

**A PONDERAÇÃO PROPOSTA POR ROBERT ALEXY COMO FORMA DE
CONCRETIZAR OS DIREITOS SOCIAIS: UMA ALTERNATIVA CONTRA O
SIMBOLISMO DOS DIREITOS FRENTE À RESERVA DO POSSÍVEL**

**A PROPOSAL FOR CONSIDERATION ROBERT ALEXY AS A MEANS OF
ACHIEVING SOCIAL RIGHTS: AN ALTERNATIVE AGAINST THE SYMBOLISM
OF THE RIGHTS OF THE FRONT OF THE BOOK CAN**

Alessandra Bagno F. R. de Almeida¹

Cristiano Tolentino Pires²

RESUMO: Esse artigo tem por objetivo discutir a dimensão simbólica atribuída aos direitos sociais frente às limitações orçamentárias abonadas pela reserva do possível no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro. O estudo propõe demonstrar que condicionar a realização dos direitos fundamentais sociais à existência de recursos "disponíveis" no âmbito da realidade brasileira, significaria reduzir a eficácia destes direitos e relativizar sua universalidade, condicionando-os a uma dimensão simbólica. Por outro lado, não se deixou de considerar que as normas constitucionais, por serem normas de direito público, no mais das vezes, exigem dispêndio de dinheiro, e dessa forma, a existência de recursos configura uma limitação econômica e real à eficácia jurídica dessas normas. Com base nos marcos teóricos escolhidos pode-se afirmar que a mera regulação dos direitos humanos abordados de maneira centralizante, a qual marcou a positivação dos direitos fundamentais na experiência do Estado Democrático de Direito, de um modo geral não resolveria o problema de eficácia de tais direitos, pois na maioria das vezes, o problema reside na escolha de prioridades na aplicação dos recursos ou até mesmo na violação de outras normas, cujo propósito seria exatamente a criação de condições para o avanço para a implementação de políticas públicas. Argumenta-se para tanto que (i) a dimensão simbólica atribuída aos direitos sociais frente às limitações orçamentárias abonadas pela reserva do possível no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro se deve ao desvirtuamento de um tópicos da jurisprudência constitucional

¹ Advogada. Mestranda e Pesquisadora do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas – NUJUP – do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da PUC Minas, sob a orientação da prof. Dra. Marinella Machado Araújo.

² Advogado. Mestrando e Pesquisador do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas – NUJUP – do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da PUC Minas, sob a orientação da prof. Dra. Marinella Machado Araújo.

alemã, que entende que a construção de direitos subjetivos e a prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos, (ii) que a questão da eficácia dos direitos fundamentais sociais é antes um problema de prioridade na escolha e efetivação de políticas públicas que relativa a tese dos custos dos direitos fundamentais sociais, e que (iii) é necessário distinguir um argumento relacionado à inexistência de recursos necessários ao cumprimento do dever constitucional, da escolha alocativa procedida à revelia das normas constitucionais, fazendo-se necessário discutir a atuação Poder Judiciário, com base na teoria da ponderação de valores.

PALAVRAS-CHAVE: dimensão simbólica; concretização; direitos sociais fundamentais; reserva do possível.

ABSTRACT: This article aims to discuss the symbolic dimension given to social rights in the face of budget constraints by booking well off as possible in the context of a democratic state of Brazil. The study aims to show that condition the realization of the existence of fundamental social resources "available" within the Brazilian reality, would reduce the relative effectiveness of these rights and their universality, conditional on a symbolic dimension. On the other hand, not left to consider that the constitutional requirements for being public law, in most cases, require the expenditure of money, and thus the existence of resources sets a limit to the real economic and legal effect of these rules . Based on the chosen theoretical frameworks can be argued that the mere regulation of human rights addressed in a manner centering, which marked positivization of fundamental rights in the experience of democratic rule of law, generally does not solve the problem of effectiveness of such rights, for the most part, the problem lies in the choice of priorities in the application of resources or even in violation of other rules whose purpose is exactly the creation of conditions for progress towards the implementation of public policies. It is argued that for both (i) given the symbolic dimension of social rights in the face of budget constraints by booking well off as possible in the context of a democratic state of Brazil is due to the distortion of the threads of a German constitutional jurisprudence, which means that the construction of subjective and material provision of public services by the State is conditional upon availability of respective resources, (ii) that the question of the effectiveness of fundamental social rights is primarily a problem of priority in the selection and execution of public policies on thesis the costs of fundamental social rights, and (iii) is necessary to distinguish an argument concerning the lack of resources needed to fulfill the constitutional duty of the allocative choice proceeded

without the knowledge of constitutional requirements, making it necessary to discuss the role the judiciary, with Based on the theory of weighting values.

KEY WORDS: symbolic dimension, achievement, social rights, booking possible.

1. INTRODUÇÃO

A expressão “reserva do possível” tomou variado tratamento na doutrina jurídica. De forma consensual os autores concordam acerca de seu conteúdo no tocante à existência de limites presentes na realidade dos fatos, os quais condicionam a aplicação do Direito. Porém, há dissenso em relação a sua natureza e ao significado de sua atuação na aplicação das normas constitucionais, posto que ora a “reserva do possível” é tomada como princípio, ora é tida por sua natureza normativa e em outros casos é tomada como uma condição de realidade, como elemento lógico extrajurídico, mas que exerce sua influência na aplicação das normas jurídicas.

Há ainda autores que abordam a reserva do possível como limite imanente dos direitos fundamentais sociais, e, outros a configuram por limite externo, o qual confere aos direitos fundamentais prestacionais maior cobertura.

Nesse contexto doutrinário, pretende-se apresentar alguns elementos auxiliares para a compreensão do instituto, com vistas a aquilatar sua influência na aplicação dos direitos fundamentais sociais, e assim encontrar quais os limites jurídicos que podem ser traçados a fim de controlar sua atuação, de modo a evitar o total esvaziamento dos direitos consagrados na Constituição Federal.

