida no Brasil, fosse repensada. (...) a simples idéia de que a não-realização de algo exigido é equivalente a uma restrição, e que exige fundamentação, pode ser o primeiro passo para uma proteção mais eficiente ou, pelo menos, para uma maior transparência no trato dos direitos sociais<sup>78</sup>.

Assim, vê-se que não há como vedar ao Poder Judiciário uma atuação com vistas à correção da má atuação dos outros poderes, não se mostrando, destarte, razoável (e bastante ingênuo) o dogma da completa separação de poderes.

Olhando sob outro prisma, não se refuta a ideia de que na atuação do Judiciário pode-se conter algum traço político, o que, entretanto, não significa uma usurpação de

---

<sup>76</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. Op. Cit., p.61.

<sup>77</sup> 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, p.22.

<sup>78</sup> Op. Cit., p.250.

competência, haja vista não ser esta a sua tarefa preponderante. Daí se afirmar a atualidade do escólio de Hans Kelsen, para quem, tanto nas decisões do Legislativo, quanto nas do Judiciário encontram-se cargas políticas, variando apenas a quantidade, e não a qualidade:

A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a verdadeira “jurisdição” – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter político que possui – ainda que em maior medida – a legislação. *Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa*<sup>79</sup>. (grifos nossos e no original).

Assim, a atuação do Poder Judiciário termina por diversas vezes substituindo a implementação inexistente ou mesmo deficiente de políticas públicas, o que não deveria ser visto como uma invasão de competências, e sim como uma forma de concretização da Constituição, haja vista a vinculação aos direitos fundamentais estender-se a todos os poderes estatais, dentre eles o Judiciário.

Já a dimensão objetiva extrapola a relação Estado-indivíduo, passando os direitos fundamentais a serem reconhecidos como interesses comunitários, fornecendo diretrizes para toda a atuação estatal e operando como verdadeiros referenciais axiológicos. Nessa linha de pensamento, José Carlos Vieira de Andrade observa que:

Já tem sentido fazer a distinção para mostrar que os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual<sup>80</sup>.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, foi com a Lei Fundamental alemã de 1949, e especialmente com a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no caso *Lüth*, que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi identificada pela primeira vez<sup>81</sup>. Nesse caso, o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu que os direitos fundamentais, além de outorgarem determinadas posições jurídicas exigíveis pelos indivíduos,

---

<sup>79</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.251-253.

<sup>80</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. reimp. da edição de fev./2009. Coimbra: Almedina, 2010, p.109.

<sup>81</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p.143.

também vinculavam os poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), fornecendo diretrizes materiais para todo o ordenamento jurídico<sup>82</sup>.

Deve ficar claro que essa dimensão objetiva não é uma contrapartida automática da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, isto é, qualquer posição jurídica subjetiva não pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja. Na verdade, trata-se de uma função autônoma das normas de direitos fundamentais, pela qual elas transcendem sua dimensão subjetiva, gerando efeitos para todo o ordenamento jurídico.

Na medida em que se reconhece a dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, observam-se daí diversos resultados, como bem sintetiza Paulo Bonavides, apontando alguns dos mais importantes:

A elevação de tais direitos à categoria de *princípios*, de tal sorte que se convertem no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição; a eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três Poderes, nomeadamente o Legislativo; a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas; a dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; o desenvolvimento da eficácia inter privados, ou seja, em relação a terceiros (*Drittwirkung*), com atuação no campo dos poderes sociais, fora, portanto, da órbita propriamente dita do Poder Público ou do Estado, dissolvendo, assim, a exclusividade do confronto subjetivo imediato entre o direito individual e a máquina estatal; a aquisição de um “duplo caráter”, ou seja os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva – da qual nunca se podem apartar, pois se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade – e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feitiço, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo-decisório (...)<sup>83</sup>.

Tais aspectos serão ora analisados, enfatizando-se os direitos sociais.

Tomando como pressuposto o fato de que todos os direitos fundamentais (dentre eles os sociais) têm caráter principiológico, impende reiterar que os princípios estão situados no ápice da Constituição, como opção valorativa do Constituinte, representando mandamentos de otimização e normas de juridicidade reforçada<sup>84</sup>. Foi Robert Alexy quem melhor distinguiu as normas jurídicas em princípios e regras. Sem adentrar a fundo nessa seara, o que demandaria uma análise substancial de sua teoria, pode-se dizer que apenas os princípios podem configurar mandados de otimização, mas não as regras, que devem ser cumpridas integralmente. Os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior

<sup>82</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. Cit., p.89.

<sup>83</sup> Op. Cit., p.588.

<sup>84</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. Op. Cit., p.51.

medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>85</sup>. Apesar de o significado de “maior medida possível” não poder ser definido de logo, haja vista depender de outros princípios e regras colidentes, a natureza principiológica dos direitos fundamentais (ao lado das regras, é bom ressaltar) pressupõe que o Estado adote medidas que visem concretizar o direito social em seu conteúdo máximo.

Vinculada a essa questão dos direitos fundamentais sociais como princípios, encontra-se, mais uma vez, a discussão da aplicabilidade imediata dos mesmos. Ora, tendo os direitos fundamentais sociais aplicabilidade imediata, como já visto, tem-se afirmado que essa previsão deve ser entendida como um mandado de maximização eficaz de tais direitos, cujo atendimento recai sobre todos os poderes estatais<sup>86</sup>. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet observa que:

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais (...) <sup>87</sup>.

Destarte, e como consequência correlata da natureza principiológica dos direitos fundamentais, o caráter programático imputado às normas jusfundamentais sociais vai perdendo força ante à obrigação estatal de adotar medidas voltadas para o cumprimento das escolhas constitucionais. Tem-se aí a chamada “eficácia dirigente” em relação aos órgãos estatais. De acordo com Dirley da Cunha Júnior, é com base nela que se pode sustentar que os direitos fundamentais impõem ao Poder Público a obrigação de concretização e realização dos mesmos, vislumbrando-se ainda nessa perspectiva o “direito fundamental à efetivação da Constituição”, que encarrega todos os órgãos do Estado do *dever poder* de concretizar e realizar, não só os direitos fundamentais, como toda a Constituição”<sup>88</sup>.

Desse modo, por conta da dimensão objetiva, os poderes públicos ficam vinculados aos direitos fundamentais sociais de forma proativa, cabendo, por exemplo, ao legislador cumprir sua obrigação de realizar efetivamente aqueles direitos, o que significa não só legislar de modo a não ferir os direitos sociais, mas também legislar criando recursos que

---

<sup>85</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90.

<sup>86</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. Op. Cit., p.52.

<sup>87</sup> Op. Cit., p.271.

<sup>88</sup> Op. Cit., p.612.

viabilizem seu exercício. Nesse mesmo sentido, o administrador público encontra-se vinculado aos direitos sociais por conta de prestações materiais que devem ser fornecidas aos indivíduos, assim como o julgador deve decidir de acordo com essa perspectiva de concretização dos direitos sociais.

A dimensão objetiva pressupõe ainda a conjugação de valores comunitários, isto é, posições jurídicas que dizem respeito a toda a comunidade, tendo como decorrência a possibilidade de se restringir direitos subjetivos individuais em prol de interesses comunitários. Daí ser justificável se impor restrições aos direitos subjetivos individuais ante os interesses superiores da comunidade, “e até a limitação do conteúdo e alcance desses direitos, desde que preservado o núcleo essencial destes, ou seja, seu conteúdo mínimo”<sup>89</sup>. Nessa linha de entendimento, Ana Carolina Lopes Olsen assevera:

Na medida em que se reconhece a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais como direitos relacionados aos valores difundidos em toda a comunidade, e cuja realização acaba por tocar a esfera de todos os cidadãos, também é possível deduzir o fundamento de legitimidade de restrições a estes direitos na sua dimensão subjetiva individualista, já que a satisfação do direito fundamental de um cidadão poderá comprometer direitos e bens jurídicos de toda a sociedade. Dessa forma, o conteúdo e o alcance das normas de direitos fundamentais não poderão ser dimensionados exclusivamente a partir da perspectiva subjetiva do titular do direito, mas deverão ser ponderados com a esfera jurídica em concreto de todos os cidadãos<sup>90</sup>.

Suzana de Toledo Barros, ao tratar desse desdobramento da perspectiva objetiva, oferece como exemplo a imposição do uso do cinto de segurança, pois “o livre arbítrio do condutor do veículo perde alcance diante do valor constitucional *vida* ou *integridade física* dos indivíduos, cuja proteção é requerida do Estado em cumprimento de suas finalidades”<sup>91</sup>. A mencionada autora traz ainda outro exemplo, qual seja a proibição geral do uso de drogas<sup>92</sup>.

Destaca-se ainda a denominada “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais, a qual determina a interpretação de todos os textos normativos (não só as normas constitucionais, mas também a legislação infraconstitucional) de acordo com tais normas jusfundamentais, o que é chamado pela doutrina de “interpretação conforme a Constituição”. Destarte, os direitos fundamentais servem como norte para a interpretação e aplicação do sistema jurídico, o que apontaria para a necessidade de uma “interpretação conforme os

---

<sup>89</sup> Ibidem, p.611.

<sup>90</sup> Op. Cit., p.91-92.

<sup>91</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2. ed. Brasília: Editora e Livraria Brasília Jurídica, 2000, p.132.

<sup>92</sup> Idem, p.132.

direitos fundamentais”, que pode ser considerada, ainda que com restrições, como modalidade semelhante à técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição. Comungando desse entendimento, Daniel Sarmento leciona que:

O reconhecimento da dimensão subjetiva dos direitos sociais não exclui a presença da sua dimensão objetiva. Em razão desta última, é possível detectar, por exemplo, a força irradiante dos direitos sociais, que os torna diretrizes importantes para a interpretação de outras normas e atos jurídicos; o dever do Estado de proteger terceiros e os bens e valores subjacentes a tais direitos; e a obrigação estatal de instituir organizações e procedimentos aptos a realização dos mesmos direitos<sup>93</sup>.

Estreitamente relacionada a esse efeito irradiante dos direitos fundamentais, encontra-se a questão da eficácia na esfera privada, também denominada de “eficácia horizontal”, ou seja, a eficácia irradiante desses direitos também na esfera privada. Tal ideia vem sendo considerada um dos mais relevantes desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, mormente pela “complexidade das relações sociais, agravada pela crescente e lamentável desigualdade entre os homens”, o que fez nascer a “necessidade de se estender a eficácia dos direitos fundamentais às relações havidas entre os homens, com o fim de proteger o homem da prepotência do próprio homem, em especial de pessoas, grupos e organizações privadas poderosas”<sup>94</sup>. De forma sintética, pode-se citar três teorias sobre essa possibilidade de aplicação: 1) as teorias negativas (rejeitam a aplicação na esfera privada); 2) teoria da eficácia indireta e mediata, e; 3) teoria da eficácia direta e imediata. De acordo com Dirley da Cunha Júnior, existe uma tendência doutrinária e jurisprudencial do STF em se adotar a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que não representa senão a aplicação do que preconiza, entre nós, o § 1º, do art. 5º, que trata da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais<sup>95</sup>.

Observa ainda Ingo Sarlet que a dimensão objetiva implica verdadeiro parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos editados pelo Estado<sup>96</sup>. Assevera ainda o mencionado autor que, mesmo diante da obviedade dessa conclusão (já que todas as normas constitucionais, inclusive as que outorgam direitos subjetivos, podem servir de referencial para o controle de constitucionalidade), é oportuno frisá-la que tal desdobramento também se encontra vinculado à condição de direito objetivo peculiar a todos os direitos fundamentais<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> Op. Cit., p.568.

<sup>94</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. Cit., p.614.

<sup>95</sup> Op. Cit., p.615-616.

<sup>96</sup> Op. Cit., p.147.

<sup>97</sup> Op. Cit., p.147.

Outro desdobramento importante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (dentre eles os sociais) diz respeito à função de proteção por eles determinada, no sentido de que ao Estado incumbe proteger o seu exercício, não somente perante os poderes públicos, mas também em relação a atos dos particulares e até mesmo de outros Estados. Vislumbra-se aí os “deveres de proteção do Estado”, desembocando na obrigação de o Estado adotar ações positivas “da mais variada natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais”<sup>98</sup>. Tal desdobramento encontra-se vinculado à função dos direitos fundamentais na condição de imperativos de tutela, que, por sua vez, encontra-se relacionada ao monopólio do Estado sobre o uso da força e da conseqüente vedação de auto-tutela, “resultando, portanto, na instituição de deveres vinculantes (juridicamente exigíveis) por parte dos poderes públicos no sentido de proteger as pessoas contra violações dos seus direitos por parte do próprio Estado e dos particulares”<sup>99</sup>.

Importa ainda salientar outra função de extrema importância assumida objetivamente pelos direitos fundamentais, qual seja a de determinar a criação de estruturas institucionais e procedimentos necessários à sua efetivação. Daí sustentar-se que, das normas jusfundamentais é possível se extrair conseqüências, não só para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, como também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de sorte a se evitarem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles<sup>100</sup>. Enfatiza Ingo Wolfgang Sarlet a conexão desse desdobramento com a dimensão objetiva estudada:

Tendo em vista que os deveres de proteção do Estado podem, por vezes, concretizar-se por meio de normas dispostas sobre o procedimento administrativo ou judicial, bem como pela da criação de órgãos, constata-se, desde já, a conexão que pode existir entre estas duas facetas da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais<sup>101</sup>.

À guisa de conclusão, verifica-se que a perspectiva objetiva jusfundamental constitui terreno fértil para novos desenvolvimentos, podendo mesmo ser vista não como uma função nova dos direitos fundamentais, mas como fundamento para outras funções, cujos contornos e importância específica dificilmente podem ser avaliados precisa e aprioristicamente. Dirley da Cunha Júnior chama a atenção para o fato de, por conta da dupla

---

<sup>98</sup> Ibidem, p.149.

<sup>99</sup> Ibidem, p.149.

<sup>100</sup> Ibidem, p.150.

<sup>101</sup> Op. Cit., p.150-151.



dimensão (subjetiva e objetiva) ter dado tantas e importantes contribuições para a moderna dogmática dos direitos fundamentais, já há autores afirmando “que a novel perspectiva jurídico-objetiva tem provocado a chamada ‘hipertrofia dos direitos fundamentais’”<sup>102</sup>. Inobstante isso, impende-se observar que a abertura dos direitos fundamentais a novos conteúdos, como decorrência de sua dimensão objetiva, assume papel de alta relevância na construção de um sistema eficaz e racional para a efetivação de tais direitos.

### **2.2.5 O Novo Paradigma dos Direitos Fundamentais Sociais**

Com base nos caracteres apresentados ao longo dos itens anteriores, sustenta-se um novo paradigma dos direitos fundamentais sociais, no sentido de uma nova forma de leitura dos mesmos.

Com efeito, os direitos sociais, além de serem vistos como resultado das reivindicações de caráter social, são resultado também da pretensão de legitimação da verdadeira igualdade por meio de direitos que assegurem um mínimo em condições materiais com vistas à efetivação da justiça social. Eles são o meio para se atingir os valores escolhidos pelo constituinte, notadamente por serem direitos que visam a igualdade e a melhoria das condições de vida da população.

Nesse passo, ao se reconhecer a fundamentalidade dos direitos sociais, concluí-se pela sujeição deles à norma do art. 5º, § 1º, da CF, que prevê a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais<sup>103</sup>.

Outrossim, reflexo desse novo paradigma também se manifesta por meio da dúplice perspectiva dos direitos fundamentais sociais: a subjetiva, correspondendo aos direitos fundamentais como direitos subjetivos do indivíduo, podendo ser exigidos judicialmente, e a objetiva, correspondendo aos direitos fundamentais como decisões valorativas da Constituição, vinculando todos os poderes como uma ordem objetiva de valores. Dessa leitura

---

<sup>102</sup> Op. Cit., p.613.

<sup>103</sup> Art. 5º, § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2013.

dúplice dos direitos fundamentais sociais defluem alguns desdobramentos, como, por exemplo, a exigibilidade judicial imediata dos direitos sociais, a eficácia dirigente para o poder público, a eficácia irradiante, a função de parâmetros para criação e constituição de organizações estatais e para procedimentos, etc., corroborando, destarte, com a visão de um novo paradigma dos direitos fundamentais sociais, inaugurado pela hermenêutica jurídica surgida com a pós-modernidade (a nova hermenêutica jurídica), o que será objeto do próximo capítulo.

### 2.3 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 direito<sup>104</sup>.

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 problema da escassez dos recursos

---

<sup>104</sup> MARMELSTEIN, George. Op. Cit., p.319.

merece mesmo uma reflexão especial. “Levar os direitos a sério é levar a escassez a sério”<sup>105</sup>. 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 fundamentais sociais<sup>106</sup>.

Por dependerem de prestações positivas por parte do Estado, os direitos fundamentais sociais 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, fala-se (equivocadamente) que 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.

Dentro desse (grave) contexto, questiona-se sobre a possibilidade de se superar a reserva do possível, e, em caso positivo, até que ponto se pode chegar.

Este, portanto, é o panorama que se apresenta entre os direitos fundamentais sociais e a reserva do possível, e que será desenvolvido nos próximos capítulos.

---

<sup>105</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 2000, p.94. “Taking rights seriously means taking scarcity seriously”.

<sup>106</sup> MARMELSTEIN, George. Op. Cit., p.320.

### **3 A NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Como visto no capítulo anterior, os direitos fundamentais sociais são vistos hodiernamente sob uma nova roupagem, entendidos mesmo como o meio para se atingir os valores escolhidos pelo constituinte, o que demanda também uma hermenêutica jurídica voltada para esse objetivo. Nesse sentido, o presente capítulo visa tratar dessa nova hermenêutica jurídica, inaugurada com o pós-positivismo, segundo a qual a interpretação jurídica deverá buscar sempre a efetivação máxima da dignidade da pessoa humana, como sói acontecer no panorama pós-moderno.

Na medida em que a hermenêutica inaugurada com o pós-positivismo leva o intérprete a buscar a solução que melhor alcance a dignidade humana e, na medida que os direitos fundamentais sociais tem fundamento na dignidade humana (ainda que em medidas variadas), salta aos olhos que efetivar direitos fundamentais sociais importa na priorização da dignidade humana.

Com efeito, em se tratando da aplicação da reserva do possível, e da busca pela sua superação, o intérprete do direito se depara fatalmente com conflitos de direitos fundamentais, que, para serem resolvidos, exigem daquele uma atividade com vistas a se alcançar em grau máximo a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, maximizar também a eficácia dos direitos fundamentais.

Para tanto, a fim de uma melhor compreensão do tema, serão feitas algumas considerações sobre a definição e âmbito da hermenêutica, seguindo-se com uma explanação do jusnaturalismo até o pós-positivismo, quando, então, inaugurou-se uma nova hermenêutica, baseada, principalmente, em uma forte principiologia jurídica, exurgindo como vetor máximo o princípio da dignidade da pessoa humana.

#### **3.1 HERMENÊUTICA**

A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar, enquanto que a interpretação é aplicação da hermenêutica, e a hermenêutica é a ciência que descortina e estabelece os princípios que regem a interpretação<sup>107</sup>.

Para Josef Bleicher, a hermenêutica pode ser definida, em termos genéricos, como a teoria ou filosofia da interpretação do sentido, tendo surgido recentemente como tema central na filosofia das ciências sociais, na filosofia da arte e da linguagem e na crítica literária – apesar de a sua origem moderna remontar aos princípios do século XIX<sup>108</sup>.

Já para Richard Palmer, a hermenêutica é o estudo da compreensão, é essencialmente a tarefa de compreender textos<sup>109</sup>.

Desses conceitos percebe-se que hermenêutica e interpretação jurídica não se confundem, apesar de ambas visarem proporcionar a todos uma melhor compreensão do direito.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior diferencia hermenêutica e interpretação jurídica, observando que

A hermenêutica, portanto, é o domínio da ciência jurídica que se ocupa em formular e sistematizar os princípios que subsidiarão a interpretação, enquanto a interpretação é atividade prática que se dispõe a determinar o sentido e o alcance dos enunciados normativos. A hermenêutica fornece as ferramentas teóricas que serão manejadas pelo intérprete na busca da compreensão das disposições normativas. A hermenêutica ilumina o caminho a ser percorrido pelo intérprete e isso demonstra a sua importância para o Direito, pois cumpre a ela teorizar os princípios de interpretação jurídica. Assim, podemos dizer que, apesar de inconfundíveis, há uma relação mútua de dependência entre a hermenêutica e a interpretação jurídica, na medida em que sem a hermenêutica não se interpreta, e sem a interpretação a hermenêutica se torna inútil e desnecessária. No processo de compreensão do Direito, hermenêutica e interpretação são os dois lados de uma mesma moeda<sup>110</sup>.

As raízes da palavra hermenêutica remontam ao verbo grego *hermeneuein*, costumeiramente traduzido como “interpretar”, e no substantivo *hermeneia* (interpretação). Richard Palmer faz menção ao fato de que tais palavras remetem ao deus-mensageiro-alado Hermes, de cujo nome as palavras aparentemente derivaram (ou vice versa). Hermes traria a mensagem do destino. *Hermeneuein* seria o descobrir de qualquer coisa que traga uma mensagem, na medida em que o que se mostra pode tornar-se mensagem<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.01.

<sup>108</sup> BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Trad. Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1980, p.13.

<sup>109</sup> PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969, p.19.

<sup>110</sup> Op. Cit., p.194.

<sup>111</sup> PALMER, Richard. Op. Cit., p.24.

Assim, levada até a sua raiz grega mais antiga, a origem das atuais palavras *hermenêutica* e *hermenêutico* sugere o processo de “tornar compreensíveis”, especialmente enquanto tal processo envolve a linguagem, visto ser a linguagem o meio, por excelência, nesse processo<sup>112</sup>.

Tal processo de tornar compreensível (associado a Hermes enquanto mediador e portador de uma mensagem) estaria implícito nas três vertentes básicas patentes no significado de *hermeneuein* e *hermeneia*, no seu antigo uso. São elas: 1) exprimir em voz alta, isto é, dizer; 2) explicar, e; 3) traduzir. Para Richard E. Palmer, os três significados podem ser expressos pelo verbo português “interpretar”, sendo que cada um representa um sentido independente e relevante do termo interpretação<sup>113</sup>.

Conforme ainda Richard Palmer, a primeira orientação fundamental do sentido de *hermeneuein* é “exprimir”, “afirmar” ou “dizer”. Mesmo o simples dizer, afirmar ou proclamar é um ato importante de interpretação. Ele ressalta nesse ponto a importância de tal sentido, afirmando que a literatura faz derivar muito do seu dinamismo do poder da palavra falada. Segundo ele, a linguagem escrita não tem a expressividade primordial da palavra falada. Se, por um lado, a escrita dá estabilidade à linguagem (dando-lhe estabilidade e constituindo as bases da história), por outro, enfraquece-a, já que apela para um poder perdido: toda a leitura silenciosa de um texto literário é uma forma disfarçada de interpretação oral<sup>114</sup>. Conforme o mencionado autor,

a linguagem, enquanto emerge de um não ser, não é signo, mas som. Perde algum do seu poder expressivo (e, por conseguinte, do seu significado) quando se reduz a imagens visuais – o mundo silencioso do espaço. Por conseguinte, a teologia e a interpretação literária devem reconverter a escrita em discurso. Os princípios de compreensão que permitem esta conversão constituem uma preocupação dominante da moderna teoria hermenêutica<sup>115</sup>.

No sentido de *Hermeneuein* como explicar, se dá ênfase ao aspecto discursivo da compreensão, apontando para a dimensão explicativa da interpretação, mais do que para sua dimensão expressiva. Segundo Richard Palmer, as palavras, além de dizer algo, explicam, racionalizam e clarificam-no<sup>116</sup>. Ele observa ainda que a interpretação explicativa torna-nos conscientes de que a explicação é contextual, horizontal, isto é, deve se processar dentro de um horizonte de significados e intenções já aceites. Em hermenêutica, esta área de uma

---

<sup>112</sup> Ibidem, p.24.

<sup>113</sup> Op. Cit., p.24-25.

<sup>114</sup> Idem, p.26.

<sup>115</sup> Idem, p.30.

<sup>116</sup> Idem, p.30.

compreensão pressuposta é designada por pré-compreensão. Esta é necessária para conhecer o texto dado<sup>117</sup>.

Nesse sentido, ele reitera:

Para que o intérprete faça uma “performance” do texto tem que o compreender; tem que previamente compreender o assunto e a situação antes de entrar no horizonte de seu significado. Só quando consegue meter-se no círculo mágico do seu horizonte é que o intérprete consegue compreender o seu significado. Esse é o tal misterioso “círculo hermenêutico” sem o qual o sentido do texto não pode emergir. Mas há aí uma contradição. Como pode um texto ser compreendido, quando a condição para sua compreensão é já ter percebido de que é que o texto fala? A resposta é que, de certo modo, por um processo dialético, há uma compreensão parcial que é usada para compreendermos cada vez mais, tal como ao manusear as peças de um “puzzle” adivinhamos o que dele falta. Uma obra literária fornece um contexto para a sua própria compreensão; um problema fundamental em hermenêutica é explicar como é que um horizonte individual se pode acomodar ao horizonte da obra. *É necessário um certo conhecimento prévio, sem o qual não haverá qualquer comunicação. No entanto, esse conhecimento tem que ser alterado no ato de compreensão.* A função de uma interpretação explicativa na interpretação literária pode ser vista neste contexto, como um esforço para colocar os fundamentos numa pré-compreensão que permita compreender o texto (grifos nossos e no original)<sup>118</sup>.

Ainda segundo o mencionado autor, a interpretação como “dizer”, relembra a natureza da leitura como “performance”; contudo, mesmo nessa “performance” que é ler um texto, o ator tem que o compreender, o que implica explicação, que, por sua vez, fundamenta-se numa pré-compreensão, de modo a que anteriormente a qualquer explicação significativa ele tem que entrar no horizonte do tema e da situação. Ele tem que, na própria compreensão do texto, agarrar esse texto e ser agarrado por ele. A sua posição nesse encontro, a pré-compreensão do material e da situação a que tem que chegar, numa palavra, todo o problema da fusão do seu horizonte compreensivo com o horizonte compreensivo que vem ao encontro dele no texto, nisto consiste a complexa dinâmica da interpretação. *É o problema hermenêutico*<sup>119</sup>.

Já no sentido de traduzir, Richard Palmer aduz que a tradução torna compreensível o que é estrangeiro, estranho ou ininteligível, utilizando como meio a nossa própria língua. Para ele, a tradução não é uma simples questão mecânica de encontrar sinônimos, como ficou comprovado através dos resultados ridículos das máquinas tradutoras. Na verdade, o tradutor é um mediador entre dois mundos diferentes. A tradução nos torna conscientes de que a própria língua contém uma interpretação. Segundo ele, a tradução da Bíblia serve de exemplo dos problemas da tradução em geral. Ela chega a nós de um mundo distante no tempo, espaço e língua, um mundo estranho que temos que interrogar e que nos

---

<sup>117</sup> PALMER, Richard. Op. Cit., p.34-35.

<sup>118</sup> Idem, p.35.

<sup>119</sup> Idem, p.36.

interroga. O horizonte do nosso universo compreensivo deve encontrar-se e fundir-se com o horizonte compreensivo do texto<sup>120</sup>.

Ricardo Maurício Freire Soares observa que a etimologia registra ainda que a palavra interpretação provém do termo latino *interpretare* (*inter-penetrare*), significando penetrar mais para dentro, o que se deve “à prática religiosa de feiticeiros e adivinhos, os quais introduziam suas mãos nas entranhas de animais mortos, a fim de conhecer o destino das pessoas e obter respostas para os problemas humanos”<sup>121</sup>.

Sem dúvida, a relação do intérprete, em qualquer plano de apreensão cognitiva, é a de um intermediário entre o autor de uma obra e a comunidade humana. Daí que, como o mundo vem à consciência pela palavra, e a linguagem já é a primeira interpretação, a hermenêutica afigura-se como inseparável da vida humana.

## 3.2 DO JUSNATURALISMO AO POSITIVISMO JURÍDICO

### 3.2.1 Jusnaturalismo

Conforme os ensinamentos de Ricardo Maurício Freire Soares, “o jusnaturalismo se afigura como uma corrente jurisfilosófica de fundamentação do direito justo que remonta às representações primitivas da ordem legal de origem divina, passando pelos sofistas, estoicos, padres da igreja, escolásticos, racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até a filosofia do direito natural do século XX”<sup>122</sup>. Ainda segundo ele, citando o magistério de Norberto Bobbio, podem ser vislumbradas duas teses básicas do movimento jusnaturalista. A primeira tese é a pressuposição de duas instâncias jurídicas: o direito positivo e o direito natural, enquanto que a segunda tese é a da superioridade do direito natural em face do direito positivo<sup>123</sup>.

Ao longo do tempo a doutrina jusnaturalista se utilizou de diversos fundamentos para a compreensão de um direito justo, podendo-se agrupá-los da seguinte forma: 1)

---

<sup>120</sup> Idem, p.36-37.

<sup>121</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.04.

<sup>122</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.27.

<sup>123</sup> Idem, p.27.



jusnaturalismo cosmológico; 2) jusnaturalismo teológico; 3) jusnaturalismo racionalista; 4) jusnaturalismo contemporâneo.

O jusnaturalismo cosmológico foi a doutrina do direito natural que caracterizou a antiguidade greco-latina. Funda-se na idéia de que os direitos naturais correspondiam à dinâmica do próprio universo, refletindo as leis eternas e imutáveis que regem o funcionamento do cosmos<sup>124</sup>.

O jusnaturalismo teológico (Idade Média) sofreu a influência do cristianismo, que introduziu novas dimensões ao problema da justiça. Segundo o jusnaturalismo teológico, o fundamento dos direitos naturais seria a vontade de Deus: o direito positivo deveria estar em consonância com as exigências perenes e imutáveis da divindade<sup>125</sup>.

O jusnaturalismo racionalista consolida-se no século XVIII, como o advento da ilustração, despontando a razão humana como um código de ética universal e pressupondo um ser humano único em todo o tempo e todo espaço, consoante bem obtempera Ricardo Maurício Freire Soares:

Os iluministas acreditavam, assim, que a racionalidade humana, diferentemente da providência divina, poderia ordenar a natureza e vida social. Esse movimento jusnaturalista, de base antropocêntrica, utilizou a idéia de uma razão universal para afirmar direitos naturais ou inatos, titularizados por todo e qualquer indivíduo, cuja observância obrigatória poderia ser imposta até mesmo ao Estado, sob pena de o direito positivo corporificar a injustiça. (...) Nessa época, os direitos de liberdade, igualdade e fraternidade passam a ser difundidos e contrapostos ao poder absoluto da monarquia<sup>126</sup>.

Já no século XIX surgiram as ciências sociais como a Sociologia, a Antropologia e a Etimologia, que passaram a apontar a diversidade cultural das sociedades humanas. Dentro desse contexto, tais ciências sociais passaram a evidenciar que a concepção de justiça seria variável no tempo e no espaço, ao contrário do conceito eterno e perene da justiça difundido pelos jusnaturalistas<sup>127</sup>. Nesse sentido, o jusnaturalismo contemporâneo incorpora as críticas feitas a ele próprio no século XIX, reconhecendo a relatividade do conceito de justiça e sustentando que cada cultura valora a justiça de determinada forma. Destarte, repele-se a idéia de uma justiça perene e imutável, apresentando, em contrapartida, uma visão relativista quanto às possibilidades de configuração de um direito justo. Constata-se, portanto, que, em qualquer sociedade humana, haverá uma maneira de vivenciar o direito justo, porquanto a

---

<sup>124</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.28.

<sup>125</sup> Ibidem, p.35.

<sup>126</sup> Idem, p.37.

<sup>127</sup> Ibidem, p.40.

justiça se revela um anseio fundamental da espécie humana. O conteúdo do que venha a ser um direito justo variará, entretanto, no tempo e no espaço, de acordo com as exigências valorativas de cada cultura da humanidade<sup>128</sup>.

### 3.2.2 Positivismo Jurídico

Contraposta à expressão “direito natural”, própria do jusnaturalismo, é a expressão “direito positivo”, da qual deriva o termo positivismo jurídico. Sua concepção nasce quando o direito positivo passa a ser considerado direito no sentido próprio. Ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, havendo a exclusão do direito natural da categoria de juridicidade. Passa a ser um pleonasma o acréscimo do adjetivo “positivo”. O positivismo jurídico, portanto, é a doutrina segundo a qual não existe outro direito que não seja o positivo.

A passagem do jusnaturalismo para o positivismo tem forte ligação com a dissolução da sociedade medieval e a formação do Estado moderno. O Estado passa a monopolizar o processo de produção jurídica, rompendo como o pluralismo jurídico medieval. Passa a haver um monismo jurídico, onde o Estado prescreve o Direito, seja através da lei ou, indiretamente, através do reconhecimento e controle das normas consuetudinárias. “O juiz, de livre órgão da sociedade, torna-se órgão do Estado, titular de um dos poderes estatais, o Judiciário, subordinado ao Legislativo. O direito positivo (direito posto e aprovado pelo Estado) é, então, considerado o único e verdadeiro direito”<sup>129</sup>.

Costuma-se dividir o positivismo em três facções: 1) positivismo legalista; 2) positivismo lógico; 3) positivismo funcionalista.

O positivismo legalista apresenta o direito como um fato, e não como um valor. Deve-se estudar o direito da mesma forma que o cientista estuda a realidade natural, ou seja, abstendo-se de formular juízos de valor. O direito é só, e somente só, o que está prescrito na lei. O conceito de validade fica restrito unicamente à estrutura formal do direito, não se perquirindo acerca do seu conteúdo valorativo. Há um esvaziamento da discussão sobre a justiça, haja vista a formalização do atributo da validade normativa afastar o exame da legitimidade da ordem jurídica. Nesse sentido, pode-se dizer que as noções de validade e de justiça da lei são igualadas, sofrendo uma inversão em relação ao jusnaturalismo: enquanto

---

<sup>128</sup> Ibidem, p.40-41.

<sup>129</sup> Ibidem, p.43.

esse deduz a validade de uma lei da sua justiça, o positivismo deduz a justiça de uma lei da sua validade.

No que pertine ao positivismo lógico, com o advento da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, na primeira metade do século XX, o positivismo jurídico se converte numa variante de normativismo lógico, aprofundando o distanciamento da Ciência do Direito em face das dimensões fática e valorativa do fenômeno jurídico. Ao afastar, portanto, o direito dos fatos sociais, Hans Kelsen rejeita o tratamento científico da efetividade da ordem jurídica. Por sua vez, ao isolar o direito da especulação axiológica sobre a justiça, ele afasta a compreensão da legitimidade da ordem jurídica do campo do conhecimento jurídico<sup>130</sup>.

Prefere-se privilegiar tão somente a validade da norma jurídica, verificada através do “exame imputativo da compatibilidade vertical da norma jurídica com os parâmetros de fundamentação/derivação material e, sobretudo, formal que são estabelecidos pela normatividade jurídica superior”<sup>131</sup>. A norma inferior deve respeitar o critério da conformidade com a superior. Sendo assim, dentro da totalidade sistêmica hierarquizada e escalonada a que corresponde a pirâmide normativa, uma norma, para ser válida, deve ser produzida de acordo com o conteúdo (o que deve ser prescrito), a competência (quem deve prescrever) e o procedimento (como deve ser prescrito) definidos pela norma jurídica superior. “O sistema jurídico estaria, em última análise, fundamentado numa norma hipotética fundamental (*grundnorm*), como pressuposto lógico-transcendental do conhecimento jurídico, cuja função seria impor o cumprimento obrigatório do direito positivo, independentemente de sua eficácia e da sua legitimidade enquanto direito justo”<sup>132</sup>.

Por fim, comentando sobre o positivismo funcionalista, Ricardo Maurício Freire Soares assevera que, ao longo do século XX, a doutrina positivista sofreu melhoramentos, em contato com as mais recentes contribuições das Ciências Sociais, cujo exemplo mais emblemático continua sendo o positivismo funcionalista, que encontra sua mais acabada expressão na teoria dos sistemas preconizada por Niklas Luhmann, para quem o direito se afigura como um sistema comunicativo de natureza autopoiética<sup>133</sup>. Conforme ensina aquele autor:

Segundo Luhmann, a teoria de sistemas deve poder tudo explicar (universalidade), inclusive o próprio ato de teorizar (reflexividade), o que faz explicando tudo como sendo sistema (autorreferência) e o que não configura esse sistema – o ambiente. Por

---

<sup>130</sup> Ibidem, p.45.

<sup>131</sup> Ibidem, p.45.

<sup>132</sup> Ibidem, p.46.

<sup>133</sup> Idem, p.47.

sua vez, o sistema autopoietico é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do meio circundante, mas por sua própria organização sistêmica<sup>134</sup>.

### 3.3 PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Surgido na transição da modernidade para a pós-modernidade, o pós-positivismo jurídico é o movimento jurisprudencial que encerra a contraposição do jusnaturalismo e juspositivismo. Pode ser encarado como a síntese entre a tese (jusnaturalismo) e a antítese (positivismo jurídico).

O jusnaturalismo moderno aproximou a lei da razão, baseando-se na crença em princípios de justiça universalmente válidos. A filosofia do direito constatou os limites do jusnaturalismo, haja vista a fundamentação do direito justo no suposto direito natural ter se revelado frágil, não somente pela insegurança gerada pelo caráter absoluto e pela abstração metafísica do conceito, como também pela excessiva valorização do atributo da legitimidade em face da validade da normatividade jurídica, necessária para mínima manutenção da ordem e segurança no convívio em sociedade.

