



**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
DIREITO CONSTITUCIONAL**

RICARDO TEIXEIRA LEITE MOURÃO

**JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E A
RESERVA DO POSSÍVEL**

BRASÍLIA

2010

RICARDO TEIXEIRA LEITE MOURÃO

JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E A RESERVA DO POSSÍVEL

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Dra. Julia Maurmann Ximenes

BRASÍLIA

2010

RESUMO

O “ativismo judicial” é um debate vivo no Brasil, ganhando maior relevância com o Neoconstitucionalismo, movimento pelo qual o Poder Judiciário, buscando dar cumprimento aos mandamentos constitucionais, assume maior protagonismo em relação às políticas públicas. Buscando estabelecer parâmetros para a atuação judiciária na solução de conflitos distributivos, surgem as teorias do mínimo existencial, de um lado, e da reserva do possível, de outro. De forma bastante resumida, a primeira teoria busca determinar aquelas situações em que, falhando os poderes executivo e legislativo em garantir um *quantum* mínimo dos direitos fundamentais, estaria o Judiciário obrigado a garanti-lo em face da Constituição. De outro, a teoria da reserva do possível é uma criação jurisprudencial tedesca, posteriormente adaptada no Brasil, que busca limitar o *quantum* de direito subjetivo que o Estado e a sociedade estariam obrigados a garantir a cada um de seus membros em face das necessidades dos demais. Nesse sentido, o trabalho busca apresentar o mínimo existencial estipulado na Teoria da Justiça como Equidade, de John Rawls, e, em seguida, avaliar a compatibilidade dessa teoria com a reserva do possível, tanto em sua acepção alemã quanto na brasileira. Conclui-se pela compatibilidade da reserva do possível com o mínimo social – nome atribuído por Rawls ao mínimo existencial – apenas quando tomado em sua acepção mais ampla, relacionada com o segundo princípio da Justiça como Equidade – o princípio da diferença –, situação em que cabe ao Legislador determinar a amplitude dos direitos concedidos pelo Estado; por outro lado, em sua acepção mais restrita, o mínimo social ganha *status* de primeiro princípio, não podendo ser descumprido por um Estado que almeja ser justo à luz da teoria do filósofo americano.

Palavras-Chave: Justiça como Equidade, mínimo existencial, reserva do possível, justiça distributiva, ativismo judicial.

ABSTRACT

The "judicial activism" is a lively debate in Brazil, gaining greater importance with the Neoconstitutionalism, movement by which the Judiciary, seeking to comply with constitutional provisions, assumes a greater role in relation to the establishment of public policy. Seeking to establish parameters for the judicial role in resolving distributional conflicts, two theories arise: "existential minimum", on one hand, and "reservation for the possible", on the other hand. Quite briefly, the first theory seeks to determine those situations where, failing the executive and legislative powers to ensure a minimum degree of fundamental rights, the judiciary would be bound to guarantee it in the face of the Constitution. On the other, the second theory is a German judicial creation, later adapted in Brazil, which seeks to limit the *quantum* of subjective rights that the state and society would be obliged to guarantee to each of its members. Thus, the study presents the existential minimum stipulated in the Theory of Justice as Fairness by John Rawls, and then evaluating the compatibility of this theory with the "reservation for the possible", both in its German sense as in Brazilian. The results confirmed the compatibility of these theories only when the social minimum is taken in its broadest sense, when it is related to the second principle of Justice as Fairness – difference principle –, in which case it is for the legislator to determine in which extent rights are to be granted by the State; on the other hand, in its strictest sense, the social minimum acquires the status of the first principle, when it cannot be breached by a State which aims to be considered as fair in light of the theory of the American philosopher.

Key-words: Justice as Fairness, existential minimum, reservation for the possible, distributive justice, judicial activism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 JUSTIÇA COMO EQUIDADE E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA	7
1.1 JUSTIÇA COMO EQUIDADE.....	7
1.1.1 <i>A SOCIEDADE BEM-ORDENADA</i>	8
1.1.2 <i>A ESTRUTURA BÁSICA DA SOCIEDADE.....</i>	9
1.1.3 <i>PESSOAS LIVRES E IGUAIS, RACIONAIS E MUTUAMENTE DESINTERESSADAS</i>	10
1.1.4 <i>OS BENS PRIMÁRIOS</i>	13
1.1.5 <i>POSIÇÃO ORIGINAL: O VÉU DA IGNORÂNCIA.....</i>	15
1.1.6 <i>O RACIOCÍNIO QUE CONDUZ AOS DOIS PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA</i>	17
1.2 A PROPOSTA DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NA JUSTIÇA COMO EQUIDADE.....	19
1.2.1 <i>O SEGUNDO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE.....</i>	19
1.2.2 <i>INSTITUIÇÕES DE FUNDO PARA A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: O PAPEL DO ESTADO.....</i>	23
2 RESERVA DO POSSÍVEL	24
2.1 O MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	25
2.2 RESERVA DO POSSÍVEL: SURGIMENTO DA TESE E SEU CONTEÚDO NA ALEMANHA.....	35
2.3 RESERVA DO POSSÍVEL: ADOÇÃO E ADAPTAÇÃO DA TESE NO BRASIL.....	37
3 JUSTIÇA COMO EQUIDADE E A RESERVA DO POSSÍVEL	43
3.1 CONFLITOS DISTRIBUTIVOS	43
3.1.1 <i>MÍNIMO EXISTENCIAL, RESERVA DO POSSÍVEL E OS CONFLITOS DISTRIBUTIVOS</i>	48
3.1.2 <i>JUSTIÇA COMO EQUIDADE E MÍNIMO SOCIAL.....</i>	51
3.1.3 <i>A RESERVA DO POSSÍVEL E OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE</i>	55
CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

John Rawls criou a Justiça como Equidade¹, uma teoria contratualista que tem em seu cerne dois princípios fundamentais que, escolhidos em uma circunstância de absoluta igualdade e neutralidade, formariam a base para a formatação das instituições sociais básicas segundo critérios de uma justiça procedimental, capazes de unir as pessoas daquela sociedade em torno do contrato social.

O primeiro desses princípios está relacionado com a idéia das liberdades fundamentais e tem primazia sobre o segundo, isto é, o conflito entre estes princípios deve ser resolvido em favor do primeiro; o segundo princípio, denominado de ‘princípio da diferença’ trata de aspectos de justiça distributiva e aponta para a necessidade de que qualquer desigualdade material na sociedade seja explicada em termos de que sua existência é mais benéfica para os menos favorecidos da sociedade do que se essa desigualdade fosse removida.

Do conteúdo dessa teoria extraem-se dois tipos de mínimos sociais: um de caráter essencial, que ganha o status de verdadeira liberdade e outro, cujo fundamento é o segundo princípio, que determina a maximização das perspectivas dos menos favorecidos.

Em contraponto à teoria de Rawls e ao mínimo social que dela se deriva, apresenta-se o conceito da teoria da ‘reserva do possível’. Essa teoria foi criada pela jurisprudência alemã e, posteriormente, trazida para o Brasil com modificações. De maneira sucinta, em se tratando de pleito a um direito social, sua concessão dependerá de se estabelecer a razoabilidade do pedido frente aos demais indivíduos que compõem a sociedade e que, em última análise, arcarão com os custos da concretização desse direito.

Esse trabalho busca apresentar as teorias da ‘Justiça como Equidade’ e da ‘Reserva do Possível’, buscando investigar a compatibilidade entre essas teorias e, assim, verificar se a ‘Reserva do Possível’ serviria como critério aceitável para solução de conflitos distributivos decorrentes da necessidade de atendimento pelo Estado dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional à luz da teoria de Rawls.

Para tanto, o trabalho foi organizado em três capítulos: o primeiro deles apresenta a Justiça como Equidade, teoria de justiça política criada por John Rawls, bem como as principais premissas que fundamentam essa teoria. No segundo capítulo, discute-se a

¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

questão da Reserva do Possível, a gênese dessa teoria na Alemanha, bem como a forma como essa teoria vem sendo utilizada no Brasil. No capítulo 3, busca-se verificar as implicações da Justiça como Equidade quanto a um mínimo social a ser exigido do Estado e se a teoria da Reserva do Possível poderia ser, de alguma forma, compatível com a Justiça como Equidade. Por fim, tem-se a conclusão do trabalho.

1 JUSTIÇA COMO EQUIDADE E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

1.1 Justiça como equidade

Rawls desenvolve uma teoria contratualista, a que ele denominou por “justiça como equidade”, em que dois princípios de justiça constituem o objeto do acordo original, princípios esses que regerão a estrutura básica da sociedade. Esses princípios seriam aqueles que, para o filósofo, “pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação”.²

A posição original corresponde a uma “situação de igualdade” hipotética criada por Rawls de tal forma a levar a determinada concepção de justiça, aquela enunciada em seus dois princípios. Nessa situação, ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua classe social, como os recursos estão distribuídos, suas habilidades naturais ou sua inteligência.

Assim, os princípios da justiça são escolhidos por trás de um “véu de ignorância”. Como todos estão em situação semelhante, Rawls defende que a escolha racional levaria a princípios mais justos. Com base nesses pressupostos, Rawls define seus dois princípios de justiça (apresentados abaixo em sua formulação mais completa), aqueles que, acredita, seriam objeto do contrato social, e cuja aplicação deve se dar na ordem em que formulados:

Primeiro princípio: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.

Segundo: as desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.³

Esses princípios de justiça, aplicados a partir da posição original,

² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 14.

³ Idem, *ibidem*, p. 376.

permitiriam às partes elaborar uma convenção constituinte, e assim, determinar um sistema que contenha a estrutura e funções do poder político e dos direitos fundamentais.⁴

A seguir passamos a dissecar cada um dos pressupostos que levam à escolha desses princípios bem como a sua forma de aplicação.

1.1.1 A sociedade bem-ordenada

Uma das bases da teoria da justiça como equidade é a idéia de uma sociedade bem ordenada. Na posição original, as partes devem supor que os princípios de justiça escolhidos são públicos e, assim, avaliar as concepções de justiça que buscam estabelecer, tendo em conta suas conseqüências frente aos padrões de justiça amplamente conhecidos por todos.⁵

Rawls⁶ define uma sociedade bem ordenada como aquela em que todas as partes conhecem e aceitam os princípios de justiça e, ainda, em que as instituições sociais fundamentais buscam atender – e, em geral, atendem – a esses princípios. O autor ainda destaca que tal sociedade teria por objetivo promover o bem de seus membros, estando regulada por uma concepção pública de justiça.

Seriam três as características que definiriam uma sociedade como bem ordenada: primeiramente, cada membro aceita e sabe que os demais também aceitam a mesma concepção pública de justiça; em segundo lugar, as instituições políticas e sociais e a forma como essas cooperam entre si são conhecidas por todos, que, além disso, acreditam que elas satisfazem aos princípios de justiça; finalmente, as pessoas têm um senso de justiça efetivo, que lhes permite entender e aplicar os princípios de justiça publicamente reconhecidos.⁷

Com relação à primeira característica da sociedade bem-ordenada, cabe ressaltar que para a justiça como equidade, não é necessário que as partes comunguem uma mesma concepção de bem, mas tão somente que aceitem publicamente uma mesma concepção política de justiça para regular a estrutura básica da sociedade.⁸

Partindo da premissa de que uma sociedade bem-ordenada perduraria no

⁴ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Teoria da Justiça de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998, p. 193-194.

⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 560.

⁶ Idem, ibidem. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 5.

⁷ Idem. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 8-9.

⁸ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Teoria da justiça de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998, p. 211.

tempo, Rawls afirma que essa sociedade teria um caráter estável. Tal estabilidade seria efeito da conjugação dos fatos de que seus membros aceitam por justas as instituições fundamentais que a integram e, assim, incorporam esse senso de justiça, passando a defendê-lo. Essa a base da construção da concepção pública a que Rawls se refere, concepção esta que traria aos membros dessa sociedade um forte desejo de atuar em conformidade com os princípios de justiça.⁹

Para o autor, a estabilidade seria uma característica desejável para qualquer concepção moral, sendo que, a seu ver, a escolha dos princípios da justiça traria uma concepção mais estável que as outras alternativas.¹⁰

Por outro lado, Rawls alerta que a estabilidade a que se refere não se confunde com uma concepção estanque da sociedade e de suas instituições. Suas instituições e práticas podem mudar e, considerando a grande diversidade dessa sociedade, ela adotará distintas ordenações no transcorrer do tempo. Todavia, dada a estabilidade da concepção de justiça, as modificações sofridas pelas instituições são tais que elas permanecem justas, pois o senso comum de justiça dos membros tenderia a corrigir eventuais desvios dessas instituições.¹¹

Rawls¹² introduz a idéia de uma sociedade bem-ordenada para tratar da questão de se – e, quão bem – uma determinada concepção de justiça em uma sociedade democrática pode ser publicamente reconhecida e aceita, considerando que a sociedade é um sistema cooperativo entre pessoas livres e iguais através das gerações. Assim, defende o autor, uma concepção de justiça incapaz de assumir essa função pública seria seriamente falha. Assim, a adequabilidade de uma concepção política de justiça em uma sociedade bem-ordenada é utilizada por Rawls como um critério de comparação entre distintas concepções de justiça.

1.1.2 A estrutura básica da sociedade

Na teoria contratualista proposta por Rawls¹³, o objeto do acordo original são os princípios de justiça que devem regular a estrutura básica da sociedade. Essa estrutura

⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 561.

¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 560-561.

¹¹ Idem, *ibidem*, p. 565.

¹² Idem. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 9.

¹³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 8-11.

atua sobre as pessoas desde o nascimento até a morte, influenciando as oportunidades e expectativas dos indivíduos, favorecendo certos pontos de partida e, assim, trazendo profundas conseqüências para a vida das pessoas daquela sociedade.

Sua teoria busca identificar como a sociedade protege e distribui seus bens primários e, para tanto, consagra às liberdades básicas precedência absoluta no rol dos bens necessários à estrutura básica da sociedade.¹⁴

Essa estrutura básica, para Rawls, compreende o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e, ainda, determinam a forma de divisão das vantagens decorrentes da cooperação social.

Compõem a estrutura básica da sociedade a constituição política, assim como alguns arranjos econômicos e sociais de maior relevo. Dessa forma, Rawls destaca a proteção jurídica, a liberdade de pensamento e de consciência, a propriedade privada, os mercados competitivos e, ainda, a família monogâmica como exemplos de instituições sociais que formam a estrutura básica.

Para Rawls, a concepção de justiça social deve possibilitar a avaliação dos aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade. Isto é: “A justiça de um arranjo depende, em essência, de como se atribuem os direitos e deveres fundamentais e também das oportunidades econômicas e das condições sociais dos diversos setores da sociedade”¹⁵.

Rawls¹⁶ esclarece ainda que os princípios da teoria da justiça têm na estrutura básica seu objeto de atuação, não sendo aplicáveis, em regra, a regular internamente outras instituições ou associações existentes na sociedade:

While the principles of justice as fairness imposes limits on these social arrangements within the basic structure, the basic structure and the associations and social forms within it are each governed by distinct principles in view of their different aims and purposes and their peculiar nature and special requirements.¹⁷

1.1.3 Pessoas livres e iguais, racionais e mutuamente desinteressadas

Uma das idéias mais fundamentais contidas na teoria contratualista de

¹⁴ SANTA HELENA, Eber Zoehler. Justiça distributiva na teoria da justiça como equidade de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008, p. 342.

¹⁵ RAWLS, John. op. cit., p. 9.

¹⁶ Idem. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 10-11.

¹⁷ RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 11.

Tradução livre: “Enquanto os princípios da Justiça como Equidade impõem limites aos arranjos sociais que compõe a estrutura básica, a estrutura básica e as associações e formas sociais que a compõem são governadas por princípios distintos em vista de seus diferentes objetivos e propósitos, de suas naturezas peculiares e requerimentos próprios”.

Rawls é a concepção de que a sociedade é um sistema justo de cooperação social que se desenvolve ao longo do tempo, de geração para geração.¹⁸

Como destaca Rawls, a posição original fornece a ambiência – isto é, uma situação de absoluta igualdade – para que “indivíduos tidos como pessoas morais, isto é, como seres racionais com objetivos próprios e capacitados [...] para ter um senso de justiça”¹⁹ possam estabelecer os princípios de justiça que regularão a sociedade ou, mais especificamente, a estrutura básica dessa sociedade.