Para tanto objetiva este estudo discutir a dimensão simbólica atribuída aos direitos sociais frente às limitações orçamentárias abonadas pela reserva do possível no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro. O estudo se propõe a demonstrar que condicionar a realização dos direitos fundamentais sociais à existência de recursos “disponíveis” no âmbito da realidade brasileira significaria reduzir a eficácia destes direitos e relativizar sua universalidade, condicionando-os a uma dimensão simbólica.

Por outro lado, não se deixou de considerar que as normas constitucionais, por serem normas de direito público, no mais das vezes, exigem dispêndio de dinheiro, e dessa forma, a existência de recursos configura uma limitação econômica e real à eficácia jurídica dessas normas.

Com base nas lições doutrinárias de Marcelo Neves pode-se afirmar que a mera positivação dos direitos humanos abordados de maneira centralizante, a qual marcou a positivação dos direitos fundamentais na experiência do Estado Democrático de Direito, de um modo geral não resolveria o problema de eficácia de tais direitos, pois na maioria das vezes, o problema reside na escolha de prioridades na aplicação dos recursos ou até mesmo na

violação de outras normas, cujo propósito seria exatamente a criação de condições para o avanço para a implementação de políticas públicas.

Dessa forma, argumenta-se que a dimensão simbólica atribuída aos direitos sociais frente às limitações orçamentárias abonadas pela reserva do possível no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro se deve ao desvirtuamento de tópico da jurisprudência constitucional alemã, que entende que a construção de direitos subjetivos e a prestação material de serviços públicos pelo Estado estão sujeitos à condição de disponibilidade dos respectivos recursos.

Sendo assim acredita-se que a questão da eficácia dos direitos fundamentais sociais é antes um problema de prioridade na escolha e efetivação de políticas públicas que relativa à tese dos custos dos direitos fundamentais sociais.

Por fim, para correção de tal distorção é necessário distinguir um argumento relacionado à inexistência de recursos necessários ao cumprimento do dever constitucional, da escolha alocativa procedida à revelia das normas constitucionais, fazendo-se necessário discutir a atuação do Poder Judiciário, com base na teoria da ponderação de valores.

Entende-se que a análise dos instrumentos de concretização dos direitos fundamentais sociais, principalmente por meio dos argumentos lançados pelos poderes públicos quando da elaboração das leis orçamentárias, poderá apresentar-se de grande utilidade para a concretização da necessidade de integração social de sociedades complexas, como a brasileira. Por isso a relevância deste estudo, o qual não pretende esgotar o tema, mas apenas abrir um ponto de discussão em torno desses tópicos do direito constitucional.

2 A RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE AOS CUSTOS DOS DIREITOS SOCIAIS

Na doutrina portuguesa, Canotilho e Vital Moreira concebem os direitos econômicos e sociais dentro da reserva do possível, ou seja, em estrita dependência dos recursos econômicos, de modo que sua realização será progressivamente maior na medida em que crescer o volume de recursos disponíveis. Entretanto, ressalta Canotilho:

Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da *reserva do possível*

(Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. (CANOTILHO, 1991, p.131)

Ao contrário, Holmes e Sunstein (1999, p.13/43) afirmam categoricamente que todos os direitos são positivos, pois todos eles exigem uma prestação do Estado no sentido econômico – todos os direitos têm um custo – se não no sentido de realização de prestações sociais fáticas, no sentido de criação de estruturas institucionais que permitam o exercício destes direitos. Exemplificando, os autores narram o caso de um incêndio ocorrido em agosto de 1995, em Westhampton, em que o direito de propriedade, por tradição, concebido como direito de defesa, e, portanto, direito negativo, somente foi satisfeito por meio de atividade prestacional dos poderes públicos, que garantiram as forças necessárias para conter o fogo e preservar os imóveis em perigo.

Dessa forma, verifica-se que as normas constitucionais, por serem normas de direito público, no mais das vezes, exigem dispêndio de dinheiro. A existência de recursos configura uma limitação econômica e real à eficácia jurídica dessas normas.

Observe que aqueles autores falam em normas constitucionais em geral e não apenas normas de direitos sociais. Os direitos sociais não são os únicos a custar dinheiro, como comumente se apregoa. Também os direitos individuais e os políticos demandam gastos por parte do Poder Público. A diferença entre essas categorias de direitos, portanto, não é de natureza, mas de grau.

Como conseqüência disso, afirma-se que as normas, as quais prevêem tais direitos não têm a capacidade de torná-los exigíveis diante do Estado, seja porque o Judiciário não teria competência para dispor a respeito do orçamento público, seja porque tal atribuição caberia apenas ao legislador por força do Estado de Direito Democrático no qual estamos inseridos. Tais direitos não seriam direitos subjetivos, segundo Krell (2002, p.52).

A doutrina nacional encontra dificuldade em aplicar a "reserva do possível", como adverte Krell (2002, p.52ss), a partir de uma interpretação mal sucedida de tópicos da jurisprudência constitucional alemã, a qual entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. De acordo com a teoria alemã, a decisão sobre a disponibilidade dos recursos caberia aos órgãos governamentais, nos limites de sua discricionariedade, e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos.

É necessário alertar que pelo sistema jurídico brasileiro a competência reservada ao legislador para elaboração da lei orçamentária não é absoluta, estando sujeita a normas constitucionais e, por consequência, passível ao controle judicial.

Atento às disparidades sociais existentes entre a Alemanha e os demais países periféricos, assim como o Brasil, o referido autor ressalta que, condicionar a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais à existência de recursos "disponíveis" no contexto brasileiro, significa reduzir a eficácia destes direitos à zero, relativizar sua universalidade, condenando-os a serem considerados direitos de menor importância. No caso brasileiro, o problema reside na escolha de prioridades na aplicação dos recursos ou até mesmo na violação de outras normas, cujo propósito seria exatamente a criação de condições para o avanço da situação social no país.