Com as revoluções liberais e burguesas, nos séculos XVIII e XIX, as constituições escritas e as codificações passaram a simbolizar o ocaso da doutrina do direito natural e a consequente hegemonia do positivismo jurídico. Em busca da objetividade científica, o juspositivismo identificou o direito à normatividade jurídica, afastando a Ciência Jurídica da discussão sobre a legitimidade e a justiça<sup>135</sup>.

Segundo Chaim Perelman, será combinando diversas ideologias que a Revolução Francesa chegará a identificar o direito com o conjunto das leis, expressão da soberania nacional, sendo reduzido ao mínimo o papel dos juízes, em virtude do princípio da separação dos poderes. O poder de julgar será apenas o de aplicar o texto da lei às situações particulares, graças a uma dedução correta e sem recorrer a interpretações que poderiam deformar a vontade do legislador<sup>136</sup>.

Nesse sentido, a filosofia do direito ratificou os limites do positivismo jurídico na fundamentação do que seja o direito justo, em suas diversas feições legalista, lógica e

---

<sup>134</sup> Idem, p.47-48.

<sup>135</sup> Ibidem, p.72.

<sup>136</sup> Op. Cit., p.23.

funcionalista, em face da doutrina juspositivista se manter distante dos valores do direito (neutralidade axiológica), sacrificando a legitimidade do ordenamento jurídico em favor de uma validade estritamente normativa, como alternativa para a segurança jurídica<sup>137</sup>. A busca da objetividade científica apartou o Direito da Moral e dos valores transcendentais, concebendo o fenômeno jurídico como emanção do Estado com caráter coativo e imperativo. A Ciência do Direito resumia-se a juízos de fato e não de valor, esvaziando o debate sobre legitimidade e justiça<sup>138</sup>.

Na linha desse entendimento, Luís Roberto Barroso observa que o positivismo foi o resultado de uma idealização do conhecimento científico, fundada na crença de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana, despontando a ciência como único conhecimento verdadeiro, afastado de questionamentos de ordem teológicos ou metafísicos<sup>139</sup>.

Por conta dessa problemática fundamentação do direito justo, o positivismo jurídico revelou-se limitado e insatisfatório, entrando em crise, abrindo-se espaço para a emergência de um conjunto amplo e difuso de reflexões acerca da função e interpretação do direito, reintroduzindo, na esteira da pós-modernidade, as noções de justiça e legitimidade para a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico. Buscou-se, então, conceber a ordem jurídica como um sistema plural, dinâmico e aberto aos fatos e valores sociais, erguendo-se um novo paradigma, denominado, por muitos estudiosos, pós-positivismo jurídico<sup>140</sup>.

O pós-positivismo jurídico, como movimento que busca superar a dicotomia jusnaturalismo x positivismo jurídico na fundamentação do significado de um direito justo, opera a reintrodução das noções de justiça e legitimidade para a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico.

Nesse sentido, Chaim Perelman defende que as concepções do direito e do raciocínio judiciário, tais como foram desenvolvidas após a última guerra mundial, constituem uma reação contra o positivismo jurídico e seus dois aspectos sucessivos, primeiro o da escola

---

<sup>137</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.73.

<sup>138</sup> Ibidem, p.73.

<sup>139</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p.320.

<sup>140</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.74.

da exegese e da concepção analítica e dedutiva do direito, depois o da escola funcional ou sociológica, que interpreta os textos legais consoante a vontade do legislador<sup>141</sup>.

A solução justa da lide deixa de ser, simplesmente, como afirmaria o positivismo jurídico, o fato de ser conforme a lei, isto é, legal. Pelo contrário, no pós-positivismo são os juízos de valor, relativos ao caráter adequado da decisão, que guiarão o juiz em sua busca daquilo que, no caso específico, é justo e conforme ao direito. Destarte, o pós-positivismo permite a superação do reducionismo do fenômeno jurídico a um sistema formal e fechado de regras legais, abrindo espaço para o tratamento axiológico do direito e a utilização efetiva dos princípios jurídicos como espécies normativas que corporificam valores e finalidades.

Baseando-se no uso dos princípios, o pós-positivismo passa a oferecer um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos, a fim de harmonizar a legalidade com legitimidade e reafirmar os laços éticos privilegiados entre o direito e a moralidade social.

O propósito principal do pós-positivismo foi o de inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana. Isso traduz-se numa releitura do positivismo clássico: ao invés de renascer o jusnaturalismo, trouxeram-se os valores, especialmente o valor dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa, protegidos de maiorias eventuais. Na verdade, o direito natural positivou-se. Daí porque se diz que ele apresenta-se como uma síntese entre o jusnaturalismo (tese) e o juspositivismo (antítese).

O pós-positivismo, assim, caracteriza-se justamente por aceitar que os princípios constitucionais devem ser tratados como verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam seus textos, bem como por exigir que a norma jurídica, para se legitimar, deve tratar todos os seres humanos com igual consideração, respeito e dignidade.

O pós-positivismo jurídico tem reflexos em vários campos da Ciência do Direito, emergindo novas possibilidades de realização do direito justo, podendo ser identificados como contributos desse movimento, dentre outros, o delineamento de uma nova hermenêutica jurídica e a valorização da principiologia jurídica<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> Op. Cit., p.91.

<sup>142</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.74.

### 3.4 A NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA

A crise da modernidade fez emergir um novo paradigma de compreensão do mundo – a pós-modernidade. A perspectiva pós-moderna passou a indicar a falência das promessas modernas de liberdade, de igualdade e de progresso acessíveis a todos. A desconfiança de todo discurso unificante é o marco característico do pensamento pós-moderno. A realidade social, dentro da perspectiva pós-moderna, não existe como totalidade, mas se revela fragmentada, multifacetada, fluída e plural<sup>143</sup>.

Cláudia Lima Marques assevera que, com o advento da sociedade de consumo massificada e seu individualismo crescente, nasce também uma crise sociológica, denominada por muitos de pós-moderna. Os tempos pós-modernos são tempos de ceticismo quanto à capacidade da Ciência do Direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e se modificam com uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do Direito Civil, que acabam por forçar a evolução dos conceitos do direito, a propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do Direito Civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Para alguns, o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de fragmentação, de indeterminação à procura de uma nova racionalidade, de desregulamentação e de deslegitimação de instituições, de desdogmatização do direito; para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o direito<sup>144</sup>.

O professor Ricardo Maurício F. Soares, ao comentar o assunto, sustenta que, no panorama hermenêutico pós-moderno, pode-se mencionar um delineamento do direito como sendo plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo<sup>145</sup>.

O fenômeno jurídico pós-moderno é cada vez mais plural, isto é, o direito passa a ser permeado por vários sistemas normativos genéricos e fechados, os microssistemas jurídicos. Tal é o fenômeno da descodificação, que se verifica especialmente no direito

---

<sup>143</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.50.

<sup>144</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2002, p.155.

<sup>145</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.51.

privado, abrindo espaço para uma multiplicidade de fontes legislativas e de institutos jurídicos<sup>146</sup>.

Quanto ao atributo de ser reflexivo, enfatiza o mencionado autor que o Direito moderno se afigurava como um centro normativo diretor, que, mediante o estabelecimento de pautas comportamentais, plasmava condutas e implementava um projeto global de organização e regulação social. Entretanto, na pós-modernidade, o Direito passa a refletir as demandas da coexistência da sociedade, sedimentando a ideia de que o mesmo deve ser compreendido como um sistema sempre aberto e inconcluso, porque suscetível aos constantes influxos fáticos e axiológicos da vida social<sup>147</sup>.

Também o direito pós-moderno é, igualmente, prospectivo, haja vista a própria dinamicidade do fenômeno jurídico exigir do legislador a elaboração de diplomas legais marcados pela textura aberta. Com efeito, o uso de fórmulas normativas propositadamente genéricas, indeterminadas e contingenciais reflete a preocupação de conferir a necessária flexibilidade aos modelos normativos, a fim de que sejam adaptados aos novos tempos<sup>148</sup>. Volta-se a ciência jurídica à busca de técnicas legislativas que possam assegurar uma maior efetividade aos critérios hermenêuticos. Nesse sentido, apesar de não ser suficiente, afigura-se como indispensável se definir princípios de proteção da pessoa humana, como tem ocorrido de maneira superabundante nas diretivas europeias e em textos constitucionais, bem como sua transposição para o direito infraconstitucional.

O novo contexto jurídico pós-moderno passa a valorizar também a dimensão discursivo-comunicativa, como bem enfatiza Ricardo Maurício Freire Soares:

Entende-se que o Direito é uma manifestação da linguagem humana. Logo, o conhecimento e a realização do ordenamento jurídico exigem o uso apropriado dos instrumentos linguísticos da semiótica ou semiologia. Torna-se cada vez mais plausível o entendimento de que os juristas devem procurar as significações do Direito no contexto de interações comunicativas. Deste modo, a linguagem se afigura como a condição de exterioridade dos sentidos incrustados na experiência jurídica. (...) Outrossim, a teoria e a prática do Direito passam a enfatizar o estabelecimento das condições de decidibilidade dos conflitos, potencializando o uso de técnicas persuasivas. O raciocínio jurídico, no âmbito de um processo comunicativo, não se resume a uma mera operação lógico-formal, mas concatena fórmulas axiológicas de consenso, como os princípios. O processo argumentativo não se respalda nas evidências, mas, isto sim, em juízos de valor. A retórica assume, nesse contexto, papel primordial, enquanto processo argumentativo que, ao articular discursivamente valores, convence a comunidade de que uma interpretação jurídica deve prevalecer<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> Ibidem, p.51

<sup>147</sup> Idem, p.51.

<sup>148</sup> Ibidem, p.51-52.

<sup>149</sup> Idem, p.52-53.



Ainda na linha de pensamento do Professor Ricardo Maurício F. Soares, o direito pós-moderno é relativo, haja vista a impossibilidade da concepção de verdades jurídicas absolutas, ao contrário, trabalha-se com dados relativos e provisórios. Na pós-modernidade jurídica, marcada pela constelação de valores e pelos fundamentos linguísticos, qualquer assertiva desponta como uma forma de interpretação. O relativismo pós-moderno oportuniza a consolidação de um saber hermenêutico<sup>150</sup>.

Destarte, de acordo com o pensamento pós-positivista, desponta um novo modelo interpretativo. Entende-se que, para interpretar e aplicar o Direito, é necessário se socorrer permanentemente das instâncias intersubjetivas de valoração. “O raciocínio jurídico congrega valores, ainda que fluidos e mutáveis, porquanto o Direito se revela como um objeto cultural, cujo sentido é socialmente compartilhado. A hermenêutica jurídica dirige-se à busca de uma dinâmica *voluntas legis*, verificando a finalidade da norma em face do convívio em sociedade”<sup>151</sup>. O relativismo potencializa, portanto, uma hermenêutica jurídica construtiva, voltada para implementar valores e fins conducentes a uma visão atualizada de justiça. Torna-se impossível fundamentar o raciocínio jurídico em premissas absolutas e incontestáveis, haja vista depender a atividade hermenêutica da apreciação de valores e da força retórica dos melhores argumentos. A interpretação jurídica não se resume mais a uma operação lógico-formal, sendo antes um processo complexo, no qual fatores normativos, axiológicos e fáticos se correlacionam dialeticamente, ao longo da experiência social<sup>152</sup>.

A nova concepção de interpretação jurídica reflete uma importante atividade de adaptação e inserção do Direito à sua realidade, uma maneira de preservar a dialética que deve existir entre o Direito e a realidade. Logo, uma nova hermenêutica que leva a uma nova interpretação deve repelir o reducionismo tradicional da interpretação à atividade de mera subsunção, pois “a interpretação do direito não se reduz a exercício de comprovação de que, em determinada situação de fato, efetivamente se dão as condições de uma consequência jurídica (um dever-ser)”<sup>153</sup>.

Concluindo, tem-se como reflexo do pós-positivismo uma nova maneira de se interpretar o Direito, que deixa de ser neutro e passa a ser axiológico, isto é, surge novamente a discussão do direito justo e equitativo. Essa nova hermenêutica é caracterizada por uma

---

<sup>150</sup> Idem, p.53.

<sup>151</sup> Ibidem, p.54.

<sup>152</sup> Ibidem, p.54-55.

<sup>153</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.62.

crítica ao legalismo e ao formalismo jurídico; pela defesa da positivação constitucional dos valores éticos; pela crença na força normativa da Constituição, inclusive nos seus princípios, ainda que contraditórios, e; pelo compromisso com os valores constitucionais, especialmente com a dignidade humana, que passa a ser o principal vetor hermenêutico.

Na transição pós-moderna, é este fenômeno jurídico plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo que caracteriza a nova hermenêutica jurídica.

Assim, estando o intérprete do direito sujeito, inexoravelmente, a essa nova hermenêutica jurídica, resulta claro a consequência de que, na interpretação do direito, ele tem que buscar aquela que melhor resguarde a dignidade da pessoa humana, considerada o valor-fonte do sistema normativo brasileiro.

### 3.5 A PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA

Sendo característica do pós-positivismo a abertura aos influxos dos fatos e valores da realidade, interessa frisar a emergência de um paradigma principiológico que confere aos princípios jurídicos uma condição fundamental na concretização do próprio Direito. Em outras palavras, sendo o pós-positivismo um movimento eminentemente axiológico, ligado a valores, é possível que o intérprete se utilize das mais variadas técnicas de interpretação e argumentação, despontando os princípios jurídicos como importante ferramenta nessa tarefa hermenêutica.

Nesse sentido, Chaim Perelman sustenta que, após a Segunda Guerra Mundial e o processo de Nuremberg, os tribunais passaram a recorrer com frequência cada vez maior e mais abertamente aos princípios gerais do direito, comuns a todos os povos civilizados<sup>154</sup>. O próprio fato destes princípios serem reconhecidos, explícita ou implicitamente, pelos tribunais de diversos países, mesmo que não tenham sido proclamados obrigatórios pelo Poder Legislativo, prova a natureza insuficiente da construção kelseniana que faz a validade de toda a regra do Direito depender de sua integração num sistema hierarquizado e dinâmico, cujos elementos, todos, tirariam sua validade de uma norma pressuposta. Segundo Perelman,

faz algumas décadas que assistimos a uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao direito natural, ao modo próprio dos séculos XVII e XVIII, ainda assim confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução equitativa e

---

<sup>154</sup> Op. Cit., p.102.

razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito. Mas é-lhe permitido para realizar a síntese buscada entre a equidade e a lei tornar esta mais flexível graças à intervenção crescente das regras de direito não escritas, representadas pelos princípios gerais do direito e pelo fato de se levar em consideração os tópicos jurídicos. O raciocínio judiciário, tal como é atualmente concebido, não permite estabelecer uma distinção tão nítida quanto no século XIX entre o direito natural e o direito positivo. De fato, se o direito positivo é o direito tal como funciona efetivamente em dada sociedade, ele já não coincide com os textos promulgados, pois de um lado os princípios gerais e as regras do direito não escrito virão limitar ou estender o alcance das disposições legislativas e, do outro, certos textos legais, por um outro motivo, deixam de ser aplicados, ao menos em toda a sua generalidade e, embora formalmente válidos, veem sua eficácia diminuída de modo imprevisível<sup>155</sup>.

Para a teoria da argumentação de Chaim Perelman, os princípios são considerados como *topoi*, aos quais o magistrado pode recorrer como pontos de partida para a fundamentação da decisão, vale dizer, lugares-comuns do Direito, que podem servir de premissas, compartilhadas pela comunidade jurídica, para o processo argumentativo de fundamentação das decisões judiciais. Sendo assim, a utilização dos princípios no processo de argumentação jurídica implica uma escolha valorativa por parte do hermenêuta, que toma por base o potencial justificador de uma opção hermenêutica<sup>156</sup>.

Para Ricardo Maurício F. Soares, no tocante à operacionalização da interpretação principiológica, diferentemente das regras – que possuem uma estrutura proposicional clássica (se A, então B), os princípios jurídicos não contêm elementos de previsão que possam funcionar como premissa maior de um silogismo subsuntivo. Daí sua aplicação exigir um esforço axiológico para que sejam densificados e concretizados pelos operadores do Direito<sup>157</sup>. Ainda conforme o autor,

Com efeito, *densificar* um princípio jurídico implica preencher e complementar o espaço normativo, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. A densificação de um princípio é uma tarefa complexa que se inicia com a leitura isolada da norma principiológica, passando por uma análise sistemática da ordem jurídica, para, a partir daí, delimitar o seu significado. Por sua vez, concretizar um princípio jurídico é traduzi-lo em decisão, passando de normas generalíssimas abstratas (dos textos normativos) a normas decisórias (contextos jurídicos-decisionais)<sup>158</sup>.

A valorização desses princípios jurídicos vem sendo acompanhada, ao mesmo tempo, pela crescente constitucionalização dos mesmos, promovendo, assim, a transição do modelo formal de Constituição, reduzida a mero catálogo de competências e procedimentos, para o paradigma material de Carta Magna, que a eleva ao patamar de repositórios dos valores fundantes do Estado e do conjunto da sociedade civil.

---

<sup>155</sup> Op. Cit., p.185-186.

<sup>156</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.59.

<sup>157</sup> Idem, p.68.

<sup>158</sup> Idem, p.68.

Ricardo Maurício F. Soares sustenta que, com a valorização da principiologia constitucional pelo neoconstitucionalismo (reflexo do pós-positivismo no direito constitucional), torna-se a Carta Constitucional uma expressão viva e concreta do mundo dos fatos e valores, adquirindo inegável tessitura axiológica e teleológica. A principiologia de cada Lei Fundamental se converte, assim, no ponto de convergência da validade (dimensão normativa), da efetividade (dimensão fática) e, sobretudo, da legitimidade (dimensão valorativa) de um dado sistema jurídico, abrindo espaço para a constitucionalização do direito justo<sup>159</sup>.

### 3.5.1 Distinção entre Regras e Princípios

A idéia de que os princípios desempenhavam uma função meramente auxiliar ou subsidiária na aplicação do direito reinou durante muito tempo na teoria jurídica tradicional. Serviriam eles apenas como meio de integração da ordem jurídica na hipótese de eventual lacuna, haja vista não serem vistos como normas jurídicas, e sim como ferramentas úteis para sua integração e aplicação. Prova disso pode ser vista através do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC, Decreto-Lei nº 4.657/42), cuja redação é a seguinte: Quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito<sup>160</sup>.

Conforme expõe Dirley da Cunha Júnior,

deve-se ao pós-positivismo<sup>161</sup>, como marco filosófico do novo Direito Constitucional do pós-guerra, a superação da distinção entre normas e princípios. Muitos foram os autores que proclamaram a normatividade dos princípios em bases teóricas e metodológicas consistentes e irrefutáveis, destacando-se, entre eles, Joseph Esser, Jean Boulangier, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Karl Engisch, Wilhelm-Cannaris, Genaro Carrió, Crisafulli, Canotilho, Jorge Miranda e Norberto Bobbio<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.127.

<sup>160</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. Cit., p.150.

<sup>161</sup> A crise da modernidade jurídica oportuniza o surgimento de um direito plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo, abrindo margem para a emergência de um conjunto amplo e difuso de reflexões acerca da função e interpretação do direito, que costuma ser definido como pós-positivismo jurídico. O pós-positivismo jurídico, como movimento que busca superar a dicotomia jusnaturalismo x positivismo jurídico na fundamentação do significado de um direito justo, reintroduz as noções de justiça e legitimidade para a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico (SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.208).

<sup>162</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. Cit., p.150-151.

No Brasil, todos os constitucionalistas já compartilham da normatividade dos princípios.

Ainda segundo o mencionado autor, distinguir entre normas-regras e normas-princípios não é uma missão simples, sendo encontrados na doutrina diversos critérios distintivos, quais sejam: a) o grau de abstração e generalidade; b) o grau de indeterminação; c) o caráter de fundamentalidade dos princípios perante o sistema jurídico; d) a proximidade da idéia de Direito, e; e) a função normogenética e sistêmica dos princípios<sup>163</sup>.

Consoante Humberto Ávila,

Essa evolução doutrinária, além de indicar que há distinções fracas (Esser, Larenz, Canaris) e fortes (Dworkin, Alexy) entre princípios e regras, demonstra que os critérios usualmente empregados para a distinção são os seguintes: Em primeiro lugar, há o critério do caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo se, então, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. (...) Em segundo lugar, há o critério do modo final de aplicação, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos. Em terceiro lugar, o critério de relacionamento normativo, que se fundamenta na idéia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles. Em quarto lugar, há o critério do fundamento axiológico, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada<sup>164</sup>.

O mesmo Humberto Ávila nos traz os seguintes conceitos distintivos: As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos; os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção<sup>165</sup>.

Vale mencionar que ele acrescenta ainda o conceito de postulados, que seriam metanormas. Segundo ele, os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das

---

<sup>163</sup> Idem, p.152.

<sup>164</sup> ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.39.

<sup>165</sup> Idem, p.78-79.

regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidas ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas<sup>166</sup>. Tal autor considera a proporcionalidade como postulado específico, ao lado da igualdade e da razoabilidade.

Robert Alexy assevera que

o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua classificação não depender somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau<sup>167</sup>.

O mesmo autor aduz que as diferenças entre as duas categorias de normas ficam mais nítidas nos casos de colisões de princípios e conflitos de regras.

No caso de conflito entre regras, o mesmo só poderia ser solucionado ou com a inserção de uma cláusula de exceção ou, caso não fosse possível, com a invalidação de uma das normas, extirpando-a do mundo jurídico.

Já no caso de colisão entre princípios, um deles terá que ceder naquele caso concreto, permanecendo, entretanto, com sua validade preservada no mundo jurídico. Em outras palavras, não se introduz nenhuma cláusula de exceção e nem tampouco se declara a invalidade de algum dos princípios. O que ocorre é que, dentro daquelas circunstâncias do caso concreto, um dos princípios terá precedência em relação ao outro. É a chamada relação de precedência condicionada às circunstâncias do caso concreto. É isso que se quer dizer quando se fala em pesos dos princípios. Portanto, a colisão entre princípios resolve-se através

---

<sup>166</sup> Idem, p.124.

<sup>167</sup> Op. Cit., p.90-91.

do sopesamento, que definirá qual dos princípios, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto.

Não obstante as divergências existentes na doutrina, comunga-se do entendimento de Robert Alexy, para quem princípios são mandamentos de otimização, ordenando que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto que as regras são determinações dentro daquilo que é fática e juridicamente possível<sup>168</sup>.

### 3.5.2 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

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 democrática<sup>169</sup>.

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

---

<sup>168</sup> Idem, p.90-91.

<sup>169</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.137.

que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana<sup>170</sup>.

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. Conforme se manifesta Ingo Wolfgang Sarlet, do jusnaturalismo – que vivenciou seu apogeu no século XVIII – remanesce a constatação de que uma ordem constitucional que – direta ou indiretamente – consagra a ideia da dignidade da pessoa humana, parte da premissa de que o homem, em face tão somente de sua condição humana, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelo Estado e por seus semelhantes<sup>171</sup>.

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 humana<sup>172</sup>.

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.

Conceituar dignidade da pessoa humana não é tarefa fácil, *máxime* por conta de que se cuida de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ambigüidade e porosidade, bem como pela sua natureza polissêmicas. Como bem observa Manoel Jorge e

---

<sup>170</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.128.

<sup>171</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.48.

<sup>172</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.129.



Silva Neto, trata-se de um *topoi*, isto é, “termo que não admite conceituação, muito embora sirva de ponto de partida para a solução do problema normativo ocorrente”<sup>173</sup>. Ingo Wolfgang Sarlet chega a asseverar que não é “à toa que já se afirmou até mesmo ser mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é do que expressar o que ela é”<sup>174</sup>. Ademais, costuma-se afirmar que a dignidade da pessoa humana (por se tratar de categoria axiológica aberta) não pode ser conceituada de maneira fixa, razão pela qual sua tentativa de conceituação é um permanente processo de construção e desenvolvimento<sup>175</sup>.

Tal constatação, entretanto, não significa que se deva renunciar à busca de uma fundamentação e legitimação da noção de dignidade da pessoa humana, e nem tampouco que se deva abandonar a permanente tarefa de se construir um conceito que possa servir de referencial para sua concretização, pois, como bem ressalta Ingo Wolfgang Sarlet,

Não se deve olvidar que a transformação da dignidade em uma espécie de tabu (considerando-a como uma questão fundamental que dispensa qualquer justificação), somada à tentação de se identificar apenas em cada caso concreto (e em face da cada possível violação) o seu conteúdo, pode de fato resultar em uma aplicação arbitrária e voluntarista da noção de dignidade<sup>176</sup>.

Para José Carlos Vieira de Andrade, deve-se entender o princípio da dignidade da pessoa humana

Como o princípio de valor que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. Estes preceitos não se justificam isoladamente pela protecção de bens jurídicos avulsos, só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além dos seus actos e atributos<sup>177</sup>.

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

---

<sup>173</sup> Op. Cit., p.276.

<sup>174</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.51.

<sup>175</sup> Ibidem, p.52.

<sup>176</sup> Idem, p.52.

<sup>177</sup> Op. Cit., p.96.

ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”<sup>178</sup>.

Depois de tergiversar acerca da tentativa de conceituação e delimitação do conteúdo da dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet formula uma proposta de conceito jurídico da mesma, abarcando sua dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional), além da necessária dimensão ecológica, apontando a deveres para com a natureza, bem como deixa claro se tratar de uma proposta em processo de reconstrução, já tendo sofrido dois ajustes desde a primeira até a nona edição de sua obra, sempre com o intuito de se chegar o mais perto possível de uma concepção multidimensional, aberta e inclusiva:

*Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida*<sup>179</sup>. (grifos no original).

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 refiram 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 embasadora de todo o sistema constitucional,

---

<sup>178</sup> 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.

<sup>179</sup> *Idem*, p.73.

informando as prerrogativas e as garantias fundamentais da cidadania, pelo que os direitos fundamentais da Constituição de 1988 encontram seu fundamento no mencionado princípio<sup>180</sup>. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet observa que os direitos fundamentais podem se fundamentar direta ou indiretamente na dignidade da pessoa humana, sendo ainda variável o conteúdo da dignidade nesses direitos<sup>181</sup>. Corroborando tal entendimento, José Carlos Vieira de Andrade, apesar de sustentar que o princípio da dignidade da pessoa humana radica na base de todos os direitos fundamentais constitucionais já consagrados, admite que o grau de vinculação dos diversos direitos àquele princípio poderá ser diferenciado, de modo que existem direitos que constituem explicitações em primeiro grau da ideia de dignidade e outros que destes são decorrentes<sup>182</sup>.

Assim, verifica-se que a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais é tão indissociável, que, mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não foi expressamente referenciada, não se pode concluir que tal princípio não esteja presente na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, “desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”<sup>183</sup>.

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 humano<sup>184</sup>:

Na primeira acepção, o conteúdo de dignidade está associado à ideia de igualdade formal e abstrata de direitos. Sob esta ótica, a previsão da dignidade da pessoa humana implica em considerar-se o homem como a razão precípua do universo jurídico, conferindo-lhe tratamento isonômico. O reconhecimento desta primazia, que não se dirige somente a determinados indivíduos, deve alcançar toda a comunidade de seres humanos, sem distinções injustificadas. (...) Com base na segunda acepção, o conceito de dignidade humana se revela atrelado ao impedimento da degradação e coisificação da pessoa. Neste sentido, a dignidade da pessoa humana pode ser também traduzida na impossibilidade de redução do homem à condição de mero objeto do Estado e de particulares dotados de maior poderio econômico. Para tanto, faz-se mister assegurar as prerrogativas do Direito Penal, a limitação da autonomia da vontade e a inviolabilidade dos chamados direitos da personalidade. (...) Registre-se também a vertente de pensamento que vincula à

---

<sup>180</sup> Ibidem, p.83-84.

<sup>181</sup> Idem, p.93.

<sup>182</sup> Op. Cit., p.97.

<sup>183</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.101.

<sup>184</sup> Idem, p.140.

noção de dignidade a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano. Neste diapasão, a dignidade da pessoa só se efetiva com a preservação de condições materiais mínimas para a existência humana. A definição mesma deste núcleo de mínimo existencial não é consensual, embora haja consenso majoritário de que ele abarca, ao menos, os direitos à renda mínima, saúde básica e educação fundamental<sup>185</sup>.

A eficácia hermenêutica do princípio da dignidade humana consiste na capacidade do princípio orientar a melhor 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, como veremos mais adiante.

Nesse sentido, concluí-se 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”<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> *Ibidem*, p.141-142.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p.145.

## 4 RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

Como os direitos fundamentais sociais são integrantes de um modelo normativo de regras e princípios, é inegável aceitar que eles não são absolutos, estando sujeitos, portanto, à intervenção dos poderes públicos. A relatividade dos direitos fundamentais decorre da própria natureza principiológica dos mesmos, sujeitos, sempre, à colisão com outros princípios, bens, valores ou interesses.

Segundo Robert Alexy, “o problema parece não estar no conceito de restrição a um direito fundamental, mas exclusivamente na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições e na distinção entre restrições e outras coisas como regulamentações, configurações e concretizações”<sup>187</sup>.

Quando se trata de restrições, deve-se considerar o fato de os direitos fundamentais serem universais e constitucionalizados em conjunto, como bem obtempera Jane Reis Gonçalves Pereira:

Em primeiro lugar, a universalidade dos direitos torna imperativa sua limitação. Sendo os direitos fundamentais atribuídos a todas as pessoas, não há como conceber sua fruição permanente e simultânea sem que haja um disciplina ordenadora a viabilizar que estes coexistam. Só é possível tornar efetiva a titularidade universal dos direitos à medida que sejam harmonizados, o que implica logicamente a imposição de limites. Em segundo lugar, os direitos fundamentais são constitucionalizados como um conjunto, não isoladamente. Nessa perspectiva, o reconhecimento dos direitos traz ínsita a noção de que estes estão inseridos num ordenamento complexo e plural, de modo que a determinação de sua esfera de incidência impõe que sejam coordenados com outros direitos e bens protegidos pela Constituição. Esses dois aspectos conjugados ligam-se à forte propensão dos direitos fundamentais a chocar-se. A necessidade de solucionar conflitos de direitos implica, naturalmente, o estabelecimento de restrições em sua aplicação<sup>188</sup>.

Há que se enfrentar a questão da possibilidade de se falar em restrições legítimas a direitos fundamentais como instituto jurídico autônomo, ou se sempre que acontecer uma intervenção no âmbito normativo do direito haverá violação da respectiva norma. Daí dividir-se a doutrina em duas teorias opostas: a teoria interna e a teoria externa, que serão expostas adiante.

---

<sup>187</sup> Op. Cit., p.276.

<sup>188</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.133-134.

## 4.2 TEORIAS INTERNA E EXTERNA

Pela teoria interna, não há duas categorias distintas, de um lado o direito fundamental, e do outro, a restrição a este direito, mas tão somente a existência do direito fundamental com um conteúdo determinado, onde já estariam inseridos seus próprios limites. Não cabe restrição a direito fundamental, apenas uma delimitação conceitual, uma definição de seus contornos conceituais, mas nunca uma restrição. Não existe restrição, mas sim limite conceitual do direito, o que passou a ser chamado *limite imanente* do direito fundamental<sup>189</sup>. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite.

Segundo essa teoria, um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já nasce com seus limites, como bem observa Ingo Wolfgang Sarlet:

Neste sentido, fala-se na existência de “limites imanes”, que consistem em fronteiras implícitas, de natureza apriorística, e que não se deixam confundir com autênticas restrições, pois estas são, em geral, compreendidas (para a teoria externa) como “desvantagens” normativas impostas externamente aos direitos, inadmitidas pela teoria interna, visto que para esta o direito tem o seu alcance definido de antemão, de tal sorte que sua restrição se revela desnecessária e até mesmo impossível do ponto de vista lógico<sup>190</sup>.

Destarte, afigura-se correta a afirmação de que para essa teoria a definição dos limites do direito é algo interno a ele. É, sobretudo, em tal perspectiva que se fala em limites imanes, isto é, imanes ao próprio conteúdo do direito. Existe apenas um objeto, que é o direito com seus limites imanes. Como bem observa Virgílio Afonso da Silva, é justamente pelo fato de que, para essa teoria, os direitos e seus limites constituírem uma unidade, visto que os limites são imanes ao direito, que fatores externos, como restrições decorrentes da colisão entre princípios, são sempre excluídos, sendo, destarte, inviável a convivência da ideia de limites imanes com a de restrições no sentido habitual do termo<sup>191</sup>.

Em obra específica sobre o tema, Luiz Fernando Calil de Freitas traz a seguinte lição acerca da teoria interna:

Para a teoria interna, a partir das concepções críticas antes sumariadas, os limites não seriam elementos externos ao conteúdo dos direitos fundamentais, mas antes

<sup>189</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. Cit., p.118.

<sup>190</sup> 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.388.

<sup>191</sup> Op. Cit., p.128-130.

concretizações, sendo as eventuais previsões normativas de elementos negativos meramente declaratórios, já que, conforme essa compreensão, a legislação elaborada com fundamento nas reservas não constitui limites ao conteúdo dos direitos, mas sim mecanismo de interpretação e revelação de seus limites máximos de conteúdo. Para além de tais fronteiras, já não há mais que se cogitar de proteção da norma jusfundamental porque aí inexistente direito fundamental, enquanto no seu interior, isto é, na parte interna do âmbito de proteção da norma demarcado pela sua imanência, qualquer intervenção legislativa corresponde à violação inaceitável do direito fundamental<sup>192</sup>.

Em resumo, para essa teoria, o direito fundamental tem um conteúdo jurídico determinado desde sua concepção, de sorte que toda posição jurídica que exceder seus limites não pode ser considerada como abrangida por tal direito. Só existe no mundo jurídico um objeto normativo, consistente no direito fundamental com seus limites, os chamados “limites imanes”, os quais não podem ser denominados de restrições. Se restrição diminui ou reduz o âmbito protetivo do direito, quando incorporada na norma, não será restrição, mas sim definição do âmbito normativo do direito. Entretanto, se esta redução não estiver incorporada ao direito, de restrição não mais se tratará, e sim de violação à norma jusfundamental.

Essa teoria não está imune a críticas. Verifica-se que, se por um lado, a questão da restrição aos direitos fundamentais é eliminada sob o aspecto lógico, por outro, na prática ela permanece, na medida em que os poderes públicos, sob o pretexto de configurar ou concretizar direitos fundamentais, “revelando seus limites imanes” podem, em verdade, modificar o conteúdo desses direitos, reduzindo o alcance das posições jurídicas que eles outorgariam aos seus titulares. “A atividade restritiva recebe a roupagem de atividade ‘conformadora’, e com isso deixa de estar sujeita ao controle constitucional, como a existência de autorização da Constituição para a redução do conteúdo do direito ‘conformado’, a reserva da lei, e a proporcionalidade”<sup>193</sup>.

Outrossim, se essa teoria só admite a conformação do conteúdo do direito fundamental, chamando-a de limites imanes, não admitindo, por outro lado, a possibilidade de restrição externa, a mesma vai contra a própria natureza principiológica dos direitos fundamentais, que, por essência admite colisões com outras normas jurídicas, colisões essas resolvidas através do sopesamento. Destarte, e por consequência, a teoria interna não admite também o sopesamento, o que se revela por demais contrário à teoria dos direitos

---

<sup>192</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p.79.

<sup>193</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. Cit., p.123.

fundamentais como regras e princípios de Robert Alexy<sup>194</sup>. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva traz a seguinte lição:

Ao garantir direitos *prima facie*, que poderão ser restringidos em determinadas circunstâncias, os princípios, como mandamentos de otimização, revelam uma de suas características principais, que é a capacidade de serem sopesados. O sopesamento é exatamente aquilo que liga – e fundamenta – o caráter inicial e *prima facie* de cada princípio com o dever-ser definitivo nos casos concretos. Ora, é justamente como *alternativa ao sopesamento* e à própria ideia de restrição a direitos fundamentais que os limites imaneses são concebidos. (...).

A partir dessa constatação, fica patente também a incompatibilidade entre a ideia de limites imaneses e a exigência de sopesamento. Como já ficou claro a partir da análise da teoria interna – que é a teoria dos limites imaneses por excelência –, se os limites de cada direito são definidos internamente e se não há a possibilidade de restrição constitutiva externa, é evidente que não há qualquer possibilidade de sopesamento entre direitos fundamentais. Não apenas isso: não há nem possibilidade, nem necessidade, já que a limitação interna faz com que as colisões deixem de existir – o que afasta, automaticamente, a figura do sopesamento, cuja realização tem como escopo justamente resolver colisões. Sem colisões não há sopesamento<sup>195</sup>.