Assim, essa sociedade é formada pelo engajamento dos cidadãos, que devem ser capazes de promover esses valores por toda sua vida. Para tanto, o autor defende que esses indivíduos devem possuir duas faculdades morais (*moral powers*): (i) capacidade para ter um senso de justiça, isto é, a capacidade de entender, aplicar e agir a partir das determinações dos princípios de justiça estabelecidos para a cooperação social; e (ii) a capacidade para estabelecer uma concepção do bem, isto é, de ter, revisar e buscar essa concepção de bem.²⁰

Essas duas “faculdades” seriam os requisitos que permitiriam às partes não apenas engajarem-se em uma cooperação social mutuamente benéfica por toda sua vida, mas também serem movidas a honrar os termos de justiça estabelecidos nessa sociedade pelo seu próprio bem.²¹

Rawls destaca ainda que a sua teoria busca retratar uma concepção política das pessoas: “*the conception of the person itself is meant as both normative and political, not metaphysical or psychological*”.²² Uma concepção que leva em consideração o cidadão em face da cultura política pública de uma sociedade democrática, de seus textos políticos básicos (constituições e declarações de direitos) e da tradição jurídica em que o conteúdo desses textos é examinado.

Com relação a seu entendimento sobre igualdade, Rawls²³ distingue três níveis: (i) o da administração das instituições como sistemas públicos de normas, que implicaria a interpretação e aplicação imparcial das leis, buscando tratar casos semelhantes de

¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 5.

¹⁹ Idem. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 15.

²⁰ Idem. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 18-19.

²¹ Idem, *ibidem*, p. 19.

²² RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 19.

Tradução livre: “a concepção da pessoa tem significado normativo e político, e não metafísico ou psicológico”.

²³ Idem. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 622-624.

forma semelhante; (ii) o segundo diz respeito à aplicação da igualdade à estrutura substantiva das instituições, em que o significado de igualdade é dado pelos princípios de justiça e impõe que a todos sejam atribuídos os direitos fundamentais; e (iii) deve-se igual justiça àqueles que têm a capacidade para participar e agir de acordo com o entendimento público acertado a partir da posição original.

Ainda com relação à igualdade, o autor traz uma segunda categoria de distinções, em que compara a igualdade objetivada pelo primeiro princípio de justiça frente à objetivada pelo segundo. A igualdade estabelecida pelo segundo princípio rege as questões de ordem distributiva, buscando que a operação social seja tanto eficiente quanto equitativa. Por outro lado, a igualdade que advém do primeiro princípio aplica-se ao respeito que uma pessoa deve ter pela outra, independente de sua posição social; ela é devida a todo ser humano, visto enquanto pessoa moral, que possui as duas faculdades morais.²⁴

Com relação à liberdade, o jus filósofo²⁵ mais uma vez destaca que essa deve ser vista sob uma concepção política de justiça para uma sociedade democrática. Nesse sentido, ele destaca que as pessoas devem ser livres no que tange a dois aspectos: (i) em primeiro lugar, eles possuem uma auto-concepção de que são pessoas com força moral para poder ter uma concepção de bem; esta concepção não é estanque, e, porque são pessoas livres, não estão presos a uma concepção única de bem, podendo reavaliá-la e reelaborá-la em bases razoáveis e racionais; e (ii) em segundo lugar, as pessoas se consideram como capazes de autenticar suas próprias demandas como válidas perante a sociedade, isto é, podem demandar suas instituições de forma a que elas avancem em sua concepção de bem. Assim, são as pessoas na posse dessa liberdade aqui disposta quem podem colaborar para a criação de uma sociedade enquanto um arranjo justo de cooperação: “*As suits a political conception of justice that views society as a fair system of cooperation, a citizen is someone who can be a free and equal participant over a complete life*”.²⁶

Por fim, Rawls também descreve as partes que contratam na posição original como racionais e mutuamente desinteressadas. Com relação a essa última característica, o mútuo desinteresse, trata-se de um relaxamento de condição, isto é, não é o

²⁴ Idem, ibidem, p. 622-624.

²⁵ Idem. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 21-24.

²⁶ RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 24.

Tradução livre: “De forma a se encaixar em uma concepção política da justiça que enxerga a sociedade como um sistema justo de cooperação, o cidadão é alguém que pode participar [dessa sociedade] de forma livre e igualitária por toda sua vida”.

interesse pelo próximo que leva à escolha dos princípios de justiça, mas sim uma escolha racional de quem não quer se prejudicar. Por outro lado, a racionalidade que o autor utiliza impõe que a parte tenha um conjunto de preferências que seja coerente (de forma geral, isso requer uma transitividade entre as preferências, v. g., se prefere A em relação a B; e prefere B em relação a C, então prefere A em relação a C), busca aquela escolha que lhe permite ter mais daquilo que lhe parece importante e, ainda, que tenha maior probabilidade de ser realizada com êxito. Nesse sentido, resume o autor:

A suposição de racionalidade mutuamente desinteressada resume-se, portanto, no seguinte: as pessoas que se encontram na posição original tentam reconhecer princípios que promovam seu sistema de objetivos da melhor forma possível. Para isso, tentam garantir para si mesmas o mais alto índice de bens primários sociais, já que isso lhes possibilita promover sua concepção do bem de maneira mais eficaz, seja qual for essa concepção.²⁷

1.1.4 Os bens primários

Rawls introduz a noção de bens primários sociais para lidar com a questão de que o princípio da diferença requer que eventuais diferenças de cunho distributivo ocorram em benefício dos menos favorecidos. Torna-se necessário, portanto, alguma forma de determinar quem seriam esses menos favorecidos. E Rawls define os menos favorecidos como aqueles que têm a mais baixa expectativa de obtenção de bens primários durante toda a vida: *“the least advantaged are defined as those who have the lowest index of primary goods, when their prospects are viewed over a complete life”*.²⁸

Trata-se, portanto, de uma simplificação para possibilitar uma base pública para comparações interpessoais que leva em consideração as circunstâncias sociais objetivas dos cidadãos.²⁹

Ora, tomando-se a estrutura básica da sociedade como o objeto dos princípios de justiça e, portanto, da justiça como equidade, destaca Eber Zoehler Santa Helena que a análise dessas instituições se dá sob a ótica de como elas protegem e distribuem os bens primários na sociedade: “o objeto da teoria de justiça é identificar como a sociedade protege e

²⁷ Idem. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 175.

²⁸ RAWLS, John. Social unity and primary goods. **Collected papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 364.

Tradução livre: “os menos favorecidos são definidos como aqueles que têm o menor índice [de acesso] aos bens primários, quando se examina suas perspectivas ao longo da vida”.

²⁹ SANTA HELENA, Eber Zoehler. Justiça distributiva na teoria da justiça como equidade de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008, p. 342.

distribui seus bens primários”.³⁰

Nesse mesmo sentido, Leno Francisco Danner destaca a reivindicação dos bens primários por cidadãos racionais, livres e iguais como a demanda que inspira a formatação da organização das instituições pertencentes à estrutura básica da sociedade:

[...] a noção de bens sociais primários possibilita uma base pública tanto para as reivindicações dos cidadãos quanto, conseqüentemente, para a organização do sistema político e econômico. Ora, se esses bens possibilitam o desenvolvimento pleno dos cidadãos, e se esses bens são aqueles que cidadãos livres e iguais, simetricamente situados, escolheriam como base da concepção política de justiça (bens primários que, portanto, são o resultado do consenso sobreposto), então é óbvio que a estrutura da sociedade deve ser organizada de modo a realizá-los para todos os cidadãos (até porque a base da estrutura básica é a cidadania igual).³¹

E quais seriam esses bens primários? De forma genérica, Rawls³² os conceitua como condições sociais e meios polivalentes que permitem aos cidadãos desenvolver e exercer de forma adequada as duas faculdades morais – senso de justiça e concepção de bem – e a perseguir a sua própria concepção de bem.

Embora Rawls não forneça uma lista exaustiva desses bens, apresenta uma classificação em cinco categorias distintas: (I) direitos e liberdades básicas: as liberdades de pensamento e de consciência, e demais liberdades. Esses direitos e liberdades são considerados condições institucionais essenciais para o adequado desenvolvimento e exercício pleno e consciente das duas faculdades morais; (II) liberdades de movimento e de escolha de ocupação ante oportunidades diversificadas, que propiciam a busca de uma variedade de objetivos e que tornam possível revê-los e alterá-los; (III) os poderes e as prerrogativas de cargos e de posições de autoridade e de responsabilidade; (IV) renda e riqueza, entendidas como meios polivalentes (que têm valor de troca) geralmente necessários para atingir uma ampla gama de objetivos; (V) as bases sociais do auto-respeito, entendidas como aqueles aspectos das instituições básicas normalmente essenciais para que os cidadãos possam ter um senso de seu valor enquanto pessoas e serem capazes de buscar seus objetivos com autoconfiança.³³

³⁰ Idem, ibidem, p. 342.

³¹ DANNER, Leno Francisco. **Justiça distributiva em Rawls**. Disponível em: <<http://www.unifra.br/thaumazein/edicao2/edicao2.asp>>. Acesso em 24.11.2009, p. 15.

³² RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 57.

³³ RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 58.

1.1.5 Posição Original: o véu da ignorância

O contrato social imaginado por Rawls deve ser aquele acordado entre cidadãos livres e iguais. Essa condição, contudo, não seria suficiente para garantir que o modelo de justiça política defendido pelo autor – a justiça como equidade – resultasse do contrato. Em verdade, é preciso que uma série de condicionantes da vida real sejam removidos para que as partes possam, de forma isenta, e usando os critérios por ele estabelecidos, chegar a um acordo justo o bastante para conseguir o comprometimento de todos.

Como esclarece Rawls³⁴, a “Posição Original” tem por objetivo determinar um ponto de vista pelo qual cidadãos livres e iguais podem fechar um acordo justo, livre das distorções causadas por situações pessoais ou circunstâncias da estrutura básica existente.

A teoria de justiça tem, portanto, fundamento numa justiça procedimental pura. E é procedimental porque, como discorre o autor, a escolha dos princípios da justiça como equidade não advém de nenhum comando moral ou doutrinário, senão de uma decisão tomada por cidadãos livres e iguais que, usando de racionalidade e desconhecendo sua situação social, escolhem esses princípios.

Eliminar as contingências que, na sociedade, dividem os homens é, pois, o objetivo da figura do “véu da ignorância” criada por Rawls. Nesse sentido, o “véu da ignorância”³⁵ faz com que as partes desconheçam sua posição social, sua posição na distribuição dos dotes naturais (inteligência, força, habilidades etc.). Além disso, ninguém conhece a própria percepção do bem, particularidades de seu projeto de vida ou, ainda, características pessoais de cunho psicológico, tais como aversão a risco, tendência para pessimismo, etc.

Essa situação também pressupõe o desconhecimento sobre o nível de avanço econômico, político ou cultural alcançado por sua sociedade, nem mesmo a que geração pertence.

Conquanto as partes não possam ter conhecimentos específicos, que as permitam se situar dentro da sociedade, Rawls³⁶ destaca que uma série de conhecimentos gerais a cerca da sociedade humana são, de fato, necessários. Nesse sentido, as partes devem

³⁴ Idem, *ibidem*, p. 15.

³⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de: Jussara Simões, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 166.

³⁶ Idem, *ibidem*, p. 167.

entender os assuntos políticos; os princípios que governam a economia; as bases da organização social e as leis da psicologia humana.

Obviamente trata-se de uma situação puramente fictícia, mas que pode ser utilizada argumentativamente na defesa de quaisquer princípios que se julgue, devem satisfazer as premissas da justiça como equidade. Nas palavras do autor:

[...] a posição original deve ser interpretada de modo que possamos, a qualquer momento, adotar sua perspectiva. Deve ser irrelevante a ocasião em que se adota esse ponto de vista, ou quem o adota: **as restrições devem ser tais, que sejam sempre escolhidos os mesmos princípios. O véu da ignorância é uma condição essencial para atender essa exigência.** Ele assegura não apenas que as informações disponíveis são relevantes, mas também que são sempre as mesmas.³⁷

E qual a importância desse desconhecimento da própria situação promovido pelo véu da ignorância? Para Rawls³⁸, é esse desconhecimento das diferenças entre as partes somado à racionalidade das partes que permite que todos cheguem a uma mesma concepção de justiça. Ou, nas palavras do autor, “a posição original é caracterizada de tal modo que a unanimidade é possível; as deliberações de qualquer pessoa são típicas de todas elas”³⁹. Sem saber sua posição relativa, não haveria forma de barganhar a favor deste ou daquele princípio: como saber se a barganha entre princípios estaria favorecendo ou, na realidade, desfavorecendo quem barganha? Não há como saber e, portanto, não há racionalidade nesse tipo de barganha.

Conclui Rawls sobre a importância da posição original para a escolha dos princípios de justiça política que regularão a estrutura básica da sociedade:

That position is set up as a situation that is fair to the parties as free and equal, and as properly informed and rational. Thus any agreement made by the parties as citizen’s representatives is fair. Since the content of the agreement concerns the principles of justice for the basic structure, the agreement in the original position specifies the fair terms of social cooperation between citizens regarded as such persons. Hence the name: justice and fairness.⁴⁰

³⁷ Idem, ibidem, p. 168-169.

³⁸ Idem, ibidem, p. 170.

³⁹ Idem, ibidem, p. 327.

⁴⁰ RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 16.

Tradução livre: “Essa posição é definida como uma situação que é justa para as partes, encaradas como livres e iguais, e como devidamente informadas e racionais. Assim, qualquer acordo feito pelas partes como representantes dos cidadãos é justo. Como o conteúdo do acordo diz respeito aos princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade, o acordo na posição original especifica as condições justas de cooperação social entre cidadãos considerados como tais pessoas. Daí o nome: Justiça como equidade.”

Há, contudo, uma limitação ao véu da ignorância no que se refere ao conflito entre gerações. Conquanto as partes que acordam entre si não tenham conhecimento do que as gerações anteriores lhes delegaram, elas sabem que são contemporâneas e, assim, poderiam acordar entre si em detrimento da poupança para as gerações vindouras.

Para lidar com esse problema, Rawls⁴¹ acrescenta mais uma exigência, qual seja, a de que as partes devem concordar com princípios que seriam obedecidos por todas as gerações precedentes.

1.1.6 O raciocínio que conduz aos dois princípios de justiça

Como já discutido, a posição original e o véu da ignorância são pré-requisitos para a escolha dos princípios de justiça política que Rawls defende em sua justiça como equidade. Colocadas nessa situação e não tendo as partes como buscar vantagens pessoais, resta-lhes buscar uma distribuição igualitária dos bens primários: “liberdades fundamentais para todos, bem como uma igualdade equitativa de oportunidades e uma divisão igualitária de renda e riqueza”.⁴²

A divisão inicial, contudo, tende a não ser definitiva, uma vez que a sociedade deve considerar eficiências econômicas e exigências organizacionais e tecnológicas. Assim, outras configurações de distribuição – que tragam desigualdades de renda e riqueza, de autoridade e responsabilidade – podem ser buscadas porque aptas a garantir uma melhor condição para todos, ainda que com desigualdades. Em outras palavras, seria desejável pelas partes que a estrutura básica permitisse desigualdades, desde que essas desigualdades favorecessem a todos, inclusive os menos favorecidos, e desde que essa nova condição seja compatível com a liberdade igual e a igualdade de oportunidades.⁴³

Outro ponto interessante diz respeito ao raciocínio que leva a prioridade do primeiro princípio, das liberdades, em relação ao segundo, da equidade. Como as partes na posição original desconhecem o conteúdo de seus interesses, embora saibam que os tenham, precisam buscar uma estrutura que lhes garanta as liberdades fundamentais necessárias à proteção desses interesses. Precisam, então, garantir que o primeiro princípio tenha precedência sobre o segundo, sob pena de não ter como legitimamente proteger esses interesses.

⁴¹ Idem. **Uma teoria da justiça**. Tradução de: Jussara Simões, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 156.

⁴² Idem, *ibidem*, p. 183.

⁴³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de: Jussara Simões, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 183-184.

Na lição de Rawls:

Em termos bem gerais, as partes acreditam ter um interesse de ordem superior na maneira com que seus outros interesses, inclusive os fundamentais, são modelados e governados pelas instituições sociais.

[...]

A prioridade da liberdade significa que, sempre que as liberdades fundamentais podem ser de fato instituídas, não é permitido trocar uma liberdade menor ou desigual por uma melhoria do bem-estar econômico.⁴⁴

Rawls⁴⁵ alude, ainda, aos dois princípios como a solução da adoção da regra *maxmin* no problema da justiça social. Essa regra determina que seja escolhida, dentre as alternativas possíveis, aquela cujo pior resultado é superior ao pior resultado das demais alternativas. Rawls defende que os dois princípios e sua ordem de aplicação seriam as escolhas de alguém cujo lugar na sociedade seria determinado por seu inimigo. Além disso, o autor explica que as decisões que pedem o uso dessa regra têm três características: (i) não deve ser possível determinar as probabilidades de ocorrência das alternativas possíveis (sem essa probabilidade, qualquer alternativa é aparentemente igualmente possível, devendo ser efetivamente considerada na escolha); (ii) a pessoa que escolhe busca priorizar a garantia de obter um mínimo, isto é, para ela não vale a pena arriscar para ganhar acima desse mínimo diante do risco de não garantir esse mesmo mínimo; e (iii) as alternativas rejeitadas têm resultados que dificilmente seriam aceitos pela parte que escolhe.