O aspecto que assume maior relevância na discussão da efetividade dos direitos fundamentais prestacionais é aquele relativo à existência dos recursos materiais. Esta existência de recursos materiais está relacionada a dois aspectos: a disponibilidade fática do meio necessário à realização do direito e a disponibilidade jurídica deste meio. O objeto previsto na norma deve estar disponível para o agente público destinatário da obrigação, ou seja, os meios necessários à realização da prestação normativamente prevista devem estar disponíveis tanto fática, quanto juridicamente.

Sarlet (2004, p. 288) ressalta que não basta a existência dos recursos. O Estado deve ter a capacidade jurídica para deles dispor. Nestas condições, no caso do direito à saúde, por exemplo, só é possível pleitear do Estado um determinado bem jurídico se ele estiver disponível naquele momento (não se pode pleitear um leito de UTI sem que haja leitos disponíveis), bem como se a concessão deste bem for juridicamente possível (o Estado não poderá ser condenado, por exemplo, a escolher dentre os cidadãos hospitalizados em UTI's para disponibilizar o leito necessário ao doente requerente).

Dentro destes parâmetros pode-se afirmar que os direitos fundamentais encontram-se sob a reserva do possível. Esta questão da disponibilidade de recursos assume especial relevância no caso dos direitos fundamentais sociais quando relacionada à dimensão econômica. Estes direitos demandam a existência de dinheiro para que as prestações materiais neles previstas sejam efetivamente realizadas pelos poderes públicos. Trata-se do chamado "fator custo", ou seja, os direitos fundamentais sociais somente podem ser efetivados na medida dos recursos financeiros efetivamente disponíveis para este fim. É o que observou Ana Paula de Barcellos:

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. (...) É importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo. (BARCELLOS, 2002, p. 236/237)

A autora observou, precipuamente, que a teoria da reserva do possível foi mais utilizada na doutrina e jurisprudência brasileira com maior 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 - relatando que:

... a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia o avanço da investigação 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. (BARCELLOS, 2002, p. 237)

A partir dos contornos apontados até aqui parece inadequado conceber a reserva do possível como espécie normativa. A reserva do possível não prescreve um determinado estado de coisas a ser atingido, não corresponde a um mandado de otimização. Ainda que se admita a possibilidade de ponderação da reserva do possível, este elemento, por si só, não parece suficiente para identificá-la como um princípio, já que os bens jurídicos também podem ser ponderados. Em verdade, o que se pondera é a escassez de recursos apresentada pela reserva do possível, com o comando normativo do direito fundamental social.

Desse modo, expressões como “cláusula” ou “postulado” parecerem mais adequadas para se referir à reserva do possível, já que ela, em verdade, condiciona determina a aplicação das normas. Todavia, um postulado, uma meta-norma na acepção de Humberto Ávila, não estaria sujeito, ele próprio, à ponderação. De fato, a proporcionalidade, enquanto postulado, não pode ser ela mesma objeto de ponderação, já que ela se aplica como uma regra no caso concreto (hipótese da adequação e necessidade) ou como um princípio (proporcionalidade em sentido estrito).

Diante deste quadro, parece mais adequado tratar exclusivamente de “reserva do possível”, como uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais.

3. A DIMENSÃO SIMBÓLICA DOS DIREITOS SOCIAIS FRENTE ÀS LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS GARANTIDAS PELA RESERVA DO POSSÍVEL

A mera positivação dos direitos humanos abordados de maneira centralizante, a qual marcou a positivação dos direitos fundamentais na experiência do Estado democrático de direito, de um modo geral não resolveria o problema de eficácia de tais direitos, pois na maioria das vezes o problema reside, como se viu até o momento, na escolha de prioridades na aplicação dos recursos ou até mesmo na violação de outras normas, cujo propósito seria exatamente a criação de condições para o avanço para a implementação de políticas públicas.

Em outro norte, Neves (2010, p.35) ressalta que a positivação no âmbito da sociedade moderna cumpre a função de estabelecer a diferenciação entre norma geral (legislação) e aplicação concreta do direito (jurisdição, administração), pressupondo a diferenciação entre Constituição e lei. Enfatiza também que *“a Constituição como normatização de processo de produção normativa é imprescindível à positividade como autodeterminação operativa do direito.”*

Melhor explicando, a Constituição, pelo enfoque da teoria dos sistemas de Luhmann, cumpriria a função de liberar o sistema jurídico das pressões da complexidade da sociedade moderna, na medida em que não se identificasse com as concepções abarcantes de caráter religioso, moral, filosófico ou ideológico, pois do contrário, em face à positivação, produziria, no interior da complexidade das sociedades contemporâneas, efeitos disfuncionais descaracterizantes do direito. Afirma o autor que:

Nessa perspectiva, pode-se até mesmo acrescentar que uma ‘Constituição que se identifica’ com concepções totalizadoras não se apresenta como Constituição no sentido estritamente moderno, uma vez que, em virtude da ‘identificação’, não é Constituição juridicamente diferenciada, mas sim um conjunto de princípios constitutivos supremos, que tem a pretensão de valer diretamente para todos os domínios ou mecanismos sociais. (NEVES, 2010, p.55)

Nesse ponto o Marcelo Neves coloca que em função da impossibilidade de identificação (princípio da não identificação) positivada de valores sociais existiria, quanto à Constituição moderna, um problema em relação à institucionalização dos direitos fundamentais, e, também relacionado ao amparo jurídico-constitucional dos institutos do Estado de bem-estar. Estar-se-ia diante do problema da eleição política e da ‘divisão de poderes’.