Já a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais teve origem a partir da preocupação com a legitimidade e legalidade da ingerência dos poderes públicos na esfera de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos<sup>196</sup>. De acordo com o magistério de Robert Alexy, essa teoria faz distinção entre direitos fundamentais de um lado, e restrições a tais direitos de outro, como coisas separadas e distintas, havendo entre elas uma relação de restrição:

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, *o direito em si*, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, *o direito restringido*. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de *teoria externa*. Embora a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos apresentam-se sobretudo ou exclusivamente como direitos restringidos, ela tem que insistir que eles são também concebíveis sem restrições. Por isso, segundo a teoria

---

<sup>194</sup> “A relação entre a teoria externa e a teoria dos princípios é a mais estreita possível. De forma muito simples, a teoria dos princípios sustenta que, em geral, direitos fundamentais são garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie*. (...) Isso implica, entre outras coisas, que a colisão com outras normas pode exigir uma restrição à realização desse princípio. Essas normas constituem, portanto, as restrições ao direito fundamental garantido pelo princípio em questão. (...) Um princípio, compreendido como mandamento de otimização, é, *prima facie*, ilimitado. A própria ideia de *mandamento de otimização* expressa essa tendência expansiva. Contudo, em face da impossibilidade de existência de direitos absolutos, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes. Aí reside a distinção, exposta anteriormente, entre o direito *prima facie* e o direito *definitivo*. Essa é a distinção que a teoria externa pressupõe. O direito definitivo não é – ao contrário do que defende a teoria interna – algo definido internamente e *a priori*. Somente nos casos concretos, após sopesamento ou, se for o caso, aplicação da regra da proporcionalidade, é possível definir o que definitivamente vale. A definição do conteúdo definitivo do direito é, portanto, definida *a partir de fora*, a partir das condições fáticas e jurídicas existentes. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p.139-140).

<sup>195</sup> Op. Cit., p.165-166.

<sup>196</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. Cit., p.123.



externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos<sup>197</sup>.

Assim, existe inicialmente um direito em si, ilimitado, o qual, mediante a imposição de eventuais restrições, converte-se em um direito limitado. Percebe-se, portanto, uma distinção entre posição *prima facie* e posição definitiva, correspondendo a primeira ao direito antes de ser restringido, e a segunda ao direito já restringido. Tal distinção, no entanto, não afasta a possibilidade de existir direitos sem restrições, haja vista não haver uma relação necessária (e sim eventual) entre o conceito de direito e o de restrição, conforme dito acima por Robert Alexy. Com efeito, embora essa teoria admita a existência de direitos restringidos, ela traz à tona também a possibilidade de direitos sem restrição, pois a relação eventual entre direito e restrição só é criada a partir da exigência externa ao direito em si, de conciliação dos diversos indivíduos com direitos individuais e interesses coletivos.

Em outros termos, a teoria externa trabalha com dois objetos: o direito em si e a restrição a esse direito, o que significa que ao conteúdo *prima facie* do direito fundamental, isto é, ao seu âmbito de proteção, se podem depois colocar ou não restrições (daí os direitos fundamentais com e sem reservas)<sup>198</sup>.

Os direitos não nascem já com limites inerentes ou naturais não escritos. A restrição é sempre a *posteriori*, face a necessidade de conciliação com outros direitos ou interesses.

Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, “ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, *o direito e seus limites (imanes)*, a teoria externa divide esse objeto em dois: há, em primeiro lugar, *o direito em si*, e, destacadas dele, as suas *restrições*<sup>199</sup>. É a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como maneira de solucionar colisões entre direitos fundamentais e, mais do que isso, ao princípio da proporcionalidade com seus três subprincípios. Isso porque só a partir da teoria externa (pela qual as restrições de qualquer natureza não tem influência no conteúdo do direito, podendo apenas restringir seu exercício no caso concreto) é que se pode sustentar que, no caso de uma colisão de princípios, o princípio que tem que ceder não tem sua validade e sua extensão *prima facie* afetadas<sup>200</sup>.

---

<sup>197</sup> ALEXY, Robert. Op. Cit., p.277.

<sup>198</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.74.

<sup>199</sup> Op. Cit., p.138.

<sup>200</sup> Ibidem, p.138.

Na esteira desse entendimento José Joaquim Gomes Canotilho anota:

(..) reconduzem-se a restrições de direitos as compreensões feitas por actos normativos ou as resultantes de intervenções restritivas de *posições jurídicas* que, *prima facie*, se devem considerar como integradoras do âmbito de proteção de direitos, liberdades e garantias<sup>201</sup>.

Fincadas essas premissas, tem-se que “a preocupação fundamental da teoria externa se põe em relação ao controle da legitimidade dos limites e restrições passíveis de serem apostos ao conteúdo dos direitos fundamentais”<sup>202</sup>. Como bem pontua Jorge Reis Novais, a teoria externa, sob a influência da teoria liberal dos direitos fundamentais, reconhece a possibilidade de o Estado intervir na esfera protetora dos direitos fundamentais, desde que o faça em carácter excepcional e de acordo com procedimentos e condições preestabelecidos<sup>203</sup>.

Como ela é pautada justamente pela distinção entre posições jurídicas *prima facie* e definitivas, a teoria externa acaba sendo mais apta para o fim de propiciar a “reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais, tendo em conta a necessidade da imposição de limites a tais direitos, para que possa ser assegurada a convivência harmônica entre seus respectivos titulares no âmbito da realidade social”, como bem observou Ingo Wolfgang Sarlet<sup>204</sup>. Cumpre ressaltar que, para fins de precisão terminológica, onde se lê “limites”, em verdade significa “restrições”, como já explicado ao longo deste capítulo.

Conforma ensina Jorge Reis Novais, o grande mérito desta teoria “é precisamente possibilitar o controle da atividade interventora dos poderes constituídos no âmbito normativo dos direitos fundamentais”<sup>205</sup>. E continua:

Neste diapasão, as restrições aos direitos fundamentais podem ser expressas através de normas, quanto de atos jurídicos de natureza fática, a questão é que eles estarão submetidos a um controle de legitimidade – a necessária justificação constitucional, e o respeito aos limites traçados pela própria Constituição para a atividade restritiva<sup>206</sup>.

Com efeito, essa teoria fornece mecanismos mais claros e transparentes para se aferir a legitimidade das restrições. A partir do momento em que se identifique determinada intervenção estatal como restrição, ela deverá se adequar às reservas constitucionais, como a

---

<sup>201</sup> Op. Cit., p.1279.

<sup>202</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. Cit., p.138.

<sup>203</sup> In: MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.74.

<sup>204</sup> 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.389.

<sup>205</sup> Apud OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2012, p.125.

<sup>206</sup> Apud OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. Cit., p.125.

reserva legal simples ou qualificada, assim como também deverá respeitar a proporcionalidade, de sorte que a restrição só será legítima e constitucional se for adequada, necessária e proporcional em sentido estrito<sup>207</sup>.

Sobreleva trazer à lume interessante conclusão de Jane Reis Gonçalves Pereira, que traçou um esquema de apreciação dos principais aspectos da teoria externa, sendo de notável síntese:

i) os direitos fundamentais são princípios, veiculando comandos *prima facie*; ii) os direitos fundamentais são restringíveis; iii) as restrições aos direitos fundamentais são motivadas pela existência de conflitos entre estes e outros direitos e bens constitucionais; iv) a legitimidade constitucional da restrição é de ser examinada mediante um juízo de ponderação, que irá sopesar os direitos e bens em conflito, através da aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>208</sup>.

Entretanto, é certo que a teoria externa, assim como a interna, não foi imune de críticas, dentre as quais a que a acusa de conferir pouca mobilidade ao sistema constitucional, haja vista buscar solucionar todas as hipóteses de restrição aos direitos fundamentais com fuste na subsunção de sua constitucionalidade às reservas previstas na Constituição. Outra crítica é no sentido de que a previsão de um direito sem reservas poderia levá-lo à posição de absoluto, não admitindo nenhuma restrição legítima, apenas violação ao conteúdo da norma.

Essas críticas, entretanto, são amenizadas pelas adaptações de Robert Alexy, no sentido de aplicar a teoria externa a um modelo de regras e princípios. Com efeito, concebendo-se os direitos fundamentais ora como regras, e ora como princípios, podendo estes últimos entrar em rota de colisão, face à abertura de seu âmbito normativo e à imprecisão de seus termos, admite-se que as posições jurídicas *prima facie* sujeitam-se à ponderação com outros princípios, valores ou bens jurídicos, os quais agem como se restrições fossem, de sorte que através da ponderação resta possível a identificação do direito definitivo<sup>209</sup>.

#### 4.3 POSIÇÃO ADOTADA

Estando os direitos fundamentais sociais concebidos na Constituição de 1988 como integrantes de um sistema normativo de regras e princípios, a teoria externa é a que

---

<sup>207</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2012, p.125.

<sup>208</sup> Op. Cit., p.152.

<sup>209</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. Cit., p.126.

melhor se perfilha com a possibilidade de sua restrição. “Se os direitos fundamentais sociais, em grande parte dos casos, criam posições jurídicas *prima facie*, de modo que estão sujeitos à ponderação de bens, princípios e valores, a fim de identificação de direitos definitivos, é porque seu âmbito normativo mostra-se maleável e sujeito a restrições”<sup>210</sup>.

Com efeito, o sistema de regras e princípios, dentro do qual se insere a teoria dos direitos fundamentais, tem como característica a possibilidade de choque dos direitos fundamentais, o que se resolve mediante a ponderação entre os direitos, bens jurídicos e interesses em questão, o que só se admite na teoria externa. Em outras palavras, ao tratar dos direitos fundamentais ilimitados, ou seja, *prima facie*, e dos direitos definitivos, a teoria externa, em verdade, coaduna-se com a teoria dos direitos fundamentais como regras e princípios, pois o que torna um direito *prima facie* em definitivo é justamente a ponderação ou sopesamento feito quando de uma colisão, coisa que não acontece na teoria interna, que, como visto, nem mesmo admite restrição externa e, por consequência, sopesamentos. Nesse mesmo sentido posiciona-se Ana Carolina Lopes Olsen, para quem

Os direitos fundamentais sociais correspondem a direitos fundamentais subjetivos *prima facie*. Nesse sentido, seu conteúdo pode eventualmente chocar-se com outros direitos, ou bens jurídicos, de modo que em certos casos a intervenção dos poderes públicos mostra-se necessária a fim de reduzir o âmbito normativo do direito fundamental, adequando-o aos interesses externos em conflito. Esta intervenção, entretanto, pode mostrar-se severa, restringindo posições jurídicas dos seus titulares. Somente através da argumentação racional e da sujeição destas restrições aos limites impostos pela própria Constituição, do que resulta seu controle de constitucionalidade, pode-se evitar que abusos sejam cometidos na atividade restritiva, anulando por completo posições jurídicas protegidas constitucionalmente<sup>211</sup>.

E conclui a mencionada autora, asseverando que, “assim, os conceitos trazidos pela teoria externa, se adaptados a uma teoria de princípios, fornecem o instrumental mais seguro para uma dogmática preocupada com o controle da atividade dos poderes constituídos em relação aos direitos fundamentais”<sup>212</sup>.

Também José Joaquim Gomes Canotilho parece adotar tal posição, ao ressaltar serem as restrições um segundo momento de aplicação das normas de direito fundamental<sup>213</sup>. Essa aplicação se daria em três etapas: na primeira delas demarcam-se, “da forma mais ampla possível, as diversas faculdades e posições jurídicas que decorrem do direito fundamental em jogo”<sup>214</sup>; na segunda, harmoniza-se o amplo conteúdo protegido pelo direito fundamental

---

<sup>210</sup> Ibidem, p.126.

<sup>211</sup> Idem, p.127.

<sup>212</sup> Idem, p.127.

<sup>213</sup> Op. Cit., p.1.142-1.143.

<sup>214</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. Cit., p.147.

(direito *prima facie*) com eventuais direitos e bens constitucionais contrapostos, com vistas a se identificar o conteúdo definitivo. Verifica-se se existe alguma restrição ao conteúdo protegido do direito fundamental; na terceira etapa, examina-se a legitimidade dessa restrição, isto é, se ela está constitucionalmente autorizada. Esse quadro de etapas foi trazido por José Joaquim Gomes Canotilho, como bem observou Luiz Fernando Calil de Freitas:

De fato, Canotilho defende desenganadamente uma específica *metódica do procedimento jurídico-constitucional de restrição de direitos* fundamentais que observa três instâncias, sendo a primeira a tarefa de delimitação do âmbito normativo e do âmbito de proteção do direito garantido, o que pressupõem a teoria externa; a segunda tarefa corresponde à individualização e determinação dos limites apostos por norma infraconstitucional em razão da norma jusfundamental, a fim de se garantirem outros direitos igualmente fundamentais ou outros bens constitucionalmente protegidos; e, num terceiro momento, o exame dos requisitos estabelecidos na constituição como condição de validade da norma infraconstitucional limitadora ou restritiva<sup>215</sup>.

Assim, com fuste na segunda etapa apresentada, quando admite-se restrição aos direitos fundamentais, reafirma-se a teoria externa como a que melhor se coaduna com o sistema de proteção dos direitos fundamentais, haja vista fornecer mecanismos mais claros e transparentes para se identificar a legitimidade das restrições impostas pelo Estado aos direitos fundamentais.

#### 4.4 A RESERVA DO POSSÍVEL COMO RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Antes de adentrar propriamente na análise da construção da reserva do possível, cumpre deixar assentado se a mesma se comporta como restrição aos direitos fundamentais, notadamente aos sociais, campo de sua maior atuação.

Como será visto adiante, a reserva do possível tem como elemento chave a escassez de recursos, seja real, seja jurídica, o que a faz surgir como uma “válvula de escape” para o Estado não integralizar os direitos fundamentais sociais dos cidadãos. Sem adentrar aqui na questão ideológica (neoliberalista) da reserva do possível, ou ainda na importação desordenada de sua construção da Alemanha para o Brasil (o que será feito no próximo capítulo), fato é que a reserva do possível, seja em sua acepção original alemã (aquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar do Estado), seja em sua acepção brasileira (incutida primordialmente com a questão da escassez de recursos), se comporta como uma restrição aos

---

<sup>215</sup> Op. Cit., p.140.

direitos fundamentais, na medida em que ela enfraquece as obrigações previstas na legislação em vigor, reduzindo, dificultando ou mesmo impossibilitando os meios de acesso dos titulares aos bens jurídicos protegidos.

A reserva do possível é fator externo ao direito, que, apesar de restringi-lo, pode ter sua legitimidade constitucional aferida no caso concreto. Caso fosse considerada como fazendo parte do conteúdo do direito, isto é, como limite imanente, não haveria a possibilidade desse controle, segundo a teoria interna. Com efeito, enxergar na reserva do possível um limite imanente dos direitos fundamentais enfraquece o sistema protetor desses direitos, haja vista poderes constituídos legitimados a descrever o conteúdo de um direito, seu âmbito normativo, terem discricionariedade total para dizer o que é possível e o que não é. Isso, por óbvio, dificulta o controle da atividade de alocação de recursos públicos, e, conseqüentemente, a proteção dos direitos fundamentais em geral.

Nesse sentido, o conceito de restrição fornecido por Jorge Reis Novais coaduna-se com a proposta deste trabalho para se reconhecer a reserva do possível como restrição (e não limite imanente) aos direitos fundamentais sociais:

Assim, entendemos genericamente por restrição a acção ou omissão estatal que afecta desvantajosamente o conceito de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, sem sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado<sup>216</sup>.

Por esse conceito, a reserva do possível, quando argüida pelo Estado, atua como restrição (externa) que atinge o âmbito protetivo dos direitos fundamentais sociais, podendo ensejar, a depender de seu alcance, a redução ou a própria eliminação do acesso aos direitos pleiteados, como também representa o enfraquecimento dos deveres estatais para com a efetivação dos mesmos<sup>217</sup>.

Observada como elemento externo, “a reserva do possível permite a compatibilização, mediante ponderação, entre elementos normativos do direito fundamental social e elementos fáticos, como a escassez de recursos”<sup>218</sup>.

Para fins deste trabalho, portanto, a reserva do possível assume a condição de restrição argüida pelo Estado, fundamentada na escassez de recursos, e que deve ser ponderada em situações concretas que envolvam a efetivação dos direitos fundamentais

---

<sup>216</sup> In: MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.82.

<sup>217</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. Op. Cit., p.83.

<sup>218</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. Cit., p.194.

sociais. Como se trata de restrição (na acepção da teoria externa), deve ser objeto de sopesamento frente ao direito fundamental restringido (direito *prima facie*), para, aí então, se obter o direito definitivo, isto é, o resultado do processo de sopesamento.

Perfilha-se, portanto, do mesmo entendimento de Robert Alexy, segundo o qual à reserva do possível é atribuída a condição de restrição aos direitos fundamentais:

O modelo apresentado é um modelo baseado no sopesamento. É característico de todos os modelos baseados no sopesamento que aquilo que é devido *prima facie* seja mais amplo que aquilo que é devido definitivamente. (...) O tribunal parte de um direito subjetivo *prima facie* e vinculante, de todo cidadão que tenha concluído o ensino médio, a ser admitido no curso universitário de sua escolha. O caráter *prima facie* desse direito é expressado de forma precisa quando o tribunal afirma que o direito é conferido ao seu titular por um direito “em si” e que ele é restringível. (...) Mas a natureza de direito *prima facie* vinculante implica que a cláusula de restrição desse direito – a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir de toda a sociedade – não pode levar a um esvaziamento do direito. Essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito<sup>219</sup>.

À guisa de arremate, Ana Carolina Lopes Olsen também apresenta uma concepção que se coaduna com a apresentada neste trabalho, merecendo, destarte, trazer à baila seu pensamento:

Assim, a reserva do possível atua sobre os direitos fundamentais prestacionais como elemento externo, que pode reduzir, ou até mesmo eliminar o acesso dos titulares de um dado direito fundamental social ao bem juridicamente protegido (educação, saúde, previdência, moradia), enfraquecendo a obrigação assumida pelo Estado, de modo a afetar desvantajosamente o conteúdo do direito fundamental. Ela se enquadra, nestes termos, no conceito de restrição adotado (...) <sup>220</sup>.

A partir da posição adotada por estes autores, verifica-se que a reserva do possível é exterior ao direito, que não determina seu conteúdo, não influencia na sua existência jurídica (no sentido de vigência), mas pode, eventualmente, comprometer a sua eficácia. Nestas condições, afirmar que um direito pode ser exigível na medida da disponibilidade de meios materiais necessários à sua realização significa estabelecer, num primeiro momento, o amplo alcance da norma de direito fundamental, e num segundo, a possibilidade de restrição com base em elementos da realidade empírica. A escassez de recursos poderia impedir a exigibilidade de um direito fundamental social, mas, para tanto, o Judiciário, perante o qual esta exigibilidade foi reclamada, terá ao seu alcance o mecanismo da ponderação, a partir da proporcionalidade, a fim de averiguar que escassez de recursos é esta, se é contornável ou não, se as razões que determinaram a escolha alocativa de recursos em prejuízo deste direito são efetivamente adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito<sup>221</sup>.

Fincadas tais premissas, passar-se-á a expor adiante os delineamentos da restrição aos direitos fundamentais denominada de reserva do possível.

---

<sup>219</sup> Op. Cit., p.514-515.

<sup>220</sup> Op. Cit., p.212.

<sup>221</sup> Idem, p.195.

## 5 A RESERVA DO POSSÍVEL

### 5.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

As origens da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) costumeiramente indicadas pela doutrina remontam a decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, notadamente no caso do *numerus clausus* I (BVerfGE 33, 303, de 1973), cujo entendimento foi reiterado na *decisão sobre as universidades* ou *Hochschul-Urteil* (BVerfGE 35, 79, de 1973), e reafirmado no *numerus clausus* II (BVerfGE 43, 291, de 1977).

Entretanto, em que pese esta origem jurisprudencial mais recente e comumente asseverada doutrinariamente, o fundamento embasador da reserva do possível é bem mais antigo, sendo causa de discussões no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, levando a uma cisão ainda hoje existente no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos das Nações Unidas, com mais de duas décadas de antecedência ao caso do *numerus clausus* I.

#### 5.1.1 A Cisão dos Direitos Humanos no Sistema da Onu em 1951

Por conta de correntes político-filosóficas contrárias, situação esta ocasionadora de uma dissensão ideológica acerca dos direitos sociais e das obrigações dos Estados em sua implementação, a Assembleia Geral das Nações Unidas deliberou, em 1951, pela elaboração de dois pactos internacionais de direitos humanos, ao invés de um só, a saber, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que foram finalmente adotados em 1966. Essa distinção (que sofreu bastantes críticas por não considerar os princípios da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos) fundou-se na clássica oposição (hoje já superada) entre direitos negativos (ou de defesa) e direitos positivos (ou prestacionais).

Conforme o magistério de Antônio Augusto Cançado Trindade, “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<sup>222</sup>. (grifos no original).

Tal distinção tinha fundamentos marcadamente ideológicos, que ficaram claros por aquele contexto histórico: o confronto dos países ocidentais e dos países socialistas, os primeiros enfatizando os direitos civis e políticos, enquanto os segundos colocando ênfase nos direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido são as lições 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 sociais, econômicos e culturais eram “programáticos” e demandavam realização progressiva<sup>223</sup>.

Assim, portanto, ficou patente a posição extremamente cautelosa do ocidente capitalista quando se tratava de consagrar direitos sociais e econômicos, principalmente. O receio dos países ocidentais ancorava-se no custo da efetivação do segundo pacto, especialmente no que pertine aos direitos sociais. Destarte, ainda na ideia aparentemente óbvia de que os direitos civis e políticos não precisavam de aportes recursais significativos para sua efetivação e respeito (seriam direitos baratos) e que os direitos econômicos, sociais e culturais teriam alto custo (seriam direitos caros), os países ocidentais conseguiram aprovar pactos distintos<sup>224</sup>.

Além da divisão do sistema de proteção já vista, outra solução encontrada à renitência dos países ocidentais participantes da Conferência em relação ao reconhecimento dos direitos sociais, tidos como de alto custo, foi a consagração da teoria da progressividade ou da implementação progressiva de tais direitos, que, por sua vez, originou a fórmula denominada de princípio da progressividade, em sua concepção liberal<sup>225</sup>.

Esse princípio foi expressamente positivado no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tendo a seguinte redação:

Art. 2º. 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

---

<sup>222</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p.446.

<sup>223</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.155.

<sup>224</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: Volume 1. Reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p.131.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p.132.

apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Como se vê, tal dispositivo condicionava os direitos humanos econômicos, sociais e culturais à realização progressiva, na medida do máximo de recursos disponíveis.

Enfim, somente com tais concessões é que foi possível a aprovação de dois instrumentos de proteção internacional no âmbito da ONU.

Portanto, consoante se pode observar, as objeções de ordem econômica, tais como escassez e insuficiência de recursos, bem como a impossibilidade econômica de implementação das obrigações referentes à realização dos direitos sociais remontam a mais de vinte anos antes da primeira decisão comumente apontada como origem da reserva do possível, cuja compreensão atual se aproxima muito 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<sup>226</sup>.

### 5.1.2 O Caso do *Numerus Clausus I* (BVerfGE 33, 303, de 1973)

O que a doutrina constitucionalista geralmente aponta como origem da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) é o precedente exarado com o célebre caso do *numerus clausus*.

Conforme relata Luis Fernando Sgarbossa<sup>227</sup>, cuidava-se de um processo recebido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), em face de decisões de reenvio<sup>228</sup> exaradas pelo Tribunal Administrativo de Hamburgo (*Verwaltungsgerichts*) e pelo Tribunal Administrativo Bávaro de Munique (*Bayerischen Verwaltungsgerichts*

---

<sup>226</sup> Ibidem, p.133.

<sup>227</sup> Idem, p.134.

<sup>228</sup> Segundo Luís Fernando Sgarbossa, é sabido que no sistema alemão de controle de constitucionalidade, 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 (*Vorlagebeschluss*). 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. *Apud* SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: Volume I. Reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p.134.

*München*). Nesses dois processos envolvendo o acesso de cidadãos ao curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e Munique, as Cortes Administrativas solicitaram uma decisão da Corte Constitucional Federal a respeito da compatibilidade entre certas regras legais estaduais que restringiam esse acesso (*numerus clausus*), e a Lei Fundamental.

Em relação ao contexto daquela época – tópico importante para a compreensão da decisão tomada pela Corte alemã – Ana Carolina Lopes Olsen leciona que, entre os anos de 1952 a 1967, o número de estudantes nas universidades científicas da Alemanha praticamente dobrara; o número de primeiro-anistas passou de 25.000 para 51.000. Apesar desse aumento, o desenvolvimento das universidades não acompanhou tal crescimento. Para isso, seria preciso mais de 7,7 bilhões de marcos, valores irrealistas se considerada a situação alemã pós-guerra. Por conta dessa realidade, nos anos 60, cada vez mais escolas recorreram ao auxílio da regra do *numerus clausus*, existente desde os anos seguintes ao pós-guerra. Assim, o número de vagas era limitado e, de fato, não poderia atender toda a população. Faltava, entretanto, a base constitucional para esta regra, problema este cuja tentativa de solução se deu com o recurso ao Tribunal Constitucional<sup>229</sup>.

Enquanto que o reenvio do Tribunal Administrativo de Hamburgo foi originado pela alegação (no curso do processo originário) de inconstitucionalidade do artigo 17 da Lei sobre a Universidade de Hamburgo, o reenvio do Tribunal Administrativo Bávaro de Munique ocorreu em face de alegação de inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei relativa à admissão aos estabelecimentos de ensino superior da Baviera.

Em ambos os casos, analisou-se o art. 12, § 1º da Lei Fundamental alemã, segundo o qual: *Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen* (todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação)<sup>230</sup>.

Conforme entendeu o Tribunal Constitucional Federal alemão, o que estava em exame era a constitucionalidade da limitação absoluta imposta pelas normas editadas pelas universidades<sup>231</sup> que, sob o argumento da insuficiente incapacidade de ensino, restringiram a

---

<sup>229</sup> Op. Cit., p.215.

<sup>230</sup> KELBERT, Fabiana. Op. Cit., p.69.

<sup>231</sup> “O § 17 da Lei Universitária de Hamburgo, de 25 de abril de 1969, determinava: (1) A admissão para alguns cursos pode ser restringida, se e enquanto isso for necessário, em vista da capacidade de absorção da universidade para garantir a regular realização de um curso na respectiva área do conhecimento. Antes da introdução de uma limitação da admissão, deve-se, sobretudo, avaliar, se e em que extensão a universidade pode tomar medidas, principalmente na área da reforma do ensino, que sejam adequadas a evitar uma restrição da admissão. (2) Limitações da admissão serão regulamentadas por leis de admissão, nas quais devem ser estabelecidas regras sobre a escolha e o número dos candidatos a serem admitidos. A cada seis meses deve ser

admissão de estudantes no curso de medicina, como uma condição necessária para sua manutenção<sup>232</sup>.

Após longa fundamentação, o Tribunal Constitucional Federal alemão rejeitou o pleito de declaração de inconstitucionalidade das disposições legais mencionadas e a pretendida criação de vagas necessárias para a admissão no curso de medicina. Isto é, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que a regra do *numerus clausus* era compatível com a Lei Fundamental.

Em suas ponderações, o Tribunal verificou 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, com o objetivo de satisfazer individualmente cada cidadão, obrigando o Estado a negligenciar outros programas sociais, ou mesmo comprometer suas políticas públicas, não se mostrava razoável. A questão central para o Tribunal alemão não parece ter sido financeira, enquanto escassez absoluta de recursos, mas sim dizia respeito à razoabilidade com que a alocação destes recursos poderia ser demandada. Mesmo que o Estado dispusesse dos recursos, segundo a reserva do possível instituída por este Tribunal, não se poderia impor a ele (Estado) uma obrigação que fugisse aos limites do razoável. Em cotejo com tal decisão, Ingo Wolfgang Sarlet assim leciona:

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 poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que

---

verificado se ainda está presente a condição do parágrafo primeiro. (3) Leis de admissão serão estatuídas pelo Senado (Conselho) Acadêmico, depois da oitiva dos departamentos interessados. Sobre esta base, o Senado (Conselho) Acadêmico da universidade estatuiu, para o semestre de verão de 1970, uma lei de admissão para o curso da medicina humana e odontologia. Segundo ela, as vagas disponíveis para candidatos alemães deviam ser distribuídas na proporção de 60% segundo fatores de desempenho (currículo do candidato) e 40% segundo o princípio do ano de nascimento; pôde ainda uma parte das vagas a serem definidas a cada semestre ficar reservada a casos especialmente peculiares (difíceis). A escolha segundo os fatores de desempenho baseava-se fundamentalmente na nota média aferida do certificado de conclusão do curso secundário (*Reifezeugnis*). No caso da escolha segundo o princípio do ano de nascimento, eram admitidos prioritariamente candidatos que já tivessem prestado o serviço militar ou um serviço civil alternativo àquele. Diferentemente da Lei Universitária de Hamburgo, a Lei de Admissão às Universidades Bávaras, de 8 de julho de 1970, continha, de um lado, o princípio de que os números de estudantes para algumas áreas do conhecimento somente poderiam ser limitadas se isso fosse estritamente essencial à manutenção do funcionamento regular de um curso, tendo em vista a capacidade das instalações das universidades (Art. 2 II da Lei de Admissão). Por outro lado, a lei fixava critérios para a distribuição de vagas universitárias (Art. 3) e continha, finalmente, uma autorização da edição de um decreto pelo Ministério de Educação Bávaro para a concretização desses requisitos” (BverfGE 33, 303, de 18 de junho de 1972. In: SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Leonardo Martins. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p.660.

<sup>232</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. Op. Cit., p.52.

efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador<sup>233</sup>.

No mesmo sentido é o escólio de Andréas Krell:

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<sup>234</sup> (grifos no original).

Destarte, percebe-se o quanto a ideia de razoabilidade e proporcionalidade do pleito encontra-se, reconhecidamente, no cerne da construção do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Em síntese, a decisão da Corte alemã demonstrava um intuito limitativo de uma interpretação ultra-extensiva do direito individual à liberdade de escolha da profissão e de eleição do estabelecimento de formação, consagradas pelo artigo 12, I, da Lei Fundamental, com fuste na razoabilidade e proporcionalidade, já consagrados em sua jurisprudência. Consoante sintetiza Luís Fernando Sgarbossa, tomadas em consideração as circunstâncias do caso concreto, a Corte Suprema alemã decidiu pela impossibilidade de se declarar a inconstitucionalidade das leis de Hamburgo e da Baviera que previam a regra do *numerus clausus*, como também asseverou a inexistência de um direito subjetivo individual à vaga no curso e universidade de livre escolha do candidato a partir da norma testificada no artigo 12, I, da Lei fundamental, fixando o julgado entendimento de que o cidadão somente pode exigir da sociedade (e também do Estado) aquilo que dela possa racionalmente esperar, *no marco do Estado Social*, como visto, essência mesma do construto da reserva do possível<sup>235</sup>.

### **5.1.3 Hochschul-Urteil ou Decisão das Universidades (Precedente BVerfGE 35, 79, de 1973)**

Ainda em 1973, outro julgado do Tribunal Constitucional Federal alemão voltou a fazer referência à reserva do possível, mencionando expressamente o *numerus clausus* I e

---

<sup>233</sup> 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.287.

<sup>234</sup> Op. Cit., p.52.

<sup>235</sup> Op. Cit., p.140.

reafirmando a reserva do possível nos termos em que foi alcunhada por tal precedente: cuidava-se da *decisão das universidades* ou *Hochschul-Urteil* (BVerfGE 35, 79).

Em tal decisão, a Corte alemã analisou a constitucionalidade da Lei Geral Universitária da Baixa-Saxônia de 26 de outubro de 1971. Em apertada síntese, a lide versava sobre a participação de diversos setores do mundo universitário em órgão colegiados das universidades e, em seu bojo, surge novamente a referência expressa ao precedente do *numerus clausus* I e ao condicionamento dos direitos de participação (*Teilhaberechte*) à reserva do possível, entendida como o que se revela razoável o indivíduo esperar da sociedade.

Do excerto a seguir transcrito e traduzido, pode se depreender a essência do julgamento:

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 estruturação 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 opera, em princípio, pela oportunidade de cada titular tentar a admissão<sup>236</sup>.

Assim, mais uma vez se vê uma decisão da Corte Constitucional alemã condicionar direitos de participação, utilizando-se da racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade das expectativas individuais em relação à sociedade e afastando interpretações excessivamente extensivas de pretensos direitos subjetivos individuais.

#### **5.1.4 O Caso do *Numerus Clausus* II (Precedente BVerfGE 43, 291, de 1977)**

Passados quatro anos do julgamento do *numerus clausus* I, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu lide semelhante àquela julgada, decisão esta que originou o chamado *numerus clausus* II (BVerfGE 43, 291). Questionava-se a constitucionalidade do art. 32, parágrafo 3º, item 1, alínea 6, da “Lei sobre o ensino superior” (HRG, ou *Hochschulrahmengesetz*, de 26 de fevereiro de 1976).

---

<sup>236</sup> Ibidem, p.142.

Conforme Luís Fernando Sgarbossa,

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 art. 12, § 3º do tratado do Estado e as decisões de aprovação dos parlamentos dos Länder (*Staatsvertrages und den Zustimmungsbeschlüssen der Parlamente aller Bundesländer*), à decisão do Tribunal Administrativo Superior do Land da Renânia-Westafalia 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<sup>237</sup>.

Neste julgamento, a Corte Suprema alemã discutiu diversos aspectos dos mencionados diplomas normativos, regulamentadores das condições de acesso ao ensino superior, a exemplo da adoção de cotas para seleção de candidatos (art. 32, parágrafo 3º, item 1, alínea 6 da HRG), tendo, ao final, reiterado entendimento já aventado no *numerus clausus* I, 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 de uso exaustivo de todas as capacidades de formação, a prioridade constitucional de medidas anteriores à seleção do candidato<sup>238</sup>.

Esta, portanto, é a terceira decisão de que se tem conhecimento em que se reafirmaria a reserva do possível pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, denotando ter tal entendimento feito jurisprudência naquela corte.

## 5.2 A RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL

A reserva do possível conheceu notável circulação, tendo sido recepcionada pela doutrina e jurisprudência de inúmeros países, dentre eles o Brasil.

Em alguns casos, o conteúdo dessa construção passou por verdadeira mutação ou deformação, afastando-se cada vez mais do modelo original alemão e aproximando-se sensivelmente da compreensão da progressividade em sua acepção original, clássica ou liberal, ou de teorias como a das normas constitucionais programáticas, a das normas

---

<sup>237</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p.143.

<sup>238</sup> Ibidem, p.144.

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*)<sup>239</sup>.

Aqui no Brasil, consoante os ensinamentos de Ana Carolina Lopes Olsen, a doutrina da reserva do possível sofreu algumas modificações, se considerado o nascedouro alemão. Segundo a autora, a preocupação inicial com a proporcionalidade e a razoabilidade (aquilo que razoavelmente se pode exigir) deu lugar à questão da disponibilidade de recursos, e para o custo dos direitos<sup>240</sup>.

Para uma melhor compreensão do tema, cumpre repisar-se a construção originária alemã.

No contexto alemão, a reserva do possível representa um limite à pretensão dos titulares de direitos fundamentais sociais, haja vista não lhes caber pleitear além daquilo que o Estado já prestou dentro de sua capacidade, cumprindo, portanto sua obrigação constitucional. Não há espaço para um algo mais injustificado, irrazoável. A título de exemplo, verifica-se que, no caso do *numerus clausus I*, o Estado fornecia universidades públicas para seus cidadãos, e inclusive havia programas de expansão do número de vagas. Entretanto, ainda assim não estava sendo possível conter a demanda de estudantes, especialmente para o curso de medicina. Diante dessa situação, como já visto antes, não se poderia exigir do Estado o fornecimento de vagas nas universidades públicas para todos os cidadãos naquele curso superior. Não seria razoável exigí-lo, haja vista ter o Estado feito aquilo que efetivamente estava ao seu alcance.

Porém, não é isso o que se verifica na realidade brasileira: aqui, o Estado não faz tudo aquilo que está ao seu alcance para cumprir os mandamentos constitucionais. Muito pelo contrário, ele cria maneiras de burlar as exigências dos direitos fundamentais prestacionais<sup>241</sup>, conforme leciona Andreas J. Krell:

Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo; o conceito da “redistribuição” (*Umverteilung*) de recurso ganha uma dimensão completamente diferente. (...) Assim, a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos

---

<sup>239</sup> Ibidem, p.147.

<sup>240</sup> Op. Cit., p.221-222.

<sup>241</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. Cit., p.223-224.



subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado<sup>242</sup>.

Essa mutação de conteúdo ao chegar no Brasil tem como causas a importação acrítica de direito estrangeiro e o pensamento ideológico neoliberal que aqui pairava na década de 90, como será visto mais adiante.

O que importa ressaltar neste momento é a “mudança de roupagem” que sofreu a reserva do possível ao ingressar no Brasil, passando a valorizar mais a questão da escassez de recursos em detrimento da questão da razoabilidade e proporcionalidade, como era a construção originária alemã. Em análise da doutrina e jurisprudência brasileira, observa-se que hoje vem sendo considerada como reserva do possível toda restrição à realização de direitos fundamentais sociais baseada em escassez de recursos, seja ela compreendida como inexistência ou insuficiência econômica dos recursos (escassez real ou econômica), seja compreendida como indisponibilidade jurídica de tais recursos (escassez ficta ou jurídica).

### **5.2.1 Importação de Direito Estrangeiro**

Uma vez tendo o ordenamento jurídico brasileiro recepcionado a construção da reserva do possível, cumpre tecer algumas considerações acerca da utilização de decisões estrangeiras na pesquisa judicial pátria, matéria esta que vem sendo alvo de controvérsias há muito tempo, principalmente pela tensão entre a comparação constitucional e a tradição de direito público, de feição marcadamente nacionalista.