Ora, o véu da ignorância torna impossível às partes conjecturar sobre as possibilidades das suas circunstâncias na sociedade, satisfazendo a primeira característica.

Além disso, se os princípios forem considerados como uma teoria praticável da justiça social e foram compatíveis com exigências razoáveis de eficiência, então devem garantir um mínimo satisfatório. Assegurada a ordem de aplicação dos princípios – já que as pessoas na posição original não querem obter vantagens maiores às custas das liberdades fundamentais – é razoável imaginar que as partes não irão querer colocar esse mínimo em risco.

Por fim, Rawls levanta algumas críticas a outros princípios, como o da utilidade, que poderia levar – sob certas circunstâncias – a condições como a escravatura ou servidão. Tem-se, portanto, uma aproximação da terceira condição porque a escolha de outros princípios pode, eventualmente, levar a situações inaceitáveis para as partes na posição original.

Assim, a escolha dos princípios da justiça como equidade atende aos

⁴⁴ Idem, ibidem, p. 184-185.

⁴⁵ Idem, ibidem, p. 186-189.

requisitos da aplicação da regra *maxmin*, justificando a escolha dos princípios propostos por Rawls.

1.2 A proposta de justiça distributiva na Justiça como Equidade

Em sua obra “*Ética da Nicômaco*”, Aristóteles trata da distinção entre justiça distributiva e justiça retributiva (ou comutativa), ambas integrantes do que ele chamou de justiça particular:

Da justiça particular e do que é justo no sentido que lhe corresponde, uma das espécies é a que se manifesta nas distribuições das magistraturas, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois em tais coisas alguém pode receber um quinhão igual ou desigual ao de outra pessoa); a outra espécie é aquela que desempenha uma função corretiva nas transações entre os indivíduos.⁴⁶

Cuida a justiça distributiva, portanto, da distribuição dos bens comuns e dos conflitos suscitados por essa divisão. Ora, as instituições que regulam e protegem a distribuição dos bens primários compõem a estrutura básica da sociedade, objeto dos princípios de justiça trazidos pela justiça como equidade. Daí a relação imediata entre a teoria de justiça proposta por Rawls e justiça distributiva.

Nessa linha, Rawls⁴⁷ afirma que a legislação econômica e social molda a estrutura básica da sociedade e, por sua vez, essa estrutura econômico-social moldaria as pessoas na medida em que formata suas necessidades e aspirações. Tendo em vista essas implicações, Rawls prescreve que a escolha das instituições que compõem essa estrutura deve envolver uma concepção de bem, com componentes morais, políticos e econômicos.

Assim, na justiça como equidade, o problema principal de justiça distributiva a ser tratado é o de moldar a estrutura básica da sociedade de modo a construir um sistema de cooperação social que seja justo, eficiente, produtivo e, ainda, que se protraia no tempo, de uma geração para outra. Essa, portanto, a tarefa dos dois princípios de justiça trazidos por Rawls.⁴⁸

1.2.1 O segundo princípio da justiça como equidade

Conquanto os dois princípios tenham implicações sobre a justiça distributiva

⁴⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 108.

⁴⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de: Jussara Simões, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 322-323.

⁴⁸ Idem. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 50.

– haja vista a aplicação dos mesmos em ordem pré-estabelecida – é o segundo princípio quem rege mais diretamente essas questões, conforme enfatiza Rawls: “O segundo princípio se aplica, em primeira análise, à distribuição de renda e riqueza e à estruturação de organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e responsabilidade”.⁴⁹

Para efeitos didáticos, repete-se a seguir o enunciado do segundo princípio:

Segundo: as desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.⁵⁰

À primeira parte do segundo princípio, designada pela letra (a), refere-se ao *princípio da diferença*; à segunda parte, letra (b), Rawls denominou de *princípio liberal da igualdade equitativa de oportunidades*. Seria a aplicação conjugada desses dois princípios que levaria à obtenção da igualdade democrática.

1.2.1.1 Princípio da Diferença

De acordo com o princípio da diferença, as desigualdades econômicas e sociais só podem ser aceitas se, respeitado o princípio da poupança justa, maximizarem as expectativas dos menos favorecidos.

E qual seu propósito? Segundo Danner⁵¹, responder à seguinte questão: “em virtude de que princípio pessoas morais, livres e iguais legitimariam desigualdades econômicas e sociais?” Assim, a escolha racional na posição original levaria as partes a escolher esse princípio como aquele a definir as condições de aceitação das desigualdades sociais.

E qual o alcance deste princípio? Seria o de determinar um mínimo social? Conquanto esse princípio não negue o mínimo social – que para Rawls é um essencial constitucional – o princípio da diferença não se limita a isto. Aliás, deve-se lembrar que Rawls enxerga sua aplicação pelo legislador ordinário (em contraponto ao constituinte, que o precede). Portanto, a exigência colocada pelo princípio da diferença suplanta a mera obtenção de um mínimo social. Nesse sentido, bem ilustra Álvaro de Vita:

⁴⁹ Idem. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 74.

⁵⁰ Idem, *ibidem*, p. 376.

⁵¹ DANNER, Leno Francisco. **Justiça distributiva em Rawls**. Disponível em: <<http://www.unifra.br/thaumazein/edicao2/edicao2.asp>>. Acesso em 24.11.2009, p. 12.

Qual é o alcance da redistribuição exigida pelo princípio de diferença? Isso é difícil de responder. A primeira coisa a notar é que **a exigência de dar prioridade aos que se encontram na posição mais desfavorável não é satisfeita somente** — está fora de questão que chegar até aí já constituiria uma realização extraordinária — **pela garantia de um mínimo social** decente para todos. [...] Os que sustentam que a prioridade aos que estão na posição mais indesejável é satisfeita

garantindo-se um mínimo social a todos estão arbitrariamente tomando esse mínimo, e não um hipotético estado inicial de igualdade, como o referencial para avaliar os sacrifícios e as expectativas legítimas de cada cidadão.

[...]

O princípio de diferença, portanto, opera sobre as desigualdades sociais e econômicas que permaneceriam mesmo se as necessidades básicas de todos fossem atendidas.⁵²

[grifo nosso]

Aliás, o próprio Rawls afirma categoricamente que o princípio da diferença requer mais do que um mínimo social: “although a social minimum providing for the basic needs of all citizens is also a constitutional essential, the difference principle is more demanding and is not so regarded”.⁵³

Ainda sobre o alcance desse princípio, é interessante notar que ele não implica uma busca incessante de maximização de expectativas, ainda que se considerem os menos privilegiados. Por outro lado, o princípio exige que, em um determinado intervalo de tempo apropriado, a diferença na distribuição dos bens primários seja tal que se as expectativas legítimas dos mais favorecidos fossem menores, as expectativas dos menos privilegiados também seriam menores:

A further feature of the difference principle is that it does not require continual economic growth over generations to maximize upward indefinitely the expectations of the least advantaged. [...] What the difference principle does require is that during an appropriate interval of time the differences in income and wealth earned in producing the social product be such that if the legitimate expectations of the more advantaged were less, those of the less advantaged would also be less.⁵⁴

⁵² VITA, Álvaro de. Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** [online]. 1999, v.14, n.39, p. 49-50. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091999000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 24.11.2009.

⁵³ RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 47-48.

Tradução livre: “embora um mínimo social que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos seja também um direito essencial do ponto de vista constitucional, o princípio da diferença requer mais que isso e não deve ser considerado como tal”.

⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 63-64.

Tradução livre: “Uma outra característica do princípio da diferença é que ele não requer um crescimento econômico contínuo através das gerações de modo a maximizar indefinidamente as expectativas dos menos favorecidos [...] O que o princípio da diferença requer é que durante um intervalo de tempo apropriado, as diferenças de renda e riqueza

Princípio da Poupança Justa

A poupança, sob a concepção da justiça como equidade, é vista como uma decisão política de deixar o consumo imediato em benefício da melhora de padrão das gerações vindouras dos menos favorecidos.

De certo modo, Rawls⁵⁵ extrai do próprio princípio da diferença a necessidade do princípio da poupança, ao implicar que a melhoria das expectativas dos menos favorecidos deve se estender às gerações futuras. Aliás, Rawls⁵⁶ defende que os deveres e obrigações entre gerações são os mesmos que entre contemporâneos, isto é, os princípios de justiça regulam a atuação da geração atual frente às vindouras (assim como das antecessoras frente à atual).

Além disso, o autor⁵⁷ busca enfatizar a diferença desse princípio frente à aplicação de um princípio utilitarista, este último podendo levar a uma exigência de poupança excessiva dos menos privilegiados em favor de gerações posteriores que, de forma geral, tendem a estar em situação melhor. Nesse sentido, ilustra Ricardo Silva: “A justiça não exige que as gerações anteriores poupem apenas para que as seguintes sejam mais ricas. A poupança é exigida como condição para a realização plena de instituições justas e das iguais liberdades para todos”.⁵⁸

Assim, a aplicação conjunta do princípio da diferença e da justiça entre gerações implica que cada geração deve poupar de modo a preservar seus ganhos e as instituições justas.

1.2.1.2 Princípio liberal da igualdade equitativa de oportunidades

Rawls defende a necessidade de que os cargos estejam abertos a todos em condições equitativas, sob pena de os excluídos – de forma acertada – se sentirem lesados, ainda que beneficiados pelos esforços maiores daqueles autorizados a ocupar esses cargos, uma vez que lhes seria impossibilitada a realização pessoal resultante do exercício de forma

amealhadas com a produção de produtos para a sociedade seja tal que se as expectativas legítimas dos mais privilegiados fossem menores, a dos menos privilegiados também seriam menores”.

⁵⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 355.

⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 365.

⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 357.

⁵⁸ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Teoria da justiça de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, 1998, a. 35, n. 138, p. 201.

competente desses deveres sociais.⁵⁹

Para Rawls, o sistema social deve ser configurado de forma tal a produzir resultados justos; nesse sentido, Rawls busca uma justiça procedimental pura para tratar das parcelas distributivas, na qual um procedimento correto ou justo leva a um resultado também correto ou justo. E a função do princípio de oportunidades equitativas seria a de garantir que o sistema cooperativo que dá ensejo à formação da sociedade seja um sistema de justiça procedimental pura.⁶⁰

Assim, Rawls defende que a justiça procedimental pura permite ignorar questões circunstanciais, sendo o objeto de julgamento da justiça a própria estrutura básica da sociedade. Assim a distribuição será justa se o sistema que lhe deu origem for justo: “[...] nesse tipo de justiça procedimental, a precisão da distribuição se fundamenta na justiça do sistema de cooperação do qual provém e no atendimento às reivindicações dos indivíduos nela engajados”.⁶¹

1.2.2 Instituições de fundo para a justiça distributiva: o papel do Estado

Rawls defende que o problema da justiça distributiva é a escolha de um sistema social. Na justiça como equidade, esse sistema deve atender à justiça procedimental pura, de modo a garantir uma distribuição justa, independente de quaisquer questões circunstanciais. Para tanto, ele defende a necessidade de se criar uma série de “instituições de fundo”, essenciais para que o processo distributivo seja justo. Para a implantação dessas instituições de fundo, o Estado deve ser subdividido em quatro setores: alocação, estabilização, transferências e distribuição.

Conforme leciona Zoehler, os dois primeiros setores têm por foco a eficiência da economia de mercado:

[...] o setor da alocação, que visa manter competitivo o sistema de preços, em regra ineficaz na distribuição de bens públicos, inclusive pela criação de impostos e subsídios e pelas mudanças na definição dos direitos de propriedade; e o setor da estabilização, responsável pelo emprego para quem queira trabalhar e pelas demandas sobre os recursos públicos.⁶²

Os dois outros setores teriam por objeto a busca da equidade. Enquanto o

⁵⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 102.

⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 103-105.

⁶¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 106.

⁶² SANTA HELENA, Eber Zoehler. Justiça distributiva na teoria da justiça como equidade de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008, p. 341.

setor de transferências estaria relacionado com a garantia de um mínimo social pelo Estado, ao setor de distribuição caberia preservar a justiça das parcelas distributivas, através da instituição de impostos cuja finalidade seria a de corrigir gradual e continuamente, a distribuição da riqueza, buscando evitar concentrações que prejudiquem “o valor equitativo da liberdade política e da igualdade equitativa de oportunidades”.⁶³

Após apresentarmos a teoria de Justiça como Equidade trazida por Rawls e suas implicações acerca de uma justiça distributiva, o próximo capítulo tratará dos conceitos de direitos fundamentais, de mínimo existencial e da reserva do possível. Como se verá, esses conceitos trazem, implícita ou explicitamente, uma concepção de justiça distributiva que, no capítulo 3, será contrastada com aquela vista neste primeiro capítulo.

2 RESERVA DO POSSÍVEL

No primeiro capítulo foi feita uma breve análise da Justiça como Equidade, de John Rawls. Trata-se de uma teoria contratualista, em que dois princípios fixam as bases de cooperação entre os indivíduos que compõem a sociedade. O primeiro desses princípios busca resguardar direitos de liberdade, enquanto o segundo, denominado de princípio da diferença, dirige-se à justiça distributiva, buscando regular a forma com que a sociedade distribui seus bens comuns, privilegiando uma distribuição que seja vantajosa para a perspectiva dos menos favorecidos.

Intrinsecamente a essa teoria, surge a questão do ‘mínimo social’, que regula um gozo mínimo de certos direitos fundamentais que o Estado deve garantir a seus cidadãos para que a sociedade possa ser considerada justa. Esse mínimo social é ainda mais relevante quando se discutem direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, pois é na luta pelo acesso a esses direitos que se extrema a disputa por recursos comuns e escassos.

Por outro lado, tem-se a teoria da ‘reserva do possível’. Essa teoria busca explicar eventuais limitações que a sociedade – ou o próprio Estado, a depender de como ela é encarada – impõe ao gozo de certos direitos. Tratando ora de colocar limites ao que se pode ‘razoavelmente’ exigir da sociedade, ora de limites financeiros ou orçamentários à execução

⁶³ RAWLS, John. op. cit., p. 343-345.

desses direitos, a teoria da reserva do possível busca contingenciar o gozo de certos direitos em função daquilo que a sociedade pode e deve arcar para garantir esses mesmos direitos.

Tem-se, portanto, um embate entre o mínimo existencial a ser garantido pelo Estado (pela sociedade) e a reserva do possível, que busca ressaltar aquilo que esse Estado é capaz de fazer (ou até que ponto a sociedade tem obrigação de agir) para garantir esse direito.

Passa-se, assim, a uma breve discussão sobre qual o real significado de se estabelecer um mínimo existencial (que, na teoria de Rawls, foi denominado por mínimo social) para, em seguida, contrastá-lo com duas acepções – alemã e brasileira – da teoria da reserva do possível.

2.1 O mínimo existencial: a questão da eficácia dos direitos fundamentais

A discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais passa pela discussão da normatividade do texto constitucional, do papel dos três poderes na sua promoção e, ainda, sobre o grau de exigibilidade desses direitos, mormente se comparados os direitos negativos frente os direitos prestacionais.

Por um lado, a eficácia dos direitos fundamentais de liberdade, os direitos negativos, é amplamente aceita tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente⁶⁴; por outro lado, ainda persiste o debate quanto à eficácia dos direitos sociais de cunho prestacional, isto é, que exigem a intervenção do Estado para sua efetivação.

A questão da normatividade das constituições remonta ao célebre embate entre Lassale e Hesse. Lassale⁶⁵ divisava a Constituição escrita da real, sendo a primeira “papel” e a segunda, “a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação”. Em outras palavras, a Constituição não tinha força normativa, sendo o seu conteúdo fruto da vontade política das forças governantes.

Por sua vez, Konrad Hesse⁶⁶, lança sua teoria sobre a força normativa da

⁶⁴ A proteção do indivíduo frente ao Estado foi garantida ainda no Estado Liberal, contando no Brasil com vários remédios constitucionais para a sua efetivação. Não se imagina, no Brasil de hoje, um debate doutrinário – ou mesmo nas altas cortes – onde se questione a concessão de um direito ou segurança configuradas todas as condições para tal. Para ilustrar a questão, é impensável imaginar uma discussão no STF sobre a concessão de um HC, configuradas as condições para tanto, sob o argumento de que o direito à liberdade de locomoção não seria juridicamente tutelado!

⁶⁵ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

⁶⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

Constituição que, sem desprezar a importância das forças sócio-políticas na elaboração da Constituição escrita, propugna pela existência de um “condicionamento recíproco” entre a Constituição e a realidade político-social subjacente. Dessa forma, se a Constituição é fruto da sociedade e, simultaneamente, traz consigo uma proposta jurídica de transformação dessa sociedade. E é proposta jurídica, posto que a Constituição não se limita a veicular sugestões que podem ou não ser adotadas pelo legislador; em verdade, traz, comandos ao legislador que, se descumpri-los, pode ser sancionado, a exemplo da declaração de inconstitucionalidade da lei, “punição” suprema ao legislador que não soube respeitá-la.