Em assim sendo, constata-se a inexistência de um sistema social supremo, o qual decorre da dificuldade de se institucionalizar direitos fundamentais. Em síntese, o autor afirma que: “...*através dos direitos fundamentais a Constituição moderna, enquanto subsistema do direito positivo, pretende responder às exigências do seu ambiente por livre desenvolvimento da comunicação (e da personalidade) conforme diversos códigos diferenciados.*” (NEVES, 2010, p. 67)

Noutro lado, contrapõe a concepção de Estado de bem-estar em relação ao princípio sociológico da inclusão e da exclusão. O modelo luhmanniano abrangente de Estado de bem-estar tem como base a “*inserção de toda a população nas prestações de cada um dos sistemas funcionais da sociedade.*” Tal concepção diz respeito ao ‘acesso’ e ‘à dependência’ da conduta individual a tais prestações, que quando generalizada levaria ao desaparecimento dos grupos não participantes da vida social ou daqueles que participam apenas marginalmente.

Em contrapartida, teria a exclusão, a qual seria “*a manutenção persistente da marginalidade.*” Para o autor isso significa que “*Na sociedade contemporânea...amplos setores da população dependem das prestações de diversos sistemas funcionais, mas não têm acesso a elas (subintegração).*”

Segundo Neves a questão é antes a de enfrentar as variáveis socioeconômicas, políticas e culturais que dificultam ou impedem a concretização normativa e a realização fática dos direitos humanos na maioria dos Estados e que conduzem, freqüentemente, a uma hipertrofia da força simbólica da constituição em detrimento de sua força normativa.

A partir dos modelos teóricos de MÜLLER e HÄBERLE, o autor define constitucionalização simbólica em termos de déficit de concretização jurídico-normativa do texto constitucional que, por essa razão, perderia sua capacidade de orientação generalizada das expectativas normativas.

Entretanto, Neves também observa que no plano da fundamentação político-ideológica, a constitucionalização simbólica serviria para encobrir problemas sociais, obstruindo transformações efetivas na sociedade. Nesse sentido, o distanciamento em relação à realidade social pode conduzir a um desgaste das constituições simbólicas cujo resultado seria a eclosão de movimentos sociais e políticos consistentes no sentido de transformações efetivas no sistema constitucional.

Porém, também é possível, segundo o autor, que aconteça o contrário, ou seja, uma apatia das massas e ao cinismo das elites, não ficando descartada a possibilidade de haver o

surgimento de posturas autoritárias que simplesmente instrumentalizem a constituição de modo a excluir ou limitar drasticamente o espaço de crítica em relação à ‘realidade do poder’.

De fato, a relevância econômica dos direitos fundamentais sociais a prestações é inegável. Na medida em que o constituinte instituiu o direito à educação fundamental, à saúde, à segurança, dentre outros, e, assim, determinou ao Estado a criação de todas as condições materiais necessárias à realização destes direitos, as quais por si só demandam uma estrutura dispendiosa dado às proporções da população brasileira, sendo certo que prestações como estas demandam gastos vultosos. E esta dimensão fática da realização dos direitos fundamentais sociais não pode ser simplesmente ignorada.

Amaral (2002, p. 173) teve oportunidade de asseverar que a doutrina e a jurisprudência brasileiras tendem a se esquivar da matéria, seja presumindo a existência dos recursos necessários quando instadas a se pronunciar sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais, seja afirmando a imoralidade de se recorrer a discussões orçamentárias quando a questão se relaciona à efetividade de direitos fundamentais.

Logo, impõe-se enfrentar a questão da reserva do possível relacionada à escassez de recursos. Todavia, é necessário elucidar dois aspectos bastante distintos da reserva do possível: a total inexistência de recursos financeiros necessários à concretização da prestação material demandada e a inexistência destes recursos porque os mesmos foram alocados pelos poderes públicos para finalidades distintas. É o que se pretende distinguir a seguir.

A reserva do possível implica a necessidade de se averiguar a existência dos recursos necessários à efetivação de um determinado direito fundamental quando da demanda, em juízo, por sua exigibilidade.

Precisamente em atenção a esta questão, o constituinte se ocupou de inserir no próprio texto constitucional normas que estipulam uma obrigação clara e inequívoca de destinação dos recursos auferidos pelo Estado para a realização de políticas públicas dedicadas à efetivação dos direitos fundamentais nela previstos. É o que se verifica, a título de exemplo, nos dispositivos constitucionais contidos no art. 195, em relação à seguridade social³; no art. 204, relativo às ações governamentais em assistência social⁴; no art. 212,

³ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III – sobre a receita de concursos de prognósticos.

quanto à aplicação anual de verbas destinadas ao ensino no âmbito de cada uma das unidades federais⁵, dentre outras.

Portanto, verifica-se a preocupação do constituinte com a viabilidade econômica dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal. É certo que não é pretensão da Constituição engessar os poderes públicos, tolhendo-lhes a capacidade de administrar seus próprios recursos. Todavia, ao elaborar um elenco de direitos fundamentais a fim de alcançar o respeito à dignidade humana – 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.

Como bem observou Ana Paula de Barcellos, a obtenção de receita pelo Estado foi vastamente regulamentada pela Constituição, a qual estabeleceu limites ao poder de tributar, apontando o caminho a ser trilhado pelo administrador público. Se esta limitação está presente para a obtenção de recursos financeiros, por certo que também o está para a realização de despesas.

Além do limite formal oriundo da obrigação de se criar previsão orçamentária para o dispêndio de recursos, a Constituição determina limites materiais, correspondentes à necessidade de se destinar recursos públicos para os objetivos e prioridades nela estipulados – os quais são frutos de uma decisão política e eticamente material, assumida pelo povo, representado na Constituinte.⁶ Vale observar a conclusão da autora:

Se é assim, e se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes haverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento. No caso brasileiro, a essa conclusão se chega igualmente em decorrência de um conjunto de compromissos internacionais assumidos formalmente. Com efeito, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre o direito

⁴ Art. 204. As ações governamentais na área de assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: ...