Sem se adotar uma posição xenomana e tampouco xenófoba, é mister que se tenha cuidado na comparação de ordens constitucionais diversas. Conforme ensina Luís Fernando Sgarbossa, 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<sup>243</sup>. Há de se ter a maior cautela no tocante às particularidades dos ordenamentos e realidades nacionais colocadas em contato com a circulação de modelos.

---

<sup>242</sup> KRELL, Andreas J. Op. Cit., p.54.

<sup>243</sup> Op. Cit., p.181.

Tratando do tema, Andreas Joachim Krell assevera ser questionável a transferência para países periféricos de teorias jurídicas desenvolvidas em países centrais do chamado Primeiro Mundo com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes<sup>244</sup>.

Nesse mesmo diapasão é o magistério de Vidal Serrano Nunes Júnior, para quem outro ponto desta temática refere-se à ambientação positiva da reserva do possível, que, como nascida na Alemanha, carrega como pressupostos, por óbvio, as normas de direito positivo nas quais foi enlastrada. Daí exsurgir, de modo quase que espontâneo, a indagação acerca da compatibilidade entre os dois ordenamentos, de tal modo a se viabilizar a importação dessa construção para o ordenamento jurídico brasileiro<sup>245</sup>.

Discorrendo sobre o assunto, Dirley da Cunha júnior assevera:

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 brasileiro<sup>246</sup>.

Somente a partir de uma consideração sobre os elementos distintivos e de concordância, os quais compreendem não apenas a compatibilidade jurídica, mas também socioeconômica, político-filosófica e cultural, é que se pode investigar o acerto do uso de decisões alienígenas como paradigma de julgados nacionais.

Ao se utilizar de decisões judiciais estrangeiras como paradigma, cumpre ao intérprete desincumbir-se discursivamente do ônus de demonstrar a pertinência da recepção assim operada, através da ponderação entre os elementos diferenciais e de concordância, 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 argumentativo que permitirá o controle intersubjetivo da racionalidade da decisão proferida e da recepção operada. De modo contrário, o uso pouco criterioso de elementos jurisprudenciais ou doutrinários estrangeiros abre margem à

---

<sup>244</sup> Op. Cit., p.51.

<sup>245</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p.176-177.

<sup>246</sup> Op. Cit., p.739.

discrecionalidade judicial e a problemas decorrentes da má-compreensão do direito de origem alienígena ou impropriedade da transposição pela diversidade de contextos<sup>247</sup>.

Apesar de tais considerações, aqui no Brasil não se teve tal cautela. As decisões que fazem referência à reserva do possível o fazem sem maiores preocupações com a comparação dos pressupostos jurídicos e metajurídicos que permitam a aproximação das realidades brasileira e alemã, e sem se referirem expressamente ao paradigma judicial estrangeiro (*numerus clausus* I). Também a doutrina nacional, lamentável e equivocadamente, tem acolhido de forma cômoda essa criação do direito estrangeiro, aceitando-a indiscriminadamente como obstáculo à efetividade dos direitos sociais<sup>248</sup>.

Como já visto antes, a reserva do possível é criação do direito alemão, fruto de um contexto jurídico e social totalmente distinto do brasileiro. Consoante Dirley da Cunha Júnior, “nestas diferentes ordens jurídicas concretas não variam apenas as formas de lutas, conquistas e realização e satisfação dos direitos, mas também os próprios paradigmas jurídicos aos quais se sujeitam”<sup>249</sup>, devendo, portanto, haver, inexoravelmente, uma diferenciação entre tais realidades quando da construção judicial com base nelas.

Com efeito, a despeito do quadro socioeconômico resultante da derrota da Alemanha na Segunda Guerra Mundial, em algumas décadas sua situação havia se modificado sensivelmente. O Estado Social encontrava-se significativamente efetivado 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, consoante se depreende da própria literalidade da decisão BVerfGE 33, 303<sup>250</sup>. Tal julgado, de acordo com o contexto em que foi proferido, visou tão somente limitar uma interpretação ultra-extensiva dos direitos fundamentais sociais, na perspectiva da exigibilidade individual, que já desbordava do razoável, estando a questão da razoabilidade das demandas no âmago de tal decisão. Apenas secundariamente fizeram parte da fundamentação do *decisum* aspectos relativos à reserva orçamentária e, sobre tal aspecto, restou consignado tratar-se de incumbência em linha de princípio afeta ao legislador a disposição de verbas orçamentárias, levando em consideração outros fatores impostos pela Lei Fundamental, como o equilíbrio orçamentário<sup>251</sup>.

---

<sup>247</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p.188-189.

<sup>248</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. Cit., p.739.

<sup>249</sup> Idem, p.739.

<sup>250</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p.152.

<sup>251</sup> Ibidem, p.153.

Já no Brasil, o Estado Social só existia no papel<sup>252</sup>, como bem obtempera Leonardo de Farias Duarte, para quem “considerando que, a rigor, o Estado Social nunca chegou a ser plenamente estabelecido no Brasil, não se mostra razoável a importação pura e simples, sem qualquer ressalvas, de (consagradas) proposições européias destinadas justamente a reduzir prestações próprias do Estado Social ou a negar a qualidade de direitos subjetivos a essas prestações sociais”<sup>253</sup>.

No mesmo sentido é o magistério de Dirley da Cunha Júnior, ao tratar da realidade brasileira:

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.<sup>254</sup>

Dito de outro modo, teorias avançadas na Alemanha e com repercussão no plano dos direitos fundamentais sociais, a exemplo da reserva do possível, não podem, em regra, ser simplesmente transpostas para outros ambientes, como o brasileiro, sem os devidos ajustes e adaptações<sup>255</sup>. Afinal, como bem observa Andreas Krell, os juristas germânicos certamente não construíram suas concepções em relação aos direitos a prestações em sentido estrito num quadro estatal de “permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente *excluídos*”<sup>256</sup>.

Há, portanto, que se fazer as devidas adaptações e correções a essa construção germânica ao introduzi-la em nosso ordenamento. É preciso, pois, contextualizar (ou “territorializar”) o problema. Não se pode simplesmente importar teorias sem a devida “tropicalização”. Os indicadores sociais brasileiros, ainda hoje, evidenciam uma situação de extrema desigualdade e falta de condições essenciais para uma vida digna, a qual não pode ser comparada à realidade socioeconômica, por exemplo, da maioria dos países europeus ou da América do Norte<sup>257</sup>.

---

<sup>252</sup> Seja por questões de atraso industrial, ou por déficit financeiro do Estado, ou ainda 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 (SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: Volume 1. Reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p.123).

<sup>253</sup> DUARTE, Leonardo de Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.178.

<sup>254</sup> Op. Cit., p.741.

<sup>255</sup> DUARTE, Leonardo de Farias. Op. Cit., p.178.

<sup>256</sup> Op. Cit., p.107-108.

<sup>257</sup> DUARTE, Leonardo de Farias. Op. Cit., p.175.

Nesse ponto, em que pese a maioria dos autores pregar a necessidade de adaptações desta construção à realidade brasileira, este trabalho perfilha o entendimento de que, na verdade, ao ser trazida para o Brasil, a reserva do possível já sofreu uma adaptação (ou mutação, como quiser), consistente na troca de planos entre a questão da escassez de recursos e a da razoabilidade e proporcionalidade. Explicando melhor, a construção originária alemã trazia a razoabilidade e a proporcionalidade como elementos primários de sua discussão, enquanto que a questão da escassez de recursos só era tratada de forma secundária. Já aqui no Brasil, quando de sua importação, houve uma inversão destes pólos: a escassez de recursos foi guindada a elemento principal de discussão, enquanto que a razoabilidade e a proporcionalidade passaram a ser tratadas de forma secundária, quando, não raro, muitas vezes, esquecidas.

Entende-se, ainda, que tal mudança foi necessária justamente pela diferença de realidades entre Brasil e Alemanha, conforme dito linhas atrás. Com efeito, se por um lado a Alemanha já experimentava efetivamente o quadro de um Estado Social, onde não se fazia necessário discutir questões relativas à escassez de recursos, por outro lado, o Brasil não, demonstrando a realidade brasileira ser imperioso o enfrentamento de tal argumento.

Porém, tal adaptação, por si só, não autoriza a uma correta leitura da reserva do possível no Brasil, haja vista a imprescindibilidade da razoabilidade e da proporcionalidade estarem no mesmo plano de discussão da escassez de recursos. É isso que precisa ser desvendado: foi introduzida a questão da escassez de recursos, mas falta ainda a sua conjugação, sempre necessária, com a razoabilidade e proporcionalidade.

Concluindo, quando se importou a reserva do possível da Alemanha para o Brasil, o problema não foi a sua vinda para cá sem adaptações, pois, houve sim uma adaptação (ou mutação), como já visto. O problema é que a reserva do possível passou a ser utilizada pela Fazenda Pública no Brasil somente no sentido de escassez de recursos, relegando a questão da razoabilidade e proporcionalidade para segundo plano. A construção virou: os direitos fundamentais sociais serão efetivados dentro da reserva do possível, isto é, dentro da capacidade financeira do Estado; quando a construção original era: os direitos fundamentais sociais serão efetivados dentro daquilo que for razoável exigir do Estado. O correto, na linha de entendimento desta dissertação, seria apenas introduzir a necessária questão da escassez dos recursos, colocando-a lado a lado com a razoabilidade e proporcionalidade, todas no mesmo plano de discussão e sendo tratadas de forma ponderada. Em outras palavras, é preciso resgatar aqueles valores originários da reserva do possível – consistentes na razoabilidade e

proporcionalidade – colocando-os como elementos principais da reserva do possível, ao lado – não à frente ou atrás – da questão da escassez de recursos. Voltar-se-á a tocar neste tema mais à frente.

### 5.2.2 A Influência do Neoliberalismo: Breves Considerações

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 absentéismo estatal, pelo que passou a se denominar neoliberalismo<sup>258</sup>.

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<sup>259</sup>. Fahd Medeiros Awad corrobora tal entendimento, ao afirmar que

O neoliberalismo nasceu após a Segunda Guerra Mundial na Europa Central e na América do Norte, com o propósito de combater o Keynesianismo e o solidarismo reinantes, além de preparar as bases de um outro tipo de capitalismo, “duro” e livre de regras. A partir da grande crise do modelo econômico capitalista do pós-guerra, na década de 1970, que combinava baixas taxas de crescimento com altas taxas de inflação, as idéias neoliberais passaram a ganhar terreno. As raízes da crise, afirma Hayek, estavam localizadas no poder excessivo e nefasto dos sindicatos ou no movimento operário, que havia corroído as bases de acumulação capitalista com suas pressões reivindicatórias sobre os salários e para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais<sup>260</sup>.

Consoante afirma Abili Lázaro Castro de Lima, 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 este último critica a regulação estatal do mercado, defendendo constituir a mesma uma ameaça para a liberdade, tanto econômica quanto política<sup>261</sup>. Ainda segundo Abili Lázaro Castro de Lima, Friedrich August Von Hayek defendia que 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

<sup>258</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p.90.

<sup>259</sup> 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, p.157-158.

<sup>260</sup> AWAD, Fahd Medeiros. *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. Passo Fundo: UPF, 2005, p.41.

<sup>261</sup> LIMA, Abili Lázaro Castro de. Op. Cit., p.159-160.

da sociedade. O socialismo não era o caminho para a liberdade, mas sim o caminho para a servidão, razão do título de seu livro de 1944<sup>262</sup>.

Ao lado de Hayek, outro teórico proeminente do neoliberalismo é o economista norte-americano Milton Friedman, que tem como obra principal o livro *Free to Choose*, ou *Liberdade de Escolher*, de 1980. Conforme os ensinamentos de Abili Lázaro Castro de Lima, para Milton Friedman, tanto o sistema político quanto o sistema econômico constituem mercados, cujo resultado é determinado pela interação dos indivíduos que perseguem seus próprios interesses. Ele condiciona a liberdade política à liberdade econômica, priorizando esta última. Ainda segundo Abili Lázaro Castro de Lima, Milton Friedman, abraçando uma concepção minimalista de Estado, com base em Adam Smith, admite como funções legítimas deste a proteção dos indivíduos da violência, a 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<sup>263</sup>.

Havia, portanto, um amplo movimento intelectual que analisava 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<sup>264</sup>.

É válido ressaltar que o movimento neoliberal não se limita ao âmbito teórico ou filosófico, avançando, outrossim, até o político, haja vista seu intento de combater a intervenção estatal na economia e, por conseguinte, o Estado Social.

Assim acontece, portanto, ainda em 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, que tinham como meta a definição do neoliberalismo como o novo paradigma político-econômico<sup>265</sup>. Sobre tais acordos, Abili Lázaro Castro de Lima nos ensina que:

Os acordos de *Bretton Woods* instauraram, na nova ordem global, o denominado *Consenso de Washington*, que se consubstancia basicamente em três medidas: 1) acabar com a inflação, 2) privatizar e 3) deixar o mercado regular a sociedade,

---

<sup>262</sup> Idem, p.165-166.

<sup>263</sup> Idem, p.170-171.

<sup>264</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p.102-103.

<sup>265</sup> LIMA, Abili Lázaro Castro de. Op. Cit., p.158.

através da redução do papel do Estado, sendo os seus principais protagonistas as grandes corporações internacionais, sobretudo as norte-americanas<sup>266</sup>.

Assim, as teorias neoliberais instalavam as bases para o desmantelamento do Estado Social que aconteceria, sobretudo, a partir do final da década de 70 do século XX, e com maior força nas décadas seguintes.

O término da conjunção de fatores socioeconômicos e políticos que davam viabilidade ao Estado Social, juntamente com os efeitos filosófico-políticos, culturais e teóricos levados a efeito pela ideologia neoliberalista, foram as causas do desmantelamento efetivo do Estado Social, iniciado no Reino Unido, com a Primeira Ministra Margaret Thatcher (1979) e, nos Estados Unidos, com o Presidente Ronald Reagan (1980), inicialmente através da criação de altos níveis de desemprego, da redução de gastos sociais e da implementação de um amplo programa de privatização<sup>267</sup>. Nesse sentido Fahd Medeiros Awad:

Com a eleição de Thatcher na Inglaterra, de Reagan nos Estados Unidos, de Kohl na Alemanha, de Schlüter na Dinamarca, sucessivamente, a maior parte dos países do norte da Europa Ocidental, com exceção da Suécia e da Áustria, também virou à direita. Assim, a década de 1980 assistiu ao triunfo da ideologia neoliberal nessa região do capitalismo avançado<sup>268</sup>.

A partir deste momento, verificou-se um movimento de retração do Estado Social em todos os aspectos, que se expandiu ao redor do mundo, alastrando-se pela Europa Ocidental e chegando, posteriormente, 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<sup>269</sup>.

*Pari passu* com este movimento, na segunda metade do século XX, especialmente nos seus últimos anos, começou a se formar um fenômeno social de integração das sociedades, de encurtamento das distâncias entre os povos, de troca de informações e de relações de mercado, chamado globalização, fenômeno este que apresenta diversas dimensões – econômica, política, social, ambiental, cultural etc. – sendo que a econômica parece conduzir as demais.

Com a globalização econômica, as relações comerciais entre os Estados passaram a ter mais liberdade e menos intervenção estatal, tornando-se os agentes privados os grandes

---

<sup>266</sup> Idem, p.159.

<sup>267</sup> Idem, p.161.

<sup>268</sup> Op. Cit., p.41.

<sup>269</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p.104.



atores das atividades econômicas ao redor do globo. O aspecto territorial e a soberania estatais foram mitigados, na medida em que não era mais preciso a aprovação dos governantes eleitos para decisões de grande relevância econômico-social, bastando as grandes corporações internacionais acordarem em tal sentido<sup>270</sup>.

As manobras econômicas veiculadas pela globalização encontram-se assentadas em uma teoria econômica que resgatou valores do capitalismo anterior ao Estado de Bem-Estar Social, consolidando-os a partir dos eventuais fracassos experimentados pelas democracias sociais e pelos Estados burocráticos de intervenção no plano econômico: justamente o neoliberalismo<sup>271</sup>.

Nesta linha de entendimento, Boaventura de Sousa Santos ensina que “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”<sup>272</sup>. Tal perda do protagonismo do Estado-nação, por força da globalização econômica, é esclarecida por Abili Lázaro Castro de Lima, observando o mencionado autor que o fenômeno se assenta na relativização ou eliminação de fronteiras em prol do livre comércio mundial, o que evidentemente afeta a soberania dos Estados-nação e implica aumento da interdependência das economias em nível global<sup>273</sup>.

A efetividade dos mecanismos de regulação nacionais é fortemente mitigada pelo caráter transnacional ou multinacional do capital contemporâneo e por sua mobilidade, sendo que as empresas transnacionais conseguem impor constrangimentos aos Estados nacionais, seja por seu poder financeiro, seja pela repercussão pública de suas decisões privadas<sup>274</sup>.

Outrossim, organismos internacionais, como, por exemplo, 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 e os ajustes estruturais<sup>275</sup>.

---

<sup>270</sup> LIMA, Abili Lázaro Castro de. Op. Cit., p.151-152.

<sup>271</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. Cit., p.179.

<sup>272</sup> 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, p.155.

<sup>273</sup> Op. Cit., p.145.

<sup>274</sup> Ibidem, p.145.

<sup>275</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p.108-109.

Como consequências desse novo quadro político institucional, Luís Fernando Sgarbossa aponta a descontinuidade nas conquistas e nos avanços proporcionados pelo Estado Social, concretizada notadamente em países centrais e desenvolvidos, mais tímidas nos estados periféricos, e uma sensível deterioração do quadro social, através do recrudescimento da pobreza, do surgimento dos ditos terceiros mundo interiores, da redução dos recursos orçamentários destinados à implementação de políticas sociais e, sobretudo, na deslegitimação do Estado Social<sup>276</sup>.

Ainda segundo ele, tem-se como consequência da fragilização dos direitos e do arrefecimento da proteção social estatal em nome de princípios econômicos e financeiros-atuariais um reavivamento ou um crescimento das desigualdades sociais e das situações de marginalização e exclusão social de contingentes humanos inteiros<sup>277</sup>.

Assim, ratificando o quanto já dito, as teorias neoliberais foram um movimento de reação política, filosófica e teórica contra o Estado Social, atingindo até o presente momento o seu objetivo político de reengenharia estatal e de liberalização do mercado, favorecido pelo enfraquecimento dos Estados nacionais em face do processo de globalização econômica<sup>278</sup>.

No Brasil, entretanto, esse movimento não surtiu muitos efeitos até a efetiva democratização em 1989, com a eleição para Presidente da República de Fernando Collor de Mello<sup>279</sup>. O Estado brasileiro estava, até então, organizado sob uma estrutura ditatorial centralizadora; com a abertura política, todos os setores da sociedade se manifestaram em busca de mudanças e satisfação de necessidades e expectativas contidas por mais de vinte anos de regime militar, o que originou uma Constituição com fortes tendências sociais, reveladas no catálogo de direitos fundamentais, nos objetivos do Estado brasileiro, e nos princípios informadores da ordem econômica<sup>280</sup>.

Entretanto, apesar de sua feição social, a Carta Magna nasceu num momento de crise do Estado de Bem-Estar Social, com diversas críticas ao excesso de gastos públicos com os programas sociais, ao excesso de intervenção estatal nos mecanismos de mercado, o que estaria causando a ineficiência da atividade estatal. E, justamente, a contraposição a este

---

<sup>276</sup> Idem, p.109-110.

<sup>277</sup> Idem, p.110.

<sup>278</sup> idem, p.111.

<sup>279</sup> Neste sentido, Ana Carolina Lopes Olsen assevera que não se pode deixar de observar que a retórica da reserva do possível tenha se deixado sentir na doutrina e jurisprudência brasileira com mais intensidade a partir da década de noventa – precisamente o período em que as diretrizes do neoliberalismo começaram a direcionar a atuação dos poderes públicos nacionais (OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2012. p.206).

<sup>280</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. Cit., p.179.

estado de coisas seria fornecida pelo neoliberalismo: o Estado mínimo, que deixaria mais espaço para o mercado.

A implementação do Estado Social, preconizada pela generalidade das Cartas Constitucionais latino-americanas, incluídas a brasileira de 1988, que nunca chegou a ser ultimada<sup>281</sup>, passa a sofrer os reveses da ideologia e dos programas neoliberais e a fragilização advinda da globalização econômica 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<sup>282</sup>.

As ideias neoliberais, portanto, passaram a influenciar a estrutura jurídico-política brasileira na década de 90, época em que foi implementada uma série de emendas constitucionais modificando significativamente a feição estatal. O Brasil enfrentou um intenso processo de privatização, primeiramente verificou-se a abertura da economia interna para os mercados internacionais, de modo a possibilitar a instalação de uma série de agentes econômicos multinacionais em território brasileiro<sup>283</sup>.

Bastante elucidativas são as considerações de Arno Arnoldo Keller:

Ademais, sufocados financeiramente com a dívida externa, déficit na Balança Comercial e já nas mãos dos organismos internacionais, como o FMI, o Banco Mundial ou a Organização Mundial do Comércio (OMC), os governantes submetem-se às instruções destes, que comandam a política econômica e, desta forma, como já frisado, permitem a transferência de decisões importantes em matéria de investimento, emprego, saúde, educação, cultura, proteção ao meio ambiente, que sempre estiveram sob o comando do poder público para a esfera privada<sup>284</sup>.

Também Boaventura de Sousa Santos constata:

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

---

<sup>281</sup> Seja por questões de atraso industrial, ou por déficit financeiro do Estado, ou ainda 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 (SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: Volume 1. Reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p.123).

<sup>282</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p.124.

<sup>283</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. Cit., p.180.

<sup>284</sup> KELLER, Arno Arnoldo. *O Descumprimento dos Direitos Sociais. Razões Políticas, Econômicas e Jurídicas*. São Paulo: LTR, 2001, p.51-52.

apresentadas em combinações estranhas de liberalismo econômico e de proteção 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<sup>285</sup>.

Estas mudanças colocaram o Estado brasileiro em uma posição “esquizofrênica”, nos dizeres de Ana Carolina Lopes Olsen, pois, se, por um lado, o Estado permanece vinculado aos objetivos de redução das desigualdades e promoção dos direitos fundamentais sociais, em face do regramento constitucional, por outro, em muitos aspectos ele perdeu as rédeas da economia, desmontou boa parte da estrutura responsável pela prestação de serviços, levando à inefetividade dos direitos fundamentais<sup>286</sup>.

Discorrendo sobre os efeitos devastadores do neoliberalismo no Brasil, Luís Fernando Sgarbossa nos relata que:

No Brasil, assim como os 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 *e o enfraquecimento oriundo da globalização econômica, os quais vieram a se revelar, ao fim e ao cabo, fatores eficientes de arrefecimento das instituições e dos direitos sociais, natimortos, portanto, porquanto nunca inteiramente implementados*<sup>287</sup>. (grifos no original).

Assim, com o propósito de redução da disparidade entre o discurso teórico constitucional e a prática, têm surgido muitas propostas de mudança no sistema constitucional, bem como a desregulamentação de direitos sociais positivados infraconstitucionalmente. De acordo com a pauta neoliberal, os direitos fundamentais sociais são excessivamente onerosos para o Estado, pois implicam em prestações estatais, representando um entrave para o livre desenvolvimento econômico do país.

Conforme Lênio Luiz Streck,

na medida em que o paradigma do Estado Social entra em crise, começam a se esboçar teses apontando para o enfraquecimento da força normativa dos textos constitucionais que apontavam para a realização de direitos prestacionais<sup>288</sup>.

É, portanto, dentro desse ambiente carregado da ideologia neoliberal que surge a reserva do possível no Brasil, como argumento freqüente em processos judiciais envolvendo a demanda, pelos cidadãos, de prestações previstas nas normas de direitos fundamentais sociais. Ela costuma relacionar-se com a necessidade de se adequar as pretensões sociais às reservas

---

<sup>285</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. Cit., p.155.

<sup>286</sup> Op. Cit., p.181.

<sup>287</sup> Op. Cit., p.125.

<sup>288</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.128.

orçamentárias, bem como a real disponibilidade de recursos em caixa, para a efetivação das despesas<sup>289</sup>.

Tratando do tema, Ana Paula de Barcellos nos ensina que “a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia o avanço da sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas”<sup>290</sup>.

Percebe-se, portanto, uma coincidência no discurso neoliberal de enxugamento das estruturas burocráticas do Estado (destinadas à prestação de serviços e desenvolvimento de políticas públicas), a retórica da escassez de recursos e do alto custo dos direitos sociais, e a reserva do possível.

### 5.3 CONCEITO

De acordo com sua fonte imediata, qual seja, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, firmada nos precedentes do *numerus clausus* I e II e na *Hochschul-Urteil*, a reserva do possível é conceituada como o “limite imposto pela razoabilidade, como aquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade”. Encontra-se no âmago de tais decisões o alcance racionalmente concebível dos direitos sociais e, conseqüentemente, elementos centrais à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, notadamente a ideia de razoabilidade e proporcionalidade.

Apenas secundariamente vem à tona, na corrente jurisprudencial alemã acima mencionada, a questão da escassez de recursos, levando-se em consideração, conforme Luís Fernando Sgarbossa, o aumento desmesurado da demanda alemã pelos direitos sociais então debatidos e a necessidade de uma alocação equilibrada de recursos, constitucionalmente exigida<sup>291</sup>.

Ao ser importada para o Brasil, entretanto, a reserva do possível sofreu um processo de transformação (mutação), como já visto alhures, tendo passado para o primeiro

---

<sup>289</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. Cit., p.182.

<sup>290</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.206.

<sup>291</sup> Op. Cit., p.216.

plano de discussão a questão da escassez dos recursos públicos, característica esta que vem dando a tônica do debate nacional acerca do assunto.

Analisando-se diversos conceitos de reserva do possível elaborados pela doutrina nacional, verifica-se que a preocupação inicial do Tribunal Constitucional Federal alemão (com a proporcionalidade e razoabilidade da postulação feita pelo cidadão em face do Estado) foi relegada para o segundo plano ou simplesmente substituída pela mera verificação da disponibilidade de recursos públicos para a implementação dos direitos vindicados, isto é, pela questão da escassez de recursos.

Ana Paula de Barcellos, por exemplo, tem uma definição segundo a qual “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”<sup>292</sup>.

Já Vicente de Paulo Barreto resume a reserva do possível como custos dos direitos, o que representaria uma falácia do projeto neoliberal para minar a realização dos direitos sociais. Segundo ele, a reserva do possível seria um argumento decorrente do neoliberalismo contemporâneo, sob o disfarce de uma racionalidade enganosa, que toma a reserva do possível como limite fático à realização dos direitos sociais prestacionais, ocultando a verdade sobre os custos inerentes a todos os direitos fundamentais<sup>293</sup>.

Vidal Serrano Nunes Júnior também se distancia da construção original da Corte alemã, aproximando-se, outrossim, da escassez de recursos. Para ele, a reserva do possível é um limite contingente à realização dos direitos sociais que advoga que a concretização de tais direitos ficaria condicionada ao montante de recursos previstos nos orçamentos das respectivas entidades públicas para tal finalidade<sup>294</sup>.

Para Marcos Maselli Gouvêa, a reserva do possível é um dos principais argumentos sustentados contra os direitos fundamentais, na medida em que o obstáculo não mais diz respeito a possíveis defeitos no dispositivo positivador do direito prestacional, mas sim ao dado concreto de que tais situações jurídicas precisam, para sua concretização, de dispêndio de recursos financeiros que o Estado, sabidamente, detém de forma limitada<sup>295</sup>.

---

<sup>292</sup> Op. Cit., p.261.

<sup>293</sup> Op. Cit., p.120-121.

<sup>294</sup> Op. Cit., p.171.

<sup>295</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.19.

Andreas Joachim Krell refere-se à reserva do possível como uma teoria, que submete a prestação material dos serviços públicos estatais à disponibilidade de recursos, cuja disponibilidade e aplicação residem no âmbito da discricionariedade administrativa e das escolhas legislativas, o que se verifica por meio dos orçamentos públicos<sup>296</sup>.

Luiz Fernando Calil de Freitas conceitua a reserva do possível como um limitador fático, que atua necessariamente sobre os direitos às prestações materiais, devida sua conotação econômica<sup>297</sup>.

Aproximando-se um pouco mais do conceito originário alemão, Ana Carolina Lopes Olsen introduz a problemática da razoabilidade e proporcionalidade em seu conceito, definindo a reserva do possível como uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais, a exigir um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica. Prossegue a autora afirmando que:

A reserva do possível acaba por possuir uma dimensão preponderantemente jurídica, de mandamento de realização dos direitos fundamentais sociais dentro de um padrão de razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de ferimento do sistema constitucional como um todo, bem como uma dimensão especialmente fática, de mandamento de observância da realidade, da existência de recursos materiais e da exigência razoável e proporcional da alocação de recursos. Ainda, a reserva do possível acaba por determinar a ponderação entre o bem jurídico que se visa realizar e a escassez artificial de recursos, ou seja, aquela escassez que resulta da alocação de recursos existentes para outros fins<sup>298</sup>.

Nessa mesma linha é o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem a reserva do possível deve assumir uma posição tríplice:

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice, que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade<sup>299</sup>.

Além de as considerações destes dois últimos autores envolverem a indisponibilidade de recursos públicos, verifica-se que eles, na linha do que este trabalho

---

<sup>296</sup> Op. Cit., p.52.

<sup>297</sup> Op. Cit., p.173.

<sup>298</sup> Op. Cit., p.214.

<sup>299</sup> 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.287.

entende correto, fazem expressa referência à razoabilidade e proporcionalidade da pretensão formulada pelo particular em face do Estado.

Entretanto, a maior parte dos autores brasileiros toma como núcleo central do conceito de reserva do possível a inexistência ou insuficiência de recursos públicos para a implementação de direitos, sem maiores indagações quanto à proporcionalidade e razoabilidade<sup>300</sup>, o que parece ser equivocado.

De fato, entende-se que a escassez de recursos deve ser reconhecida como elemento integrante do conceito da reserva do possível, mas não de forma isolada, alheia à razoabilidade e proporcionalidade, e sim de forma conjunta com as mesmas. Assim, pode-se afirmar que, tanto a escassez de recursos quanto a proporcionalidade e razoabilidade são elementos inerentes ao conceito de reserva do possível.

Destarte, sem a pretensão de exaurir todas as circunstâncias envolvidas nessa problemática, e pretendendo contribuir na busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas sem perder de vista a realidade existente, este trabalho oferece como proposta de conceito a seguinte: a reserva do possível é uma restrição fática e jurídica, que condiciona, excepcionalmente, os direitos fundamentais sociais à existência fática e jurídica dos recursos, bem como ao exame da razoabilidade e proporcionalidade, tanto do ponto de vista do indivíduo (aquilo que razoavelmente se pode exigir do Estado), quanto do Estado (efetivar determinados direitos, respeitando, entretanto, a existência de outros).

Tecidas essas breves considerações acerca do conceito da reserva do possível, passar-se-á a tratar, ainda que de forma sucinta, a questão dos custos dos direitos, matéria umbilicalmente ligada à escassez de recursos.

#### 5.4 CUSTOS DOS DIREITOS

Percebe-se a influência da doutrina neoliberal em sede do direito constitucional na medida em que jamais se falou tanto sobre aspectos econômicos da efetivação dos direitos fundamentais sociais. E o interessante é que tal falácia vem revestida de uma pseudo-carga de cientificidade como se só agora se estivessem abrindo os olhos para a realidade da escassez de recursos.

---

<sup>300</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. Op. Cit., p.86.



Destarte, se faz necessário, antes mesmo de se tratar propriamente da questão da escassez de recursos, uma breve análise da doutrina dos custos dos direitos.

Em obra célebre sobre o assunto, os americanos Stephen Holmes e Cass Sunstein<sup>301</sup> chamam a atenção para a dimensão econômica do custo dos direitos, aspecto que o direito tradicionalmente pouco se ocupa.

Nessa obra, os mencionados autores observam que todos os direitos tem custos, seja os direitos a prestações, seja os direitos de liberdade ou de defesa, haja vista implicarem na realização de despesas públicas para sua realização e para que sejam exercidos por todos. Eles questionam a classificação dos direitos em puramente negativos (que exigem uma abstenção estatal, e que por isso seriam indiferentes economicamente) e positivos (que exigem prestações estatais, as quais, por sua vez, demandam despesas), chegando mesmo a demonstrá-la como imprópria e inútil:

“Onde há um direito, há uma ação para defendê-lo” é uma máxima legal clássica. Indivíduos gozam de direitos, num sentido legal como oposto a moral, somente se males por eles sofridos forem justa e previsivelmente reprimidos pelo seu governo. Este simples fato revela a inadequação da distinção entre direitos negativos e positivos. Ele demonstra que todos os direitos legalmente protegidos são necessariamente direitos positivos.

Direitos são custosos porque ações são custosas. (...) Quase todo direito implica um dever correlato, e deveres só são levados a sério quando seu descumprimento é punido pelo poder público servindo-se dos cofres públicos<sup>302</sup>.

Em resumo, como todos os direitos são sindicáveis perante o poder Judiciário, e como sua estrutura implica custos para o Estado, todos os direitos, sem distinção, traduzem-se em custos a serem arcados pelo Estado.

Com efeito, não apenas os direitos a prestações positivas, mas mesmo os direitos a prestações negativas tem custos. Virgílio Afonso da Silva afirma que “qualquer direito implica custos – às vezes altíssimos – ao Estado. Ou seja, não são apenas aqueles direitos garantidos pelo que se convencionou chamar de ‘norma de eficácia limitada’ que exigem uma ação onerosa do Estado, mas também as liberdades públicas e os direitos políticos (e todos os

---

<sup>301</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 2000.

<sup>302</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 2000. p.43. “‘Where there is a right, there is a remedy’ is a classical legal maxim, Individuals enjoy rights, in a legal as opposed a moral sense, only if the wrongs they suffer are fairly and predictably redressed by their government. This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights. Rights are costly because remedies are costly. (...) Almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse”.

outros direitos)”<sup>303</sup>. É inegável que mesmo os direitos de liberdade precisam de recursos estatais para serem efetivados. O direito à segurança pública é um exemplo, haja vista a estruturação da Polícia necessitar de (altíssimos) recursos para sua manutenção. O direito de acesso ao judiciário é outro exemplo, onde manter a estrutura dos Tribunais judiciários do país demanda (também altíssimos) recursos financeiros.

O reconhecimento dos custos de todos os direitos não é problema. O problema surge quando se passa a admitir a escassez de recursos para a promoção dos direitos fundamentais.

A partir da constatação de que todos os direitos tem custos, a teoria sufragada pela doutrina neoliberal (as liberdades custariam nada ou muito pouco ao Estado, enquanto que os direitos sociais seriam altamente dispendiosos) tem sua cientificidade (por isso reportar-se antes como pseudo-cientificidade) extremamente abalada, revelando, assim, o seu real caráter ideológico. Com efeito, a própria noção de “Estado mínimo”, defendida pelo neoliberalismo, fica comprometida, uma vez que as liberdades defendidas pelos neoliberais só têm sentido caso protegidas por órgãos eficazes do Estado (pois só ele tem legitimidade para tanto)<sup>304</sup>, o que custa tanto ou mais recursos do que os direitos sociais.

Por conseguinte, Stephen Holmes e Cass Sunstein pontuam que a defesa de direitos só se torna viável se eles forem sindicáveis, isto é, caso haja uma estrutura pública capaz de impor coercitivamente o respeito às normas jusfundamentais, obrigando, assim, os destinatários delas a cumprir os deveres nelas previstos. Nesse ponto, complementando a célebre frase de Ronald Dworkin (“levando os direitos a sério”<sup>305</sup>), Stephen Holmes e Cass Sunstein asseveram que “levar os direitos a sério é levar a escassez a sério”<sup>306</sup>. Seguindo nessa linha de pensamento, frente à escassez de recursos para efetivar os direitos, eles perdem seu significado, não passando de promessas feitas no papel. Como, para Stephen Holmes e Cass Sunstein, nada que custe dinheiro pode ser absoluto, os direitos fundamentais, por óbvio, também não seriam absolutos, vivendo, ao contrário, na dependência econômica do poder público<sup>307</sup>.

---

<sup>303</sup> Op. Cit., p.232.

<sup>304</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. Cit., p.50-51.

<sup>305</sup> “Taking rights seriously”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010).

<sup>306</sup> Op. Cit., p.94. “Taking rights seriously means taking scarcity seriously”.

<sup>307</sup> Idem, p.95-98.

Nesses termos, a realização dos direitos fundamentais só poderia ser efetivada quando o Estado dispusesse de verbas, isto é, quando o orçamento público permitisse gastos nesse sentido, como bem obtempera Flávio Galdino:

Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita<sup>308</sup>.

Estabelece-se, portanto, uma premissa segundo a qual, pelo fato de os bens serem escassos, eles não permitem que todos os direitos sejam realizados de modo uniforme para todos os cidadãos. Assim, realizar direitos implica em fazer escolhas de alocação de recursos, de sorte que alguns direitos serão atendidos, outros não<sup>309</sup>. Como pontua Flávio Galdino, aferir os custos “permite trazer maior qualidade às trágicas escolhas públicas em relação aos direitos. Ou seja, permite escolher melhor onde gastar os insuficientes recursos públicos”<sup>310</sup>.