Na lição de Paulo Bonavides⁶⁷, a Constituição surge como um conceito político-filosófico que se antepunha ao poder absolutista do monarca, passa a ter uma conceituação jurídica, ganhando normatividade no Estado Liberal e, com o advento do Estado social – e dos direitos sociais – a normatividade é duramente solapada ante ao argumento da programaticidade de seu conteúdo:

A programaticidade dissolveu o conceito jurídico de Constituição, penosamente elaborado pelos constitucionalistas do Estado liberal e pelos juristas do positivismo.

[...]

A queda do grau de juridicidade das Constituições nessa fase de anárquica e conturbada doutrina se reflete em programaticidade, postulados abstratos, teses doutrinárias; [...] O novo caráter da Constituição lembra de certo modo o período correspondente a fins do século XVIII, de normatividade mínima e programaticidade máxima.⁶⁸

Ainda em seu relato, Bonavides⁶⁹ nos ensina que os direitos sociais introduzidos nas constituições sociais do século XX passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade, sendo remetidos a seguir para uma esfera programática e, posteriormente, vindo a enfrentar uma crise em sua observância e execução. Destaca, contudo, que essa crise pode estar perto do fim em virtude de as novas constituições, aí inclusa a brasileira, trazerem o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Com relação a esse último ponto, essa a posição adotada por Ingo Sarlet⁷⁰, para quem a aplicação imediata dos direitos fundamentais, prevista no art. 5º, § 1º da

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.226-237.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.232-233.

⁶⁹ Idem, *ibidem*, p.564.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista diálogo jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, ano 1, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

Constituição Federal, não estaria restrita aos direitos de defesa, mas englobaria também aos direitos prestacionais, inclusive aqueles direitos fundamentais previstos em outros pontos da Constituição que não o Título II (Dos Direitos e Garantias fundamentais).

Também Clèmerson Merlin Clève ressalta que a Constituição brasileira, ao contrário da portuguesa, não fez qualquer diferenciação entre direitos de defesa e direitos sociais e, dessa forma, não haveria fundamentação jurídica na Constituição a permitir um tratamento desigual entre esses direitos, devendo ambas categorias ter aplicação imediata:

No caso brasileiro, é preciso levar em conta que a Constituição Federal de 88 não autoriza, em virtude de disposição expressa, nenhuma distinção de regime entre os direitos sociais e os direitos, garantias e liberdades, como acontece, por exemplo, na Constituição Portuguesa. Não temos, portanto, desde o ponto de vista do texto constitucional, uma diferença de regime jurídico entre os direitos de defesa e os sociais, especialmente os prestacionais, e é por isso que a disposição que trata da eficácia imediata dos direitos fundamentais alcança, de igual modo, todos os direitos fundamentais.⁷¹

Em posição contrária, Ricardo Lobo Torres, para quem nem todos os direitos sociais previstos na constituição gozam do atributo da fundamentalidade e, nesse caso, não seriam sindicáveis perante o Judiciário. De fato, para o doutrinador, a fundamentalidade desses direitos está ligada a sua associação aos interesses fundamentais e à dignidade da pessoa humana:

Os direitos fundamentais sociais, que também compõem o quadro mínimo existencial, são os direitos sociais tocados pelos interesses fundamentais e pela dignidade humana, e que se transformaram em condições da liberdade. Os direitos sociais, enumerados nos arts. 6º e 7º da CF e em inúmeros documentos internacionais, que não sejam tocados pelos interesses fundamentais, permanecem como direitos não-fundamentais, estranhos ao campo do mínimo existencial.⁷²

Essa posição, contudo, é criticada por Andreas Krell que, aliando-se a Clève e Sarlet, defende a jusfundamentalidade de todos os direitos sociais e, com isso, todas as consequências jurídicas que dela advém, como a aplicação imediata desses direitos, sem a necessidade de intermediação pelo Legislativo:

[...] Lôbo Torres, apoiando-se em autores norte-americanos e alemães, deixa entender que os direitos sociais na Carta brasileira não representam propriamente Direitos Fundamentais.

⁷¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Mundo Jurídico – Artigos. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto529.doc>>. Acesso em 15 jan. 2010.

⁷² TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 315-316.

Essa afirmação esta na linha da antiga (e ultrapassada) distinção feita por Carl Schmitt, que negava a qualidade de verdadeiros Direitos Fundamentais (*Grundrechte*) aos direitos sociais consagrados na Carta de Weimar por serem completamente sujeitos à vontade do legislador ordinário.

Todavia, o texto da Lei Fundamental brasileira – ao contrário da alemã – não permite tal interpretação. O Poder Constituinte de 1988, face aos enormes desafios do poder público na área social, inseriu uma vasta gama de direitos sociais, localizando-os no Capítulo II ('Dos Direitos Sociais') do Título II da Carta, denominado 'Dos Direitos e Garantias Fundamentais'.

Segundo todas as regras de interpretação, esses direitos sociais, no Brasil, são também fundamentais, com todas as conseqüências dessa natureza.⁷³

Mesmo defendendo a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, Sarlet⁷⁴ nos fala da existência de uma graduação na carga eficaz das normas previstas na Constituição, conquanto inexista norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade. Assim, alguns direitos constitucionais seriam plenamente aplicáveis a partir do texto constitucional, enquanto outros direitos – como os direitos sociais de cunho prestacional – não prescindiriam da atuação do legislador para que pudessem ter aplicação plena; isso, contudo, não significa que mesmo estes direitos não gozem de um grau mínimo de eficácia a partir de sua existência no texto constitucional.

Nos casos em que a densidade normativa de um direito fundamental social na Constituição é baixa, sua efetivação ficaria a depender da implementação pelo Executivo e pelo Legislativo de políticas públicas, cujo conceito “[...] está relacionado a um fazer estatal, a uma ação ou atuação pública, com vistas a concretizar, mediata ou imediatamente, os direitos fundamentais”.⁷⁵ Essa é também a concepção de Andreas Krell, para quem Executivo e Legislativo, diante de decisões em que o aspecto econômico é relevante, têm a primazia da escolha conferida pela Constituição e nos limites ditados por ela:

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ [...]. Num sistema pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante às alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de

⁷³ 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, 2002, p. 48-49.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista diálogo jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, ano 1, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 dez. 2009. p. 28.

⁷⁵ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Salvador: Podium, 2008, p. 53.

decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos governos e parlamentos.⁷⁶

Assim, aponta Krell, o aspecto econômico-financeiro e, ainda, o político – que envolve tanto a questão da separação de poderes quanto a da falta de legitimidade democrática – agem como restrições a uma atuação do Judiciário na implementação ou no ajuste de políticas públicas.

E como resolver essa questão, visto que a simples exclusão da atuação do Poder Judiciário não seria admissível, pois minaria a normatividade da Constituição naquilo que ela mesma assinalou como fundamental! Nesse sentido, manifesta-se Nagib de Melo Jorge Neto:

Sem a possibilidade de exigir-se a efetivação dos direitos, não se pode falar em direitos. Ficamos então em uma encruzilhada: ou admitimos a existência dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões e com ele a possibilidade de controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, ou retiramos dessas espécies de direitos fundamentais a qualidade de direitos, como parece ter preferido fazer o liberalismo norte-americano. A questão que se apresenta, a partir daí, não é mais de que as políticas públicas podem ou não ser controladas pelo Poder Judiciário, mas quais são os limites desse controle.⁷⁷

No que se refere ao princípio da separação de poderes, cabe ressaltar a lição de Ana Paula de Barcellos, que destaca a função instrumental do princípio enquanto limitador da concentração do poder estatal, de modo a melhor preservar o direito dos indivíduos frente a esse mesmo Estado:

Em primeiro lugar, é preciso destacar a natureza instrumental do princípio da separação de poderes. Embora ele tenha se transformado em um princípio de fundamental importância para a organização do Estado Moderno, a separação dos poderes não é um valor em si mesmo. Sua formulação derivou da percepção histórica de que o poder concentrado, sem controle, tende sempre a ser exercido de forma abusiva, arbitrária ou caprichosa, em detrimento daqueles que lhe são subordinados, de modo que, em se tratando do poder político, era imperioso dividir seu exercício para que as liberdades e os direitos dos indivíduos fossem preservados.⁷⁸

Por outro lado, quanto ao argumento de que o Poder Judiciário não estaria democraticamente legitimado a adotar ou interferir nas políticas sociais, mais uma vez

⁷⁶ 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, 2002, p. 22.

⁷⁷ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Salvador: Podium, 2008, p. 82.

⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 215.

podemos nos socorrer na lição de Barcellos, onde fica claro que democracia não se limita ao princípio majoritário, tendo como conteúdo fundamental a preservação dos direitos fundamentais:

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que democracia não é um sinônimo de regra majoritária [...]. A democracia exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária. É preciso que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não. [...] os direitos fundamentais – e não apenas os individuais e políticos, mas também os sociais – apresentam-se como condições pressupostas do regime democrático e é nesse ponto que a regra majoritária, longe de ser absoluta, encontra seus limites principais.⁷⁹

Essa também é a opinião de Daniel Sarmento que, contudo, pondera sobre a necessidade de auto-contenção pelo Judiciário, sob pena de, diante de excessos deste, ser a democracia efetivamente atingida:

Esta crítica democrática se assenta na idéia de que, numa democracia, é essencial que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos e não por sábios ou tecnocratas de toga. É verdade que a maior parte dos teóricos contemporâneos da democracia reconhece que ela não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo antes o acatamento das regras do jogo democrático, que incluem a garantia de direitos básicos, visando a viabilizar a participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como alguma proteção às minorias. Porém, temos aqui uma questão de dosagem, pois se a imposição de alguns limites para a decisão das majorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero tende a revelar-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo de se autogovernar.⁸⁰

Por fim, conclui Barcellos, quanto ao absurdo da utilização dessa argumentação – a da separação dos poderes e do princípio majoritário – em relação à atuação do Judiciário enquanto garantidor dos direitos fundamentais, uma vez que o objetivo último desses princípios é justamente garantir o gozo desses direitos:

[...] nem a separação de poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível excepcioná-los em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar da garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana que eles, direta ou indiretamente, buscam também promover. Mais que isso, não haveria sentido algum em interpretar

⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 227.

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. (coord). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

esses dois princípios contra seu próprio fim, mantendo, a pretexto de respeitá-los, situações de reconhecida e indisputada indignidade.⁸¹

Reforçam a possibilidade de atuação do Poder Judiciário as palavras de Eros

Roberto Grau:

O Poder judiciário é o aplicador último do direito. Isso significa que, se a Administração Pública ou um particular – ou mesmo o Legislativo – de quem se reclama a correta aplicação do direito, nega-se a fazê-lo, o Poder Judiciário poderá ser acionado para o fim de aplicá-lo.

Preceito imediatamente aplicável vincula, em última instância, o Poder Judiciário. Negada pela Administração Pública, pelo Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cumpre ao poder judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação.⁸²

Assim, se a aceitação da interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas encontra apoio em parte significativa da doutrina e da jurisprudência⁸³, a questão de quando interferir ainda não se encontra pacificada pela doutrina. Para tentar resolver esta questão, surge a teoria do *mínimo existencial*, que tenta conciliar o comando em prol dos direitos fundamentais com as limitações fáticas à sua entrega pelo Estado.

Essa teoria remonta a uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, ainda em 1975, em que se reconhecia um direito a condições mínimas para uma existência digna, ainda que dependente da atuação do legislador:

Certamente pertence a assistência aos necessitados como uma obrigação evidente do estado social. Isto encerra necessariamente ajuda social para os cidadãos que, por causa de suas carências corporais ou espirituais, estão impedidos para o desenvolvimento social e espiritual e não estão em condições de sustentarem-se a si mesmos. A comunidade estatal precisa, em qualquer caso, assegurar-lhes condições mínimas para uma existência humana digna. Igualmente deve o legislador decidir, enquanto ele não tenha tratado das referidas condições mínimas, em qual medida a ajuda social pode e deve ser garantida considerando os meios existentes e outras tarefas estatais de igual nível.⁸⁴

Tem-se, portanto, já nessa decisão do Tribunal tedesco o reconhecimento de um fundamento constitucional a garantir um ‘mínimo existencial’ a todos.

⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 230.

⁸² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 320.

⁸³ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial aos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-554.

⁸⁴ *Apud* LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 295.

Na doutrina, Robert Alexy⁸⁵ vai defender a existência de direitos fundamentais sociais definitivos, entre os quais o direito a um mínimo existencial. Segundo Barcellos, com base ainda nos ensinamentos de Alexy, o mínimo existencial seria fruto da ponderação do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade real frente a separação de poderes e os limites impostos pelos direitos de terceiros:

Com base nos ensinamentos de Alexy, tem-se que os princípios são norma *prima facie*, indicando um fim genérico a ser perseguido, mas sem uma delimitação precisa da extensão desse fim; é com base na ponderação desse princípio frente aos demais que são reduzidas as possibilidades trazidas inicialmente, transformando-se os princípios em regra para o caso concreto. Nesse sentido, o mínimo existencial seria uma regra resultante da ponderação, de um lado, da dignidade da pessoa humana e da igualdade real e, de outro, da separação dos poderes bem como dos limites impostos pelo direito de terceiros.
[Grifo nosso]⁸⁶

Assim, a dignidade da pessoa humana torna-se o princípio fundamental a embasar a idéia de mínimo existencial, tornando obrigatórios e sindicáveis perante o Judiciário as medidas necessárias para alcançar esse objetivo. Por outro lado, três outros princípios – separação dos poderes, competência do legislador e limites impostos pelos direitos de terceiros – se oporiam à extensão do mínimo existencial. Na ponderação desses princípios, em prevalecendo o da dignidade da pessoa humana, cumpre adotar as medidas que são menos restritivas aos demais princípios, daí advindo o mínimo existencial com o *status* de regra e não mais de princípio. Cabe ressaltar que a redução da dignidade humana ao mínimo existencial, enquanto regra obrigatória, não elimina o conteúdo principiológico da dignidade da pessoa humana, que deve inspirar a atuação do Executivo e do Legislativo.⁸⁷

Esse caráter de regra assumido pelo mínimo existencial também é defendido por Ricardo Lobo Torres, sob o argumento de que o ‘mínimo existencial’ é o resultado da ponderação e não seu objeto:

O mínimo existencial não é um *valor*, por não possuir generalidade e a abstração de idéias como as de liberdade, justiça e igualdade. Além disso, o mínimo existencial pode se traduzir, para sua garantia, em regra jurídica, o que jamais acontece com os valores. [...] O mínimo existencial também não

⁸⁵ *Apud* LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 298.

⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 120-121.

⁸⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 129-131.

é *princípio jurídico*, por não exibir as principais características dos princípios, que são as de ser objeto de *ponderação* e de valer direito *prima facie*. De fato, o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente porque constitui o *conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, que é *irredutível* por definição e *insuscetível de sopesamento*. O mínimo existencial é regra, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação.⁸⁸

Para Barcellos, somente o mínimo existencial – que corresponde ao núcleo da dignidade humana – gozaria do grau máximo de eficácia jurídica, enquanto ao restante dos direitos seriam atribuídos níveis de eficácia menor, estando sujeitos a ponderações de cunho político:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana comporta várias modalidades de eficácia jurídica em faixas diferentes de sua extensão. É possível reconhecer eficácia positiva ou simétrica às faixas que compõem o seu núcleo, especialmente àquelas que dizem respeito a condições materiais da existência, isto é, exigibilidade da prestação em si diante do Poder Judiciário [...]. Em suma, o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica positiva ou simétrica. Para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem apenas outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias.⁸⁹

Também Gilmar Mendes alude aos diferentes graus de eficácia a que estão submetidos os diferentes direitos sociais e, em especial, ao grau máximo dessa eficácia que é atribuído ao mínimo existencial:

[...] esses direitos [direitos sociais prestacionais] possuem um grau de normatividade suficiente para, por exemplo, evitar que o Estado tome medidas contrárias ao gozo desses direitos. Além disso, a Constituição teria reconhecido um mínimo social desses direitos, mínimo esse que pode ser exigido judicialmente, conforme reiterada jurisprudência da Corte Constitucional pátria.⁹⁰

Por fim, Sarlet defende que o princípio da dignidade da pessoa humana seria o grande balizador a demarcar o mínimo de direito social a que o Estado está obrigado a

⁸⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 316.

⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248.

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 296-298.

garantir, e para o qual não poderia o Estado buscar se eximir ao argumento da reserva do possível e da separação de poderes.