⁵ Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

⁶ Neste sentido, não parece mais adequada a posição uma vez defendida por Ricardo Lobo Torres: “Os direitos sociais e os econômicos projetam sobre o orçamento conseqüências diferentes das emanadas dos direitos de liberdade, que antes examinamos. Se não houver lei ordinária concessiva, inexistirá a obrigatoriedade de o orçamento contemplar as dotações para a despesa, ainda que a Constituição, programaticamente, proclame o direito social. Havendo lei ordinária de concessão do direito social ou econômico, o orçamento autorizará a despesa; mas pode fixar dotações inferiores às propostas ou até mesmo se omitir. O Executivo, por seu turno, fará discricionariamente a entrega das prestações, sob a forma de subvenções ou de transferências intergovernamentais”. TORRES, R. L. O orçamento na Constituição, p. 136. Ao negar a vinculatividade dos direitos fundamentais sociais, esta posição caba por negar a própria normatividade da Constituição.

das crianças e também o Pacto de São José de Costa Rica obrigam os Estados signatários a investirem o máximo dos recursos disponíveis na promoção dos direitos previstos em seus textos... (BARCELLOS, 2002, p. 240/244).

Nestas condições, 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.

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.

A reserva do possível surge como um excelente escudo para a ineficácia dos direitos fundamentais a prestações positivas, como os direitos sociais, pois nada poderia ser feito – ainda que houvesse “vontade política” - face à escassez de recursos. Interessante que estes recursos nunca são escassos para outros fins, de modo que a própria noção de escassez merece ser investigada, e não tomada como um dado de verdade irrefutável.

Gustavo Amaral (2002, p. 147), por sua vez, trata a escassez de recursos como um elemento essencial, não acidental, na realização dos direitos, razão pela qual a questão econômica deverá sempre passar por uma investigação da alocação dos recursos escassos pelos poderes competentes.

Todavia, se for considerado que a destinação dos recursos para um determinado fim acaba por determinar a escassez para outro, verifica-se que muitos autores brasileiros estão autorizados a falar em escolhas políticas, as quais não prestigiem a realização destes direitos. Neste sentido, manifestou-se Arno Arnoldo Keller:

O Brasil, em face da série de problemas que vem enfrentando de uma só vez, (...), está negligenciando os direitos sociais e os dispositivos constitucionais que os asseguram não estão sendo cumpridos integralmente. Esse descumprimento deve-se a alguns fatores, dentre os quais destacam-se:

- a) falta de vontade política para dotar os orçamentos públicos de recursos necessários;
- b) precisamos de um Estado cada vez mais forte, o que se consegue com a participação da sociedade civil, para garantir os direitos neste contexto hostil de globalização e neoliberalismo;
- c) o Direito deve servir de instrumento de transformação social, afastando a disfunção existente entre o Direito e as Instituições que têm a seu encargo a aplicação da lei. (KELLER, 2001, p. 102/103).

Afinal, não se pode comprometer toda a eficácia normativa do Direito afogando-o em dados estatísticos, em balanços orçamentários muitas vezes manipulados a ponto de satisfazer de forma traidora as normas jurídicas, como por exemplo, elencar dentre as despesas públicas com educação, gastos com propaganda ou o pagamento de salário do motorista particular do Ministro da Educação.

Sady têm uma visão crítica digna de nota a este respeito:

“A questão, contudo, não reside em vontade política, mas na contradição essencial de uma sociedade de classes: por maior que seja a vontade do agente estatal em manter a inteireza do sistema de relações de produção, o que determina uma prioridade nas escolhas do administrador público. A existência de pobres e ricos não é uma inevitabilidade da natureza como se fosse a convivência entre cachorros e galinhas. É fruto de escolhas historicamente praticadas no enfrentamento de classes em torno da apropriação do excedente social.”⁷

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*” (AMARAL, 2002, p. 148).

Para tanto, a própria Constituição fornece parâmetros a serem respeitados, como acima declinados. Uma escolha de alocação dos 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.

Segundo Flávio Galdino,

“O que verdadeiramente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo ‘direito’. (...) O argumento da ‘exaustão orçamentária’ presta-se unicamente a encobrir as trágicas escolhas que deixaram de fora do universo do possível à tutela de um determinado ‘direito’”. (GALDINO 2005, p. 214)⁸

⁷ SADY, José João. O Judiciário e o conflito entre DH e reserva do possível. In: Carta Maior, http://cartamaior.uol.com.br/cmsemanal/imp_cmsemanal.asp?id=60&coluna-producao, acessado em 01/07/2011, às 10:00 horas, p. 3.

⁸ Ainda que não se concorde com a opção do autor por considerar a dimensão do custo como elemento intrínseco do conceito de direito fundamental, não se pode deixar de reconhecer a validade de suas observações em relação à questão da alocação de

Portanto, na medida em que todos os direitos fundamentais dependem de recursos financeiros para ser efetivados, a questão da alocação de recursos, ou seja, a definição de que bens jurídicos serão protegidos prioritariamente, qual parcela da população será atendida, mostra-se de importância relevante.

Conclui-se, dessa forma, que a dimensão simbólica atribuída aos direitos sociais frente às limitações orçamentárias abonadas pela reserva do possível no contexto brasileiro se deve ao desvirtuamento de tópicos da jurisprudência constitucional alemã, que entende que a construção de direitos subjetivos e a prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos, e que a questão da eficácia dos direitos fundamentais sociais é antes um problema de prioridade na escolha e efetivação de políticas públicas que relativa a tese dos custos dos direitos fundamentais sociais no Estado de Direito brasileiro.