É aí que se verifica a forte influência da dimensão econômica sobre a teoria jurídica. Aliás, pode-se dizer mesmo que tal influência se transmuda em prevalência, na medida em que, de acordo com as ideias dos autores americanos, não existem direitos se não houver meios econômicos para efetivá-los. A escassez de recursos deixa de ser um elemento externo dos direitos para ser um elemento intrínseco, aproximando-se, assim, da ideia contida na teoria interna das restrições. O aspecto econômico foi introduzido no próprio âmago da existência dos direitos, os quais, sem recursos, deixam de existir<sup>311</sup>. Frente a tal realidade Stephen Holmes e Cass Sunstein propõem um novo conceito de direito subjetivo:

Assim, para dar conta desta realidade instável, não se deve considerar direitos fora da dimensão de tempo e espaço, ou como um dado absoluto. É mais realista e mais produtivo definir direitos como poderes individuais, derivados da pertinência a uma comunidade política, e investimentos seletivos de recursos públicos escassos, feitos para alcançar objetivos comuns e resolver o que é geralmente percebido como problemas comuns e urgentes<sup>312</sup>.

Em que pese a inegável contribuição de Stephen Holmes e Cass Sunstein, entende-se que enxergar o custo dos direitos e, por consequência, a reserva do possível, como limite imanente dos direitos fundamentais, ainda que seja logicamente aceitável, enfraquece

---

<sup>308</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p.204.

<sup>309</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. Cit., p.118-132.

<sup>310</sup> Op. Cit., p.205.

<sup>311</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. Cit., p.187.

<sup>312</sup> Op. Cit., p.123. “To take account of this unstable reality, therefore, we ought not to conceive or rights as floating above time and place, or as absolute in character. It is more realistic and more productive to define rights as individual powers deriving from membership in, or affiliation with, a political community, and as selective investments of scarce collective resources, made to achieve common aims and to resolve what are generally perceived to be urgent common problems”.

por demais o sistema de proteção jusfundamental, uma vez que os poderes públicos legitimados a descrever o âmbito normativo de um direito terão total discricionariedade para prescrever o que é e o que não é possível em sede de direitos fundamentais.

Não se pode, entretanto, realizar um estudo honesto acerca da efetivação dos direitos sociais sem que se refira à questão dos custos dos direitos. Daí Flávio Galdino sustentar que a questão suscitada pelos custos dos direitos não pode ser o único fundamento a embasar decisões judiciais e políticas, embora não possam ficar de fora; tampouco se justifica uma escolha pela satisfação de direitos individuais sob o argumento de que eles não teriam custos, ao contrário dos direitos sociais, o que, apesar de não ser tolerável, por vezes acontece<sup>313</sup>.

## 5.5 A ESCASSEZ DE RECURSOS COMO ELEMENTO COMUM E CENTRAL: AS DIMENSÕES DA RESERVA DO POSSÍVEL

Como já visto, a construção da reserva do possível deita suas origens na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, tendo como ideia original o “limite imposto pela razoabilidade, como aquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade”. Portanto, a razoabilidade e a proporcionalidade encontram-se ínsitas a tal conceito, sendo características da construção original alemã.

Viu-se, também, que, apenas de forma secundária, a questão da escassez de recursos é tratada pela Corte alemã, o que se explica pelo fato de a Alemanha ser um país que já se comportava como um Estado do Bem-Estar Social. A título de exemplo, verifica-se que, no caso do *numerus clausus* I, o Estado fornecia universidades públicas para seus cidadãos, e inclusive havia programas de expansão do número de vagas. Entretanto, ainda assim não estava sendo possível fazer frente ao crescimento da demanda de estudantes, especialmente para o curso de medicina<sup>314</sup>. Diante dessa situação, não se poderia exigir do Estado o fornecimento de vagas nas universidades públicas para todos os cidadãos naquele curso superior. Não seria razoável exigí-lo, haja vista ter o Estado feito aquilo que efetivamente estava ao seu alcance.

---

<sup>313</sup> Op. Cit., p.230-231.

<sup>314</sup> Para se ter uma ideia, entre os anos de 1952 a 1967, o número de estudantes nas universidades científicas da RFA praticamente dobrara; o número de primeiro-anistas passou de 25.000 para 51.000 (OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2012. p.215).

Ao ser trazida para o Brasil, entretanto, a reserva do possível sofreu um processo de modificação: a razoabilidade e a proporcionalidade deram lugar à questão da escassez de recursos.

Já se tratou anteriormente da importação desordenada e sem adaptações de teorias estrangeiras, o que é bastante desastroso para o ordenamento jurídico importador. Entretanto, no que pertine à reserva do possível, a doutrina e jurisprudência brasileiras já fizeram adaptações à realidade nacional, colocando a escassez de recursos em plano de destaque de discussão, o que não corresponde à sua construção original alemã. Entende-se que, apesar de ainda faltar a visão conjunta, no mesmo plano, da escassez de recursos com a razoabilidade e a proporcionalidade, tal mudança era necessária justamente por ter a Alemanha uma outra realidade (econômica, social, política etc.), não se falando (na Alemanha) tanto em escassez de recursos econômicos<sup>315</sup>. Já no Brasil, a escassez recursal é elemento de ordem principal, levando-se em conta, principalmente, a atual realidade nacional, onde o Estado não faz tudo que está ao seu alcance para cumprir os mandamentos constitucionais<sup>316</sup>.

Destarte, a questão da escassez de recursos não podia ficar de fora da discussão da reserva do possível no Brasil. A escassez de recursos é um fato, uma realidade, não podendo, o Estado (administrador, legislador ou julgador) fechar os olhos para ela. Neste ponto, vale lembrar do magistério de Stephen Holmes e Cass Sunstein, para quem “levar os direitos a sério significa levar a escassez a sério”<sup>317</sup>.

Portanto, neste sentido, e sem perder o foco na reserva do possível, cumpre realizar uma digressão sobre a escassez de recursos e sua relação com os direitos fundamentais sociais, mormente os prestacionais.

A maioria da doutrina costuma dividir a escassez de recursos em real (ou econômica) e ficta (ou jurídica), identificando-as com os aspectos (ou dimensões) fático e

---

<sup>315</sup> Referindo-se ao julgado do *numerus clausus*, Ana Carolina Lopes Olsen, assevera que a questão central, contudo, não parece ter sido financeira, enquanto escassez absoluta de recursos, mas sim dizia respeito à razoabilidade com que a alocação destes recursos poderia ser demandada. Mesmo que o Estado dispusesse dos recursos, segundo a reserva do possível instituída pelo tribunal alemão, não se poderia impor a ele uma obrigação que fugisse aos limites do razoável, tendo em vista os fins eleitos como relevantes pela Lei Fundamental. Não se poderia exigir o comprometimento de programas vinculados à satisfação de outros interesses fundamentalmente protegidos, para o fim de tornar o acesso ao ensino superior possível a absolutamente todos os indivíduos que assim o quisessem. Fazê-lo, seria colocar a liberdade individual muito acima dos objetivos comunitários, comprometendo e deturpando a própria noção de Estado Social (OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2012. p.219).

<sup>316</sup> Muito pelo contrário, ele cria mecanismos para burlar as exigências dos direitos fundamentais prestacionais.

<sup>317</sup> Tradução livre do texto. No original: “Taking rights seriously means taking scarcity seriously” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 2000. p.94).

jurídico da reserva do possível, respectivamente. Assim, a reserva do possível seria compreendida 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 limitação jurídica, isto é, como a limitação imposta ao exercício dos direitos sociais com base na *escassez ficta, ou legal*. Ademais, há autores<sup>318</sup> que, além dessas duas dimensões, acrescenta uma terceira, que seria 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.

Tratando desta temática, Ana Carolina Lopes Olsen assevera que:

O aspecto que assume maior relevância na discussão da efetividade dos direitos fundamentais prestacionais diz respeito à existência dos recursos materiais, a qual 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<sup>319</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet, após apresentar as já conhecidas dimensões fática e jurídica da reserva do possível, apresenta uma terceira dimensão, que seria própria da proporcionalidade e razoabilidade:

Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos. Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma<sup>320</sup>. (grifos no original)

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, e tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e

---

<sup>318</sup> A exemplo de Ingo Wolfgang Sarlet (*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.287) e Fabiana Okchstein Kelbert (*Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p.87-89).

<sup>319</sup> Op. Cit., p.205.

<sup>320</sup> 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.286-287.

tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo *que não se mantenha nos limites do razoável*. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. (grifos nossos e no original)<sup>321</sup>.

Em outra passagem de sua obra, Ingo Sarlet aduz se constituir a reserva do possível em espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, podendo atuar também, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, como, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação (observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos) da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental<sup>322</sup>.

Ana Paula de Barcellos reconhece os aspectos fático e jurídico da reserva do possível:

A rigor, sob o título geral da reserva do possível convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária, e pode ser identificado como uma reserva do possível fática (...). O segundo fenômeno identifica a reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular<sup>323</sup>.

Comunga também deste entendimento Marcos Maselli Gouvêa, para quem:

Diversamente das omissões estatais, as prestações estatais positivas demandam um dispêndio ostensivo de recursos públicos. Ao passo em que estes recursos são finitos, o espectro de interesses que procuram suprir é ilimitado, razão pela qual nem todos estes interesses poderão ser erigidos à condição de direitos exigíveis. A doutrina denomina reserva do possível fática a este contingenciamento financeiro a que se encontram submetidos os direitos prestacionais. Muitas vezes, os recursos financeiros até existem, porém não há previsão orçamentária que os destine à consecução daquele interesse, ou licitação que legitime a aquisição de determinado insumo: é o que se denomina reserva do possível jurídica<sup>324</sup>.

A diferenciação entre reserva do possível fática e jurídica assume especial importância quando se discute a intervenção do Poder Judiciário na implementação dos direitos fundamentais sociais e, neste passo, quando se tenta superar o argumento da escassez de recursos suscitado pelo Estado. Quando se constata a inexistência absoluta de recursos (escassez real), o foco de discussão gira em torno da arrecadação tributária, enquanto que, quando a inexistência recursal se relaciona ao orçamento (escassez ficta), a discussão se volta para a possibilidade de redistribuição de verbas.

---

<sup>321</sup> Idem, p.287.

<sup>322</sup> Idem, p.288.

<sup>323</sup> Op. Cit., p.262-263.

<sup>324</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. Disponível em: <[http://www.mp.ro.gov/c/document\\_library/get\\_file?p\\_I\\_id=424698name=DLFE-32335.pdf](http://www.mp.ro.gov/c/document_library/get_file?p_I_id=424698name=DLFE-32335.pdf)>. Acesso em: 05 nov. 2012.

Serão vistos a seguir as mencionadas dimensões da reserva do possível e as correspondentes espécies de escassez de recursos.

### 5.5.1 Dimensão Fática da Reserva do Possível ou Escassez Real ou Econômica

John Elster define a escassez como a situação em que não há determinado bem em quantidade suficiente para satisfazer a todos, classificando-a em natural, quase-natural e artificial<sup>325</sup>.

Segundo ele, a escassez natural subdivide-se em severa e suave. A severa seria a situação em que se revela impossível aumentar a oferta para suprir a demanda, como, por exemplo, no caso de obras de arte raras. Já a suave seria aquela em nada poderia ser feito para aumentar a oferta a ponto de atender à integralidade da demanda, como, por exemplo, no caso do petróleo e de órgãos humanos para transplante. A escassez quase-natural seria aquela situação em que a oferta pode virtualmente ser aumentada até o ponto da satisfação da demanda, através de condutas não coativas dos cidadãos, como, por exemplo, no caso de doação de sangue. E a escassez artificial seria 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, como, por exemplo, no caso da oferta de vagas no jardim de infância<sup>326</sup>.

Grande parte das situações envolvendo a reserva do possível está contemplada na escassez artificial do bem vindicado. Daí parecer bem remota a possibilidade de a situação da realização de um direito fundamental social estar submetida à escassez natural ou quase-natural, considerando-se que sempre há a possibilidade de aumentar as reservas públicas por meio da tributação<sup>327</sup>, assim como o remanejamento e o contingenciamento das reservas orçamentárias.

Segundo Luís Fernando Sgarbossa, é de se notar uma grande distância entre situações extremas na graduação da escassez proposta por John Elster, o que é relevante para

---

<sup>325</sup> Apud AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.133-134.

<sup>326</sup> *Ibidem*, p.134.

<sup>327</sup> Paulo Caliendo destaca que a tributação pode ser compreendida como forma de alargamento da reserva do possível. Neste caso, a tributação fornece os elementos para que os direitos fundamentais sejam realizados, expandindo a esfera de possibilidade de cumprimento dos direitos fundamentais. Tal situação se realiza quando são criados tributos como modelo de financiamento de direitos fundamentais sociais, por exemplo, com a criação da CPMF (CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.206).



se avaliar a alegação fundada em escassez como forma de eximir-se de responsabilidades constitucionalmente impostas<sup>328</sup>.

Entende-se como escassez real ou econômica a que decorre da efetiva inexistência concreta do recurso, nos diversos graus mencionados, enquanto que a escassez ficta ou jurídica é compreendida como a decorrente de indisponibilidade jurídica, isto é, em face 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 acima de certos limites.

A impossibilidade de satisfação decorrente de uma escassez real ou econômica referencia uma limitação fática à normatividade, um choque entre realidade concreta, independente do desígnio humano, e comando normativo. É neste tipo de situação que, conforme Luís F. Sgarbossa, se encontra a origem da forte carga de racionalidade da 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”<sup>329</sup>.

Em que pese todo apelo ao realismo feito, principalmente, pela doutrina dos custos dos direitos<sup>330</sup>, é de se notar que a mesma baseia-se, em regra, em uma escassez ficta, amparada, na maior parte das vezes, pela peça orçamentária<sup>331</sup>. Conforme Luís F. Sgarbossa, a escassez ficta ou jurídica enquadra-se na tipologia de escassez artificial, da classificação de John Elster, ostentando a característica da artificialidade apontada pelo autor, no sentido de poder o Estado, por uma decisão política, suprir a demanda<sup>332</sup>. É, portanto, criada, e não natural ou quase-natural.

Daí ser problemática a tentativa de se transpor a mencionada carga de racionalidade aparentemente inegável ostentada nos casos de escassez real ou econômica para as situações de escassez ficta ou jurídica. À medida que se faz tal transposição, o conceito de

---

<sup>328</sup> Op. Cit., p.218.

<sup>329</sup> idem, p.219.

<sup>330</sup> De fato, existe uma dimensão que não pode ser esquecida: não só os direitos fundamentais sociais implicam custos para o Estado e para as empresas, também os direitos tradicionalmente relacionados à liberdade, que *prima facie* demandam uma abstenção do Estado e dos particulares, uma não intervenção na esfera de liberdade e autonomia do sujeito, dependem de uma estrutura estatal ativa e eficiente para serem efetivados. E para tanto, custam caro. (In: AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.211).

<sup>331</sup> Segundo Luís Fernando Sgarbossa, 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 (SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: Volume 1. Reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p.219-220).

<sup>332</sup> Op. Cit., p.220.

reserva do possível torna-se retórica, assemelhando-se, inclusive, de outras teorias restritivas da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais sociais, já desgastadas e em desuso.

### **5.5.2 Dimensão Jurídica da Reserva do Possível ou Escassez Ficta ou Jurídica**

A escassez ficta ou jurídica diz respeito à disponibilidade de meios e recursos para a efetivação dos direitos sociais. Isto é, os recursos existem, mas por alguma razão não estão disponíveis e não podem ser utilizados.

Neste tipo de escassez, os recursos são economicamente existentes, isto é, existem na realidade fática, porém sua alocação em determinados setores acaba por implicar o não-atendimento de outras necessidades, por uma decisão disjuntiva do órgão ou agente com competência em matéria alocativa, seja ele qual for<sup>333</sup>.

Tal tipo de escassez implica na dimensão jurídica da reserva do possível, relacionando-se, diretamente, com questões orçamentárias do Estado.

Tratando do tema, Alinie da Matta Moreira observa que tanto a reserva do possível fática, quanto a reserva do possível jurídica podem ser arguídas como restrição à concretização dos direitos fundamentais sociais, sendo que:

ambas, em última análise, encontram fundamento em circunstância fática relacionada à escassez de recursos: no caso da reserva do possível fática, simplesmente não existem recursos públicos disponíveis para a implementação do direito postulado e, no caso da reserva do possível jurídica, a escassez de recursos públicos para a concretização do direito pretendido é traduzida nos limites da dotação orçamentária<sup>334</sup>.

As leis orçamentárias, é bom ressaltar, não tem caráter restritivo dos direitos fundamentais sociais. Pelo contrário, elas tem por objetivo permitir que tais direitos sejam efetivados na maior medida possível, de forma planejada e progressiva.

Conforme assevera José Afonso da Silva:

O orçamento moderno deve ter conteúdo e forma de programação, que implica, em primeiro lugar, a formulação de objetivos e o estudo das alternativas da ação futura para alcançar os fins da atividade governamental; importa, em segundo lugar, na redução dessas alternativas de um número muito amplo a um pequeno e, finalmente, na prossecução do curso da ação adotada através do programa de trabalho<sup>335</sup>.

---

<sup>333</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p.220.

<sup>334</sup> Op. Cit., p.90.

<sup>335</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p.718.

Ricardo Lobo Torres conceitua o orçamento público como um documento de “quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados”<sup>336</sup>.

Ao se confeccionar o orçamento, o poder público deve ter os olhos voltados para a vontade da Constituição, notadamente no que se refere aos direitos fundamentais, haja vista a eficácia vinculante de todos os poderes estatais a tais direitos, decorrente da dimensão objetiva dos mesmos. Destarte, os agentes e órgãos envolvidos na elaboração das leis orçamentárias devem alocar os recursos públicos, conforme as diretrizes traçadas pela Constituição, ou seja, o orçamento tem que refletir as determinações e vinculações constitucionais, principalmente em matéria de efetivação dos direitos fundamentais.

Verifica-se, portanto, a preocupação do constituinte com a viabilidade econômica dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal. É certo que não é tarefa da Constituição engessar os poderes públicos, tolhendo-lhes a capacidade de administrar seus próprios recursos. Todavia, ao elaborar um elenco de direitos fundamentais, alçando seu respeito – na esteira do respeito à dignidade humana – como um dos objetivos primordiais do Estado brasileiro, a Constituição determina normativamente obrigações a serem cumpridas – e destas não está o Estado autorizado a se distanciar<sup>337</sup>.

Logo, há que se diferenciar entre o que não é possível porque não há, comprovadamente, meios suficientes, mesmo depois de atendidas as normas constitucionais que determinam alocação de recursos, e o que não é possível porque os meios suficientes foram alocados para outras prioridades. Neste diapasão, assume especial relevância a questão de escolha alocativa de recursos, responsável pela decisão sobre “*quanto disponibilizar e a quem atender*”<sup>338</sup>. Para tanto, a própria Constituição fornece parâmetros a serem respeitados, como já analisado. Uma escolha alocativa de recursos, dentro da chamada discricionariedade administrativa, deverá sempre respeitar os mínimos já fixados na Constituição, bem como as prioridades por ela enumeradas. Não se trata de aprisionar as decisões políticas, mas condicioná-las em conformidade com os valores presentes como um todo na sociedade – e neste diapasão, todos os direitos fundamentais merecem satisfação<sup>339</sup>.

---

<sup>336</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.278.

<sup>337</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. Cit., p.208.

<sup>338</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.148.

<sup>339</sup> *Ibidem*, p.210-211.

Nestas condições, repita-se, antes de se falar na inexistência de recursos para o atendimento dos direitos fundamentais sociais, há que se investigar se a atividade orçamentária do Estado (seja na obtenção de recursos, seja na realização de despesas), encontra-se em conformidade com as normas constitucionais<sup>340</sup>.

E é neste sentido que se verifica o reflexo da ideologia neoliberal do custo na efetividade dos direitos fundamentais sociais. O econômico tem prevalecido sobre o jurídico, de modo que prioridades constitucionais muitas vezes são mitigadas em nome do *superávit* primário, o que mereceria uma investigação mais profunda<sup>341</sup>, não encontrando neste trabalho, entretanto, o meio propício para tanto, por fugir aos limites do mesmo.

É bem verdade que os recursos são finitos, enquanto as necessidades, infinitas, o que leva ao administrador e legislador a ter que fazer algumas escolhas, as chamadas “escolhas trágicas”. São denominadas de trágicas, pois, na medida em que se aloca determinados recursos para a efetivação de determinados direitos, outros ficam de fora dessas escolhas, ficando em situação de difícil efetivação. Nem sempre se consegue realizar todos os direitos nas proporções constitucionalmente definidas. É nessa hora que o administrador e o legislador tem que se valer de uma alta carga de razoabilidade e proporcionalidade, pois, quanto mais difícil é a escolha, maior deverá ser a justificação, e conseqüentemente a ponderação envolvida.

A impossibilidade de realizar todos os direitos fundamentais sociais imediata e uniformemente por conta da escassez de recursos implica na tomada de decisões dramáticas. Segundo Gustavo Amaral, a ideia de escassez traz consigo a noção de *trade-off*, isto é, a escolha da postulação que será privilegiada em detrimento de outra. Na verdade, isso é uma circunstância inafastável, cujas consequências indesejáveis podem ser reduzidas ou até mesmo evitadas<sup>342</sup>.

Afirmar que a atuação do Estado está submetida à escassez de recursos implica no reconhecimento da impossibilidade da realização uniforme de todos os direitos fundamentais sociais. Efetivar direitos exige a tomada de decisões sobre alocação de recursos e sobre o que atender, de forma que alguns poderão ser atendidos imediatamente e outros não.

Neste sentido colhe-se o magistério de Luís Fernando Sgarbossa:

---

<sup>340</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. Cit., p.209.

<sup>341</sup> Ibidem, p.209.

<sup>342</sup> AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.101.

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<sup>343</sup>.

Seria bom se houvesse recursos suficientes para todos os direitos fundamentais sociais, mas a realidade brasileira mostra que não há. Daí a extrema importância de tais escolhas pelo poder público, que deve fazer bom uso da ponderação. O que se quer é diferente do que se tem. Esse é o impasse, que, para ser resolvido, dependerá da técnica da ponderação. Neste sentido, Alinie da Mata Moreira obtempera que:

O que se espera é que existam recursos suficientes para garantir que os direitos sociais prestacionais sejam, mesmo que de forma gradual, uniformemente implementados. O que se tem é um Estado que sustenta sua incapacidade de promover os direitos sociais prestacionais baseado na escassez de recursos. A solução deste impasse dependerá da ponderação aplicada aos casos concretos, avaliando-se as atribuições da Administração Pública na implementação dos direitos sociais, as pretensões deduzidas pelo particular em face do Estado e o dispêndio dos recursos públicos necessários<sup>344</sup>.

Ratificando a necessidade da ponderação quando da tomada de decisões acerca da alocação de recursos, Leonardo de Farias Duarte acrescenta que, não obstante a grande variedade de formas por meio das quais os direitos fundamentais podem ser efetivados, não se pode negar que os direitos e liberdades tem sido privilegiados, em detrimento dos direitos fundamentais sociais. Isso ocorre, segundo ele, mesmo com a constatação de que estes últimos direitos não custam necessariamente mais do que os primeiros. Destarte, afigura-se necessário um critério que oriente a tomada de decisões dos agentes públicos num quadro de constante escassez, de modo a evitar o privilégio desarrazoado de uma ou outra categoria de direitos, critério este que seria a dignidade da pessoa humana:

Há que ser feita uma ponderação dos direitos (igualmente) fundamentais envolvidos, utilizando como critério o princípio maior da dignidade da pessoa humana. Assim, havendo dúvida, por exemplo, em destinar os sempre escassos recursos públicos em prol da efetivação de um direito de cunho defensivo ou de um direito social, *deve a escolha ou opção pender em favor do direito cuja não realização, no caso específico, revele-se como a mais violadora da dignidade da pessoa humana*. O propósito da proposta aqui sugerida é evitar que a receita pública seja direcionada, de antemão, para uma ou outra categoria de direitos, por motivos preconcebidos segundo preferências ou escolhas marcadamente subjetivas (ou mesmo ideológicas) e, como tais, nem sempre razoáveis ou passíveis de serem comprovadas, não resistindo, por conseguinte, a uma análise mais detida ou objetiva<sup>345</sup>. (grifos nossos).

Entendemos de uma riqueza ímpar as considerações acima transcritas, no sentido de dar à dignidade da pessoa humana o lugar que lhe é de direito: o valor fonte de todo o

---

<sup>343</sup> Op. Cit., p.221.

<sup>344</sup> Op. Cit., p.97.

<sup>345</sup> DUARTE, Leonardo de Farias. Op. Cit., p.189.

sistema constitucional, “o fim supremo de todo o direito”<sup>346</sup>. Assim, quando houver dúvida sobre o destino dos escassos recursos públicos, se em favor de um direito defensivo ou em favor de um prestacional, a escolha deve ser feita com fuste na ponderação, pendendo para aquele cuja não realização, no caso específico, vá ferir mais a dignidade da pessoa humana.

Calha ainda observar que, no caso de o Estado sustentar (desfundamentadamente) a reserva do possível (em sua dimensão jurídica), quando instado a efetivar um direito fundamental social pelo particular, o Judiciário (com base na ponderação e visando maximizar a dignidade da pessoa humana) pode reverter a decisão alocativa de recursos, face a existência real dos recursos. Aqui o princípio da realidade não se impõe definitivamente, como parece acontecer nos casos de escassez real<sup>347</sup>.

Assim, em se tratando de reserva do possível, *máxime* a jurídica, o Poder Judiciário deve analisar o caso concreto utilizando-se da técnica da ponderação, tendo sempre como principal vetor argumentativo o princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, como bem observa o Ministro do STJ Mauro Campbell, “o Judiciário não deve ser provocado a dizer o óbvio, sobretudo quando o óbvio significar ver cumpridos os ditames constitucionais ou legais irresponsavelmente omitidos pelo Estado”<sup>348</sup>, pois já seria (ou melhor, é) uma obrigação do Estado (Executivo e Legislativo) cumprir os ditames constitucionais em matéria de efetivação dos direitos fundamentais sociais. Pena que nem sempre o faz, motivo pelo qual só mesmo o Judiciário para socorrer o titular do direito descumprido. Nessa linha de argumentação, cumpre trazer à lume o escólio de Dirley da Cunha Júnior:

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 existência<sup>349</sup>.

<sup>346</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. Op. Cit., p.274.

<sup>347</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p.222.

<sup>348</sup> CAMPBELL, Mauro. *Podemos manter íntegros os princípios jurisdicionais*. In: AMB Informa. n. 147. 2012, p.3.

<sup>349</sup> Op. Cit., p.741.

À guisa de conclusão, e por mais óbvio que possa parecer, a reserva do possível jurídica só se justifica quando respeite a dignidade dos cidadãos.

### 5.5.3 Dimensão Negativa

A noção de reserva do possível em sua dimensão negativa relaciona-se com a noção de escassez de recursos para o atendimento de todos os direitos prestacionais positivados e/ou exigidos, mas num sentido inverso: partindo-se da ideia central de que efetivamente não há recursos suficientes a satisfazer todos os direitos fundamentais, especialmente os sociais, a dimensão negativa da reserva do possível atuaria como impedimento à satisfação de uma prestação que pudesse comprometer a satisfação de outra prestação. Em outras palavras, esse seria o caso, por exemplo, de concessão de uma prestação excessivamente onerosa que esgotasse os recursos destinados a concretizar outros direitos. Nessas hipóteses, a reserva do possível pode valer como argumento contra a concessão de uma prestação que, por afigurar-se desproporcional e irrazoável, inviabilize a realização de outro (s) direito (s)<sup>350</sup>.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, a reserva do possível, além de atuar como limite jurídico e fático, também atua, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, como, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação (observados sempre a proporcionalidade e o mínimo existencial em relação a todos os direitos) da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental<sup>351</sup>.

Compartilha-se do entendimento de Fabiana Okchstein Kelbert, quando ela afirma que essa possibilidade de limitação de direitos individuais em face da coletividade decorre do caráter principiológico dos direitos fundamentais, isto é, como são normas principiais, não são absolutos, podendo sofrer, portanto, restrições<sup>352</sup>.

---

<sup>350</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. Op. Cit., p.88.

<sup>351</sup> 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.288.

<sup>352</sup> Op. Cit., p.88.

E conclui a mencionada autora, afirmando a possibilidade de prestações que possam lesar a coletividade deixarem de ser satisfeitas, em face de uma potencial violação de outros direitos, dando como exemplo:

No caso brasileiro, as demandas por cirurgias não realizadas pelo Sistema Único de Saúde ou mesmo tratamentos não disponíveis no país, que precisariam ser realizados no exterior. O deferimento dessas demandas pode esvaziar o orçamento previsto para satisfazer as prestações universais na área da saúde, ou seja, ao se conceder uma única prestação de tal monta, todas as outras se tornariam inexecutáveis, por falta de verbas<sup>353</sup>.

Data vênia, em que pese os fortes argumentos trazidos pela mencionada autora, entende-se que tal dimensão<sup>354</sup>, por refletir, justamente, a proporcionalidade e a razoabilidade, é inerente a todos os casos em que se suscite a reserva do possível, e não só em alguns casos. Isso nada mais é do que uma decorrência natural da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais, que estão sujeitas, sempre, a entrar em conflito ou colisão com outras normas, dependendo, para sua solução, do princípio da proporcionalidade.

Apesar desse cenário preocupante, o intuito dessa exposição não é negar a teoria da reserva do possível e suas importantes contribuições para a matéria dos direitos sociais. O objetivo é evidenciar a necessidade de uma ponderação na aplicação dessa teoria, não raro invocada em excesso, principalmente nos Estados em desenvolvimento ou periféricos, dentre os quais o Brasil (ainda) se situa, por tais exibirem uma realidade diversa, com características próprias, a exigir um cuidado especial na aplicação de construções teóricas e orientações políticas provenientes de países desenvolvidos<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> *Idem*, p.89.

<sup>354</sup> O que Fabiana Kelbert chama de dimensão negativa é, na verdade, a 3ª dimensão de Sarlet, qual seja a da razoabilidade e proporcionalidade, o que se vê, realmente, pela própria explicação de Fabiana Kelbert sobre tal dimensão.

<sup>355</sup> DUARTE, Leonardo de Farias. *Op. Cit.*, p.177-178.



## 6. POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA RESERVA DO POSSÍVEL: TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES (OU RESTRIÇÃO ÀS RESTRIÇÕES)

Até aqui, verificou-se que os direitos fundamentais sociais podem sofrer restrição, e que a reserva do possível funciona como uma dessas restrições, sendo externa ao direito restringido. Entretanto, e como já adiantado no capítulo anterior, a reserva do possível admite obtemperaões, não sendo, portanto, absoluta. Em verdade, ela pode ser mitigada e até mesmo superada, o que vai depender do caso concreto.

Tratar-se-á neste capítulo, portanto, da possibilidade de se impor restrições à reserva do possível, o que se consubstancia na teoria dos limites dos limites, ou, como é preferível, “teoria das restrições às restrições”, por se entender mais adequada essa locução por conta da distinção terminológica e conceitual entre “limite” e “restrição”. Com efeito, Alinie da Matta Moreira reconhece que, pelas teorias interna e externa, há que se reconhecer uma clara distinção entre os termos “limites” e “restrições”: “os limites aos direitos fundamentais estão inseridos no âmbito do próprio direito, ao passo que as restrições aos direitos fundamentais decorrem de elementos externos, que incidem sobre o direito”<sup>356</sup>. Ainda segundo a autora, “a adoção da teoria externa para atribuir à reserva do possível a condição de restrição aos direitos sociais prestacionais permite-nos, neste momento, eleger a locução ‘restrições às restrições’ como a melhor forma de designar a teoria sob análise”<sup>357</sup>. Entretanto, tendo em vista a consagração pela doutrina brasileira da expressão “limite dos limites”, esta última também será adotada, sem prejuízo do quanto aqui ressaltado a título de precisão terminológica.

A teoria dos limites dos limites, ou teoria das restrições às restrições, se originou da locução *Schranken der Schranken*, da doutrina alemã. De acordo com Jane Reis Gonçalves Pereira, a origem de tal expressão é imputada a Karl August Betterman, o qual, em 1964, numa conferência na Sociedade Jurídica de Berlim, teria reconhecido que as limitações aos direitos fundamentais são legítimas quando atendem a um conjunto de condições materiais e formais, “que são os limites dos limites aos direitos fundamentais”<sup>358</sup>.

---

<sup>356</sup> Op. Cit., p.105.

<sup>357</sup> Idem, p.105.

<sup>358</sup> Op. Cit., p.298.

Também José Joaquim Gomes Canotilho comunga desse pensamento, ao reconhecer a existência de condições formais e materiais na ordem constitucional portuguesa, impeditivas da imposição de restrições aos direitos fundamentais. Segundo seus ensinamentos:

As leis restritivas estão sujeitas a uma série de requisitos dessas mesmas leis. Por isso se fala aqui das restrições às restrições ou dos limites dos limites. (...) As indagações precedentes apontam para a existência de *requisitos formais* e de *requisitos materiais*, positivados na constituição, que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias devem imperativamente satisfazer. Estes requisitos podem estar contidos em *regras* ou em *princípios* da constituição. Os *requisitos formais* atuam como uma zona de proteção formal (exigência de lei da AR ou de decreto-lei autorizado, exigência de expressa autorização restritiva contida na constituição); os *requisitos materiais* pretendem assegurar a conformidade substancial da lei restritiva com os princípios e regras da Constituição (princípio da proporcionalidade, princípio da generalidade e abstração, princípio de não-retroatividade, princípio da salvaguarda do conteúdo essencial<sup>359</sup>).

De forma geral, essa teoria prega um mecanismo para se poder controlar a atividade restritiva feita pelo Estado em relação aos direitos fundamentais. Se, por um lado, os direitos fundamentais, por não serem absolutos, admitem restrições, por outro, tais restrições (como a reserva do possível), por também não serem absolutas, admitem, da mesma forma, restrições. A ideia é restringir aquilo que restringe os direitos fundamentais. Nesse sentido, Jane Reis Gonçalves Pereira ensina que:

A admissão da restringibilidade dos direitos fundamentais traz consigo um inevitável paradoxo. É que, se a constitucionalização dos direitos visa a fazê-los atuar como mecanismos de contenção do poder estatal, a noção de que o Estado pode limitá-los surge como uma aparente contradição co caráter vinculante que as normas de direitos fundamentais devem ostentar. Essa incoerência é resolvida dogmaticamente com o recurso à ideia de que a atividade limitadora do Estado deve ser, também, uma atividade limitada. O pensamento liberal, desde o limiar do constitucionalismo, destacou a necessidade de se estabelecer uma série de barreiras destinadas a circunscrever o poder do Estado quando se trata de impor limitações aos direitos fundamentais<sup>360</sup>.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, o importante é ficar claro que eventuais restrições aos direitos fundamentais só se justificarão se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição:

Sob perspectiva formal, parte-se da posição de primazia ocupada pela Constituição na estrutura do ordenamento jurídico, no sentido de que suas normas, na qualidade de decisões do poder constituinte, representam atos de autovinculação fundamental-democrática que encabeçam a hierarquia normativa inerente ao sistema. No que diz com a perspectiva material, parte-se da premissa de que a Constituição não se restringe a regulamentar formalmente uma série de competências, mas estabelece, paralelamente, uma ordem de princípios substanciais, calcados essencialmente nos

---

<sup>359</sup> Op. Cit., p.451-452.

<sup>360</sup> Op. Cit., p.297.

valores da dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos fundamentais que lhe são inerentes<sup>361</sup>.

Em resumo, o conteúdo amplo de cada direito fundamental fica sujeito a uma série de restrições, que, para não oferecerem um risco à efetividade dos direitos restringidos, precisam ser mitigadas. Daí que a incidência da reserva do possível sobre os direitos fundamentais sociais precisa ser balizada por outras restrições, “suficientes para exercer um controle sobre eventuais abusos perpetrados pela Administração Pública, em dissonância com as definições constitucionais”<sup>362</sup>.

Não há um consenso sobre quais seriam as restrições às restrições.

Ingo Wolfgang Sarlet, por exemplo, enumera como restrições às restrições aos direitos a proteção do núcleo (ou conteúdo) essencial, a proporcionalidade, a razoabilidade e a proibição de retrocesso<sup>363</sup>. Já Luiz Fernando Calil de Freitas aponta o princípio da reserva de lei restritiva, a proteção do núcleo essencial, a proporcionalidade, a razoabilidade, a vedação do retrocesso e a dignidade humana<sup>364</sup>.

Nesse ponto, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Paul Feyerabend, para quem, na busca do conhecimento, não há “o método” correto, mas sim “vários métodos”. O mencionado autor era contra a ditadura do método único, defendendo um anarquismo metodológico, no sentido de pluralidade de métodos<sup>365</sup>. Para ele, a idéia de um método fixo ou de uma teoria fixa da racionalidade baseava-se em uma concepção demasiado ingênua do homem e de suas circunstâncias sociais. Há apenas um princípio que pode ser defendido em todas as circunstâncias em todos os estágios de desenvolvimento humano – o princípio de que tudo vale – explicando Feyerabend, outrossim, que sua intenção não era substituir um conjunto de regras gerais por outro conjunto da mesma espécie, e sim convencer o leitor que todas as metodologias, até mesmo as mais óbvias, tinham seus usos e limites<sup>366</sup>.

---

<sup>361</sup> 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.395.

<sup>362</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. Op. Cit., p.105.

<sup>363</sup> 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.395.

<sup>364</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. Cit., p.185-223.