O princípio da dignidade da pessoa humana assume [...] importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido.⁹¹

Como destaca Barcellos, a noção de mínimo existencial também está relacionada com a relevância econômica dos direitos sociais de cunho prestacional e os limites daí advindos à sua efetivação; o mínimo existencial seria, assim, um compromisso quanto àquilo a que o Estado estaria obrigado a prestar, podendo, inclusive, ser-lhe juridicamente exigido:

A noção de *mínimo existencial* é proposta por parte da doutrina como solução para estes problemas jurídicos, na medida em que procura representar um subconjunto dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais *menor* – minimizando o problema dos custos – e *mais preciso* – procurando superar a imprecisão dos princípios. E, mais importante, que seja efetivamente *exigível* do Estado.⁹²

Esse também o entendimento de Vianna, para quem foi a incapacidade de o Estado – reduzido que foi pela globalização – de atender plenamente as demandas sociais que lhe são requeridas que deu azo ao aparecimento da tese do *mínimo existencial*, assim explanada pelo autor:

Entende-se como mínimo existencial o patamar ínfimo do dever estatal, que não poderia ser suprimido sob nenhuma hipótese. Sua importância está, fundamentalmente, na necessidade de fazer com que o homem sobreviva com dignidade e respeito, traduzindo de forma objetiva o ideal refletido no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inscrito como fundamento da República em nossa Constituição, em seu art. 1º, III, e tão comumente invocado, mesmo sem que, na maioria das vezes, se estabeleçam os limites reais de sua eficácia.⁹³

Dessa forma, o conceito de mínimo existencial está relacionado com a eficácia dos direitos fundamentais, estabelecendo um padrão mínimo a ser garantido pelo Estado que, se não atendido, enseja proteção judiciária.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista diálogo jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, ano 1, v. 1, n. 1, 2001, p. 36.

⁹² BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 109.

⁹³ VIANNA, Luís Gustavo. Direito fundamental à educação: instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana. In DELGADO, Ana Paula Teixeira; CUNHA, Maria Lourdes da. (org.). **Estudos de direitos humanos: ensaios interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.119.

Com relação à Justiça como Equidade, conquanto esse assunto seja discutido em maior profundidade no próximo capítulo, cabe ressaltar que o mínimo social de Rawls possui duas acepções distintas, com distintos graus de exigibilidade junto ao Poder Judiciário. Numa acepção mais restrita, o mínimo social pode ser pensado nos termos do mínimo existencial, como tratado até aqui. Por outro lado, Rawls também dá ao mínimo social um significado mais amplo, que se traduz como um comando de otimização ao legislador em relação às perspectivas dos menos favorecidos. Neste caso, o conteúdo de mínimo social torna-se mais abrangente que o do mínimo existencial aqui tratado e, assim, ganha mais cores a discussão sobre a sindicabilidade dos direitos aí previstos frente ao Judiciário.

2.2 Reserva do Possível: surgimento da tese e seu conteúdo na Alemanha

Ingo Sarlet nos ensina que a tese da ‘reserva do possível’ teria origem na Alemanha, ainda na década de 1970. Para o doutrinador, essa tese traria em si a questão dos limites econômico-financeiros em relação aos direitos sociais de cunho prestacional, limitando as possibilidades de o Estado vir a atendê-los em sua plenitude:

A utilização da expressão ‘reserva do possível’ tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a ‘reserva do possível’ (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.⁹⁴

De forma ampla, a doutrina⁹⁵ identifica um caso paradigmático, denominado *numerus clausus*, como sendo a origem da tese da ‘reserva do possível’. Nesse caso, discutia-se uma política adotada pelo Legislador alemão que limitava o número de vagas de ingresso em determinados cursos universitários em que havia grande quantidade de interessados.

Alguns estudantes que não haviam conseguido sua admissão alegaram a inconstitucionalidade da referida lei face ao artigo 12 da Lei Fundamental Alemã, que

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 237.

⁹⁵SARMENTO, Daniel. A proteção judicial aos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 569.

conferiria a todo alemão o direito à livre escolha de sua profissão, seu posto de trabalho e seu centro de formação.⁹⁶

Nessa decisão, o Tribunal Constitucional Federal Alemão decidiu que o direito de ser admitido no curso universitário de sua escolha estaria limitado pela reserva do possível, no sentido daquilo que “o indivíduo possa esperar razoavelmente da sociedade”.

Assim, para Leivas, a reserva do possível, em sua acepção alemã, traria consigo não o afastamento de um direito fundamental, mas sim sua ponderação frente a outros direitos de mesma natureza:

A colocação da reserva do possível junto ao direito fundamental *prima facie* diz nada mais que os direitos fundamentais sociais *prima facie* exigem a ponderação com os outros direitos fundamentais. [...] Aquilo que o indivíduo possa esperar razoavelmente da sociedade significa então que o indivíduo alcança um direito definitivo caso os outros direitos fundamentais em colisão com o direito fundamental social que lhe assiste não tenham peso suficientemente alto para restringir o seu direito fundamental.⁹⁷

Ricardo Lobo Torres, por sua vez, aponta o relacionamento que existe entre a tese da reserva do possível na ótica alemã e a ‘reserva democrática’, isto é, a reserva do possível incidiria sobre o conteúdo das prestações sociais que se encontra dentro da discricionariedade do Legislador:

A reserva do possível não é um princípio jurídico, nem um limite dos limites, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais, que na Alemanha não se consideram direitos fundamentais. Equivale a ‘reserva democrática’, no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador.⁹⁸

Aceitando-se a concepção, tem-se que essa parcela dos direitos sociais de cunho prestacional não poderiam ser exigidos – tal qual direitos subjetivos – junto ao Poder Judiciário. Isso não significa, retome-se aqui a questão da eficácia jurídica, que esses direitos escapam a qualquer controle judicial, visto que na discricionariedade não se encontra a negação do direito e, menos ainda, atitudes que lhe sejam frontalmente contrárias.

⁹⁶ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 287.

⁹⁷ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 287.

⁹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 324.

2.3 Reserva do Possível: adoção e adaptação da tese no Brasil

A teoria da reserva do possível foi ‘importada’ para o Brasil, porém com modificações em relação à versão alemã. A principal diferença é que o foco deixa de ser uma concepção de justiça distributiva – aquilo que é razoável ao indivíduo exigir da sociedade – e toma um caráter precipuamente econômico-financeiro, isto é, o Estado não teria recursos (seja de ordem orçamentária ou financeira) para fazer frente a eventuais ordens de prestação desses serviços emanadas do Poder Judiciário.

Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos manifesta-se contrária a uma utilização não balizada da teoria, utilizando-se a falta de recursos como escusa genérica para escapar ao controle judiciário das políticas públicas:

Na ausência de um Estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como um mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na 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.⁹⁹

Também Ingo Sarlet argumenta contra uma utilização generalizada da tese como ‘desculpa’ para a omissão estatal em relação aos direitos sociais:

[...] se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falacioso, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.¹⁰⁰

Noutro giro, a reserva do possível vem comumente associada ao princípio da separação dos poderes – que de alguma forma está contido na acepção alemã da tese, posto que ela pressupõe a discricionariedade do Legislador na implementação de políticas públicas destinadas a promover os direitos sociais. Esse fato é apontado por Sarlet ao discutir o sentido que é atribuído à reserva do possível no Brasil:

Outra linha de argumentação habitualmente oposta ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações diz com o limite fático da reserva do possível [...]. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao

⁹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 237.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 241.

legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação dos recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema de natureza eminentemente competencial.¹⁰¹

Em relação a este último ponto, a receptividade por parte da jurisprudência é baixa¹⁰², já que, ao contrário do que ocorre na Lei Fundamental alemã, a Constituição brasileira deu aos direitos sociais o status de direitos fundamentais, diminuindo sobremaneira a discricionariedade do Legislador nessa seara.

Buscando conceituar a reserva do possível, Ingo Sarlet aborda três dimensões que seriam abarcadas pela teoria conforme entendida no Brasil: (i) fática, relacionada com a disponibilidade econômico-financeira; (ii) jurídica, ligada à possibilidade de o Estado poder dispor juridicamente do recurso em questão; e (iii) da razoabilidade do pedido, diretamente ligada ao conteúdo original da tese:

[...] a assim designada reserva do possível, especialmente se compreendida em sentido mais amplo, apresenta pelo menos 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 de 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 do 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.¹⁰³

Ricardo Lobo Torres manifesta-se de forma bastante crítica com relação ao conteúdo atribuído à reserva do possível tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, alegando que esta confundiu o conceito carregado pela tese, ampliando-o de modo a aumentar a jurisdição das políticas públicas:

A expressão ‘reserva do possível’, cunhada pelo Tribunal Constitucional Alemão, perdeu o sentido originário ao chegar ao Brasil. Ingo Sarlet considerou-a ‘reserva do possível fática’, em contraste com a ‘reserva do orçamento’, que seria ‘jurídica’. Esse ponto de vista passou a se reproduzir na doutrina, que estendeu a ‘reserva do possível’ aos direitos fundamentais e

¹⁰¹ Idem. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 325.

¹⁰² Nesse sentido, veja-se ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 237-238.

ao ‘mínimo existencial’, nomeadamente na obra de Ana Paula de Barcellos e Marcos Maselli.¹⁰⁴

A desinterpretação, operada no Brasil pela doutrina e pela jurisprudência, do conceito de reserva do possível, serviu para alargar desmesuradamente a judicialização da política orçamentária até o campo dos direitos sociais, ao confundi-los com os fundamentais. Reserva do possível no Brasil passou a ser reserva fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dotação orçamentária ou de dinheiro sonante na caixa do Tesouro! Como o dinheiro público é inesgotável, segue-se que sempre há possibilidade fática de garantia de direitos!¹⁰⁵

O Supremo Tribunal Federal, em despacho do Min. Celso de Mello [...] confundiu os direitos sociais com os fundamentais, deu à reserva do possível interpretação extensiva e abrangente, para torná-la suscetível de aplicação pelo Judiciário, e abusou da imprecisão terminológica, utilizando a expressão ‘disponibilidade financeira’ para suprir assim a falta de verba orçamentária como a de dinheiro.¹⁰⁶

Quando Torres fala em ampliação do conteúdo da tese, parece-me que há, aí, uma impropriedade. Se a reserva do possível ganha uma concepção de limitação fática (veja-se, por exemplo, 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.”¹⁰⁷), está-se aqui a operar uma redução do conteúdo original. De fato, na Alemanha, a tese é aplicável ainda que não existam limitações fáticas – ainda que o tesouro alemão disponha de recursos – já que lá se discute a razoabilidade da pretensão sob uma ótica de justiça distributiva e não a disponibilidade de recursos por parte do Tesouro alemão.

De fato, parece-nos que a possibilidade de maior jurisdicização decorre de serem os direitos sociais, mesmo os de cunho prestacional, considerados como direitos fundamentais (posição esta a que Torres se opõe). E aqui se vê a necessidade de uma adaptação da tese da reserva do possível, no mínimo para contemplar uma menor discricionariedade do legislador pátrio frente a seu par alemão, já que, como já discutido,

¹⁰⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 325.

¹⁰⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 326-327.

¹⁰⁶ Idem, ibidem, p. 325-326.

¹⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.

entendeu o constituinte brasileiro por constitucionalizar os direitos sociais, fato que não ocorreu na Alemanha:

Quanto aos direitos sociais prestacionais, há entendimento na Corte Constitucional Federal da Alemanha no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal forma que, mesmo dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode cogitar de obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. O que corresponde ao razoável, conforme tal entendimento e parte da doutrina alemã, depende da ponderação por parte do legislador.¹⁰⁸

Para Andreas Krell, a aplicação da reserva do possível equivaleria a condicionar o gozo dos direitos sociais à existência de ‘caixas cheias’ do Estado, atitude incompatível com a desigualdade social reinante em nosso País:

[...] o condicionamento da realização dos 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 serem considerados ‘direitos de segunda categoria’. Num país com um dos piores quadros de distribuição de renda no mundo, o conceito da ‘redistribuição’ (*Umverteilung*) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente.¹⁰⁹

Saindo das questões doutrinárias e passando a análise da jurisprudência a cerca do tema, Daniel Wang, resumindo o posicionamento dominante nos tribunais brasileiros, identificou que, no que se refere aos direitos sociais, as cortes dão pouca importância à escassez de recursos e à teoria da reserva do possível; adotam, contudo, posicionamento distinto quando discutem a intervenção nos entes federados com base na falta de pagamento dos precatórios. Tem, portanto, o Judiciário dificuldade em tratar a demanda como atinente à questão do conflito distributivo:

O estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mostrou que a escassez de recursos, os custos dos direitos e a reserva do possível recebem um tratamento muito semelhante quando se trata de direito à educação e à saúde, porém de forma muito diferente quando comparado com as decisões que julgavam pedidos de intervenção federal por não pagamento de precatórios.

No que tange a pedidos de fornecer medicamento, tratamento médico ou acesso à creche, escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível são raramente levados em consideração. E nos poucos votos em que estas questões são trazidas para o debate, são logo descartados como argumentos que poderiam ser relevantes para as decisões, o que mostra que

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 276.

¹⁰⁹ 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, 2002, p. 54.

escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível não são problemas para o Supremo Tribunal Federal nestas decisões, que, nestes casos, julga conforme o ensinamento do brocardo latino *Fiat justitia e pereat mundus*.

Este tipo de decisão ignora as suas próprias conseqüências distributivas, de decisão de alocação de recursos, pois decide que alguns ganharão sem pensar em quem perderá. Afinal, se os recursos são escassos, nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Portanto, tratar estes direitos como se fossem absolutos é decidir usando uma dogmática jurídica que faz uso apenas das regras jurídicas e esquece da realidade.¹¹⁰

Para ilustrar esse quadro, reproduz-se a seguir trecho do voto do Ministro Celso de Mello, relator no julgamento da ADPF 45, em que, apesar de a reserva do possível não ter sido sumariamente descartada, verifica-se a imposição de o Estado demonstrar, no caso concreto, a impossibilidade de atender à demanda específica:

Não deixo de conferir, no entanto, **assentadas** tais premissas, **significativo relevo** ao tema pertinente à “*reserva do possível*” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “**The Cost of Rights**”, 1999, Norton, New York), **notadamente** em sede **de efetivação e implementação** (sempre onerosas) dos direitos de **segunda** geração (direitos econômicos, sociais e culturais), **cujo adimplemento**, pelo Poder Público, **impõe e exige**, deste, prestações estatais **positivas** concretizadoras de tais prerrogativas individuais **e/ou** coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – **além** de caracterizar-se pela **gradualidade** de seu processo de concretização – **depende**, em grande medida, de um **inescapável** vínculo financeiro **subordinado** às possibilidades orçamentárias do Estado, **de tal modo** que, **comprovada**, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta **não se poderá** razoavelmente exigir, **considerada** a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, **em tal hipótese** – mediante **indevida** manipulação de sua atividade financeira **e/ou** político-administrativa – **criar** obstáculo artificial **que revele** o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito **de** fraudar, **de** frustrar e **de** inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor **da** pessoa e **dos** cidadãos, de condições materiais **mínimas** de existência.

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “*reserva do possível*” – **ressalvada** a ocorrência de **justo** motivo objetivamente aferível – **não pode** ser invocada, pelo Estado, **com a finalidade** de exonerar-se **do cumprimento** de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando, dessa conduta governamental negativa, **puder resultar** nulificação **ou**, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais **impregnados** de um sentido

¹¹⁰ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: **XI Conferência Internacional da Associação Latino-Americana e Caribe de Direito e Economia (ALACDE)**, 2007, Brasília, p. 24. Disponível em:

<[HTTP://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050207-16](http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050207-16)>. Acesso em: 15.5.2010.

de essencial fundamentalidade. (ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF nº 345/2004)¹¹¹

O problema é que, pensado no caso concreto, dificilmente pode o Estado comprovar não ter em caixa o *quantum* que ali lhe é solicitado. Desvinculado do todo, o argumento é sumariamente descartado pelo Poder Judiciário e o Estado é, em boa parte das vezes, instado a prestar o necessário em prol da preservação daquele direito social pelo qual foi demandado. Perde-se a visão do todo e escamoteia-se o conflito por verbas e a necessidade de se fazer escolhas trágicas:

Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Não há um tratamento que suplante o orçamento da saúde ou, mais ainda, aos orçamentos da União, de cada um dos Estados, do Distrito Federal ou da grande maioria dos municípios. Assim, enfocando apenas o caso individual, vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios, ou de cento e setenta mil reais para um tratamento no exterior, não se vê a escassez de recurso, mormente se adotado o discurso de que o Estado tem recursos ‘nem sempre bem empregados’.¹¹²

Uma vez tendo sido apresentados os conceitos de mínimo existencial e da reserva do possível, o próximo capítulo abordará a questão dos conflitos distributivos que permeia esses conceitos e, ainda, buscará discutir se a proposta de justiça distributiva inserida na Justiça como Equidade poderia ser compatível com as restrições trazidas pela teoria da reserva do possível.