E neste diapasão, é necessário distinguir um argumento relacionado à inexistência de recursos necessários ao cumprimento do dever constitucional, da escolha alocativa procedida à revelia das normas constitucionais. É nesta seara que se faz necessário discutir a atuação Poder Judiciário, na medida em que nos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição são reconhecidos princípios que determinam posições jurídicas subjetivas *prima facie*.

4. A NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO PARA A EFETIVA IMPLANTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O cerne principal da questão até então proposta no presente artigo é conciliar princípios constitucionais ligados ao equilíbrio orçamentário e outros atinentes à efetivação dos direitos fundamentais.

Isso se deve ao fato de que o orçamento público, muito além de simplesmente prever receitas e despesas, é um efetivo instrumento de implementação de políticas públicas pelo Estado, de maneira a concretizar os objetivos almejados. Neste sentido é que Mânica (2010) ressalta ser bastante intrínseca a relação entre orçamento e políticas públicas, de forma que o primeiro instrumentaliza o segundo e define o grau de concretização das previsões

recursos. De fato, mesmo partindo da premissa da escassez de recursos, a existência de escolhas por parte dos poderes públicos sobre como despendê-los assume especial relevância em um país cuja Constituição estabelece certas prioridades de forma vinculante a estes poderes.

constitucionais. Os direitos individuais, para concretização, dependem diretamente do orçamento.

Objetivando clarear a celeuma existente entre previsão e concretização, de grande valia mostra-se a teoria apresentada por Robert Alexy no que diz respeito à atividade de ponderação entre princípios que colidem no caso concreto. Não se perca de vista, porém, que a Teoria dos Direitos Fundamentais proposta por Alexy é, como afirma o próprio autor, uma teoria jurídica geral fundamentada na Constituição alemã. Porém, nada impede que a mesma seja aplicada aos parâmetros da Constituição brasileira, desde que observados os critérios básicos ditados pelo seu autor.

Tal ressalva mostra-se importante porque, nas decisões pátrias, a ponderação de Alexy mostra-se odiernamente deturpada da proposta original. Ao contrário da necessária fundamentação dos argumentos dispostos para a solução das colisões de princípios, os tribunais não raras vezes resumem-se a dispor quais os princípios colidentes e, sem qualquer carga argumentativa, concedem prevalência a um em detrimento do outro. Não é isso que a teoria de Robert Alexy propõe.

4.1 A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy – Introdução da Ponderação

Inicialmente cumpre salientar que, para Robert Alexy, princípios e regras devem ser reunidos sob o conceito de Norma, porque “*ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição*” (ALEXY, 2008, p.87).

Partindo da distinção inicialmente proposta por Dworkin entre as regras e princípios, ele elabora sua própria teoria acerca da referida diferenciação, na qual insere a idéia de que entre as regras haveria conflitos e entre os princípios haveria colisões.

Especificamente quanto ao que interesse ao tema proposto, a colisão entre princípios não se resolve com a invalidade de um ou inserção de uma cláusula de exceção. Aqui o que ocorre é que um dos princípios, diante do caso concreto, deverá ceder.

Toma-se como exemplo o caso em que um estudante, sob o pretexto de que tem direito à educação de qualidade, pleiteia vaga em uma determinada universidade pública, mesmo que não tenha conseguido classificar-se para o número de vagas existentes. Neste caso, não se justifica, por inúmeras razões que devem ser devidamente justificadas e embasadas, abrir uma vaga específica para o pleiteante se, atendidos os critérios de seleção,

ele não se classificou. São dois princípios que colidem: um primeiro que exige o fornecimento de educação de qualidade a todo cidadão e outro que proíbe a exceção à isonomia no processo de seleção. Decisão em sentido parecido foi a do Tribunal Constitucional alemão, no caso conhecido como *Numerus Clausus* (BverfGE n.º 33, S. 333), em que se negou o ingresso de determinados estudantes a uma escola de medicina que já estava com as vagas esgotadas.

Torna-se claro que um dos princípios tem precedência sob o outro em determinadas condições, o que significa dizer que, sob outras condições, pode ser que o princípio já não terá precedência. Com isso, pretende-se aclarar a idéia de que não existe, para a teoria de Alexy, uma precedência absoluta de um princípio sob o outro, sempre dependendo do caso concreto.

A relação de tensão entre princípios não pode ser solucionada com base em uma precedência que seja absoluta de um deles, mas sim por meio de sopesamento entre os interesses conflitantes. Como afirma o próprio Alexy (2008, p.95), “*o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.*”

Passando para uma aplicação concreta deste sopesamento, se em determinada situação a falta de previsão orçamentária impede a concretização efetiva de um dado direito fundamental, então sob estas circunstâncias este direito não prevalecerá, em privilégio da segurança do orçamento e da ordem de precedências por ele imposta. Entretanto, nada impede, e assim o é, que em outra situação, estes mesmos princípios estejam colidindo e venha a prevalecer a observância do direito fundamental requerido. Trata-se de garantir, na maior medida possível, a realização de um direito fundamental e, de outro lado, o dever de respeitar os limites orçamentários previstos em lei específica.

Neste sentido é que Robert Alexy define princípios como mandamentos de otimização, cuja realização se dá na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas propostas. Pela lei da colisão, inexistente relação absoluta de precedência de um direito sobre o outro e impossível se torna quantificar as ações e situações. Nas decisões do Tribunal Constitucional alemão analisadas por Alexy, a situação de tensão é exatamente entre direitos fundamentais, deveres e pretensões, como aqui proposto. Portanto, são várias as formas de se denominar os objetos de sopesamento.

Isoladamente considerados, os direitos ou princípios aqui analisados – observância das disposições orçamentárias e efetivação de direitos fundamentais sociais – conduzem a uma contradição, o que quer dizer que um restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Neste impasse, a solução perpassa por uma necessária relação de precedência condicionada entre eles, com base nas circunstâncias do caso concreto. Sob determinadas

condições, um princípio ou direito prevalecerá, o que não ocorrerá em condições diversas. Tudo dependerá da análise do caso concreto, da situação em si considerada.