<sup>365</sup> Feyerabend sustentava que a idéia de um método único deparava-se com consideráveis dificuldades quando confrontado com a história, haja vista que não há uma única regra, ainda que plausível, que não tenha sido violada em algum momento, sendo tais violações necessárias ao progresso científico (FEYERABEND, Paul K. *Contra o Método*. Tradução Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Editora Unesp, 2007).

<sup>366</sup> FEYERABEND, Paul K. *Contra o Método*. Tradução Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Editora Unesp, 2007, p. 30-36.

Destarte, neste trabalho, sem a pretensão de exaurimento ou de exclusão de outras hipóteses, foram trazidas quatro restrições que, segundo entende-se, causam maior impacto sobre a reserva do possível, sendo capazes de restringi-la e até mesmo aniquilá-la, como será visto nos próximos capítulos. As restrições escolhidas são a proporcionalidade, a razoabilidade, a vedação do retrocesso e a proteção do mínimo existencial, que apesar de não terem sido reconhecidos expressamente pela Constituição de 1988, tem sua natureza de restrição à reserva do possível decorrente da estrutura constitucional protetora dos direitos fundamentais. Como bem observa Robert Alexy, da própria natureza principiológica das normas de direitos fundamentais decorre que sua restrição e restringibilidade têm limites<sup>367</sup>.

Passar-se-á a expor individualmente os contornos de cada restrição à reserva do possível nos capítulos seguintes.

## **6.1 PROPORCIONALIDADE**

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<sup>368</sup>. Tais restrições, como já visto, também comportam restrições, sendo, portanto, relativas. No contexto deste trabalho, destarte, duas premissas que se impõem são a de que a reserva do possível pode ser considerada como restrição aos direitos fundamentais sociais, e a de que a própria restrição aos direitos fundamentais sociais pode ser restringida.

Os princípios jurídicos têm a dimensão de peso, de sorte que, no caso de colisão, um deles é aplicado e o outro afastado, o que torna possível a existência de diversos princípios no sistema dos direitos fundamentais, mesmo que de conteúdo antagônicos.

Conforme Paulo Roberto Lyrio Pimenta, “é o princípio da proporcionalidade que permite resolver essa situação, fazendo com que um princípio seja mais respeitado do que o outro, mediante um procedimento de ponderação de bens e de interesses em conflito,

---

<sup>367</sup> ALEXY, Robert. Op. Cit., p.296.

<sup>368</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., 2010. p.273.

reafirme-se. De outro lado, no plano normativo, ele permite a convivência de princípios contraditórios”<sup>369</sup>.

Quando estiver em causa um eventual conflito entre direitos fundamentais, onde a reserva do possível possa atuar como limite negativo, a restrição de um direito em favor de outro deverá atender à proporcionalidade. Assim, quando surge uma colisão entre direitos fundamentais, a satisfação de um deles implicará necessariamente na restrição do outro.

Especialmente num contexto em que a escassez de recursos parece inafastável, surge a necessidade de se fazer escolhas, tanto políticas quanto judiciais, quando o conflito for levado ao Judiciário, oportunidade em que, em ambos os casos, o controle das escolhas deverá atender à proporcionalidade<sup>370</sup>. Daí se afirmar que o acolhimento da reserva do possível, em demandas que envolvem a efetivação de direitos fundamentais sociais, deve ser precedido de um juízo de proporcionalidade, pois ele garante que a reserva do possível não atingirá dimensões impróprias, capazes de ameaçar ou mesmo de impedir a realização de direitos constitucionalmente consagrados<sup>371</sup>.

O princípio da proporcionalidade trata de uma relação de meio e fim, isto é, visa confrontar o fim e a justificativa de uma intervenção com os efeitos desta. Se não houver uma relação de meio e fim não se pode realizar o exame da proporcionalidade, ante a falta dos elementos estruturantes. Sempre que houver uma medida concreta que se destine a implementar uma finalidade deve se analisar as possibilidades de tal medida levar à realização da finalidade (adequação), de a medida ser a que menos restringe os direitos envolvidos em relação às que podiam ser utilizadas para tal finalidade (necessidade) e de a finalidade buscada justificar a restrição (proporcionalidade em sentido estrito).

### **6.1.1 Considerações Preliminares**

A origem e o desenvolvimento deste princípio encontram-se ligados à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, verificada a partir do surgimento do Estado de Direito burguês na Europa. Mais precisamente, sua origem remonta aos séculos XVII e XVIII, com o surgimento das teorias jusnaturalistas na Inglaterra, as quais

---

<sup>369</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002, p.58.

<sup>370</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. Op. Cit., p.89-90.

<sup>371</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. Op. Cit., p.135.

propugnavam que o homem tinha direitos imanes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado e, por conseguinte, conclamando ter o soberano o dever de respeitá-los. Neste sentido é o magistério de Suzana de Toledo Barros, para quem:

O germe do *princípio da proporcionalidade*, pois, foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII<sup>372</sup>.

Costuma-se também afirmar que a primeira vez que o princípio da proporcionalidade é empregado para limitar o poder de atuação do monarca em face dos súditos é durante a transição do Estado Absolutista (em que o governante tem poderes ilimitados) para o Estado de Direito. As condições reais daquela época refletiam a incompatibilidade entre a monarquia absoluta, que se arrogava todos os poderes segundo a máxima *the King can do no wrong*, e uma sociedade nova, cuja característica principal era a expansão nos setores da cultura e do comércio<sup>373</sup>. Nesse primeiro momento, o jusnaturalismo tentou garantir os direitos da burguesia por meio da criação de mecanismos de limitação do poder, isto é, através da consagração de meios capazes de garantir a não-intervenção do Estado nas áreas em que tal abstenção era essencial para o exercício de tais direitos.

Justamente por conta do regime vigente, que estabelecia uma concepção ilimitada de direito do Estado frente ao súdito, é que floresceu a linha filosófica do direito natural, baseado na existência de valores imanes à personalidade humana, que garantiria ao homem uma esfera de liberdade inatacável, que poderia ser oposta até mesmo contra o soberano. A liberdade a que se reportavam os filósofos jusnaturalistas era a pregada pela burguesia, por isso mesmo expressada na liberdade pessoal, na liberdade de contratar e comerciar e na propriedade privada<sup>374</sup>.

Observa-se, ainda, que o princípio da proporcionalidade nasceu na seara do Direito Administrativo, como princípio geral do direito de polícia<sup>375</sup>, e desenvolveu-se como evolução do princípio da legalidade. Requereu, para tanto, a criação de mecanismos capazes de controlar o Poder Executivo no exercício das suas funções, de modo a evitar a violação da lei, o arbítrio e o abuso de poder. Suzana de Toledo Barros ensina que:

Pode-se afirmar que o *princípio da proporcionalidade* foi consagrado no direito administrativo como uma evolução do princípio da legalidade, mas inicialmente a

---

<sup>372</sup> Op. Cit., p.35.

<sup>373</sup> Ibidem, p.35.

<sup>374</sup> Ibidem, p.36.

<sup>375</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1998, p.260.

ideia de proteção ligava-se somente às penas. A submissão dos atos administrativos a um controle jurisdicional requereu a criação de instrumentos processuais hábeis a impedir os órgãos do Poder Executivo de se desviarem da atuação reclamada pelos fins da lei ou, quando ainda adequada a ditos fins, essa atuação se mostrasse excessivamente gravosa aos direitos dos cidadãos<sup>376</sup>.

A sua inserção no campo do direito constitucional se deu por conta das revoluções burguesas do século XVIII, capitaneadas pela corrente iluminista, principalmente no tocante à crença na intangibilidade do homem e na necessidade incondicionada de respeito à sua dignidade. Como dito acima, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se como evolução do princípio da legalidade, que, por sua vez, foi previsto pela Constituição francesa, em 1791<sup>377</sup>, tendo, a partir daí, a doutrina francesa elaborado instrumentos processuais com vistas à sua efetivação<sup>378</sup>, em cujos prolegômenos pode-se observar implicitamente delineado o princípio da proporcionalidade. Nesse diapasão, apesar de a farta literatura de direito administrativo demonstrar que o Conselho de Estado de há muito exercer um juízo de adequação e proporcionalidade das medidas administrativas restritivas, e que a formulação do princípio não ter sido tão explícita assim no início, a ideia predominante girava em torno do controle dos atos de polícia em contraste com a infundada tese de ser discricionária a eleição, por parte da administração, da medida limitativa e o seu respectivo conteúdo<sup>379</sup>.

A doutrina francesa do controle dos atos administrativos foi amparada pelos países vizinhos, a exemplo da Alemanha, onde o princípio da proporcionalidade ganhou o seu contorno atual, alçado que foi do direito administrativo para o direito constitucional por obra do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal alemão), o qual, a partir da Segunda Guerra Mundial, foi aos poucos cunhando o princípio por meio de inúmeras decisões

---

<sup>376</sup> Op. Cit., p.37.

<sup>377</sup> Consoante Suzana de Toledo Barros, “a Constituição Francesa de 1791 também consagrou o princípio da legalidade, firmando a superioridade dos atos do Parlamento sobre todos os demais, ao dispor em seu art. 3º que ‘não há na França autoridade superior à lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência’. Estabelecido o dogma da superioridade da lei, ou da hegemonia do Parlamento sobre o Judiciário, o controle do arbítrio do Poder público ganhou na França o seu mais espetacular desenvolvimento no que tange aos atos administrativos, por obra do *Conséil D’État*. Por incrível contradição teórica, já que a doutrina da separação de poderes de Montesquieu impunha o controle de um poder sobre o outro, este órgão não pertencia ao Judiciário, mas sim ao próprio Executivo, o que, de certa forma, é explicável pelos fatos da época, já que os franceses nutriram, no período pré-revolucionário, uma grande desconfiança dos juízes, porque estes sempre mantiveram seu *status* à custa do *ancien regime*. Este fato histórico-cultural originou o que mais tarde fixou-se como jurisdição administrativa, vigorante até os nossos dias, hoje com total autonomia em face do Executivo”. (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2. ed. Brasília: Editora e Livraria Brasília Jurídica, 2000, p.40).

<sup>378</sup> O controle dos atos administrativos ganhou a excelência do *récurso pour excès de pouvoir* (recurso por excesso de poder), instrumento processual adequado para se postular, frente ao Conselho de Estado, a reforma de qualquer decisão administrativa, por violação ao princípio da legalidade, ou ainda, por desvio de poder. (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2. ed. Brasília: Editora e Livraria Brasília Jurídica, 2000, p.40-41).

<sup>379</sup> BARROS, Suzana de Toledo. Op. Cit., p.41.

reconhecendo que o legislador não se deve exceder na sua liberdade de conformação dos direitos fundamentais<sup>380</sup>. Consoante o magistério de Suzana de Toledo Barros,

O salto qualitativo no controle judicial das leis na Europa Continental ocorreu, portanto, graças à transposição, para o direito constitucional, das teorias de limitação do poder de polícia desenvolvidas no direito administrativo francês e recepcionadas pela Alemanha. Por sua vez, as condicionantes históricas viabilizaram a evolução do Estado alemão – e, por consequência, do seu direito constitucional, permitindo solidificar a ideia de limitação também do Poder Legislativo na tarefa de realização dos direitos fundamentais<sup>381</sup>.

Destarte, cumpriu à Alemanha, já no século XX, aproveitando-se da teoria da limitação do poder de polícia do Direito Administrativo francês, a atual formulação do princípio da proporcionalidade, mormente em sede de direitos fundamentais. Com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, apesar de o mencionado princípio não ter sido positivado expressamente, operou-se, assim, um marco inaugural do princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, uma vez que o respeito aos direitos fundamentais foi colocado como núcleo central de toda a ordem jurídica. Novamente recorre-se ao escólio de Suzana de Toledo Barros:

No firme propósito de tutelar os direitos fundamentais, pondo-os a salvo do arbítrio legalizado, a Constituição alemão de 1949 deixou assente, já em seu art. 1º, o caráter vinculante desses direitos para os poderes do Estado, e, em seu art. 19, consagrou o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wesensgehaltsgarantie*), ao estatuir que qualquer restrição a eles há de se dar por lei necessária, geral e que não afete seu conteúdo essencial, garantindo ampla possibilidade de tutela jurisdicional em caso de virem a sofrer violações<sup>382</sup>.

A corte alemã absorveu essa preocupação com os direitos fundamentais insculpida na Constituição, reconhecendo a necessidade de controle das restrições legais a tais direitos. Neste sentido, paradigmática foi a decisão exarada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em um processo sobre armazenagem de petróleo em 1971. Nele, expressiu-se que: “o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado”<sup>383</sup>. A partir daí, este princípio tem sido amplamente utilizado, permitindo que se afirme que o traslado do princípio da proporcionalidade do Direito Administrativo para o Direito Constitucional tem sido, em última análise, obra dos tribunais, notadamente da Corte Constitucional alemã<sup>384</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, esse princípio foi recepcionado por conta da influência da doutrina portuguesa, que havia, juntamente com os demais países europeus,

---

<sup>380</sup> Idem, p.44-45.

<sup>381</sup> Idem, p.45.

<sup>382</sup> Idem, p.46.

<sup>383</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p.330.

<sup>384</sup> Ibidem, p.373/374.



bebido nas fontes alemãs. Portugal também foi marcado por movimentos de instabilidade política que não permitiram, antes destas recentes décadas, a sedimentação de princípios democráticos como aqueles verificados na França<sup>385</sup>. Neste sentido, o artigo 18 da Constituição portuguesa de 1976<sup>386</sup> positivou explicitamente tal princípio, apresentando os limites a serem seguidos pelos funcionários públicos no exercício de suas funções, ressaltando-se a vinculação de todas as entidades públicas e privadas no respeito aos direitos fundamentais e o critério da necessidade como parâmetro inafastável na formulação e aplicação de leis que restrinjam direitos e garantias constitucionais, delineando indubitavelmente os requisitos essenciais do princípio da proporcionalidade. Comungando deste entendimento, Suzana de Toledo Barros ensina que:

Viu-se anteriormente que a Lei Fundamental de Bonn, fonte inspiradora deste art. 18, como de resto de toda a Parte I – Direitos e Deveres fundamentais – da Constituição Portuguesa, não possui o princípio escrito. Pois bem, a vinculação do legislador a limites de necessidade, congruência, justa medida das restrições a direitos e garantias assegurados aparece, no direito português, como reconhecimento do que a jurisprudência alemã já havia logrado comprovar: o *princípio da proporcionalidade* é corolário da necessidade de dar-se proteção a esses direitos, ou, mais especificamente, de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais<sup>387</sup>.

Ao contrário da Constituição portuguesa, a brasileira não contém previsão expressa acerca do princípio da proporcionalidade, o que, entretanto, não impede a sua nivelção constitucional, conforme será visto adiante.

### 6.1.2 Natureza Jurídica

No que tange a sua natureza jurídica, não há consenso na doutrina, podendo-se perceber seu tratamento ora como princípio, regra, postulado, máxima ou dever. O presente trabalho não se aprofundará nessa complexa questão, por entender que a mesma foge ao objeto e limites desta dissertação. Com efeito, seja princípio, regra, postulado, máxima ou dever, o fato é que a proporcionalidade figura como importante ferramenta na contenção das restrições operadas contra os direitos fundamentais. Essa é a ideia que se pretende passar aqui,

---

<sup>385</sup> BARROS, Suzana de Toledo. Op. Cit., p.53.

<sup>386</sup> Art. 18. Força Jurídica. 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (Disponível em <[www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx](http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx)> Acesso em 27 nov. 2012).

<sup>387</sup> Op. Cit., p.54.

independente de ficar assentado qual sua natureza jurídica, até porque, como já dito, não há consenso doutrinário.

Apenas por amor ao debate, serão trazidos os principais posicionamentos nessa matéria tão controvertida.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>388</sup>, Ana Maria D'Ávila Lopes<sup>389</sup>, Suzana de Toledo Barros<sup>390</sup>, José Joaquim Gomes Canotilho<sup>391</sup>, José Carlos Vieira de Andrade<sup>392</sup>, Dirley da Cunha Júnior<sup>393</sup>, George Marmelstein<sup>394</sup>, Manoel Jorge e Silva Neto<sup>395</sup>, Paulo Roberto Lyrio Pimenta<sup>396</sup>, Pedro Lenza<sup>397</sup>, dentre outros, consideram a proporcionalidade como um “princípio”.

Posicionando-se contra, encontra-se Humberto Ávila, para quem a proporcionalidade é um “postulado”, e não um princípio. Para ele, a diferença estaria em que, enquanto os princípios dizem respeito a um dever de promoção de um estado ideal de coisas, um fim a ser atingido, os postulados referem-se ao modo como tais deveres devam ser aplicados. Os postulados seriam, destarte, normas de segundo grau, ou metanormas que estruturam a aplicação de outras normas: os princípios e as regras<sup>398</sup>.

Já Eros Roberto Grau e Virgílio Afonso da Silva, este último seguido por Alinie da Matta Moreira, tratam a proporcionalidade como “regra”, pois, de acordo com as distinções entre princípios e regras feitas por Robert Alexy<sup>399</sup>, a proporcionalidade, se fosse o

---

<sup>388</sup> 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.395-400.

<sup>389</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p.194-196.

<sup>390</sup> Op. Cit., p.69-87.

<sup>391</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.417-418.

<sup>392</sup> Op. Cit., p.285.

<sup>393</sup> Op. Cit., p.226-229.

<sup>394</sup> Op. Cit., p.373-387.

<sup>395</sup> Op. Cit., p.133-136.

<sup>396</sup> Op. Cit., p.58.

<sup>397</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p.138.

<sup>398</sup> Op. Cit., p.137-138.

<sup>399</sup> “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um

caso de aplicá-la, não poderia sofrer mitigações: ou se aplica ou não se aplica, assim como as regras<sup>400</sup>.

Robert Alexy, por sua vez, trata a proporcionalidade como “máxima”, pois, a mesma não se comporta como um princípio na acepção de sua distinção entre regras e princípios. Segundo ele, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo, não se podendo dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. Ainda conforme Robert Alexy, “o que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras”<sup>401</sup>.

Posicionando-se ora a favor da proporcionalidade como um “dever”, ora como “princípio”, encontramos Luiz Fernando Calil de Freitas<sup>402</sup>, sem, entretanto, justificar sua posição.

Também Luís Fernando Sgarbossa<sup>403</sup> chama a proporcionalidade ora de “princípio”, ora de “máxima”, sem diferenciá-las.

Como visto, o dissenso é grande, o que mereceria uma análise mais aprofundada sobre a *vexata questio*. Como já dito anteriormente, não adentrar-se-á a fundo nessa discussão, por entender que a mesma mereceria uma atenção especial para seu estudo, o que foge ao objeto deste trabalho. Por ora, basta que se deixe assentado que a opção desta dissertação pela expressão “princípio” da proporcionalidade encontra motivo no fato de a maioria da doutrina adota tal expressão, deixando claro, entretanto, que, seja qual for a nomenclatura adotada por aí afora, o conteúdo da proporcionalidade não se modifica, servindo sempre como proteção aos direitos fundamentais.

### 6.1.3 Do Fundamento Jurídico

---

princípio” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90-91).

<sup>400</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. 3d. São Paulo: Malheiros, 2006. p.189; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011. p.168-169; MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.134-135.

<sup>401</sup> Op. Cit., p.117.

<sup>402</sup> Op. Cit., p.205-207.

<sup>403</sup> Op. Cit., p.275.

Acerca da fundamentação desse princípio, mais uma vez existe dissenso doutrinário, costumando ser apontado, dentre outros, o Estado Democrático de Direito (art. 5º, *caput*, da CF/88<sup>404</sup>), o Devido Processo Legal Substantivo (art. 5º, LIV, da CF/88<sup>405</sup>), o art. 5º, 2º, da CF/88<sup>406</sup> ou a própria estrutura dos direitos fundamentais. Com efeito, a questão de se saber se a aplicação do princípio da proporcionalidade encontra fundamento no direito positivo brasileiro tem recebido respostas variadas, que, no que parece, são conciliáveis.

Parte da doutrina entende que o princípio da proporcionalidade tem seu fundamento no chamado princípio do Estado de Direito, como, por exemplo, Gilmar Ferreira Mendes<sup>407</sup>, Luís Roberto Barroso<sup>408</sup>, e Suzana de Toledo Barros<sup>409</sup>. Luiz Fernando Calil de Freitas, também se posicionando neste sentido, observa que “ao contrário do que ocorre com Portugal, cuja Constituição expressamente o consagra no art. 18º, n. 2, a CF brasileira não contém norma expressa acerca de tal princípio que, a toda evidência, decorre logicamente do Estado Democrático de Direito que é, por excelência, ambiência de existência e garantia dos direitos fundamentais”<sup>410</sup>.

Suzana de Toledo Barros além de fundamentar tal princípio no Estado Democrático de Direito, o faz também na própria essência dos direitos fundamentais, considerando ambas as ideias indissociáveis, deles decorrendo a concretização, independentemente de sede material específica, do princípio da proporcionalidade, o qual, constituindo-se em uma das ideias fundantes da Constituição, assenta-se no respectivo contexto normativo em que contemplados os direitos fundamentais e os respectivos

---

<sup>404</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...).(BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2013).

<sup>405</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2013).

<sup>406</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2013).

<sup>407</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, 14 (2000), p.361-372.

<sup>408</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 23 (1998), p.65-78.

<sup>409</sup> Op. Cit., p.95-98.

<sup>410</sup> Op. Cit., p.206.

mecanismos de proteção; traduz-se em verdadeira garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes<sup>411</sup>. Por isso ainda que a autora menciona que o princípio da proporcionalidade complementa o princípio da reserva legal (art. 5º, II<sup>412</sup>), e ao complementá-lo, a ele se incorpora, convertendo-se no princípio da reserva legal proporcional ou, ainda, no devido processo legal substancial<sup>413</sup>.

Há também a tese de que a proporcionalidade integra o direito positivo brasileiro por meio do § 2º do art. 5º<sup>414</sup>, por decorrer do regime e dos princípios adotados na Constituição, defendida especialmente por Willis Santiago Guerra Filho e Paulo Bonavides (conforme assevera Virgílio Afonso da Silva<sup>415</sup>). Nesse sentido se manifesta Paulo Roberto Lyrio Pimenta, para quem “o fundamento constitucional do princípio em pauta, também denominado de princípio da proibição de excesso, está no art. 5º, § 2º, da CF, que versa sobre a admissibilidade dos princípios implícitos no sistema constitucional brasileiro”<sup>416</sup>.

Ainda, vale ressaltar a posição de Robert Alexy, que trata da conexão existente entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Isso significa dizer, por consequência, que a proporcionalidade, com seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) decorre logicamente da natureza dos princípios, isto é, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza<sup>417</sup>. O autor menciona, ainda, que o Tribunal Constitucional Federal alemão, em formulação um pouco obscura, já afirmou que

---

<sup>411</sup> Op. Cit., p.93.

<sup>412</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2013).

<sup>413</sup> Op. Cit., p.94.

<sup>414</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2013).

<sup>415</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, v. 798, abr. 2002. p.42.

<sup>416</sup> Op. Cit., p.58.

<sup>417</sup> Op. Cit., p.116-117.

máxima da proporcionalidade decorre, “no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais”<sup>418</sup>.

Em um sentido próximo ao de Robert Alexy, Virgílio Afonso da Silva sustenta que é infrutífera a tentativa de encontrar na ordem constitucional brasileira uma fundamentação jurídico-positiva para a regra da proporcionalidade, não decorrendo ela de qualquer dispositivo específico ou do Estado Democrático de Direito, mas sim da própria estrutura dos direitos fundamentais:

Se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido definido por Robert Alexy, (...) admite-se que eles são *mandamentos de otimização*, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades *fáticas e jurídicas*. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação<sup>419</sup>. (Grifos no original).

Percebe-se, portanto, como mencionado antes, que não há um consenso acerca do fundamento jurídico desse princípio em nosso ordenamento. Entende-se, ademais, que as posições acima citadas, ao contrário de se excluírem, somam-se, fortalecendo, assim, o princípio em estudo e, por consequência, os próprios direitos fundamentais.

Destarte, pode-se dizer que, apesar de não constar expressamente na Constituição de 1988, o princípio da proporcionalidade decorre fundamentadamente: 1) do princípio do Estado Democrático de Direito (art. 5º, *caput*, da CF/88<sup>420</sup>), que é, por excelência, ambiência de existência e garantia dos direitos fundamentais; 2) do princípio do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF<sup>421</sup>); 3) do art. 5, § 2º, da CF/88<sup>422</sup>, que trata da admissibilidade dos princípios implícitos no sistema constitucional brasileiro; 4) da própria estrutura dos

---

<sup>418</sup> BVerfGE 19, 342 (348-349); 65, 1 (44). In ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.117.

<sup>419</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, v. 798, p.43-44, abr. 2002.

<sup>420</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...).(BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2013).

<sup>421</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2013).

<sup>422</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2013).

direitos fundamentais, que, por sua vez, é umbilicalmente ligada à ideia de que tal princípio decorre da natureza dos princípios, haja vista sustentar Robert Alexy que o sistema de direitos fundamentais é composto, em sua maioria, por princípios.

#### **6.1.4 Os Subprincípios Integradores do Princípio da Proporcionalidade: Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em Sentido Estrito**

A doutrina costuma apontar três dimensões desse princípio, quais sejam, a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido é o escólio de Eduardo Appio, para quem “os requisitos para aplicação do princípio da proporcionalidade, segundo a doutrina - secundada pela jurisprudência do Supremo Tribunal-, são os seguintes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”<sup>423</sup>.

Há entre essas dimensões uma relação subsidiária, de modo que o exame da necessidade só será necessário se a hipótese não encontrar solução na adequação e, a apreciação da proporcionalidade em sentido estrito apenas será considerada caso a questão não se resolva com a adequação e necessidade<sup>424</sup>. Em outras palavras, somente quando se constatar a adequação da medida escolhida é que se passa à etapa seguinte, isto é, a da necessidade do meio empregado. Se o exame da adequação for negativo, estará, desde logo, caracterizada violação ao princípio da proporcionalidade, sendo desnecessário continuar no exame. O mesmo raciocínio é utilizado para a necessidade do meio. Identificado o exagero do meio empregado, por existir meio menos gravoso e igualmente apto àquele fim pretendido, desde já haverá violação ao princípio da proporcionalidade, sendo desnecessário o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Apenas se ficar comprovada a utilização de meio estritamente necessário, por não existir meio menos gravoso aos direitos fundamentais e igualmente apto à produção do resultado pretendido, é que se passa para a análise da proporcionalidade em sentido estrito<sup>425</sup>.

Tais dimensões (também chamadas de subprincípios) correspondem às seguintes perguntas que devem ser feitas mentalmente frente à medida limitadora de direito fundamental: a) para a adequação: o meio promove o fim? Ou ainda: o meio escolhido é adequado e pertinente para atingir o resultado buscado?; b) para a necessidade: dentre aqueles

<sup>423</sup> APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.176.

<sup>424</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. Op. Cit., p.140.

<sup>425</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. Cit., p.207.

meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do direito fundamental violado? Ou então: o meio escolhido é o mais suave ou menos oneroso entre as opções existentes e, ao mesmo tempo, suficiente para proteger o direito fundamental em jogo?; c) para a proporcionalidade em sentido estrito: as vantagens decorrentes da promoção do fim superam as desvantagens provocadas pela adoção do meio? Ou ainda: o benefício alcançado com a adoção da medida buscou preservar valores mais importantes do que os protegidos pelo direito que a medida limitou?

Passa-se à análise de cada uma delas.

#### 6.1.4.1 Adequação

O subprincípio da adequação, idoneidade ou conformidade, como também é chamado, exige que, no caso concreto, a afetação desvantajosa ao direito fundamental tenha sido produzida por meio que, de forma mais adequada, se mostre apto a alcançar a finalidade pretendida. Analisa-se se o meio escolhido, além de restringir direito fundamental, é apto, útil, idôneo, apropriado para se atingir o resultado pretendido.

Com efeito, se examina neste subprincípio a aptidão do meio empregado para o atingimento da finalidade pretendida. Nas palavras de Luiz Fernando Calil de Freitas:

Se e quando, desde logo, seja possível constatar que o meio utilizado não se mostra hábil à promoção do resultado almejado, será lícito concluir que a limitação ou restrição é constitucionalmente inadequada por ofensa ao dever de proporcionalidade, não sendo necessário ir-se adiante no exame pertinente aos seus demais subprincípios estruturantes. Percebe-se assim que a efetivação da aplicação do princípio da proporcionalidade a partir do exame da adequação do meio obedece a uma lógica que aponta no sentido de que o que por primeiro se exige para a justificação de uma afetação desvantajosa aos direitos fundamentais é que o meio empregado ao menos se mostre apto à realização de uma finalidade constitucionalmente desejável<sup>426</sup>.

Não é necessário que se indague se a medida é capaz de realizar por completo o resultado pretendido, mas apenas que seja adequada para fomentar a realização do fim pretendido. Neste sentido, colhe-se os ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva, para quem é contraproducente se exigir por completo a realização do fim almejado, haja vista a dificuldade em se saber, com certeza, de antemão, se uma medida realizará efetivamente o objetivo que

---

<sup>426</sup> Idem, p.209.



visa<sup>427</sup>. Prossegue ainda o autor afirmando que “muitas vezes o legislador é obrigado a agir em situações de incertezas empíricas, é obrigado a fazer previsões que não sabe se serão realizadas ou, por fim, esbarra nos limites da cognição. Nesses casos, qualquer exigência de plena realização de algo seria uma exigência impossível de ser cumprida”<sup>428</sup>.

#### 6.1.4.2 Necessidade

O subprincípio da necessidade significa que o meio escolhido para se alcançar o resultado deve ser o menos gravoso para tanto, de modo que não exista outro meio menos restritivo do direito fundamental afetado. Ele proíbe a adoção de meio excessivamente gravoso, ou seja, “que produza relativamente aos direitos fundamentais atingidos uma afetação desvantajosa em proporção que poderia ser menor acaso outro meio igualmente apto a produzir o resultado pretendido, tivesse sido eleito”<sup>429</sup>.

Aqui, faz-se a seguinte indagação: dentre aqueles meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do direito fundamental violado? Ou então: o meio escolhido é o mais suave ou menos oneroso entre as opções existentes e, ao mesmo tempo, suficiente para proteger o direito fundamental em jogo? Se o meio for considerado desnecessário, por ser possível produzir o mesmo resultado com menos prejuízo ao direito fundamental restringido, diz-se que a medida é desproporcional, não precisando analisar o terceiro subprincípio (o da proporcionalidade em sentido estrito).

A diferença entre este subprincípio e o anterior é que, enquanto o subprincípio da adequação proíbe meios intervenientes em direitos fundamentais que não fomentem as metas por si perseguidas, o da necessidade exige que, dentre dois meios igualmente realizadores de um direito a proteção, seja escolhido aquele que menos intensivamente intervenha no direito de defesa. O mesmo vale se ambos os meios fomentarem, igualmente, qualquer outra meta<sup>430</sup>.

Nas palavras de Humberto Ávila, a necessidade exige que se verifique a existência de meios alternativos àquele inicialmente escolhido pelos Poderes Legislativo ou Executivo, e que possam fomentar igualmente a finalidade pretendida sem restringir, na mesma

---

<sup>427</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p.170.

<sup>428</sup> *Ibidem*, p.170.

<sup>429</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Op. cit.*, p.209.

<sup>430</sup> ALEXY, Robert. *Da Estrutura dos Direitos Fundamentais a Proteção*. In *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, vol. 18. Salvador: 2009.1, p.469.

intensidade, os direitos fundamentais atingidos<sup>431</sup>. E continua o autor, afirmando que o exame da necessidade envolve, então, duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, a fim de se verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, a fim de se examinar se os meios alternativos restringem menos os direitos fundamentais atingidos<sup>432</sup>.

José Joaquim Gomes Canotilho ensina que:

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<sup>433</sup>. (grifos no original).

É preciso verificar se a prestação material é atendida, e se o meio escolhido é o que menos atinge direitos de outros, que menos danos causa à comunidade. Se a medida “X” alcança o fim colimado, mas atinge exageradamente os cofres públicos, por exemplo, impedindo que o Estado cumpra outras obrigações económicas (como o pagamento de salários, por exemplo), e outra medida “Y”, igualmente adequada, não causa este impacto negativo, outra não pode ser a posição estatal que não a de se adotar a medida “Y”, por ser a menos gravosa.

Se a análise deste requisito não se mostra muito difícil em se tratando de meios igualmente adequados a atingir o resultado, o mesmo não se dá quando se depara com meios que promovem o fim em escalas variadas, ou também quando são diferentes no grau de restrição. Nesse caso, Humberto Ávila assevera que a solução seria dada pela ponderação:

O exame da necessidade não é, porém, de modo algum singelo. Isso porque, como foi mencionado, a comparação do grau de restrição dos direitos fundamentais e do grau de promoção da finalidade preliminarmente pública pode envolver certa complexidade. Quando são comparados meios cuja intensidade de promoção do fim é a mesma, só variando o grau de restrição, fica fácil escolher o meio menos restritivo. Os problemas começam, porém, quando os meios são diferentes não só no grau de restrição dos direitos fundamentais, mas também no grau de promoção da finalidade. Como escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental, mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim, mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental? A ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção é inafastável. Daí a necessidade de que o processo de ponderação, como já foi afirmado, envolva o esclarecimento do que está sendo objeto de ponderação, da ponderação propriamente dita e da reconstrução posterior da ponderação<sup>434</sup>.

---

<sup>431</sup> Op. Cit., p.172.

<sup>432</sup> Idem, p.172.

<sup>433</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.457.

<sup>434</sup> Op. Cit., p.174-175.

Já Ana Carolina Lopes Olsen aponta como solução em tais casos a proporcionalidade em sentido estrito, cujo exame se daria na terceira fase da análise da proporcionalidade *lato sensu*:

A grande dificuldade se verifica quando a medida mais gravosa a direitos de terceiros também é aquela que melhor atinge o fim constitucional, ao passo em que a medida menos gravosa realiza a prestação material de forma insuficiente, ou seja, incapaz de satisfazer os titulares daquele direito. Diante desta circunstância, somente o exame da proporcionalidade em sentido estrito será capaz de apontar qual a medida estatal a ser adotada, de modo a cumprir suficientemente a prestação prevista na norma jusfundamental<sup>435</sup>.

Seja pela ponderação, seja pela proporcionalidade em sentido estrito, o fato é que a solução passará necessariamente pelo *sopesamento*, que, como será visto a seguir, é ínsito às duas soluções apontadas. Aliás, e já adentrando no próximo tópico, há opiniões doutrinárias no sentido de que o exame da proporcionalidade em sentido estrito identifica-se mesmo com a própria ponderação.

#### 6.1.4.3 Proporcionalidade em Sentido Estrito

O exame da proporcionalidade em sentido estrito requer a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, ou seja, exige-se a ponderação entre os danos causados pelo meio adotado e a finalidade pretendida.

Conforme Virgílio Afonso da Silva, cuida-se de uma relação de custo-benefício, que pressupõe “um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”<sup>436</sup>. Há de haver uma relação proporcional entre a restrição causada ao direito fundamental e o resultado colimado, devendo-se excluir a restrição em nome de uma finalidade de somenos importância<sup>437</sup>. Neste sentido é o magistério de José Joaquim Gomes Canotilho, para quem:

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

---

<sup>435</sup> Op. Cit., p.303.

<sup>436</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, v. 798, abr. 2002. p.40.

<sup>437</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p.277.

“desmedidas”, “desajustadas”, “excessivas” ou “desproporcionadas” em relação aos resultados obtidos<sup>438</sup>. (grifos no original).

Aqui, deve-se fazer a seguinte pergunta: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?<sup>439</sup>.

É no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito que as maiores dificuldades se apresentam. Com efeito, demonstrar que o ato questionado não tem as condições exigidas para atingir os fins almejados pelo legislador ou que este poderia ter se utilizado de um meio menos agressivo não é difícil. “Todavia, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, a demonstração de que um determinado valor deve se sobrepor à atividade regulatória esconde um vasto e poderoso arsenal ideológico que muitas vezes não está explicitado na decisão judicial”<sup>440</sup>.

Realmente, trata-se de um exame complexo, haja vista depender de alta carga subjetiva. Fulcrada em tal constatação, parcela (reduzida) da doutrina<sup>441</sup> tem questionado a utilização deste último subprincípio, defendendo apenas os dois primeiros na análise da proporcionalidade. Ingo Wolfgang Sarlet discorda desse posicionamento, fundamentando sua exposição no fato de que a exclusão da proporcionalidade em sentido estrito da análise do princípio da proporcionalidade só iria deslocar a ponderação para as duas primeiras etapas, sem resolver o problema do excesso de subjetivismo. Segundo o mencionado autor:

De outra parte, há quem questione a utilização da terceira exigência interna, qual seja, a da proporcionalidade em sentido estrito, sob o argumento central (aqui apresentado em apertada síntese e de modo simplificado) de que as etapas da adequação e da necessidade são suficientes para assegurar a aplicação da proporcionalidade, e que justamente a terceira fase (onde se daria, segundo Alexy, a ponderação propriamente dita) é responsável pelos excessos de subjetivismos cometidos por conta da proporcionalidade, expondo-a, neste sentido justificadamente, aos seus críticos. Sem que se possa aprofundar o debate, pare-nos que tal proposta, a despeito de apontar com razão para os riscos inerentes ao terceiro momento, o da proporcionalidade em sentido estrito, acaba subestimando o fato de que a ponderação, seja qual o nome que se atribuir ao procedimento de sopesamento ou hierarquização dos bens e alternativas em pauta, apenas acaba sendo deslocada e concentrada nas primeiras duas etapas, visto que a supressão do

---

<sup>438</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.457.