¹¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF/45 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). [...]. Relator: Min. Celso de Mello. Informativo/STF nº 345/2004.

¹¹² AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 80-81.

3 JUSTIÇA COMO EQUIDADE E A RESERVA DO POSSÍVEL

3.1 Conflitos distributivos

A origem dos conflitos distributivos está na disputa pelo acesso aos bens comuns ou públicos. Ricardo Silva destaca como características dos bens comuns a indivisibilidade, a não exclusividade e, ainda, o acesso universal e igualitário:

A concepção de **bem público** decorre basicamente das suas duas características: a **indivisibilidade** e a **natureza não exclusiva**. Isto é, há um número elevado de sujeitos, um público, por assim dizer, que deseja quantidades diferentes do bem em questão; mas, para que seja possível desfrutar do bem em causa, **todos têm de dispor de uma quantidade idêntica do mesmo**.¹¹³ [grifo nosso]

Por sua vez, Vasconcelos¹¹⁴ enfatiza o critério da exclusividade para dividir os bens comuns dos particulares. Um bem é excluível, e, portanto, particular, quando se pode impedir que outrem dele usufrua, a exemplo de um carro, uma refeição, uma patente etc. Todavia, por questões de ordem jurídica, econômica, política ou, mesmo, natural, um bem pode ser não-excluível.

Em termos econômicos, tem-se que as forças de mercado são inaptas para determinar a quantidade a ser produzida assim como o preço a ser atribuído aos bens não-excluíveis. Além disso, o fato de que diversas pessoas têm interesse sobre esses bens (um bem comum compõe o conjunto de utilidades ou fatores de bem-estar de diversas pessoas) implica que não é eficiente determinar a relação das pessoas com esse bem a partir de sua ação individual imediatamente auto-interessada, uma vez que os efeitos dessa ação atingem o interesse de outras pessoas que dela não participaram.

Por fim, tendo em vista a multiplicidade de interessados nesses bens comuns, a natureza da relação jurídica sobre esses bens assume forma distinta daquela dos bens particulares: enquanto em relação a estes se tem a relação jurídica típica da justiça retributiva ou corretiva, em relação aos bens comuns constroem-se relações de justiça

¹¹³ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Teoria da Justiça de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998, p. 200.

¹¹⁴ VASCONCELOS, Rafael Bezerra Ximenes de. **Justiça distributiva: um valioso referencial para a disciplina jurídica da regulação financeira**. Revista da procuradoria do Banco Central. Brasília: BCB, 2007, v. 1, n. 1, dez/2007, p. 34. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?V1N1ART1>>. Acesso em 16.1.2010.

distributiva, em que se discute a partilha desses bens:

Bens comuns não são objeto de troca entre seus titulares, mas de partilha. As relações para que apontam são, portanto, plurilaterais, e não bilaterais, tal como pressuposto na idéia de troca, o que tem uma série de implicações sobre o modo de perseguir eficiência e justiça no que concerne à atuação das pessoas em relação a esse tipo de bem.¹¹⁵

Essas características dos bens comuns afetam a forma como as pessoas se relacionam com eles, dando origem a relação jurídica de natureza distinta. Contrapõe-se à relação bilateral, sinalagmática, de trocas entre as partes envolvidas, uma relação plurilateral, de partilha, em que as partes não estão bem definidas:

[...] o esquema da justiça distributiva, tal como apresentado, pressupõe a identificação do que se há de distribuir como um **bem comum** àqueles entre os quais se dará a distribuição. A justiça corretiva ou retributiva, por seu turno, pressupõe a identificação do que se há de transacionar, no esquema sinalagmático de um modelo bilateral de trocas, como um **bem particular**. A justiça distributiva é a justiça das partilhas; aplica-se à partilha dos bens comuns. A justiça retributiva é a justiça das trocas, o que pressupõe necessária bilateralidade; aplica-se às transações envolvendo bens particulares.¹¹⁶

A propósito, Holmes e Sunstein sustentam que os conflitos distributivos não se limitam aos direitos sociais, mas abarcam também os direitos de primeira geração, já que, em ambos os casos, o Estado – a sociedade – deve despender esforços e recursos para a sua proteção. Com relação ao mínimo existencial, pode-se dizer que este abarca tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais:

Both the right to welfare and the right to private property have public costs. The right to freedom of contract has public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claims upon the public treasury.¹¹⁷

Todavia, esses conflitos são apreendidos pelo Judiciário de forma indistinta,

¹¹⁵ VASCONCELOS, Rafael Bezerra Ximenes de. **A justiça distributiva e seus desafios conceituais para a disciplina jurídica da regulação financeira**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB), para a obtenção do título de especialista em Direito Econômico da Regulação Financeira, 2006, p. 104.

¹¹⁶ Idem. **Justiça distributiva: um valioso referencial para a disciplina jurídica da regulação financeira**. Revista da procuradoria do Banco Central. Brasília: BCB, 2007, v. 1, n. 1, dez/2007, p. 33. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?V1N1ART1>>. Acesso em 16.1.2010.

¹¹⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**. Nova Iorque: Norton, 1999, p. 15.

Tradução livre: “Tanto o direito ao bem-estar quanto o direito à propriedade privada têm custos públicos. O direito à liberdade de contratar tem custos públicos não inferiores ao direito à saúde, o direito à liberdade de expressão tem custos não inferiores ao de moradias decentes. Todos os direitos oneram o tesouro público”.

como se fossem de natureza retributiva/comutativa: indivíduo e Estado aparecem em lados opostos da relação jurídica, disputando o bem em questão. Ao operar essa redução da relação distributiva em comutativa, deixa-se escapar os interesses das demais partes afetadas pelo conflito:

As questões do bem comum simplesmente deixam de dizer respeito, juridicamente, à esfera de interesses dos ‘comuns’. Passam a dizer respeito a uma figura individualizada do Estado que é a encarnação particularizada do bem de todos. Cada um dos que compõem o conjunto desses ‘todos’, porém, não tem juridicamente considerada sua esfera de interesses na partilha dos bens comuns que também lhe pertencem. A esfera de interesses que se considera é a do Estado-indivíduo, não a dos vários membros da respectiva comunidade sócio-política.¹¹⁸

E qual a razão desse reducionismo? Conforme leciona José Reinaldo de Lima Lopes, as decisões envolvendo conflitos de natureza distributiva migraram, ao longo do tempo, da esfera judiciária para a política. E à medida que essa migração ocorria, o Judiciário foi se especializando nos conflitos retributivos ou comutativos, desenvolvendo seu raciocínio e ferramental argumentativo para com eles operar, ao passo em que se desaparelhava para tratar dos conflitos de ordem distributiva:

Até o século XVII a justiça distributiva, a justiça das partilhas, não era assunto estranho aos juristas e por diversas razões. Em primeiro lugar, no plano das idéias e dos textos [...]. O assunto era familiar aos juristas porque a introdução ao estudo do direito fazia-se dentro de um arcabouço filosófico em que a distinção entre justiça distributiva e justiça comutativa era um ponto de partida fundamental. [...] Nos seus comentários sobre as Instituições de Justiniano e respectiva Glosa, Bártolo elabora longamente os problemas da justiça [...]. Nos seus muitos pareceres (consilia) sobre questões controversas também é visível como transita das trocas para as partilhas com relativa frequência. [...] Em segundo lugar, era comum que os órgãos judicantes fossem simultaneamente órgãos de administração. As cortes eram assembleias de aconselhamento dos príncipes ou de deliberação em comum tanto sobre matérias “comutativas” quanto sobre matérias “distributivas”. [...] A modernidade alterou substancialmente esse quadro. Pode-se dizer, sumariamente, que o tema da justiça foi cindido: o da justiça das trocas permaneceu com o direito e a justiça das partilhas de coisas comuns deslocou-se para a política. Começando com textos de vários jusnaturalistas, a justiça distributiva tendeu a perder seu lugar central na descrição do mundo do direito. A impostação contratualista concentrou a vida jurídica em um sistema de relações intersubjetivas bilaterais. Nas relações bilaterais a troca, e não a cooperação, ganhou precedência. [...] A esfera da justiça distributiva foi alocada à política. [...] essa separação permitiu [...] que se estabelecessem com clareza instituições distintas para as

¹¹⁸ VASCONCELOS, Rafael Bezerra Ximenes de. **A justiça distributiva e seus desafios conceituais para a disciplina jurídica da regulação financeira**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB), para a obtenção do título de especialista em Direito Econômico da Regulação Financeira, 2006, p. 113-114.

duas “justiças”: para os casos comutativos, os tribunais comuns; para os casos distributivos, órgãos da administração ou do próprio Parlamento. E se entre administração e particulares surgissem conflitos, seriam eles tratados em órgãos administrativos especiais, semelhantes a tribunais, autorizados, porém, a levar em conta o tema por excelência da distribuição, o bem comum, chamado a partir de então de “bem público” ou “interesse público”. Perdida que estava a idéia mesma de uma justiça das distribuições racionalizada, não foi longo o caminho da equiparação pura e simples do interesse público com os interesses do Estado como pessoa individual (*persona ficta*) ou com a vontade da maioria. Assim, abriu-se a porta, outra vez, para deixar escapar dos juristas as idéias mínimas sobre a distribuição.¹¹⁹

Com a constitucionalização dos direitos sociais no século XX, os conflitos distributivos retomaram os trilhos rumo ao Judiciário.¹²⁰ Esse fenômeno, denominado por “judicialização da política”,¹²¹ correspondeu a uma retomada da discussão distributiva pelo Judiciário que, contudo, passou a ocorrer sob a égide de um pensamento e um ferramental típicos da justiça comutativa.

A abstração trazida pela oposição entre indivíduo e Estado (pessoa jurídica e, portanto ficta), ao invés de deixar transparecer o real conflito entre pessoas ou grupos, ou, ainda, entre gerações distintas, termina por mascarar uma disputa por recursos escassos:

[...] o foco do raciocínio jurídico voltou-se para um conjunto de bens ou interesses precisamente separados e ligados a um titular bem determinado, percebendo-se até mesmo os denominados “bens públicos” como bens de propriedade do Estado, como pessoa individual (*persona ficta*). Desse modo, “particularizou-se” até o interesse público, convolado no interesse desse “Estado-indivíduo”. O universo simbólico dos bens jurídicos passou a contemplar, portanto, bens particulares e bens públicos, obscurecendo a percepção dos bens coletivos, comuns ou difusos. [...] A personalidade jurídica do Estado funciona, aí, como uma corruptela, em terceira pessoa, de uma realidade na primeira pessoa do plural; uma canhestra representação que converte um conflito distributivo subjacente – ou talvez simplesmente o esconda – numa simplorizada relação bilateral administrável em linguagem ética retributiva.¹²²

O Judiciário assume, novamente, um papel de protagonismo nos conflitos distributivos, mas sem entender a natureza desses conflitos e, também, sem possuir ferramental adequado, sendo, por isso, alvo de críticas, como a de Ricardo Lobo Torres:

¹¹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei**. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 198-199.

¹²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 232-236.

¹²¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. op. cit., p. 200.

¹²² VASCONCELOS, Rafael Bezerra Ximenes de. Justiça distributiva: um valioso referencial para a disciplina jurídica da regulação financeira. **Revista da procuradoria do Banco Central**. Brasília: BCB, 2007, v. 1, n. 1, dez/2007, p. 41. Disponível em: < <http://www.bcb.gov.br/?VIN1ART1> >. Acesso em 16.1.2010.

A insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites, a exemplo do que acontece em outros países. É preciso, pois, distinguir entre o mínimo do mínimo existencial em seu *status positivus libertatis*, que admite a proteção individual dos pobres e miseráveis na defesa das condições de sua liberdade, e a maximização do mínimo existencial, que se abre para a política pública universalista e para ações coletivas.¹²³

Para Torres, essas decisões concessivas em nível individual refletiriam uma ótica retributivista incompatível com a natureza do problema, privilegiando as camadas mais abastadas em detrimento dos mais necessitados. Assim, na opinião do autor, a solução para esses casos seria a de o Judiciário determinar a implementação de políticas públicas adequadas, atendendo ao caráter distributivo desses conflitos.

Essa é também a linha da crítica levantada por Holmes e Sunstein, aludindo ao problema da ‘atenção seletiva’ que caracteriza a atuação do Judiciário em demandas individuais por bens públicos. Ao invés de se dar conta do conflito distributivo, a atenção seletiva faz com que o Judiciário dirija sua atenção para o caso individual, protegendo o autor da demanda em detrimento de todos os demais que com ele disputam esses recursos; e isso ocorre não porque o direito do autor seja graduado como superior, mas porque o operador do direito não enxerga a disputa por esses recursos em outras demandas de mesma natureza (ou de natureza similar) que, contudo, não foram jurisdicizadas. Escapa aos operadores do direito, de forma geral, a necessidade de se fazer escolhas e os *trade-offs* que decorrem dessas decisões:

A key goal of the legal system ought to be to overcome the problem of selective attention, a general problem that emerges whenever participants focus on one aspect of an issue to the exclusion of other aspects. In a way, an emphasis on the cost of rights can be understood as a response to the problem of selective attention. “Health-health” trade-offs are paralleled by “environment-environment” trade-offs, as when protection of clean air increases solid-waste disposal problems, and the “rights-rights” trade-offs that arise when, for example, use of legal system to protect environmental quality makes fewer resources available to protect, say, against criminal violence.¹²⁴

¹²³ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 335.

¹²⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**. Nova Iorque: Norton, 1999, p. 125-126.

Tradução livre: “Um objetivo-chave do sistema jurídico deveria ser o de resolver o problema da atenção seletiva, um problema geral, que surge sempre que os participantes focam em um aspecto de um problema em detrimento dos

Também Ana Paula de Barcellos vai tratar do problema da atenção seletiva conjugada com a visão equivocada que opõe o Estado, enquanto ente abstrato que representa a comunidade, ao direito individual, ao invés de considerar os demais membros da sociedade que também demandam recursos de natureza similar. Essa forma equivocada de encarar o problema leva o Judiciário à tomada de decisões injustas sob a ótica da justiça distributiva:

Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao juízo uma prestação de saúde – não incluída no mínimo existencial nem autorizada por lei, mas sem a qual ele pode vir mesmo a falecer – é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e que têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica.¹²⁵

3.1.1 *Mínimo existencial, reserva do possível e os conflitos distributivos*

Por traz da discussão sobre a sindicabilidade perante o Judiciário dos direitos sociais de cunho prestacional, encontra-se a questão dos conflitos distributivos. É também nessa seara que se enquadram as discussões sobre o mínimo existencial e a teoria da reserva do possível.

Quanto à sindicabilidade de direitos perante o Judiciário, Holmes e Sunstein propõem uma mudança na ótica a ser adotada: não se trata de se um direito deve ser protegido, mas de quão bem é possível protegê-lo em face dos conflitos distributivos que cercam o acesso aos bens comuns.

From the perspective of public finance, the three generations of rights occupy a continuum, rather than being radically distinct kinds of claims. [...] The question is always ‘How well protected?’ rather than ‘Protected or not?’ Anyone entrusted with enforcing legal rights will have to make hard decisions about what problems, and which groups, have an overriding claim on collective resources in particular circumstances.¹²⁶

outros aspectos. De certa maneira, uma ênfase sobre os custos dos direitos pode ser entendida como uma resposta para o problema da atenção seletiva. *Trade-offs* do tipo ‘saúde-saúde’ são pareados por outros do tipo ‘ambiente-ambiente’, como quando a proteção ao ar limpo aumenta os problemas de eliminação de resíduos sólidos, e os *trade-offs* de natureza ‘direito-direito’ que surgem quando, por exemplo, o uso do sistema legal para proteger a qualidade ambiental faz com que menos recursos estejam disponíveis para proteger, por exemplo, contra a violência criminal”.

¹²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 275.

¹²⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**. Nova Iorque: Norton, 1999, p. 127-128.

Tradução livre: “Da perspectiva das finanças públicas, as três gerações de direitos ocupam um *continuum*, ao invés de serem tipos de demanda radicalmente distintos. [...] A questão é sempre ‘Quão bem proteger?’ ao invés de ‘Proteger ou não?’. Qualquer um com o poder para garantir os direitos legais terá que tomar decisões difíceis sobre que problemas e quais grupos tem uma demanda prioritária sobre os recursos coletivos em face de circunstâncias particulares.”

Ora, uma questão central no que se refere aos bens comuns é que o acesso a eles deve se dar de forma universal. Nesse sentido, fica evidente o paralelo entre os bens comuns e os direitos fundamentais; nos vários critérios apresentados quanto à “fundamentalidade” desses direitos, a universalização aparece como um critério quase unânime.