Para saber sob quais condições um direito deve prevalecer e qual deve ceder, a teoria alexyana propõe a adoção do peso que tal direito tem naquela situação específica.

A ponderação deve ocorrer em três etapas distintas. Inicialmente constata-se uma situação de tensão entre os dois princípios conflitantes que, se isoladamente considerados, levariam a soluções contraditórias. Esse conflito somente poderá ser solucionado por meio da adoção do sopesamento através do qual deve decidir-se qual interesse cederá, considerando as configurações especiais do caso concreto. Num segundo momento, baseando-se nas considerações fundamentadas que foram tecidas na etapa inicial, verifica-se qual dos direitos prevalecerá naquela situação. Somente na terceira etapa é que ocorrerá a decisão, com a adoção do direito que precedeu sobre o outro, surgindo daí uma regra que regerá o caso.

Um exemplo clássico poderá ser formulado para o esclarecimento da teoria acima exposta e sua aplicação ao tema da reserva do possível. É o caso de um indivíduo, com problemas de saúde, que deve submeter-se a tratamento que é oferecido pelo Sistema Único de Saúde, mas que opta por um outro tratamento experimental oferecido no exterior, requerendo para tanto que o Estado arque com as despesas deste tratamento a ser realizado em outro país. Certamente, neste caso concreto, após uma grande carga argumentativa, poderá concluir-se que prevalecerá o princípio de observância obrigatória das previsões orçamentárias, que por sua vez não contemplam tais despesas, especialmente por dizer respeito a um tratamento experimental. Isso ocorre porque o administrador não dispõe de liberdade plena para dispor dos recursos, vinculando-se necessariamente às leis orçamentárias.

Resultado diverso, porém, ocorre quando o tratamento não é oferecido no Brasil, mas que por sua vez é desenvolvido com sucesso em país estrangeiro. Neste caso, também mediante argumentos sólidos e válidos juridicamente, a solução pode ser diversa daquela inicialmente adotada, havendo que se falar aqui, diante das circunstâncias do caso concreto, em prevalência do direito à proteção da saúde.

Não se perca de vista, entretanto, que a atividade de ponderação deve ocorrer apenas nos casos de princípios ou interesses conflitantes, em que não há uma precedência absoluta de um sobre o outro. Isso não ocorre, porém, quando há possibilidades de implementação dos direitos individuais sociais por via orçamentária reflexa, através da adoção de políticas públicas integradas. Ora, em não havendo previsão orçamentária para a efetivação de um dado direito individual, deve-se necessariamente analisar as demais disposições contidas na lei

orçamentária que, de alguma forma, propiciam a implementação daquele direito inicialmente inexecutável. Somente após o esgotamento de todas as possibilidades é que se estará diante do confronto entre previsão no orçamento *versus* implementação do direito individual pretendido.

A teoria da reserva do possível surge justamente da impossibilidade de efetivação de todos os direitos fundamentais sociais num único momento face à limitação dos recursos para tanto. Nos dizeres de Mânica (2010, p. 12) “*não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação*”.

Isso significa dizer que a efetivação de direitos deve dar-se mediante a ponderação, com base nos critérios de proporcionalidade. Importante trazer à baila sensata análise da situação fornecida pelo citado autor:

A aplicação da teoria da reserva do possível implica reconhecer, de um lado, a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação; de outro, a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa (discricionária) do Executivo como óbices à efetivação dos direitos sociais fundamentais. Isso significa que a inexistência efetiva de recursos e ausência de previsão orçamentária são elementos não absolutos a serem levados em conta no processo de ponderação por meio do qual a decisão judicial deve tomar forma. (MÂNICA, 2010, p. 16)

Posições extremadas acerca da efetivação dos direitos fundamentais ou limitação às previsões orçamentárias devem ser abandonadas em favor de análises concretas das situações, considerando-se as peculiaridades de cada caso e as argumentações racionais do discurso proposto.

4.2 Uma análise sobre a máxima da proporcionalidade

Como já ressaltado, a implementação dos direitos sociais face à alegação da cláusula da reserva do possível deve se dar atendendo a critérios de proporcionalidade. Robert Alexy apresenta, para tanto, três máximas parciais advindas da máxima da proporcionalidade, quais sejam, a adequação, a necessidade (entendida como adoção do meio menos gravoso) e a proporcionalidade em sentido estrito, através da qual ocorre o sopesamento propriamente dito.

Vale ressaltar que as três máximas parciais devem funcionar como regras e não como princípios, na medida em que elas são satisfeitas ou não e sua validade decorrerá do fato de sua não observância ter gerado ou não uma ilegalidade. Portanto, não se trata de afirmar que às vezes elas têm precedência ou não.

Vale citar importante trecho de Robert Alexy, no qual analisa a atividade de sopesamento inserida na máxima da proporcionalidade em sentido estrito, por dizer respeito às possibilidades jurídicas:

Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. 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 antagônicos. Isso significa que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 118)

Noutro lado, no que se refere às possibilidades fáticas, a adoção de uma determinada medida em detrimento a outra deve ocorrer considerando-se que tal medida é uma forma menos gravosa ao indivíduo na solução do caso. Isso nada mais seria do que o sopesamento, com a fundamentação de uma relação condicionada de preferência de um princípio sobre o outro. Atrelada à necessidade e adoção do meio menos gravoso deve estar necessariamente o exame da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o sopesamento.

Pretende-se afirmar com isso que diante da alegação da reserva do possível como fundamento para a não concretização de determinados direitos fundamentais sociais, a ponderação entre os princípios constitucionais atrelados a tais afirmações não deve ocorrer somente com a prevalência pura e simples de um deles, mas especialmente há de considerar que aquele resultado, advindo da atividade de sopesamento, é o que gera menor dano aos princípios colidentes e o mais adequado para aquela determinada situação.