<sup>439</sup> ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p.175.

<sup>440</sup> APPIO, Eduardo. Op. Cit., p.183.

<sup>441</sup> Ingo Wolfgang Sarlet cita como exemplos Bernhard Schlink, na Alemanha; D. Dimoulis e L. Martins (*Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p.226 e ss), sustentando que falta uma medida objetiva para a ponderação; e ainda, aderindo a tal posição, mas não exatamente com esses mesmos fundamentos, W. C. Rothenburg (*Princípio da Proporcionalidade*, p. 271 e ss.). (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.398-399).

exame da relação entre os meios e os fins ínsita ao terceiro momento (da proporcionalidade em sentido estrito) poderá resultar na própria violação da razoabilidade, que não se confunde – consoante já frisado – com a proporcionalidade, mas com este guarda íntima relação. Com efeito, há de se levar em conta, neste contexto, que resta enfrentar o problema de até que ponto medidas adequadas e necessárias podem, ainda assim, resultar em compressão excessiva do bem afetado pela restrição, sendo questionável se a categoria do núcleo essencial por si só possa dar conta do problema. De outra parte, aceitação de que os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial, remete novamente ao problema de saber se este núcleo é o que resulta do processo de ponderação (para o que fica difícil a dispensa da proporcionalidade em sentido estrito ou outro nome que se atribuir a esta terceira fase), a exemplo do que, em linhas gerais, preconiza Alexy e, entre nós, tem reafirmado Virgílio Afonso da Silva<sup>442</sup>. (grifos nossos).

Virgílio Afonso da Silva também defende a manutenção desta terceira etapa da proporcionalidade, que ele identifica ao próprio sopesamento, afirmando a insuficiência dos dois primeiros subprincípios para a mencionada análise, pois, sem o terceiro requisito, “uma medida que fomentasse um direito fundamental com grande eficiência, mas que restringisse outros vários direitos de forma muito intensa teria que ser considerada proporcional e, portanto, constitucional. Isso porque, além de adequada, a medida é necessária”<sup>443</sup>. Para ele, os autores que defendem a exclusão da proporcionalidade em sentido estrito o fazem sustentando que, por faltar a esta última critérios objetivos de análise, haveria uma substituição da subjetividade do legislador pela subjetividade do juiz, o que é criticado por ele em duas frentes: 1) em que pese sim a subjetividade na atividade de sopesamento (por não ser possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito), é possível aumentar a racionalidade de seu procedimento por meio da “fixação de alguns parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo, ou seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação”<sup>444</sup>; 2) o grau de objetividade nos exames da adequação e, principalmente, da necessidade não difere muito do que é criticado na proporcionalidade em sentido estrito<sup>445</sup>. Segundo ele:

Como se viu anteriormente, o exame da necessidade implica uma comparação entre a medida estatal adotada para fomentar determinado objetivo *O* com medidas alternativas. Se houver medidas alternativas que restrinjam menos direitos fundamentais, a medida adotada não pode ser considerada necessária. (...) Em situações concretas mais complexas o cenário fica ainda mais difícil de ser dominado. É possível que uma medida *M1* seja mais eficiente na realização de um objetivo *O*, restrinja o direito *D1* com muita intensidade e o direito *D2* de forma não tão intensa; já a medida *M2* é um pouco menos eficiente na realização de *O*, mas não

---

<sup>442</sup> 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.398-399.

<sup>443</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011. p.174.

<sup>444</sup> Idem, p.148.

<sup>445</sup> Ibidem, p.177.

restringe o direito *D1*, restringe com muita intensidade o direito *D2* e, ainda, restringe um pouco o direito *D3*; por fim, uma outra medida alternativa *M3* tem grau de eficiência intermediário entre *M1* e *M2* na realização de *O*, restringe com muita intensidade o direito *D1*, não restringe o direito *D2* e restringe com muita intensidade o direito *D3*. Saber, em uma situação hipotética como essa – que, de resto, não parece difícil de ser encontrada em exemplos reais –, qual seria a medida necessária não é algo que possa ser mensurado de forma exata. Nesse sentido – e isso é o mais importante neste ponto – há casos em que o exame da necessidade pode ser *muito mais complexo e exigir mais valorações do juiz que o exame da proporcionalidade em sentido estrito*. O ganho em objetividade não se encontra – como já se tentou deixar claro anteriormente – na renúncia ao sopesamento, mas na busca de padrões de diálogo intersubjetivo que permitam um controle social da atividade jurisdicional. Isso vale não apenas para o sopesamento, mas também para os exames da adequação e da necessidade e também para a “simples” subsunção<sup>446</sup>. (grifos no original).

Outrossim, é impossível retirar completamente a subjetividade da atividade interpretativa, como bem preceitua Hans-Georg Gadamer, ao tratar do círculo hermenêutico<sup>447</sup>. Apesar de não haver espaço para discorrer sobre toda a obra do mencionado autor, uma breve exposição se faz necessária para que melhor se compreenda o quanto dito.

A base da obra de Hans-Georg Gadamer se encontra afixada na crítica das teorias que durante toda a modernidade científica promoveram o descrédito dos preconceitos, os quais foram compreendidos apenas em sentido negativo. Segundo essas teorias havia dois tipos de preconceitos: (i) por estima – ou por autoridade; e (ii) por precipitação. O preconceito por estima seria aquele desenvolvido na idéia de que o pesquisador não deve levar em consideração a opinião de outros cientistas, ainda que extremamente reconhecidos na área de pesquisa (buscava afastar o típico “argumento da autoridade”), sob pena de se desviar da razão pura e comprometer a veracidade dos resultados. Tem-se em René Descartes um bom exemplo para representar esse quadro, haja vista a afirmação de que “ficava o dia inteiro sozinho fechado num quarto aquecido, onde tinha bastante tempo disponível para entreter-me com meus pensamentos<sup>448</sup>”. Ao se deparar com um texto, René Descartes julgava ser melhor buscar o seu sentido somente a partir de considerações sobre o título do que lê-lo e se contaminar com o pensamento do autor. Já o preconceito por precipitação informa que o pesquisador não deve entrar na pesquisa com algumas opiniões já formuladas, mas, antes, deve eximir-se de qualquer juízo. O que essa teoria sustenta, em verdade, é que o pesquisador deve estar isento de todos os valores e de todas as suas pré-noções, sob pena de se deixar

---

<sup>446</sup> Idem, p.177-178.

<sup>447</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: fundamentos de hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1997, p.354-368.

<sup>448</sup> DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Ed. Martin Fontes, São Paulo, 2007, p.21-22.

influenciar no resultado da pesquisa e não atingir um entendimento racional satisfatório. Essa idéia encontra-se bastante definida na obra de Francis Bacon<sup>449</sup> com o afastamento dos ídolos.

A crítica que Hans-Georg Gadamer faz dessas teorias é no sentido de que a simples valoração de que todo preconceito é ruim, que faz mal e que compromete os resultados de uma pesquisa científica, já é, em si mesmo, um preconceito. Significa dizer que a idéia de libertação dos preconceitos é um preconceito, o que denota uma contradição. Ora, de um lado as teorias que determinam o afastamento de todos os preconceitos e de outro a conclusão de que o “se afastar dos preconceitos” já é um preconceito de que todos os preconceitos são ruins<sup>450</sup>.

Para resolver essa contradição Hans-Georg Gadamer apresenta uma nova visão dos preconceitos calcada na idéia de que a razão não é dona de si. E isso porque a razão está (deve estar) sempre inserida na história do ser, o que impõe a conclusão de que os preconceitos, que chegam ao ser através da sua própria história, fazem parte da realidade do ser, de modo que não será possível falar em “ser-isento-de-preconceito”. Um ser-isento-de-preconceito seria um ser alheio à história, perdido no tempo e no espaço, e como tal não seria um ser<sup>451</sup>.

Hans-Georg Gadamer afirma categoricamente que antes de compreender um texto (ou o objeto que seja), deve existir um projeto prévio formulado pelo sujeito. Esse projeto é constituído pelo conjunto dos preconceitos e das pré-noções que o intérprete tem a respeito do assunto. À medida que a pesquisa vai avançando o interprete deverá reformar o seu projeto para adequá-lo às novas descobertas. Os preconceitos e pré-noções seriam como uma bagagem adquirida ao longo da vida, indissociável do próprio ser.

Portanto, o que caracteriza a compreensão é justamente o confronto (círculo hermenêutico) dos preconceitos e das pré-noções (o projeto) com a mensagem que o texto (o objeto) quer transmitir. Daí se percebe que a compreensão só se dá no âmbito da própria coisa. Por isso, interpretar é compreender e aplicar, tudo em um só momento.

---

<sup>449</sup>BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras Indicações Acerca da Interpretação da Natureza*. Ed. Nova Cultural, São Paulo, 1997.

<sup>450</sup>PIMENTA, José Marcelo Barreto; BONELLI, Renato Medrado. *A atividade judicial garantista dos direitos fundamentais e o suporte filosófico e hermenêutico de de Hans-Georg Gadamer e Paul Feyerabend*. Disponível em: <<http://metodologiaufba.wordpress.com/2013/01/08/a-atividade-judicial-garantista-dos-direitos-fundamentais-e-o-suporte-filosofico-e-hermeneutico-de-hans-georg-gadamer-e-paul-feyerabend-2/>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

<sup>451</sup>GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit., p.368-405.

Contudo, há que se ter algum cuidado. As opiniões prévias não podem ser arbitrárias, primeiro, porque se o forem não irão se confirmar no avançar da compreensão e segundo, e ainda mais importante, porque o intérprete deve estar sempre aberto àquilo que o texto quer transmitir. Aquele que quer compreender deve deixar que o texto (o objeto) lhe diga algo para ser confrontado com as suas pré-noções e, assim, chegar a um entendimento satisfatório<sup>452</sup>.

Esse “estar aberto”, evidentemente, não se confunde com a noção de “neutralidade axiológica” exigida pelas teorias dos preconceitos apontadas acima. É justamente o contrário, na medida em que se tem consciência da importância de levar os preconceitos (ou as pré-noções) para dentro da compreensão de modo a possibilitar (só assim se possibilita) o entendimento<sup>453</sup>.

Assim, trazendo tais lições para o âmbito deste trabalho, pode-se dizer que na análise desse terceiro requisito da proporcionalidade, o intérprete do direito deverá trazer seus preconceitos e pré-noções para o contexto de interpretação, para, em conjunto com o caso concreto analisado, chegar-se a uma decisão acerca da proporcionalidade ou não da medida restritiva do direito fundamental, ficando, claro, por óbvio, que tal decisão não será isenta axiologicamente, o que é impossível num processo de interpretação do direito. A fim de conter eventuais subjetivismos, o intérprete deve se valer de uma forte argumentação racional, deixando assentadas logicamente as razões de sua escolha por essa ou aquela decisão. Quanto maior for a argumentação racional, menor será a aparência de subjetivismo.

Destarte, vê-se que o caminho correto na análise da proporcionalidade é seguir racional, justificada e subsidiariamente os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como muito bem enfatizou George Marmelstein, explicando tais sub princípios por meio de uma interessante analogia com a atividade de um médico:

A primeira coisa que um médico pensa ao receitar uma medicação ou ao propor uma intervenção cirúrgica é saber se o tratamento será adequado para alcançar a cura do paciente (adequação). Nenhum médico seria louco de tratar uma gripe com remédio para dor de cabeça, pois a medida seria totalmente ineficaz.

Uma vez descoberto o tratamento adequado, o médico analisará qual será a medida certa para alcançar o resultado pretendido. A dose do medicamento não pode ser muito excessiva, pois poderá fazer o paciente sofrer desnecessariamente. Mas também não pode ser insuficiente para atingir a cura. Tem que ser na medida certa, nem mais nem menos do que o necessário (necessidade). Além disso, dentro da mesma lógica, o médico tenta encontrar, entre todos os tratamentos adequados,

---

<sup>452</sup> PIMENTA, José Marcelo Barreto; BONELLI, Renato Medrado. Op. Cit.

<sup>453</sup> PIMENTA, José Marcelo Barreto; BONELLI, Renato Medrado. Op. Cit.



aqueles que são menos onerosos, pois se houver mais de uma opção possível, deve-se escolher a mais barata.

Por fim, o médico ponderará se os efeitos colaterais que o tratamento terá compensam o resultado final, que é a cura da doença (proporcionalidade em sentido estrito). Às vezes, o tratamento é adequado e necessário para curar o paciente, mas causará danos colaterais ainda piores do que aqueles que a doença provoca. Há que ser feito um sopesamento para saber se é melhor prosseguir com o tratamento doloroso ou conviver com a doença não tão grave<sup>454</sup>.

Ainda, vale ressaltar que, em consequência da conexão existente entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, Robert Alexy ensina que a “proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas”, enquanto que “as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*”<sup>455</sup>. Explicando melhor, e tomando por base o conceito de Robert Alexy para princípios (“princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>456</sup>), enquanto os subprincípios da adequação e necessidade se relacionam com as possibilidades fáticas de tal conceito, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, identificado por Robert Alexy como sopesamento propriamente dito, relaciona-se diretamente com as possibilidades jurídicas do mesmo:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, *exigência de sopesamento*, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagonico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagonico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagonicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais<sup>457</sup>. (grifos nossos e no original).

A doutrina diverge quanto à identificação da proporcionalidade em sentido estrito com a ponderação, razoabilidade e sopesamento, cumprindo-se, ainda que sem a pretensão de esvaziar o debate, trazer as diversas posições a este trabalho.

Wilson Antônio Steinmetz, por exemplo, identifica este subprincípio com a ponderação, isto é, com o mandado de ponderação necessária sempre que se estiver diante de

---

<sup>454</sup> Op. Cit., p.377.

<sup>455</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.118.

<sup>456</sup> *Ibidem*, p.90.

<sup>457</sup> *Idem*, p.117-118.

uma colisão de direitos fundamentais. Fundando-se na doutrina de Robert Alexy, aquele autor afirma que a lei de ponderação formulada por este último<sup>458</sup> é, em verdade, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que deriva da compreensão dos direitos fundamentais como mandados de otimização segundo as possibilidades jurídicas<sup>459</sup>. Haveria uma conexão lógica entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, que se resume no fato de que a proporcionalidade se infere logicamente da natureza principiológica das normas jusfundamentais. Ora, sendo os princípios mandamentos de otimização conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas, em caso de conflito entre direitos fundamentais, a concretização de uma norma vai depender da concretização de outra e esse procedimento não se realiza sem a ponderação, ou, sem o recurso ao mandado de proporcionalidade em sentido estrito<sup>460</sup>.

Também Ana Carolina Lopes Olsen identifica a proporcionalidade em sentido estrito com a ponderação: “a proporcionalidade em sentido estrito corresponde, no caso da proibição da insuficiência assim como na proibição do excesso, à regra de ponderação: *quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro*”<sup>461</sup>. (grifos no original).

Já Virgílio Afonso da Silva identifica este subprincípio com o sopesamento, deixando consignado que, em tal atividade, deve-se buscar padrões de diálogo intersubjetivo que permitam um controle social da atividade jurisdicional<sup>462</sup>. Segundo o mencionado autor: o que se pode exigir, portanto, de tentativas de elevação da racionalidade de um procedimento de interpretação e aplicação do direito, como o sopesamento, é *a fixação de alguns parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo, ou seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação*<sup>463</sup>.

Com efeito, a atividade que se faz na terceira etapa do exame da proporcionalidade é de ponderação ou sopesamento, haja vista aquilatar os diversos princípios, bens, direitos e valores conflitantes, na esteira do que Robert Alexy preconiza: “A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre

---

<sup>458</sup> Consoante o próprio Robert Alexy, a lei de ponderação prescreve que quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.

<sup>459</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.161.

<sup>460</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. Cit., p.211.

<sup>461</sup> Op. Cit., p.304.

<sup>462</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011. p.178.

<sup>463</sup> Idem, p.148.

da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. (...) Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão”<sup>464</sup>.

Destarte, para os fins deste trabalho, entende-se que a análise da proporcionalidade em sentido estrito é feita com base em uma atividade de ponderação ou sopesamento, atividades estas que são realizadas sem critérios predefinidos, dependendo, portanto, das circunstâncias do caso concreto<sup>465</sup>.

### 6.1.5 Das Funções

É possível perceber duas funções (ou dimensões) do princípio da proporcionalidade em sua aplicação face ao Estado: como vedação de excesso e como vedação de insuficiência. A primeira seria mais direcionada aos direitos de defesa, enquanto que a segunda aos direitos prestacionais. Não há, entretanto, rigidez nessa relação, haja vista o feixe de posições jusfundamentais que a norma pode encetar<sup>466</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet ensina que:

O princípio da proporcionalidade, que constitui um dos pilares do Estado democrático de direito brasileiro, desponta como instrumento metódico de controle dos atos – tanto comissivos quanto omissivos – dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados. Neste contexto, assume relevância, por sua vez, a conhecida e já referida distinção entre as dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais, com destaque para a atuação dos direitos fundamentais como *deveres de proteção* ou *imperativos de tutela*, implicando uma atuação positiva do Estado, obrigando-o a intervir, tanto preventiva, quanto repressivamente, inclusive quando se trata de agressões oriundas de particulares<sup>467</sup>. (grifos no original).

Como este conceito de imperativo de tutela foi trabalhado para uma dimensão prestacional dos direitos fundamentais (dever protetivo do Estado), ele pode ser transportado para a função prestacional presente na grande maioria dos direitos fundamentais sociais.

---

<sup>464</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.117.

<sup>465</sup> Também a proporcionalidade em sentido não se confunde com o princípio da razoabilidade, como será visto no próximo capítulo.

<sup>466</sup> Um direito típico de defesa, como, por exemplo, a propriedade privada, além de exigir a tradicional postura de não fazer (não interferir) do Estado, também exige prestações deste (um fazer), a exemplo do aparato institucional para a proteção de tal direito: segurança pública, manutenção de cartórios imobiliários, acesso a justiça etc.. Da mesma forma, um típico direito social, como o direito de greve, por exemplo, não exige muito esforço do Estado, que apenas o tem de respeitar. Destarte, cada direito é formado por um feixe de posições jusfundamentais, não se apresentando de forma estanque.

<sup>467</sup> 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.396-397.

Nesse caso, da mesma forma que o Estado não pode proteger de forma insuficiente o exercício de determinado direito, ele também não poderia realizar a prestação material prevista no direito fundamental social de forma a não suprir a pretensão jurídica que ele gera ao seu titular<sup>468</sup>.

Assim, e de acordo com Virgílio Afonso da Silva, a proporcionalidade tem deixado o campo da proibição do excesso (próprio do Estado Liberal e dos direitos de defesa), para consolidar-se como instrumento contra a omissão e a ação insuficiente do Estado:

Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra *excesso* dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra *omissão* ou contra a *ação insuficiente* dos poderes estatais. Antes se falava apenas de *Übermabverbot*, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em *Untermabverbot*, que poderia ser traduzido por *proibição de insuficiência*<sup>469</sup>. (grifos no original).

Neste mesmo diapasão é o escólio de Ana Carolina Lopes Olsen, para quem a “proporcionalidade assume no lugar da feição original de proibição de excesso, ligada à concepção de Estado liberal, e de direitos fundamentais de defesa, a de proibição de insuficiência (*untermabverbot*), conceito inerente ao Estado Social Democrático de Direito, cuja Constituição engloba direitos fundamentais sociais a prestações materiais a serem cumpridas pelos órgãos públicos”<sup>470</sup>.

No cumprimento de seus deveres de proteção, o Estado corre o risco de atingir de modo desproporcional outro direito fundamental, inclusive daquele de quem esteja sendo acusado de violar direitos fundamentais de terceiros. Aqui se tem as aplicações mais usuais do princípio da proporcionalidade, funcionando como controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais, isto é, atuando no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais<sup>471</sup>.

Ocorre que o Estado pode frustrar seus deveres de proteção atuando de modo insuficiente, ou seja, ficando abaixo dos níveis mínimos constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar. É dentro desta seara que expressiva doutrina e inclusive

---

<sup>468</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. Cit., p.300.

<sup>469</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, v. 798, p.27, abr. 2002

<sup>470</sup> Op. Cit., p.301.

<sup>471</sup> 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.397.

jurisprudência tem admitido a existência da proibição de insuficiência, como implementação insuficiente dos deveres de proteção do Estado<sup>472</sup>.

Pode-se dizer, portanto, apesar de opiniões divergentes<sup>473</sup>, que o princípio da proporcionalidade possui uma dupla face, atuando ao mesmo tempo como critério para controlar a constitucionalidade de medidas restritivas aos direitos fundamentais, e como critério para controlar a omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção, ou seja, desproporções, seja para mais ou para menos<sup>474</sup>.

#### 6.1.5.1 Vedação De Excesso

O princípio da proporcionalidade, como vedação de excesso de medidas restritivas (legislativas, administrativas e judiciais), tem sua delimitação nos exatos termos do que aqui já fora dito acerca dos seus três subprincípios, não necessitando, destarte, de maiores explicações.

Aplica-se, portanto, tudo quanto já explanado acerca da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

#### 6.1.5.2 Vedação de Insuficiência

De acordo com a proibição de excesso (*Übermaßverbot*), as restrições a direitos fundamentais não podem ser excessivas, devendo observar a proporcionalidade em seu tríplice aspecto (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Em que pese essa construção servir muito bem para a proteção contra intervenções restritivas em determinados direitos fundamentais, notadamente nos de defesa, ela se mostra insuficiente em matéria de direitos prestacionais.

---

<sup>472</sup> Ibidem, p.397.

<sup>473</sup> A exemplo de Humberto Ávila, que diferencia os postulados da proporcionalidade e da proibição de excesso: este último veda a restrição da eficácia mínima de princípios, mesmo na ausência de um fim externo a ser atingido, enquanto a proporcionalidade exige uma relação proporcional de um meio relativamente a um fim (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.167).

<sup>474</sup> 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.397.

Com efeito, no que toca aos direitos prestacionais, aos quais é ínsita a ideia de dar ou fazer algo por parte do Estado, é mister que se tenha uma construção específica, própria para se avaliar a omissão do poder público no seu mister de adimplir os direitos fundamentais. Nesse sentido, defluiu a dimensão do princípio da proporcionalidade como vedação de proteção insuficiente (*Üntermaßverbot*), significando que o Estado viola direitos fundamentais não apenas através de medidas restritivas excessivas, como também através de proteção deficiente ao exercício dos direitos.

Tratando do assunto, José Joaquim Gomes Canotilho ensina que existe um outro lado da proteção aos direitos fundamentais que, ao invés de referir-se ao excesso por parte do Estado, releva a proibição por defeito. Segundo o mencionado autor português, “existe um defeito de protecção quando as entidades sobre quem recai um dever de protecção (*Schutzpflicht*) adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais”<sup>475</sup>.

Consoante Luís Fernando Sgarbossa, aqui se trata da exigência da proporcionalidade no âmbito da omissão estatal, que revelará a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da referida omissão<sup>476</sup>. Exige-se que o Estado não deixe de alcançar limites mínimos.

Como tal faceta é voltada para a omissão ou ação insuficiente do Estado, cada um dos subprincípios integrantes da proporcionalidade deve ser lido de acordo com as particularidades da situação omissiva, e não comissiva. Nesta mesma linha de entendimento, Luís Fernando Sgarbossa assevera:

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*<sup>477</sup>.

O mencionado autor, portanto, aceita o requisito da adequação como é comumente utilizado na proporcionalidade como vedação de excesso (o meio utilizado é apto a alcançar o fim pretendido?), rejeitando, entretanto, os subprincípios da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu* em seus sentidos originais, os quais devem obrigatoriamente ser objeto de uma adaptação à nova situação – exigência de uma atuação positiva do poder público.

---

<sup>475</sup> Op. Cit., p.273.

<sup>476</sup> Op. Cit., p.282.

<sup>477</sup> Idem, p.283.

Assim, se no caso da proibição de excesso, direcionada à proteção contra a excessiva interferência do Estado no âmbito dos direitos fundamentais de defesa, o subprincípio da necessidade afigura-se como uma salvaguarda contrária à intervenção restritiva e, logo, favorável à preservação dessa dimensão de defesa dos direitos fundamentais, não faz sentido, na seara da vedação da proteção insuficiente, interpretá-lo nos mesmos termos, haja vista ser esta última construção voltada para o combate da omissão da estatalidade<sup>478</sup>.

Caso não se façam as devidas adaptações, haverá uma injustificada indistinção entre a dimensão da vedação do excesso (*Übermaßverbot*) e da vedação de proteção deficiente (*Untermaßverbot*) – pois o subprincípio da necessidade se mostrará idêntico em ambas dimensões, apesar de a primeira se voltar para os direitos fundamentais de defesa e a segunda aos direitos fundamentais prestacionais –, além de esse requisito voltar-se contra a efetivação do direito fundamental que tal construção (vedação de proteção insuficiente) deveria proteger, haja vista questionar se outros direitos fundamentais não estão sendo excessivamente restringidos. Segundo Luís Fernando Sgarbossa, “assim compreendido, prestigia os valores contrapostos, e não o direito prestacional cuja proteção visa a *Untermaß Verbot*”<sup>479</sup>. Manter o sentido original sem realizar nenhuma adaptação é equívoco perigoso, haja vista converter o construto, “de protetor dos direitos a prestações, em seu destrator”<sup>480</sup>.

Da mesma forma acontece com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, caso se compreenda-o em termos idênticos àqueles da proibição de excesso, oportunidade em que se chegará a resultado contraditório, mais uma vez submetendo “o reconhecimento da insuficiência à inexistência ou insignificância de quaisquer outros bens ou interesses constitucionalmente tutelados”<sup>481</sup>. Interpretar tal subprincípio desta maneira 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 prestacional que deveria proteger<sup>482</sup>.

É mister, portanto, que se busque adaptações destes subprincípios para sua aplicação ao princípio da proporcionalidade como vedação de insuficiência, isto é, como proteção contra a omissão estatal inconstitucional.

---

<sup>478</sup> Ibidem, p.284.

<sup>479</sup> Idem, p.284.

<sup>480</sup> ibidem, p.284.

<sup>481</sup> Ibidem, p.284.

<sup>482</sup> Ibidem, p.284-285.

Nessa mesma linha de entendimento, José Joaquim Gomes Canotilho leciona que a proibição de proteção deficiente exige do Estado que o mesmo adote medidas suficientes, sejam elas normativas ou materiais, sempre com o objetivo de proteger de forma adequada e eficaz os direitos fundamentais envolvidos<sup>483</sup>. As ideias de suficiência e eficácia, portanto, surgem como pontos chave na análise do subprincípio da necessidade, além de ser exigido do Estado que se adote medidas normativas ou materiais necessárias à efetivação dos direitos prestacionais.

Konrad Hesse também enfatiza a questão da eficácia na leitura de tal subprincípio, aplicado à proibição de defeito:

Com base em tais deveres de proteção, os direitos fundamentais não são barreiras ao poder estatal: enquanto eles, em seu significado negatório, 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 regulam, sem dúvida, o “se” e, com isso, também o requisito da salvaguarda eficaz<sup>484</sup>.

Luís Fernando Sgarbossa propõe que se substitua o requisito da necessidade pelo da suficiência, pois tal critério serviria para se aferir se as medidas prestacionais ou positivas estatais são suficientes “à promoção das finalidades constitucionalmente cominadas, em condições mínimas e de eficácia em relação ao universo dos titulares, medidas estas que podem consistir, conforme sublinha José Joaquim Gomes Canotilho, em prestações normativas ou materiais”<sup>485</sup>.

O critério da suficiência, ainda segundo o mencionado autor, compreenderia tanto aspectos quantitativos quanto qualitativos do agir estatal no sentido da desincumbência do dever de proteção que lhe cabe, isto é, corresponderia

à 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 eficaz na tutela de tais direitos, ou se, contrariamente, a despeito do agir estatal, os direitos continuam em grande medida irrealizados<sup>486</sup>.

No que toca ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, a mesma há de servir para a análise da proporção entre os recursos orçamentários com destinação à consecução das atividades e ao atingimento das finalidades consagradas na Constituição em relação aos direitos fundamentais sociais, em cotejo com os recursos destinados a outras áreas

---

<sup>483</sup> Op. Cit., p.273.

<sup>484</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.279.

<sup>485</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p.286.

<sup>486</sup> Idem, p.286-287.



não prioritárias, segundo a constituição<sup>487</sup>. Isso é de suma importância, haja vista o caráter economicamente relevante dos direitos fundamentais sociais a prestações, revelando-se, ainda, de acordo com a proteção dos direitos à prestação.

Ainda sobre a proporcionalidade em sentido estrito, Luís Fernando Sgarbossa traz a lição de que:

Outro elemento indicativo importante da proporcionalidade, nesses termos, é a comparação 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 ideia 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 descumprimento do Estado de seu dever de proporcionalidade na promoção da proteção suficiente*<sup>488</sup>. (grifos no original).

Pode-se dizer, portanto, que, para passar no teste da proporcionalidade, no âmbito dos direitos prestacionais, isto é, na dimensão da vedação de insuficiência, a medida estatal deve preencher três requisitos: adequação, suficiência (no lugar da necessidade) e proporcionalidade em sentido estrito<sup>489</sup>. Será adequada quando for apta a alcançar o resultado constitucionalmente perseguido. Será suficiente quando tiver o mínimo de eficácia para atingi-lo. Por fim, deve haver uma proporção entre a destinação das verbas orçamentárias direcionadas para as áreas constitucionalmente priorizadas e as demais, além de uma proporção entre os índices de exação tributária e os indicadores de bem estar social, de desenvolvimento humano e de satisfação de necessidades humanas básicas<sup>490</sup>.

Também Ingo Wolfgang Sarlet enfatiza a necessidade de se diferenciar a análise do princípio da proporcionalidade que deve ser feita nos âmbitos da vedação do excesso e da

---

<sup>487</sup> Ibidem, p.287.

<sup>488</sup> Idem, p.287.

<sup>489</sup> Exemplo bastante ilustrativo nos é trazido por Luís Fernando Sgarbossa: “Assim, exemplifique-se uma vez mais com o direito à moradia, reputados 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 de Habitação atingem uma parcela significativa dos brasileiros e se são eficazes 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, ineficazes 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 *Üntermaß Verbot*” (SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: Volume 1. Reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p.287).

<sup>490</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p.288.

vedação de insuficiência, tendo em vista as peculiaridades de cada âmbito (direitos de defesa e direitos prestacionais, respectivamente):

Já no que diz com a aplicação da proporcionalidade na perspectiva da proibição de proteção insuficiente (ou deficiente, como preferem outros) utiliza-se, em termos gerais, da mesma análise trifásica (em três níveis ou etapas) – já de todos conhecida – aplicada no âmbito da proibição de excesso, guardadas, é claro, as peculiaridades que decorrem da finalidade do exame do devido cumprimento dos deveres de proteção<sup>491</sup>.

Ocorre que, apesar de o autor mencionado dizer ser necessária a leitura diferenciada para as duas dimensões da proporcionalidade, não é isso que o faz, consoante vem descrito quando cita Christian Calliess:

Com efeito, valendo-nos aqui das lições de Cristian Calliess (que sustenta uma distinção dogmática e funcional entre proibição de excesso e insuficiência), uma vez determinada a existência de um dever de proteção e o seu respectivo objeto, o que constitui um pressuposto de toda a análise posterior, é possível descrever as três etapas da seguinte maneira: a) no que diz com o exame da adequação ou idoneidade, é necessário verificar se a(s) medida(s) – e a própria concepção de proteção – adotada(s) ou mesmo prevista(s) para a tutela do direito fundamental é(são) apta(s) a proteger de modo eficaz o bem protegido; b) em sendo afirmativa a primeira resposta, cuida-se de averiguar se existe uma concepção de segurança (proteção) mais eficaz, sem que com isso se esteja a intervir de modo mais rigoroso em bens fundamentais de terceiros ou interesses da coletividade? Em outras palavras, existem meios de proteção mais eficientes, mas pelo menos tão pouco interventivos em bens de terceiros? (...); c) no âmbito da terceira etapa (que corresponde ao exame da proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade, como preferem alguns), é preciso investigar se o impacto das ameaças e riscos remanescentes após a efetivação das medidas de proteção é de ser tolerado em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos. É justamente aqui, aliás, que, segundo o autor, se verifica a confluência entre as proibições de excesso e de insuficiência, já que, no âmbito das duas primeiras etapas é necessário efetuar o controle considerando as peculiaridades de cada instituto (embora as etapas em si, adequação ou idoneidade e necessidade ou exigibilidade sejam as mesmas), ao passo que na terceira etapa é que, no quadro de uma argumentação e de uma relação jurídica multipolar, é necessário proceder a uma ponderação que leve em conta o quadro global, ou seja, tanto as exigências do dever de proteção, quanto os níveis de intervenção em direitos de defesa de terceiros ou outros interesses coletivos (sociais), demonstrando a necessidade de se estabelecer uma espécie de “concordância prática multipolar”<sup>492</sup>.

Vê-se, portanto, que os requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito foram analisados pelo mencionado autor da mesma forma como o seriam caso se estivesse tratando da dimensão da vedação de excesso, o que não se coaduna com as peculiaridades de cada dimensão.

---

<sup>491</sup> 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.399.

<sup>492</sup> Idem, p.399-400.

Da mesma forma que Ingo Wolfgang Sarlet, outros autores<sup>493</sup> também entendem a proporcionalidade (em sua dimensão de vedação de insuficiência) como uma possibilidade de superação da reserva do possível, sem, entretanto, no entender deste trabalho, analisar corretamente seus requisitos (subprincípios) de acordo com as peculiaridades envolvidas na situação dos direitos prestacionais.

Com efeito, como já visto, a situação que existe no caso dos direitos de defesa (dimensão da vedação de excesso) é distinta da existente na seara dos direitos prestacionais (dimensão da vedação da insuficiência), onde se exige, respectivamente, de modo geral, uma inação e uma ação por parte do Estado. Com base nisto, não se pode analisar os requisitos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) da proporcionalidade como se sempre houvesse uma medida tomada pelo Estado, pois, em se tratando de situação envolvendo a reserva do possível – objeto deste trabalho – onde a escassez de recursos ocupa um ponto de destaque na atuação estatal, o que se vê na maior parte das vezes é uma omissão estatal, ou, quando muito, uma prestação parcial (insuficiente). Nestes casos, é mister que se faça uma análise distinta dos mencionados requisitos, na mesma linha de pensamento de José Joaquim Gomes Canotilho e Luís Fernando Sgarbossa, levando-se em conta a situação de insuficiência ou defeito por parte do Estado.

## 6.2 RAZOABILIDADE

### 6.2.1 Razoabilidade e Proporcionalidade

Outra possibilidade para o controle da reserva do possível, isto é, para se aferir sua validade, é a análise da razoabilidade da conduta estatal adotada. É mais uma restrição às restrições aos direitos fundamentais. Neste ponto, importa registrar a discussão doutrinária a respeito da identidade ou não deste princípio com o da proporcionalidade.

---

<sup>493</sup> A exemplo de Ana Carolina Lopes Olsen (OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2012. p.302-304), Alinie da Matta Moreira (MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.142-143), Ana Maria D'Ávila Lopes (LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p.195-196) e Fabiana Okchstein kelbert (KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p.91-92).

É sabido que, em se tratando de princípio da proporcionalidade, é no âmbito de sua terceira etapa (proporcionalidade em sentido estrito) que se exige a comparação entre a importância da finalidade buscada e a intensidade da restrição causada aos direitos fundamentais, avaliando-se se as vantagens causadas pela promoção daquela finalidade superam as desvantagens causadas pela sua utilização, avaliação esta que se faz por meio da técnica da ponderação.

É justamente pelo uso da ponderação que se identifica a conexão entre a proporcionalidade em sentido estrito e a razoabilidade, aparecendo aí o ponto de contato mais importante entre a proporcionalidade e a razoabilidade. Ocorre que, como já visto, a aplicação do princípio da proporcionalidade exige a consideração de seus três subprincípios, enquanto que a razoabilidade não exige este procedimento trifásico, de modo que, se não houver a cognição daqueles três subprincípios, ainda que sumariamente, não se estará diante do princípio da proporcionalidade. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet:

Precisamente quanto a este ponto assume relevo a conexão dos princípios da proporcionalidade em sentido estrito e da razoabilidade com o assim habitualmente designado método da ponderação. Tendo em conta que o juízo da ponderação se verifica, com maior ênfase (para Alexy, essencialmente), no âmbito do assim designado terceiro nível da aplicação da proporcionalidade (seguindo-se a metódica trifásica da proporcionalidade), o fato é que mesmo a ponderação sendo considerada simplesmente como sendo coincidente com o raciocínio requisitado pelo princípio da razoabilidade como parâmetro da atuação normativa estatal, é este seguramente o ponto de contato mais importante entre a proporcionalidade e a razoabilidade. É por esta razão que a razoabilidade é também identificada com a proporcionalidade em sentido estrito, o que, todavia, não significa necessariamente que se trate de noções integralmente fungíveis e que não tenham uma aplicação autônoma<sup>494</sup>.