Nesse ponto, vale destacar o papel que a possibilidade de universalização desempenha na visão de mínimo existencial, na forma em que proposto por Ana Paula de Barcellos.¹²⁷ Discutindo o mínimo existencial em relação ao direito à saúde, a autora defende que este deve abranger aquelas prestações de saúde que todos necessitaram (*e.g.*, atendimento ao parto, pós-natal), necessitam (*e.g.*, saneamento básico, atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas, tais como cardiológicas e ginecológica) ou provavelmente não de necessitar (por exemplo, o acompanhamento das doenças típicas da velhice, como a hipertensão, a diabetes etc.). A lógica dessa proposta reside em buscar garantir a todos um conjunto comum e básico de prestações de saúde que seriam prestados em decorrência imediata do princípio da dignidade da pessoa humana.

De um lado, busca-se atender a uma visão de universalização das prestações, mas, por outro lado, desobriga-se o Estado de ter que oferecer toda e qualquer forma de prestação que possa, no caso concreto, ser indispensável à manutenção da saúde – ou mesmo da vida – daqueles que demandam o Judiciário, mas que não seja universalizável, que não possa ser “entregue” a todos aqueles que dele necessitam.

Nesse sentido, a teoria do mínimo existencial pode ser pensada como uma proposta de solução para o problema de quão bem o Estado deve defender um direito, posto que o mínimo existencial busca definir aquele tanto mínimo de cada direito a que o Estado (a sociedade?!) estaria obrigado(a) a garantir.

Assim, partindo-se do próprio conceito de universalizável como aquilo que, em tese, a sociedade pode oferecer a todos, de forma não discriminatória, então é razoável pressupor que, quando alguém requeira um bem comum universalizável, deva recebê-lo sob pena de ser injustiçado, já que, na ponderação em tela, o direito dos demais estaria preservado.

Tratar-se de um direito universalizável é, portanto, estar contido naquilo a que se refere como mínimo existencial.

¹²⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 281.

Por outro lado, seria o “universalizável” um limite superior ao mínimo existencial, dessa forma ajudando a densificar o conteúdo da dignidade humana? Tome-se a respeito, o pensamento de Marilena Chauí, para quem a universalidade se apresenta como critério de justiça distributiva:

Um privilégio é, por definição, algo particular que não pode generalizar-se nem universalizar-se sem deixar de ser privilégio. Uma carência é uma falta também particular ou específica que desemboca numa demanda também particular ou específica, não conseguindo generalizar-se nem universalizar-se. **Um direito, ao contrário de carências e privilégios, não é particular e específico, mas geral e universal** seja porque é o mesmo e válido para todos os indivíduos, grupos e classes sociais, seja porque embora diferenciado é reconhecido por todos (como é caso dos chamados direitos das minorias). [...] Em outras palavras, privilégios e carências determinam a desigualdade econômica, social e política, contrariando o princípio democrático da igualdade, de sorte que a passagem das carências dispersas em interesse comuns e destes aos direitos é a luta pela igualdade.¹²⁸ [grifo nosso]

Igualmente, poderia se afirmar que um direito universalizável atende à reserva do possível, pelo menos em sua conceituação no direito germânico, já que parece razoável, pelo menos *prima facie*, garantir acesso a um bem comum universalizável a qualquer um que dele necessite.

Retome-se aqui a questão da universalidade na fruição dos direitos sociais, que se dá em disputa pelos recursos disponíveis ao Estado. Nesse aspecto, a escassez a ser vislumbrada na aplicação da reserva do possível não é aquela do caso concreto, da demanda individual, mas sim a advinda da fruição universalizada do direito sob demanda pela sociedade:

No caso específico dos bens comuns rivais, por exemplo, as conseqüências da universalização do padrão de fruição praticado, em relação a um bem desse tipo, por algum de seus muitos titulares, precisam ser avaliados com cuidado. Se esse padrão de consumo individual do bem rival, proporcionalmente universalizado para todos os seus titulares, de acordo com critérios distributivos encampados pela sociedade, levar a um colapso de escassez (se o bolo não comportar fatias tão grandes para todos os comensais), então o padrão individual é um privilégio, e não um direito, porquanto não possa ser universalizado de acordo com os critérios distributivos escolhidos pela sociedade.¹²⁹

¹²⁸ CHAUI, Marilena. Considerações sobre a democracia e alguns dos obstáculos à sua concretização. In: **Os sentidos da democracia e da participação**. São Paulo: Instituto Pólis, 2004. Disponível em: <http://www.polis.org.br/seminario/para_coloquio_polis.htm>

¹²⁹ VASCONCELOS, Rafael Bezerra Ximenes de. **A justiça distributiva e seus desafios conceituais para a disciplina jurídica da regulação financeira**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB), para a obtenção do título de especialista em Direito Econômico da Regulação Financeira, 2006, p. 123.

3.1.2 *Justiça como equidade e mínimo social*

Em apertada síntese, Rawls busca, com sua teoria de Justiça como Equidade, o fundamento para a construção de uma sociedade ‘justa’ a partir de dois princípios: o primeiro trata de garantir as liberdades individuais e tem precedência sobre o segundo; por sua vez, o segundo, denominado de princípio da diferença, trata dos conflitos distributivos e traz, como regra de ouro, que qualquer diferença social só é aceitável quando implicar quadro mais benéfico para os menos favorecidos da sociedade.

Além disso, conforme destaca Gustavo Amaral, a Justiça como Equidade estabelece a necessidade de se garantir um mínimo social:

Há, na teoria de Rawls, instituições de enquadramento relativas à justiça distributiva, reguladas por uma constituição justa que garanta as liberdades próprias de uma situação de igualdade entre os cidadãos, garanta um processo justo de escolha do Governo, assegure a liberdade de oportunidades equitativa, que engloba o igual acesso à educação e à cultura, bem como um mínimo social [...].¹³⁰

Mas para a construção desse mínimo, que deve ser compatível com uma sociedade estável – estabilidade aqui se refere a uma sociedade que consiga se manter signatária do contrato social à medida que o tempo se protraí – Rawls vai defender a necessidade de um novo princípio, o princípio da poupança.

O princípio da poupança determina que a sociedade deve adotar uma taxa adequada de poupança, taxa esta que deve levar em consideração o nível de desenvolvimento da sociedade: “quando o povo é pobre e poupar é difícil, deve-se exigir uma taxa mais baixa; ao passo que, numa sociedade mais rica, é racional esperar poupanças maiores, já que o ônus real da poupança é menor.”¹³¹ A inclusão do princípio da poupança tem por base a necessidade de se estabelecer uma justiça entre gerações, isto é, as decisões da geração atual devem levar em conta não só as necessidades dos menos favorecidos dessa geração, mas também das próximas. Portanto, cada geração deve poupar de modo a preservar os ganhos e as instituições justas para as gerações vindouras. Esse é o raciocínio que Rawls desenvolve para construir o princípio da poupança justa.¹³²

De forma complementar, a aplicação adequada do princípio da diferença –

¹³⁰ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 87.

¹³¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 360.

¹³² Idem, *ibidem*, p. 358-359.

que busca maximizar as perspectivas dos grupos menos favorecidos – implicaria a determinação de um mínimo social apto não só a maximizar as expectativas dos grupos menos favorecidos, mas também a atender as perspectivas de longo prazo dos menos favorecidos das gerações futuras.¹³³

Aplicando-se conjuntamente esses princípios, da diferença e da poupança, Rawls vai sugerir uma forma para se determinar o mínimo social, que deve atentar tanto para a capacidade de realização de poupança pela sociedade quanto para o mandamento de maximização das perspectivas dos menos favorecidos:

Vamos supor, para simplificar, que o mínimo é ajustado pelas transferências financiadas por impostos proporcionais sobre o consumo (ou sobre a renda). Nesse caso, aumentar o mínimo implica aumentar a proporção na qual o consumo (ou a renda) é tributado. É presumível que, à medida que essa fração cresce, chega-se a um ponto além do qual acontece uma dentre duas situações: ou não é possível fazer a poupança adequada, ou os impostos mais elevados interferem tanto na eficiência econômica que as perspectivas dos menos favorecidos da geração atual deixam de aumentar e começam a cair. Em qualquer um dos dois casos, atingiu-se o mínimo correto.¹³⁴

Esse mínimo social deve ser garantido pelo Estado, quer por intermédio de benefícios familiares e transferências especiais (auxílio doença ou desemprego, por exemplo), quer por meio de dispositivos de complementação de renda.¹³⁵

Todavia, pelo menos num primeiro momento, o mínimo social visualizado por Rawls seria uma atribuição legislativa, isto é, incumbiria ao legislativo fazer as escolhas políticas aptas a materializar esse conteúdo: “A realização do segundo princípio [princípio da diferença], entretanto, que cuida sobretudo da justiça distributiva e das condições para sua prossecução, ficaria a cargo do legislativo, a quem competiria desenvolvê-lo”.¹³⁶

Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls enquadra o mínimo existencial como um elemento do princípio da diferença. Esse pensamento, contudo, sofreu transformações ao longo de suas obras, fazendo com que, na obra *Liberalismo Político*, o mínimo social assumisse uma posição de prioridade conjuntamente com o primeiro princípio, das liberdades. Dessa forma, o mínimo social – ou o mínimo do mínimo como se discutirá a seguir – deixou de gozar de um status de legalidade – isto é, de ter sua implementação a

¹³³ Idem, *ibidem*, p. 355.

¹³⁴ Idem, *ibidem*, p. 357.

¹³⁵ Idem, *ibidem*, p. 342-343.

¹³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 113.

cargo da discricionariedade do Legislador – para passar a um status de constitucionalidade, vinculando o Legislador ordinário:

Em *Uma Teoria de Justiça* a posição equitativa de oportunidades, que passaremos a denominar como mínimo existencial, ocupa a posição de pressuposto fático indispensável para a coerência da teoria apresentada. Já se esboça, no entanto, um movimento de transposição desse mínimo existencial de mero elemento do princípio da diferença para uma posição de prioridade juntamente com o primeiro princípio (o princípio geral da liberdade). Essa posição se consolida em *O Liberalismo Político*, onde o autor assim se expressa, *in verbis*: ‘En especial, el primer principio, que baraca los derechos y libertades iguales para todos, bien puede ir precedido de un principio que anteceda a su formulación, el cual exija que las necesidades básicas de los ciudadanos sean satisfechas, cuando menos en la medida en que su satisfacción es necesaria para que los ciudadanos entiendan y puedan ejercer fructíferamente esos derechos y esas libertades. Ciertamente, tal principio precedente debe adoptarse al aplicar el primer principio’.¹³⁷

E continua Ana Paula de Barcellos:

No Liberalismo Político, entretanto, o autor faz a distinção entre o mínimo existencial e o princípio da diferença propriamente dito, destacando aquele como um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas ao indivíduo, ao passo que o princípio da diferença continua sendo de competência do legislador. A consequência jurídica desta diferenciação é o reconhecimento da natureza constitucional da garantia ao mínimo existencial, par a par com as tradicionais garantias do direito de liberdade.¹³⁸

Essa evolução no pensamento de Rawls é consequência da conclusão de que o acesso a um conjunto mínimo de condições materiais é pressuposto necessário para que o procedimento de escolha pelos indivíduos no estado original possa ser considerado equitativo, condição de validade para os princípios da Justiça como Equidade:

A posição equitativa de oportunidades é um conjunto de condições materiais mínimas que Rawls reconhece como pressuposto não apenas do princípio da diferença mas também do primeiro princípio, o da liberdade, uma vez que a carência daquele mínimo existencial inviabiliza a utilização pelo homem das liberdades que a ordem jurídica lhe assegura.¹³⁹

A base desse mínimo social é a reciprocidade entre os participantes do contrato social. É essa reciprocidade que torna possível a existência do contrato social e, por conseguinte, da sociedade idealizada em *Uma Teoria de Justiça*. Sem acesso ao mínimo

¹³⁷ Idem, ibidem, p. 114-115.

¹³⁸ Idem, ibidem, p. 115.

¹³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 114.

social, não há que se falar em cidadãos livres e iguais, premissa básica para a constituição de uma sociedade justa, isto é, que atenda à Justiça como Equidade:

[...] the difference principle specifies a special minimum derived from an idea of reciprocity. This covers at least the basic needs essential to a decent life, and presumably more. We suppose citizens to view themselves as free and equal, and to regard society as a fair system of social cooperation over time. [...] if those who view themselves and their society in that way are not to withdraw from their public world but rather to consider themselves as full members of it, social minimum, whatever it may provide beyond essential human needs, must derive from an idea of reciprocity appropriate to political society so conceived.¹⁴⁰

Em suma, Rawls defende a existência de um mínimo social de status constitucional; e é constitucional porque compreende direitos tão essenciais que, sem eles, não há que se falar em um cidadão capaz de fundar uma sociedade justa, ao menos sobre os critérios da Justiça como Equidade.

[...] em *Uma Teoria de Justiça*, o autor deixa a cargo do legislador todo o tratamento do princípio da diferença [...]. No Liberalismo Político, entretanto, o autor faz a distinção entre o mínimo existencial e o princípio da diferença propriamente dito, destacando aquele como um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas ao indivíduo, ao passo que o desenvolvimento do princípio da diferença continua sendo competência do legislador. A consequência jurídica desta diferenciação é o reconhecimento da natureza constitucional da garantia ao mínimo existencial, par a par com as tradicionais garantias do direito de liberdade.¹⁴¹

Para Rawls, sem o mínimo social (a situação equitativa de oportunidades), não há a fruição efetiva dos direitos da liberdade, bem como se inviabiliza *ab initio* qualquer justiça distributiva. O mínimo existencial ou social, portanto, constitui uma verdadeira condição de liberdade.¹⁴²

Mas o mínimo social de Rawls não se limita a esse conteúdo inicial. Sua teoria estipula que cabe ao Estado garantir um mínimo social cuja extensão possibilite a

¹⁴⁰ RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 130.

Tradução livre: ‘o princípio da diferença especifica um mínimo especial, derivado de uma idéia de reciprocidade. Isso cobre, pelo menos, as necessidades básicas essenciais para uma vida decente e, presumivelmente, mais que isso. Nós supomos que os cidadãos se enxergam como livres e iguais, e por considerar a sociedade como um sistema justo de cooperação social ao longo do tempo. [...] se aqueles que enxergam a si mesmos e à sua sociedade dessa forma não se retiram da vida pública, mas, ao contrário, se consideram como membros plenos da sociedade, o mínimo social, o que quer que ele proveja além das necessidades humanas essenciais, deve advir da idéia de reciprocidade que seja apropriada para uma sociedade política assim concebida’.

¹⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 115.

¹⁴² Idem, *ibidem*, p. 132.

maximização das perspectivas dos menos favorecidos, e isto ao longo das gerações.

Chega-se, assim, a um mínimo do mínimo existencial, com caráter constitucional, aliado a um mandamento de otimização desse mínimo, mas aí já com a intermediação do Legislador. Nesse ponto, Ana Paula de Barcellos destaca que linha de pensamento bastante similar na doutrina pátria foi desenvolvida por Ricardo Lobo Torres:

Entre nós, vale fazer o registro, desenvolveu concepção análoga à desenvolvida por Rawls em o Liberalismo Político, o Professor Ricardo Lobo Torres, que entende o mínimo existencial como o conjunto imprescindível de condições iniciais para o exercício da liberdade.

Com efeito, também o Professor Ricardo Lobo Torres distingue o mínimo existencial, a parcela mínima das condições materiais sem a qual o homem não sobrevive, dos direitos econômicos e sociais. Aquele é direito pré-constitucional, decorrendo do direito básico de liberdade, tem validade *erga omnes* e é diretamente sindicável. Os direitos econômicos e sociais, por outro lado, fundamentam-se, segundo o autor, não na idéia de liberdade, mas na de justiça social, e dependem da concessão do legislador.¹⁴³

Concluindo esse ponto, Rawls afirma que sua teoria da justiça supõe a existência de um limite definido para a motivação social e altruísta, isto é, reconhece o fato de que grupos e indivíduos têm interesses conflitantes e, ainda que dispostos a agir de maneira justa, não estão dispostos a renunciar a esses interesses.¹⁴⁴ Essa é uma questão relevante, cuja abstração operada pelas discussões no judiciário (conflito por recursos entre os indivíduos da sociedade é escamoteado em um conflito bilateral, entre o indivíduo e o Estado) acaba por desconsiderar.

3.1.3 A Reserva do Possível e os princípios da Justiça como Equidade

Da análise da obra de Rawls, extrai-se a existência de um mínimo existencial composto por duas parcelas: uma primeira parcela que, por essencial, está incluída junto aos direitos de liberdades, gozando de precedência sobre os demais, e, por isso, se lhes reconhecendo um status constitucional; por outro lado, há uma segunda parcela, que comanda a atuação do Executivo e do Legislativo em prol da otimização da perspectiva dos menos favorecidos ao longo do tempo.

Assim, a análise da compatibilidade da teoria da reserva do possível com a Justiça como Equidade deve considerar essa realidade bifronte do mínimo existencial na obra de Rawls. A complexidade da análise a ser feita é ainda majorada ante ao propósito de se

¹⁴³ Idem, *ibidem*, p. 117.