5. CONCLUSÃO

O tema discutido no artigo é bastante controverso e áspero. Isso porque confronta os direitos fundamentais sociais, claramente previstos no texto constitucional, à sua efetiva implementação pelos poderes públicos responsáveis para tanto.

É livre de dúvidas o fato de que a efetivação dos direitos constitucionais, na maioria das vezes, demanda custos e especialmente quando se trata dos direitos fundamentais sociais. Para tanto, o próprio constituinte já previu patamares mínimos de alocação de recursos nas áreas essenciais protetoras do mínimo existencial. Mas ainda assim, tais áreas corriqueiramente clamam por recursos para políticas adicionais cuja execução torna-se urgente.

A execução de tais políticas esbarra justamente na falta de previsão para a sua concretização e é aí que o Estado lança mão da “reserva do possível”, alegando que os direitos sociais serão implementados desde que haja recursos públicos para que tal fato ocorra.

Nesse ponto é que se afirma que referidos direitos assumem o aspecto simbólico porque, apesar de estarem previstos na Constituição da República inclusive com natureza de cláusulas pétreas, não são efetivados no campo prático de atuação estatal, revelando a face nefasta do simbolismo que adquirem.

Diante de tal constatação, o artigo se propôs a evidenciar que as situações conflituosas entre possibilidade de execução e necessidade de implementação ocorrem no campo prático e devem ser resolvidas mediante atividade de ponderação, seguindo as idéias definidoras de Robert Alexy no que diz respeito ao encontro de uma solução diante da análise do caso concreto, quando tais casos são apresentados ao judiciário.

Em razão das peculiaridades que cercam o tema, especialmente considerando as disposições orçamentárias e sociais, ambas previstas constitucionalmente, não há que se falar em prevalência absoluta de uma sobre a outra. Admitida tal precedência, o risco de um julgamento equivocado e precipitado é grande e deve ser evitado.

Somente através de uma argumentação racional, num discurso aberto às idéias fundamentadas, é que se torna possível a solução da controvérsia existente.

Entretanto é de se ressaltar que a partir da constatação de que todos os direitos fundamentais dependem de recursos financeiros para ser efetivados, a questão da alocação de recursos, ou seja, a definição de que bens jurídicos serão protegidos prioritariamente, qual parcela da população será atendida, mostra-se de importância relevante, principalmente em países socialmente díspares como o Brasil.

Por outro lado, para se corrigir tais distorções é necessária distinção de um argumento relacionado à inexistência de recursos necessários ao cumprimento do dever

constitucional, da escolha alocativa procedida à revelia das normas constitucionais, fazendo-se indispensável discutir a atuação do Poder Judiciário com base na teoria da ponderação de valores.

Como já foi dito, a reserva do possível é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes. Todavia, não se trata de simplesmente afirmar que os direitos fundamentais existem no mundo jurídico, mas só encontrarão efetividade quando houver recursos suficientes em caixa, disponíveis pelos poderes públicos, para realizar as prestações neles previstas. A questão não é de todo simples.

Ainda que não se possa perder a dimensão da realidade, é válido ter em consideração que os direitos fundamentais sociais primeiramente existem, são reconhecidos como tais pela Constituição vigente, e por essa razão devem ser concretizados.

Assim, a condição imposta pela reserva do possível atua em relação aos direitos fundamentais prestacionais como um elemento externo, que pode reduzir, ou até 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.

Daí é possível afirmar que a reserva do possível, enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais, não é absoluta, mas sujeita a um padrão de razoabilidade (como racionalidade) e proporcionalidade. De um lado se relaciona com a proibição do exagero infundado na luta pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, de modo que não se pode exigir do Estado e da sociedade algo fora dos padrões do razoável, do adequado, do necessário e do estritamente proporcional. Por outro lado, tendo em vista as particularidades do sistema constitucional brasileiro, é possível afirmar que a reserva do possível também se relaciona com a proporcionalidade no sentido de que o próprio argumento da realização dos direitos dentro do que for possível deverá estar pautado pela proporcionalidade.

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 ofensa ao 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 de alocação de recursos.

Ademais, 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 má alocação dos recursos existentes, em outros fins que não os direitos sociais

previstos. Conclui-se, desse modo, que o problema de eficácia dos direitos sociais, encontra solução na maioria das vezes, na escolha de prioridades na aplicação dos recursos ou até mesmo na violação de outras normas, cujo propósito seria exatamente a criação de condições para o avanço para a implementação de políticas públicas.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana.- Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy, in Legitimação dos Direitos Humanos - Ricardo Lobo Torres (org.), Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. – 5 ed. – Portugal: Livraria Almedina, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. e MOREIRA, V. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, eficácia e direitos sociais. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA, jan-dez 2004.

GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos Não Nascem em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. The Cost of Rights. New York: W. W. Norton, 1999.

KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado.” Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

KELLER, Arno Arnoldo. O Descumprimento dos Direitos Sociais, São Paulo: LTr . 1ª Edição, 2001. EDITORA

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais e prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 21, março, abril, maio, 2010. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-FERNANDO-MANICA.pdf>> Acesso em: 26 jul. 2011.

MORO, Sérgio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica, 2ª edição., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 26/07/2011.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de artigos em periódicos científicos. Belo Horizonte, 2008. Disponível em <<http://www.pucminas.br/biblioteca/>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

SADY, José João. O Judiciário e o conflito entre DH e reserva do possível. In: Carta Maior, http://cartamaior.uol.com.br/cmsemanal/imp_cmsemanal.asp?id-60&coluna-producao, acessado em 01/07/2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. "O mínimo existencial e os direitos fundamentais" in RDA 177, jul/set, Rio de Janeiro, 1989.