E continua o autor, sedimentando a tese de que razoabilidade e proporcionalidade não se confundem:

Sem que se possa aqui adentrar o terreno conceitual, avaliando todas as possíveis diferenças e semelhanças, assim como eventuais distinções conceituais entre proporcionalidade e razoabilidade, é certo que se a proporcionalidade não for aplicada na sua integralidade, mediante consideração, ainda que sumária, de seus três subprincípios, não será a proporcionalidade que estará efetivamente em causa. A razoabilidade, por sua vez, não reclama tal procedimento trifásico e é assim que tem sido aplicada<sup>495</sup>.

Portanto, em que pese a prática reiteradamente equivocada de utilização indistinta dos dois princípios, isso não os torna equivalentes. Isso porque a prática reiterada de um equívoco não a torna menos equivocada. A utilização equivalente dos dois princípios só encontraria justificativa se efetivamente existisse uma equivalência de substância entre os dois

---

<sup>494</sup> 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.401.

<sup>495</sup> Idem, p.401.

princípios, o que não há. O que efetivamente existe “é que em muitos casos, por não ser aplicada a análise trifásica exigida pela proporcionalidade, a ponderação ocorre essencialmente no plano da ‘mera’ razoabilidade, o que justamente constitui prova evidente de que, a despeito do importante elo comum (razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito) não se trata de grandezas idênticas em toda sua extensão”<sup>496</sup>.

Willis Santiago Guerra Filho, também diferenciando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e enfatizando a roupagem própria da primeira, ressalta a inconveniência desta indistinção, haja vista entender a proporcionalidade como uma norma jurídica com conteúdo material difundido nos três subprincípios integradores, enquanto que a razoabilidade se apresenta como um princípio negativo, cuja única função é a de evidenciar o caráter arbitrário ou absurdo de determinado ato administrativo em razão de não atender à sua finalidade<sup>497</sup>.

Outro também a defender a diferenciação entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade é Wilson Antônio Steinmetz, que se socorre dos ensinamentos de Luis Recaséns Siches, Chaïm Perelman e Aulis Aarnio. Citando Luis Recaséns Siches, Wilson Steinmetz defende a lógica do razoável como a solução dos problemas práticos da existência humana, sendo a lógica formal aplicada ao direito insuficiente para tal mister. A lógica do razoável, sendo a lógica do ser humano, estaria condicionada pela realidade concreta e, por conta disso, arraigada dos valores tidos como dignos de serem preservados e promovidos<sup>498</sup>. Fundamentado em Chaïm Perelman, Wilson Steinmetz concebe a noção do razoável como algo contrário àquela aplicação formal das normas jurídicas própria do positivismo, que, por inúmeras vezes concebeu decisões perfeitas do ponto de vista formal, mas desarrazoadas do ponto de vista material, isto é, do seu conteúdo, sendo, por isso mesmo, inaceitáveis<sup>499</sup>. Já com fuste nas lições de Aulis Aarnio, Wilson Steinmetz sustenta que a problemática da justificação jurídica refere-se à aceitabilidade racional, estando interligada ao conteúdo material da decisão examinada, que, por sua vez, só será tida como razoável caso corresponda ao sistema valorativo da comunidade jurídica, daí decorrendo que a aceitabilidade das decisões é axiológica<sup>500</sup>. Concluindo seu pensamento, Wilson Antônio Steinmetz perfilha o entendimento de que para se ter razoabilidade, uma decisão precisa ter seu conteúdo aceito, isto é, precisa ser aceitável, pois o não aceitável ou não razoável é um não-direito, mesmo que

---

<sup>496</sup> Ibidem, p.401.

<sup>497</sup> Op. Cit., p.66-67.

<sup>498</sup> Op. Cit., p.189.

<sup>499</sup> Idem, p.189.

<sup>500</sup> Idem, p.189-191.

decorra formalmente do correto uso das fontes do direito (uma norma jurídica constitucionalmente legítima pode produzir uma decisão inaceitável)<sup>501</sup>. A análise da razoabilidade necessita de critérios axiológicos que sejam intersubjetivamente aceitos<sup>502</sup>.

Humberto Ávila<sup>503</sup> também distingue a proporcionalidade da razoabilidade, tratando, entretanto, os dois como postulados, e não como princípios. Neste ponto, assim como foi feito ao tratar da proporcionalidade, não se analisará essa questão terminológica, por não ser o objeto primaz deste trabalho, aplicando-se aqui as mesmas considerações ali tecidas. Apenas a título de esclarecimento, vale ressaltar que ele trata a proporcionalidade, a proibição de excesso e a razoabilidade como postulados, diferenciando-os<sup>504</sup>. Para ele, tratam-se de 3 exames diferentes que devem ser realizados, não importando o nome que se dê a cada um deles. O importante é saber que existem diferenças entre eles: relação de meio e fim, na proporcionalidade; relação do geral e individual, na razoabilidade-equidade, relação das normas com as condições externas de sua aplicação, na razoabilidade-congruência, e relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, na razoabilidade-equivalência; e proteção do núcleo essencial, na proibição de excesso<sup>505</sup>. Conforme o autor:

O que deve ficar claro – e este é o problema central – é que há três diferentes exames concretos que não podem ser confundidos, pois envolvem elementos distintos relacionados com parâmetros diversos. O problema não está em usar essa ou aquela expressão, mas em confundir exames concretos diferentes pelo uso unificado de uma só expressão ou pelo uso alternativo de várias expressões. Dito de outro modo: o problema não está em usar uma palavra para três fenômenos, mas não perceber que há três fenômenos diferentes a analisar<sup>506</sup>.

Humberto Ávila assevera ainda que, apesar de a razoabilidade ser utilizada com vários sentidos e contextos, e as decisões dos Tribunais Superiores não possuem uniformidade terminológica e nem critérios expressos e claros fundamentadores da proporcionalidade e da razoabilidade, ainda assim é possível saber, mediante a reconstrução analítica das decisões, quais são os critérios implicitamente utilizados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>507</sup>. Ainda conforme Ávila, três acepções se destacam relativamente à razoabilidade: razoabilidade como equidade<sup>508</sup>, razoabilidade como congruência<sup>509</sup> e

---

<sup>501</sup> Idem, p.191.

<sup>502</sup> Ibidem, p.192.

<sup>503</sup> Op. Cit., p.153-162.

<sup>504</sup> Idem, p.180.

<sup>505</sup> Ibidem, p.180.

<sup>506</sup> Idem, p.180.

<sup>507</sup> Idem, p.153-154.

<sup>508</sup> Aqui a razoabilidade é usada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral (ÁVILA,

razoabilidade como equivalência<sup>510</sup>, nenhuma delas se confundindo com a proporcionalidade, que exige, por sua vez, uma relação de meio e fim, inexistente na razoabilidade.

Destarte, em que pese posicionamentos respeitáveis contrários à diferenciação destes dois princípios, contando, inclusive com inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal, preferimos ficar com o entendimento acima esposado pelos autores citados, notadamente por se tratar de exames diferentes a serem realizados em uma mesma conduta (comissiva ou omissiva) estatal.

## 6.2.2 Delimitação do Princípio da Razoabilidade

No que toca ao significado da razoabilidade, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que, por meio deste princípio, a Administração, ao atuar discricionariamente, é obrigada a obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em conformidade “com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”<sup>511</sup>. Conforme o autor:

Vale dizer, pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada<sup>512</sup>.

Pode-se mesmo dizer que a razoabilidade se constitui em um *topoi*, e assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, não se conceitua. Um *topoi* é um termo “que não admite conceituação, muito embora sirva de ponto de partida para a solução do problema normativo corrente”, conforme o escólio de Manoel Jorge e Silva Neto<sup>513</sup>, para quem a mesma coisa ocorre com o termo interesse público, em que “não há a possibilidade de

---

Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.154).

<sup>509</sup> Neste, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.154).

<sup>510</sup> Neste último, a razoabilidade é concebida como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.154).

<sup>511</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.99.

<sup>512</sup> Idem, p.99.

<sup>513</sup> Op. Cit., p.276.

conceituá-lo, conquanto o magistrado e o membro do Ministério Público possam afirmar, no caso concreto, se a hipótese tratada é de ‘interesse público’<sup>514</sup>.

Luís Roberto Barroso, por exemplo, diz atuar o princípio da razoabilidade como um parâmetro de valoração dos atos do poder público, capaz de aferir se “se eles são informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”<sup>515</sup>. Nessa mesma linha, continua o autor dizendo que “é razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes de um dado momento ou lugar”<sup>516</sup>.

Maria Paula Dallara Bucci identifica a razoabilidade como um aprofundamento da cláusula do *due process of law*, sendo proeminente o elemento material da mesma:

Mais do que um princípio jurídico, é uma diretriz de senso comum ou, mais exatamente, de bom senso aplicada ao direito. Esse “bom senso jurídico” se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. A razoabilidade formulada como princípio jurídico, ou como diretriz de interpretação das leis e atos da Administração, é uma orientação *que se contrapõe ao formalismo vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o sentido finalístico do direito*<sup>517</sup>. (grifos nossos e no original).

Por aí, identifica-se, também, e mais uma vez (assim como o fez Wilson Antônio Steinmetz, fundado em Chaïm Perelman<sup>518</sup>), a orientação da razoabilidade contrária à aplicação formal das normas jurídicas, própria do positivismo.

José Roberto Pimenta Oliveira, na mesma linha de se exigir bom senso, prudência, moderação, ensina que o princípio da razoabilidade se mostra como uma:

referência fundamental para a escoreita configuração do bem ou valor que legitima a ação estatal, ante cada situação enfrentada, pois implica para o administrador o dever de, a partir da Constituição e demais normas infraconstitucionais, analisar detalhadamente todo o quadro normativo regulativo da atividade, as circunstâncias específicas e os respectivos interesses jurídicos relevantes de cada caso posto à apreciação, possibilitando juridicamente compor, de forma ótima, os termos e a exata medida do interesse público que deve perseguir a Administração e das medidas por ele demandadas<sup>519</sup>.

Como se pode perceber, o termo “razoabilidade” tem sentido bastante amplo, qualificando tudo quanto seja conforme a razão. Com efeito, a expressão *razoabilidade*

---

<sup>514</sup> Idem, p.276.

<sup>515</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.230-231.

<sup>516</sup> Idem, p.231.

<sup>517</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 4, n. 16, p.173, jul./set. 1996.

<sup>518</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. Op. Cit., p.189.

<sup>519</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.238.



conduz às ideias de “adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, traduz aquilo que não é absurdo, tão somente o que é admissível”<sup>520</sup>, tendo, ainda, outros significados, como, por exemplo, bom senso, prudência, moderação.

### 6.2.3 Razoabilidade e Reserva do Possível

Trazendo a noção de razoabilidade para a seara dos direitos fundamentais sociais, mais precisamente para o âmbito da reserva do possível, objeto deste trabalho, chega-se à conclusão de que o Legislador e o Administrador devem encontrar um ponto razoável entre a escassez de recursos e a concretização daqueles direitos. Outrossim, o julgador também é obrigado a respeitar o princípio em comento quando de suas decisões, mormente em matéria de reserva do possível.

Nesse diapasão, Alinie da Matta Moreira apresenta um excelente exemplo na área da educação:

Suponha-se, por exemplo, que, em determinada localidade, as crianças em idade escolar não contem com qualquer atividade recreativa após o horário em que frequentam as aulas e nos finais de semana. Nesta situação, é razoável que a Administração Pública garanta o direito ao lazer, investindo na construção de quadras poliesportivas e no fomento da realização de atividades físicas. Não é razoável, contudo, que a Administração Pública invista os recursos disponíveis na construção de um grande ginásio de esportes, aberto apenas para competições oficiais e treinamentos de atletas profissionais<sup>521</sup>.

Exige-se, portanto, uma atuação razoável por parte do administrador na gestão dos recursos públicos, impedindo, destarte, futuras alegações – desarrazoadas – da reserva do possível como forma de se eximir daquele dever constitucional de efetiva concretização dos direitos fundamentais sociais.

Uma atuação razoável do Poder Público é coisa inerente à gestão adequada dos recursos. Sendo a escassez de recursos um elemento comum e central à reserva do possível, pode-se até mesmo admitir “que a escassez de recursos naturais diminua as possibilidades de atuação da Administração Pública na realização dos direitos sociais prestacionais”<sup>522</sup>, mas não se admite que “a escassez de recursos, decorrente de uma gestão avessa ao bom senso, resulte

---

<sup>520</sup> BARROS, Suzana de Toledo. Op. Cit., p.70.

<sup>521</sup> Op. Cit., p.147.

<sup>522</sup> Ibidem, p.148.

em óbice à realização das prestações de direitos sociais”<sup>523</sup>, consoante bem ensina Alinie da Matta Moreira.

Assim, em toda a atuação do Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário), exige-se razoabilidade em seus atos, isto é, uma atuação razoável, ponderada, equilibrada, sempre tendo em vista o dever constitucional imposto a todos os poderes (dimensão objetiva dos direitos fundamentais) de se efetivar plenamente os direitos fundamentais sociais.

Outro aspecto que merece ser destacado é que, se por um lado, se exige posições razoáveis por parte do Poder Público, por outro, também se exige a razoabilidade na atuação dos particulares em face do Estado, assim como assentado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, no julgamento do *numerus clausus* I (BVerfGE 33, 303, de 1973): o cidadão só pode exigir do Estado aquilo que dele possa racionalmente esperar.

Tal aspecto é reflexo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, mais precisamente da necessidade de conjugação dos valores comunitários impostos pelos mesmos. Conforme já visto antes<sup>524</sup>, a dimensão objetiva pressupõe ainda a conjugação de valores comunitários, isto é, posições jurídicas que dizem respeito a toda a comunidade, tendo como decorrência a possibilidade de se restringir direitos subjetivos individuais em prol de interesses comunitários, “até a limitação do conteúdo e alcance desses direitos, desde que preservado o núcleo essencial destes, ou seja, seu conteúdo mínimo”<sup>525</sup>.

Com efeito, se não se admite o uso desarrazoado da reserva do possível, como forma de o Estado se eximir da obrigação de concretização dos direitos fundamentais sociais, também não se admite que o particular postule aquilo que não seja razoável esperar daquele, onerando-o acima das suas condições.

Destarte, mesmo que o estado disponha dos recursos e tendo o poder de dispô-los, ele não tem a obrigação de dar algo que não seja razoável. Nesse sentido, Daniel Wei Liang Wang obtempera, de forma bastante percuciente, que “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”<sup>526</sup>. E continua o autor questionando se o “fato de

---

<sup>523</sup> Idem, p. 148.

<sup>524</sup> Ver item 2.2.4.

<sup>525</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. Cit., p.611.

<sup>526</sup> WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=bple>>. Acesso em: 19 dez. 2012.

estar disponível significa que não será usado posteriormente para outras políticas que a Administração considere com maior grau de prioridade?”<sup>527</sup>.

Tal faceta da reserva do possível ainda é pouco explorada pela doutrina nacional, em que pese o grande impacto organizacional e econômico que tem para a estatalidade, como bem observa Alinie da Matta Moreira, asseverando que “o que se verifica, em muitos estudos sobre o tema, é a abordagem exclusiva da reserva do possível como negativa à implementação dos direitos sociais, sem maiores digressões acerca da pertinência das postulações deduzidas por particulares em face do Estado”<sup>528</sup>.

Essa dimensão da reserva do possível, além de proteger o Estado e a sociedade de postulações desarrazoadas, prioriza também a igualdade que deve pautar a atuação estatal. Uma vez que as previsões de caráter tributário e orçamentário visam atingir igualmente todos os cidadãos em seus aspectos material e formal, a mesma isonomia deve pautar a distribuição dos benefícios sociais<sup>529</sup>. Em outras palavras, as postulações desarrazoadas não prejudicam apenas o Estado, mas toda a sociedade, “que não está obrigada a financiar, para uma parcela dos cidadãos, algo fora dos padrões do razoável, adequado, necessário e estritamente proporcional”<sup>530</sup>.

Concluindo, a razoabilidade deve permear tanto as razões suscitadas pela Administração Pública, apoiadas na escassez de recursos quanto as postulações feitas pelos particulares em face do Estado.

## 6.3 VEDAÇÃO DO RETROCESSO

### 6.3.1 Considerações Preliminares

Outro limite dos limites aos direitos fundamentais (ou restrição às restrições aos direitos fundamentais), notadamente no que toca à reserva do possível, objeto desta dissertação, configura-se no princípio da vedação (ou proibição) do retrocesso.

---

<sup>527</sup> Idem.

<sup>528</sup> Op. Cit., p.149.

<sup>529</sup> Ibidem, p.149.

<sup>530</sup> Idem, p.150.

Por este princípio, uma vez concretizadas as normas instituidoras de direitos fundamentais, seja através de outorga de prestações, de políticas públicas ou da criação de instituições, por desenvolvimento legislativo, não seria possível sua supressão sem compensação<sup>531</sup>. Tal princípio impede que um direito fundamental prestacional já regulado legislativamente (dotado, portanto, de conteúdo e contorno delimitados) venha a sofrer alterações que lhe reduzam o seu significado. Daí a afirmação de José Joaquim Gomes Canotilho de que “uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo<sup>532</sup>”. Isto é, o desenvolvimento do direito fundamental efetivado infraconstitucionalmente dá conteúdo àquela pré-configuração constitucional, conferindo direitos subjetivos, ao mesmo tempo em que se caracteriza como garantia institucional, na medida em que impede outra norma ordinária dar àquele mesmo direito fundamental conteúdo ou extensão aquém do anteriormente previsto<sup>533</sup>.

Trata-se de uma manifestação da dupla dimensão dos direitos fundamentais: a dimensão objetiva, que obriga todos os poderes estatais a se empenhar em políticas públicas afinadas com os direitos fundamentais concretizados; e a dimensão subjetiva, que, ao tratar as conquistas dos direitos fundamentais como direito subjetivo das pessoas, impede sua supressão desordenada sem compensação. Neste sentido é o magistério de Luiz Fernando Calil de Freitas, para quem

A cláusula do não-retrocesso social protege os direitos fundamentais prestacionais tanto na sua perspectiva subjetiva, na medida em que a diminuição do direito por norma posterior àquela que anteriormente lhe dera configuração goza da proteção em favor do direito adquirido, mas também na perspectiva objetiva, no sentido de que o direito objetivo é aquele tal como configurado na norma que por primeiro regulamentou o direito fundamental e se erige à categoria de garantia institucional, é dizer: por efeito da disposição jusfundamental, o ordenamento jurídico tem assegurada a existência daquele específico direito fundamental com tais e quais características constantes da norma ordinária que primeiramente o regulamentou<sup>534</sup>.

José Joaquim Gomes Canotilho formula o princípio em comento da seguinte forma;

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros

---

<sup>531</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p.296-297.

<sup>532</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1998, p.320.

<sup>533</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. Cit., p.218.

<sup>534</sup> Idem, p.219.

esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial<sup>535</sup>.

Percebe-se, portanto, a conexão do princípio em comento com a ideia de núcleo essencial, que, ainda conforme Canotilho, representa um limite à liberdade de conformação do legislador e à auto-reversibilidade que lhe é ínsita, especialmente em situações em que o núcleo essencial já realizado traduza a garantia do mínimo existencial, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana<sup>536</sup>.

Esse princípio também se relaciona diretamente com a noção de segurança jurídica, como bem ressalta Ingo Wolfgang Sarlet, lembrando que, havendo ou não menção expressa a um direito à segurança jurídica no direito positivo, há muito tempo se defende a ideia de que um “autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e num certo sentido – um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, também o ‘governo das leis’ (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades”<sup>537</sup>. E continua Ingo Wolfgang Sarlet:

Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional, como dão conta as diversas manifestações deste princípio nos diferentes documentos supranacionais<sup>538</sup>. (grifo no original).

Esse princípio é uma garantia mais ampla do que o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Com efeito, depois de tratar de múltiplas dimensões do princípio em comento e de demonstrar que algumas delas restam assentadas entre nós, como o ato jurídico perfeito, o direito adquirido, a coisa julgada, restrições constitucionais a atos retroativos gravosos e as limitações às restrições de direitos e garantias fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que cada vez mais tem-se constatado a “existência de medidas inequivocamente retrocessivas, que não chegam, entretanto, 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”<sup>539</sup>. Consoante

---

<sup>535</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.339-340.

<sup>536</sup> Idem, p.340

<sup>537</sup> 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.433.

<sup>538</sup> Idem, p.433.

<sup>539</sup> Idem, p.436.

o mencionado autor, por mais paradoxal que possa parecer, atos com efeitos prospectivos também podem gerar retrocesso:

Nesse 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 parcos 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 a título ilustrativo e que bem demonstra o quanto tal problemática nos é próxima e está constantemente na ordem do dia<sup>540</sup>.

Também este é o entendimento de Felipe Derbli, se referindo ao Tribunal Constitucional Federal alemão, para quem,

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*<sup>541</sup>. (grifos no original).

Portanto, e como já dito acima, percebe-se no princípio da proibição de retrocesso uma garantia mais ampla, que abarca situações não protegidas pelas vedações ortodoxas da irretroatividade de leis mais gravosas ou de disposições que garantem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, além de ficar clara a possibilidade de medidas de efeitos prospectivos representarem uma situação de retrocesso, quer em relação a cada pessoa considerada em sua individualidade, quer em relação à ordem jurídica e social como um todo<sup>542</sup>.

Convém lembrar que o princípio da vedação do retrocesso não atua apenas na seara dos direitos fundamentais sociais, embora seja aqui o lugar de sua maior incidência. Neste sentido é o escólio de Luiz Fernando Calil de Freitas, para quem “não apenas os direitos sociais, de cunho prestacional, podem ser atingidos pelo retrocesso e, de conseguinte, não apenas eles gozam de proteção do princípio da proibição de retrocesso social. É possível afirmar, quanto ao ponto, que todo e qualquer direito fundamental naquilo que tenha sido objeto de desenvolvimento legislativo goza da proteção da proibição de retrocesso”<sup>543</sup>.

Na mesma linha deste entendimento, Ingo Wolfgang Sarlet traz como exemplo a seara do direito ambiental, onde se pode falar em princípio da vedação da retrogradação, haja vista o direito ambiental cuidar justamente da proteção dos bens ambientais, especialmente

---

<sup>540</sup> Idem, p.436.

<sup>541</sup> DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.144.

<sup>542</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. Cit., p.299.

<sup>543</sup> Op. Cit., p.216-217.

para impedir a degradação do meio ambiente, correspondendo a uma perspectiva evolucionista da vida, e não involucionista<sup>544</sup>.

Todavia, realmente é na seara dos direitos fundamentais sociais que a problemática da vedação do retrocesso tem alcançado a sua maior repercussão<sup>545</sup>, mormente em campo relacionado à reserva do possível.

### 6.3.2 Fundamento Jurídico

No tocante ao fundamento deste princípio, a doutrina não é unânime em sua identificação, havendo inúmeras indicações do mesmo.

Flávia Piovesan, por exemplo, identifica o princípio da proibição do retrocesso a partir do atributo da progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>546</sup>. Segundo a mencionada autora

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<sup>547</sup>.

Em brilhante trabalho acerca do tema, Ingo Wolfgang Sarlet traz alguns princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional, dos quais decorrem o princípio implícito da proibição do retrocesso<sup>548</sup>. Segundo o aludido autor, o primeiro fundamento seria o *princípio do Estado democrático e social de Direito* que, assentado no art. 1º, *caput* da CF/88<sup>549</sup>,

---

<sup>544</sup> 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.437.

<sup>545</sup> Segundo Ingo Wolfgang 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, 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.438).

<sup>546</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.172.

<sup>547</sup> Idem, p.172

<sup>548</sup> 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.446-447.

<sup>549</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...).(BRASIL.

contempla um patamar mínimo de segurança jurídica e necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além de uma segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos com efeitos retrocessivos de um modo geral<sup>550</sup>. O segundo fundamento seria o *princípio da dignidade da pessoa humana* que, se, por um lado, em sua perspectiva positiva exige o agir estatal para uma existência condigna para todos, por outro, em sua perspectiva negativa, inviabiliza medidas que fiquem abaixo desse desenvolvimento já alcançado<sup>551</sup>. O terceiro seria o *princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais*, insculpido no art. 5º, § 1º, da CF/88, que abrange também a máxima proteção dos direitos fundamentais. Tal princípio implica na máxima eficácia e proteção do direito à segurança jurídica não apenas quanto à previsão expressa do art. 5º, XXXVI<sup>552</sup> (que trata da proteção ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e à coisa julgada), mas também indo além, de forma a impedir o retrocesso social provenientes daquelas medidas que não se encaixem no direito adquirido, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada, haja vista tais proteções positivadas constitucionalmente não esgotarem todo o campo das ofensas possíveis à segurança jurídica<sup>553</sup>. O quarto fundamento seria o *princípio da proteção da confiança* que, na condição de elemento constitutivo do núcleo do estado de Direito, impõe ao poder público o dever de respeito à confiança que os cidadãos depositaram na estabilidade e continuidade da ordem jurídica<sup>554</sup>.

Além desses fundamentos diretos, Ingo Wolfgang Sarlet traz ainda outros argumentos a fim de justificar o princípio da proibição do retrocesso como implícito na ordem constitucional brasileira: 1) os poderes estatais são vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização infraconstitucionalmente, como também são obrigados a respeitarem uma auto-vinculação em relação aos atos anteriores, alcançando todas

---

Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2013).

<sup>550</sup> 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.446.

<sup>551</sup> *Ibidem*, p.446.

<sup>552</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2013).

<sup>553</sup> 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.446.

<sup>554</sup> *Ibidem*, p.446.



as funções do poder público (legislativa, executiva e judiciária)<sup>555</sup>; 2) Negar reconhecimento ao princípio da vedação do retrocesso seria o mesmo que admitir que, apesar de vinculados aos preceitos constitucionais, notadamente aos de direitos fundamentais, os poderes públicos dispusessem do poder de tomar suas decisões desrespeitando a vontade expressa do constituinte<sup>556</sup>. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso obtempera que, por meio do reconhecimento de uma proibição do retrocesso tenta-se impedir a frustração da atividade constitucional, pois quando, por exemplo, o legislador revoga o ato que concretizou uma norma programática ou viabilizou o exercício de um direito, estaria havendo um retorno àquela situação de omissão anterior<sup>557</sup>; 3) Um fundamento adicional exsurge do direito internacional, mais especificamente no âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais, consistente no fato de que o sistema de proteção internacional impele a *progressiva* implementação efetiva da proteção social pelos Estados, estando, portanto, implicitamente vedado o retrocesso em face dos direitos sociais já implementados<sup>558</sup>.

Seja por qual fundamento ou argumento citado, verifica-se a existência do princípio em estudo na ordem constitucional brasileira, ainda que de forma implícita, como também ocorre na Constituição portuguesa. Com efeito, ressaltando que no Brasil, como em Portugal, não existe previsão expressa deste princípio no direito constitucional positivo, o autor português Jorge Pereira da Silva, citado por Felipe Derbli, ensina que, a despeito de tal quadro, a proibição de retrocesso social decorre do *princípio da proibição de recriar omissões legislativas inconstitucionais*<sup>559</sup>. Consoante ainda o mencionado autor português, trata-se de uma verdadeira proibição de *reformatio in pejus* em matéria de direitos fundamentais sociais<sup>560</sup>.

Conforme já mencionado antes, é visível a vinculação do princípio da proibição do retrocesso com a noção do núcleo essencial dos direitos sociais, posto que a dinâmica das relações sociais e econômicas inviabiliza uma concepção absoluta do princípio em comento. No escólio de Ingo Wolfgang Sarlet, “é em primeira linha o núcleo essencial dos direitos

---

<sup>555</sup> Idem, p.446-447.

<sup>556</sup> Idem, p.447.

<sup>557</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.158-159.

<sup>558</sup> 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.447-448.

<sup>559</sup> Apud DERBLI, Felipe. Op. Cit., p.158-159.

<sup>560</sup> Idem, p.160.

sociais que vincula o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, encontra-se protegido”<sup>561</sup>.

Delineados os contornos básicos do princípio em estudo, ainda que sem a pretensão do aprofundamento necessário, o que fugiria ao objeto deste presente trabalho, resta agora estabelecer uma relação direta com a reserva do possível.

### 6.3.3 Vedação do Retrocesso e Reserva do Possível

A reserva do possível, atuando como uma restrição aos direitos fundamentais sociais, encontra no princípio da proibição do retrocesso uma restrição aos argumentos estatais, os quais não poderão suplantar injustificadamente o princípio em estudo, sob pena de ofensa constitucional. Tratando especificamente do tema, Fabiana Okchstein Kelbert esboça o seguinte entendimento:

Assim, a reserva do possível, quando utilizada como argumento para supressão de alguma política pública que já logrou concretizar direitos sociais, poderá dar causa a uma violação ao princípio da proibição do retrocesso. Nesse sentido, dada a dupla dimensão dos direitos fundamentais, pode-se remeter aqui à dimensão subjetiva, no sentido de proteger posições subjetivas já consolidadas. Por outro lado, também se pode invocar a dimensão objetiva, que obriga os poderes estatais a empenhar-se no sentido da máxima concretização dos direitos sociais, de modo que medidas que atentem contra isso representam um retrocesso<sup>562</sup>.

Há, entretanto, quem discorde desse entendimento, como é o caso de Roger Stiefelmann Leal, para quem

Há de se ressaltar, contudo, que, ao se tratar de efetivação de direitos sociais, fala-se sempre na concretização dentro de uma *reserva do possível* a fim de recordar que tal efetivação depende de determinados fatores como a existência de recursos. Desse modo, deve-se ter presente que, se não for possível custear o serviço público da maneira exigida pela norma concretizadora de um direito social, faz-se imperativo a redução do grau de concretização adquirido ou até a sua total desconcretização<sup>563</sup>.

Em que pese a boa argumentação do aludido autor, não há como concordar com este entendimento, que, ao que parece, diminui a força dos direitos fundamentais. Com efeito, a concretização dos direitos fundamentais dentro de uma reserva do possível não significa que ela faça parte dos direitos fundamentais como se limite imanente fosse (já foi visto que ela se

---

<sup>561</sup> 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.452.

<sup>562</sup> Op. Cit., p.97.

<sup>563</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

trata de restrição, portanto, externa ao direito<sup>564</sup>). Outrossim, todos os poderes estatais são vinculados ao dever de concretização dos direitos fundamentais, de modo que se pode falar em eventuais reduções, devidamente justificadas, não se podendo tolerar, entretanto, a desconcretização defendida pelo autor, sob pena de se violar um direito já normatizado infraconstitucionalmente.

Ademais, por conta do caráter relativo inerente a todos os princípios, eventuais ajustes em sede de direitos fundamentais sociais que possam representar um retrocesso deverão ser justificados, respeitando sempre o núcleo essencial dos direitos atingidos<sup>565</sup>. Nesse sentido é o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem

Mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes<sup>566</sup>.

Conclui Fabiana Okchstein Kelbert asseverando que a reserva do possível, no sentido de fundamento a medidas que gerem (ainda que em caráter futuro) um retrocesso no campo social, “não poderá valer sem uma justificativa sintonizada com todo o sistema constitucional, sob pena de violação do mínimo em conteúdo exigível quando em causa a concretização dos direitos sociais”,<sup>567</sup>.

Assim, levando-se em conta que o princípio da vedação do retrocesso, por não se tratar de regra geral ou absoluta, mas sim de princípio, não admite solução baseada na lógica do tudo ou nada (consoante as lições de Dworkin, Alexy e Canotilho), aceitando, outrossim, reduções na seara das conquistas sociais já normatizadas infraconstitucionalmente, encontra-se proibida a sua supressão pura e simples<sup>568</sup>. Há de se respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais já realizados pelo Estado (legislador, administrador ou julgador), além da ideia de dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial para uma vida digna.

---

<sup>564</sup> Ver item 4.4.

<sup>565</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. Op. Cit., p.98.

<sup>566</sup> 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.452.

<sup>567</sup> Op. Cit., p.98.

<sup>568</sup> 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.450.

Nesse sentido da relatividade do princípio da vedação do retrocesso, cada vez menos são as vozes que se posicionam contra o instituto. Se, por um lado, se identifica um elevado grau de consenso no que atine à existência do princípio em comento, por outro, também se identifica tal consenso no sentido de que o mesmo não é absoluto, notadamente no que toca à concretização dos direitos fundamentais sociais. Em apertada síntese, elenca-se dois argumentos para a defesa da relatividade do princípio da proibição do retrocesso, conforme expostos a seguir.

O primeiro diz respeito ao fato de que uma proibição de retrocesso absoluta implica não apenas na afetação substancial da necessária possibilidade de revisão que é inerente à função legislativa, como também desconsidera a indispensável possibilidade (e necessidade) de reavaliação global e permanente das metas de ação estatal e do próprio desempenho na consecução de tais metas<sup>569</sup>. Com efeito, comungando deste entendimento, Vieira de Andrade assevera a impossibilidade de a proibição do retrocesso ser tida como regra geral, sob pena de se colocar em sério risco a indispensável autonomia da função legislativa, haja vista não se poder considerar o legislador como órgão de mera execução das decisões constitucionais<sup>570</sup>. Para Ingo Wolfgang Sarlet,

(...) se somarmos estes fatores à variabilidade e instabilidade da capacidade prestacional do Estado e da própria sociedade (de qualquer Estado e sociedade, como deflui da experiência vivenciada em quase todos os recantos do planeta) como um todo, especialmente num contexto de crise econômica e incremento dos níveis de exclusão social (que, por sua vez, resulta no aumento da demanda por proteção social), acompanhado de problemas na esfera arrecadação de recursos que possam dar conta dos reclamos na esfera da proteção social, igualmente dá conta que o reconhecimento de um princípio da proibição de retrocesso não poderia – como suficientemente destacado nas páginas precedentes – resultar numa vedação absoluta de qualquer medida que tenha por objeto a promoção de ajustes, eventualmente até mesmo de alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social, onde realmente estiverem presentes os pressupostos para tanto<sup>571</sup>.

Um segundo argumento, ainda para Vieira de Andrade, diz respeito ao fato de que, uma vedação absoluta de retrocesso acabaria por conceder aos direitos fundamentais sociais legislativamente já concretizados uma eficácia mais forte do que aquela atribuída aos direitos de defesa em geral, haja vista o fato de até estes últimos poderem ser restringidos, desde que preservado seu núcleo essencial<sup>572</sup>. Neste sentido, Andreas Krell obtempera que a

---

<sup>569</sup> Ibidem, p.448.

<sup>570</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p.307-309.

<sup>571</sup> 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.450.

<sup>572</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p.309.

aplicação do princípio da proibição do retrocesso de forma absoluta poderia levar a uma proteção maior dos direitos sociais em relação aos direitos de liberdade<sup>573</sup>.

Assim, resulta evidente no sistema constitucional brasileiro a existência do princípio em estudo de forma implícita, ficando clara também a sua natureza relativa, admitindo, portanto, obtemperações justificadas.

Uma consequência dessa relatividade do princípio da proibição do retrocesso é descobrir quais os seus limites, isto é, até onde essa vedação pode chegar. Há de se buscar, portanto, a construção de alguns critérios materiais viabilizadores de uma solução adequada no âmbito dos limites da aplicação deste princípio.

Neste diapasão, um primeiro critério a ser comentado é o de núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais. O poder público em geral não pode, uma vez legislativamente concretizado determinado direito fundamental social, voltar atrás e, por meio de uma supressão ou restrição, afetar o núcleo essencial de tal direito<sup>574</sup>. Como bem diz Ingo Wolfgang Sarlet, “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<sup>575</sup>”.

Também as ideias de dignidade da pessoa humana e de mínimo existencial encontram-se umbilicalmente ligadas ao princípio em estudo. Para Ingo Sarlet, 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<sup>576</sup>. E arremata:

(...) Este conjunto de prestações básicas não poderá ser suprimido ou reduzido (para quem 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. (...) Além disso, a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos, nos revela que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia de mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente

---

<sup>573</sup> Op. Cit., p.40.

<sup>574</sup> 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.452.

<sup>575</sup> Idem, p.452.

<sup>576</sup> Idem, p.452.

liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais<sup>577</sup>.

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que o princípio da proibição do retrocesso constitui uma importante ferramenta de proteção aos direitos fundamentais em geral (e não só para os direitos fundamentais sociais), podendo e devendo ser levado em conta quando da análise de situações envolvendo a reserva do possível. Assim, ao lado dos outros limites dos limites aos direitos fundamentais (ou restrições às restrições) já estudados, opera como um verdadeiro escudo dos direitos fundamentais frente às medidas restritivas estatais.

## 6.4 MÍNIMO EXISTENCIAL

### 6.4.1 Considerações Preliminares

A aplicação da reserva do possível encontra ainda uma outra restrição, consistente no chamado mínimo existencial. Aliado à proporcionalidade, à razoabilidade e à vedação do retrocesso, o respeito ao mínimo existencial é imprescindível para que o Estado aja de sorte a conferir uma existência digna a todos.

As discussões acerca das condições materiais mínimas para uma existência digna tiveram origem na Alemanha, mais precisamente após a entrada em vigor da Lei Fundamental de Bonn. Consoante afirma Ingo Wolfgang Sarlet, o primeiro jurista alemão de renome a sustentar um possível reconhecimento de um direito subjetivo à garantia das condições mínimas necessárias foi Otto Bachof:

(...) Já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na seqüência 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<sup>578</sup>.

Já em se tratando de tribunais, o Tribunal Federal Administrativo alemão reconheceu ao indivíduo carente o direito subjetivo à ajuda prestada pelo Poder público, com fundamento na dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à

---

<sup>577</sup> Idem, p.452.

<sup>578</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.19.