¹⁴⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 350.

discutir a reserva do possível tanto na acepção tedesca quanto na pátria.

3.1.3.1 O mínimo do Mínimo e a Reserva do Possível

O ‘mínimo do mínimo’ corresponde à parte do mínimo social a que Rawls atribui a mesma prioridade dos direitos de liberdade, que pode ser traduzido como a parte constitucional do mínimo social proposto pelo autor.

Se adotada a linha de pensamento defendida, entre outros, por Ana Paula de Barcellos e Ricardo Lobo Torres, em que a porção fundamental dos direitos sociais compõe o mínimo existencial e, ainda, que este mínimo social possui *status* de verdadeira regra, não podendo ser ponderado, então se chega à conclusão de que, nesse âmbito, a teoria da reserva do possível não poderia ser aplicada de modo a restringir o acesso do indivíduo a esse direito. Vale dizer, estar-se-ia falando de algo tão essencial que não se poderia alegar a falta de razoabilidade do pedido.

Mas o que dizer quando se pensa a reserva do possível como ‘reserva fática’, isto é, como a falta de recursos para atender a esses direitos?

Comentando sobre as posições defendidas por Alexy e Torres – em que haveria um ‘mínimo existencial’ que seria sempre exigível enquanto os demais direitos vigeriam sob a ‘reserva do possível’ – Amaral¹⁴⁵ ressalta a dificuldade de se estabelecer uma relação binária do tipo ‘exigível’-‘não-exigível’ frente à noção de mínimo existencial, que seria mais fluída, comportando várias gradações, não sendo, portanto, nítida a fronteira deste em relação aos demais direitos.

Aproximando-se, contudo, da posição desses autores, Amaral propõe, como solução para o problema levantado, uma segunda dimensão, a da excepcionalidade, que, avaliada em conjunto com a essencialidade do direito buscado em abstrato, permitiria concluir quanto à exigibilidade ou inexigibilidade do direito no caso concreto:

A exigibilidade não decorre apenas das características ônticas da necessidade, mas também da excepcionalidade da situação concreta. [...] As prestações positivas são exigíveis pelo cidadão, havendo dever do Estado ou de entregar a prestação, através de um dar ou fazer, ou de justificar porque não o faz. Esta justificativa poderá ser apenas a existência de circunstâncias concretas que impeçam o atendimento de todos que demandam prestações essenciais e, assim tornam inexoráveis escolhas trágicas, conscientes ou não. [...] quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida. [...] Caberá ao aplicador ponderar essas duas variáveis, de modo que se a essencialidade for maior que a

¹⁴⁵ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 102.

excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a escolha estatal [de não atender] será legítima.¹⁴⁶

Assim, à luz dos argumentos aduzidos por Amaral, poder-se-ia pensar na aplicação da teoria da reserva do possível enquanto reserva fática ao mínimo existencial diante de uma condição de altíssima excepcionalidade.

Conquanto, mesmo sendo possível imaginar um Estado paupérrimo, incapaz, portanto, de cumprir com o mínimo social diante da excepcionalidade de sua situação, deve-se reconhecer que tal Estado não atende as condições essenciais mínimas para atender à sociedade justa tal qual concebida por Rawls.

Se o acesso ao mínimo social é condição *si ne qua non* para a existência das condições que irão determinar a aceitação dos princípios da justiça como equidade, negar esse acesso é negar a própria possibilidade de se constituir a sociedade na forma contratualista idealizada por Rawls.

Em outras palavras, ainda que seja verossímil conceber a existência de um Estado que seja materialmente incapaz de atender aos requisitos mínimos de seus cidadãos, deve-se concluir que este Estado não preenche as condições mínimas para proporcionar a busca dos princípios da Justiça como Equidade.

Concluindo esse ponto, não nos parece viável a aplicação da teoria da reserva do possível – seja ela na acepção alemã ou na pátria – frente à porção do mínimo social à qual Rawls concede o status de verdadeiro direito de liberdade. O Estado que é incapaz de atender a esse mínimo social não está apto, não tem as condições mínimas necessárias para almejar albergar uma sociedade justa nos moldes defendidos por Rawls.

3.1.3.2 O mínimo social do princípio da diferença e a Reserva do Possível

O mínimo social previsto no princípio da diferença é aquele que corresponde ao mandado de otimização para Executivo e Legislativo.

O segundo princípio, que intervém na etapa legislativa, obriga que as políticas econômicas e sociais se orientem para a maximização das expectativas a longo prazo dos menos favorecidos, respeitando as condições da igualdade equitativa de oportunidades e mantendo as liberdades iguais para todos.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Idem, ibidem, p. 119-120.

¹⁴⁷ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Teoria da Justiça de John Rawls**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998, p. 194.

Existe, nesse momento, uma maior discricionariedade no atendimento das questões colocadas pelo princípio da diferença, o que, todavia, não desobriga referidos atores de buscar, sempre, o interesse dos menos privilegiados.

A discussão legislativa deve ser concebida não como uma disputa de interesses, mas como uma tentativa para encontrar qual a melhor política, em conformidade com os princípios da justiça. O único desejo de um legislador imparcial deve ser o de alcançar decisões corretas a esse respeito, de acordo com os fatos gerais de que tem conhecimento.¹⁴⁸

Ora, considerando que o comando de otimização contido no princípio da diferença está a cargo do legislador, pode-se dizer que, *prima facie*, não há incompatibilidade com o princípio da reserva do possível.

Em sua acepção germânica, o princípio da reserva do possível requer que um direito demandado ao Estado só seja atendido se for razoável que a sociedade arque com a demanda. Por se tratar de algo além do mínimo fundamental, estaria submetido, em princípio, à discricionariedade do Legislador, não cabendo ao judiciário impor à sociedade o ônus da concessão desse direito. Essa, aliás, é também a linha adotada por Ricardo Lobo Torres, *in verbis*:

Os direitos sociais, que não são fundamentais, representam direitos *prima facie*, que necessitam da *interpositio legislatoris* para se tornarem definitivos. Abrem-se, portanto, à otimização progressiva e à reserva do possível, tornando-se inteiramente dependentes das políticas públicas e sociais. Os direitos sociais devem se otimizar até o ponto em que não se prejudique o processo econômico nacional, não se comprometa a saúde das finanças públicas, não se violem direitos fundamentais nem se neutralizam a prestações por conflitos internos.¹⁴⁹

Cabe ressaltar que o mandado de otimização incluso no princípio da diferença não se confunde com a concessão de direitos de forma ilimitada. Se essa concessão tiver o condão de comprometer a situação dos mais desfavorecidos, estejam eles na geração presente ou nas futuras, então esse direito não estará acobertado sob pena de serem frustradas as condições para a manutenção do contrato social contido na Justiça como Equidade.

Assim, é razoável pressupor que se a concessão de um direito, se ao ser objeto de universalização, levar a uma condição incompatível com o princípio da diferença – aqui já acrescido com o princípio da poupança – então parece ser plausível de aplicação a

¹⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 206.

¹⁴⁹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 336.

reserva do possível, porquanto estaria evidente a falta de razoabilidade do pedido frente aos demais membros da sociedade.

Com relação a pensar a reserva do possível como um mero óbice formal – a simples existência de um orçamento votado –, essa concepção parece violar a teoria de Rawls. Ora, para que o a objeção orçamentária possa se sustentar frente ao direito pleiteado, este deve escapar do mínimo existencial e, ainda, o conteúdo orçamentário deve ser tal que sua modificação viole o princípio da diferença, isto é, implique em uma situação pior para os menos favorecidos. Portanto, não seria possível no âmbito da teoria da Justiça como Equidade a imposição, pelo Legislador, de uma situação que claramente não atenda da melhor forma aos interesses dos menos favorecidos.

Percebe-se assim, que qualquer restrição de cunho orçamentário só se sustenta sob uma análise material de seu conteúdo, sendo, portanto, o óbice meramente formal incompatível com a Justiça como Equidade.

Por outro lado, uma objeção de cunho orçamentário – a tal reserva do possível fática utilizada pela doutrina – pode ser compatível com a teoria defendida por Rawls nos casos em que a concessão do direito – quando visto sob o ângulo de sua universalização – for incompatível com o princípio da diferença, isto é, levar a uma piora dos menos favorecidos quando é possível uma situação em que estes se encontrariam em melhor situação (sem perder de vista que essa melhor situação deve ser compatível com a manutenção das perspectivas das gerações futuras de menos favorecidos).

Assim, pode-se concluir que não há uma incompatibilidade *prima facie* entre a reserva do possível e o princípio da diferença. Se a negativa imposta pela reserva do possível ocorra em prol da defesa das perspectivas dos menos favorecidos – atuais e futuros –, então as duas teorias podem conviver.

Não se está a dizer que essas teorias são coincidentes, mas apenas que contemplam uma área em comum, há um campo de interseção, que permite que elas coexistam pacificamente em dadas circunstâncias.

Por outro lado, se a reserva do possível é usada para defender a ampla discricionariedade do Legislador para, numa situação de alegada escassez, agir de forma contrária aos interesses dos menos favorecidos – a reserva do possível à brasileira –, buscando escapar ao compromisso social, então, nesses casos, contrariadas estão as premissas da Justiça como Equidade.

CONCLUSÃO

A Justiça como Equidade é uma teoria contratualista criada por John Rawls, tendo como fundamento dois princípios fundamentais que pessoas racionais, livres e iguais escolheriam em uma situação idealizada pelo autor. Nessa situação original, em que as partes se encontram em uma situação absolutamente igualitária e, ainda, sem conhecimento de sua posição relativa na sociedade (o véu da ignorância), essas pessoas escolheriam, ainda segundo o autor, dois princípios.

O primeiro princípio está relacionado com a idéia das liberdades fundamentais. Essas liberdades são essenciais para a própria existência da sociedade contratual porque garantem direitos da individualidade frente a coletividade, direitos esses que, ainda que pareça antitético, buscam em realidade preservar essa mesma coletividade. Devido a sua importância, Rawls atribui a esse princípio primazia sobre o segundo, isto é, o conflito entre estes princípios deve ser resolvido em favor do primeiro.

Por sua vez, o segundo princípio trata de aspectos de justiça distributiva. Denominado de princípio da diferença, esse princípio aponta para a necessidade de que qualquer desigualdade seja explicada em termos de que sua existência é mais benéfica para os menos favorecidos da sociedade, isto é, cumpre demonstrar que a perspectiva dos menos favorecidos é melhorada como resultado da desigualdade existente. Em sua forma mais completa, incorporando-se a noção da justiça entre gerações retratada pelo princípio da poupança justa, o segundo princípio passa a requerer, ainda, que a perspectiva dos menos favorecidos das gerações futuras também deva ser levado em conta quando da justificativa para uma desigualdade; assim, um ato que melhora sobremaneira a perspectiva da geração atual, mas que põe em risco, isto é, deteriora a perspectiva das gerações futuras de menos favorecidos é um ato que não atende ao segundo princípio.

Do conteúdo da Justiça como Equidade, pode-se extrair dois tipos de mínimos sociais: um de caráter essencial, que ganha o status de verdadeira liberdade e, portanto, deve ser avaliado em conjunto com o primeiro princípio; e um segundo, cujo fundamento é o segundo princípio e que determina a maximização das perspectivas dos menos favorecidos.

Nesse ponto, procurou-se discutir o conceito de mínimo existencial e sua

íntima relação com os direitos sociais. O mínimo existencial englobaria direitos individuais e, ainda, parcela dos direitos sociais. Em relação a esses últimos, a parcela resguardada é aquela mínima necessária para a preservação da dignidade humana.

Em contraponto, discute-se o conceito da teoria da reserva do possível. Essa teoria foi criada pela jurisprudência alemã, e tem por base a idéia da justiça distributiva na atribuição de direitos a indivíduos. De maneira resumida, essa teoria diz que para se consentir com a existência de um direito subjetivo, deverá se estabelecer a razoabilidade do pedido frente aos demais indivíduos que compõem a sociedade e que, em última análise, arcarão com os custos da concretização desse direito.

Sobre esse ponto, buscando discutir um critério para estabelecer o que seria ‘razoável’, colocou-se a questão da possibilidade de universalização do direito pleiteado. Se universalizável, então a demanda seria considerada razoável, porque a sociedade é capaz de garantir aquele direito a todos que dele necessitem; por sua vez, se esse direito não puder ser universalizado a todos que dele necessitam, então não haveria razoabilidade em pleiteá-lo junto aos demais membros da sociedade.

Ainda sobre o conceito da reserva do possível, discutiu-se a versão ‘tropicalizada’ dessa teoria. Nessa tropicalização, a teoria perde esse aspecto de conflito por recursos escassos e compartilhados entre os membros da sociedade e passa para um enfoque indivíduo *versus* Estado. Discute-se a previsão orçamentária (ou seus impactos sobre o orçamento) ou, ainda, a existência de recursos para a prestação dos direitos pleiteados. Alia-se à essa discussão a questão da separação de poderes numa tentativa de se desautorizar a intervenção judiciária na implementação de políticas públicas garantidoras dos direitos sociais.

No embate entre a reserva do possível e o mínimo existencial, doutrina e jurisprudência pátrias vão concluir que a primeira não seria aplicável nos casos em que o direito envolvido estivesse acobertado pelo mínimo existencial.

Estabelecida essa visão, passa-se então à discussão sobre a aplicabilidade da teoria da reserva do possível frente ao mínimo social contido na Justiça como Equidade. Naquilo que o mínimo social se iguala em status ao primeiro princípio, chega-se à conclusão de que a reserva do possível não seria aplicável, pois aplicá-la equivaleria a destruir um dos pressupostos de justiça inerentes à teoria de Rawls – a que trata da igualdade entre indivíduos. Nesse ponto, cabe dizer que, na doutrina pátria, quando Ricardo Lobo Torres defende a inaplicabilidade da reserva do possível frente ao mínimo existencial, esse mínimo existencial corresponde a essa componente do mínimo social a que Rawls atribui o status de direito de

liberdade.

Por outro lado, quando se analisa a segunda proposta de mínimo social de Rawls, aquela que advém do princípio da diferença e que corresponde a um comando de otimização das perspectivas dos menos favorecidos ao longo das gerações, então a teoria da reserva do possível pode ser invocada. Essa possibilidade, contudo, está amarrada com a necessidade de comprovar que, universalizada a solução Judiciária de concessão no caso individual, a perspectiva dos menos favorecidos – atuais e das gerações vindouras – se deterioraria, não sendo, portanto, razoável exigir-se tal direito frente a seus pares e, em especial, à parcela menos favorecida da população.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CHAUI, Marilena. **Considerações sobre a democracia e alguns dos obstáculos à sua concretização**. In: Os sentidos da democracia e da participação. São Paulo: Instituto Pólis, 2004. Disponível em: <http://www.polis.org.br/seminario/para_coloquio_polis.htm>.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Mundo Jurídico – Artigos. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto529.doc>>. Acesso em 15 jan. 2010.

DANNER, Leno Francisco. **Justiça distributiva em Rawls**. Disponível em: <<http://www.unifra.br/thaumazein/edicao2/edicao2.asp>>. Acesso em 24.11.2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**. Nova Iorque: Norton, 1999.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Salvador: Podium, 2008.

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, 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei**. São Paulo: ed. 34, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAWLS, John. Social unity and primary goods. **Collected papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SANTA HELENA, Eber Zoehler. Justiça distributiva na teoria da justiça como equidade de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista diálogo jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, ano 1, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. (coord). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. A proteção judicial aos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Teoria da Justiça de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF/45 - Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Ementa: Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das

liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). [...]. Relator: Min. Celso de Mello. Informativo/STF nº 345/2004.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VASCONCELOS, Rafael Bezerra Ximenes de. Justiça distributiva: um valioso referencial para a disciplina jurídica da regulação financeira. **Revista da procuradoria do Banco Central**. Brasília: BCB, 2007, v. 1, n. 1, dez/2007. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?V1N1ART1>>. Acesso em 16.1.2010.

_____. **A justiça distributiva e seus desafios conceituais para a disciplina jurídica da regulação financeira**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB), para a obtenção do título de especialista em Direito Econômico da Regulação Financeira, 2006.

VIANNA, Luís Gustavo. Direito fundamental à educação: instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana. In DELGADO, Ana Paula Teixeira; CUNHA, Maria Lourdes da. (org.). **Estudos de direitos humanos: ensaios interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VITA, Álvaro de. Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** [online]. 1999, v.14, n.39, p. 49-50. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091999000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24.11.2009.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: XI Conferência Internacional da Associação Latino-Americana e Caribe de Direito e Economia (ALACDE), 2007, Brasília, p. 24. Disponível em: <[HTTP://repositories.cdlib.org/bple/alcde/050207-16](http://repositories.cdlib.org/bple/alcde/050207-16)>. Acesso em: 15.5.2010.