

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO CONSTITUCIONAL

RAQUEL SAFE DE MATOS COUTINHO

**A “RESERVA DO POSSÍVEL” COMO MITIGADOR
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

BRASÍLIA

2009

RAQUEL SAFE DE MATOS COUTINHO

**A “RESERVA DO POSSÍVEL” COMO MITIGADOR
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Especialista em Direito
Constitucional, no Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu em Direito Constitucional do
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Orientadora: Prof.^a Msc. Christine Oliveira
Peter da Silva
Co-orientador: Prof. Msc. André Pires Gontijo

BRASÍLIA

2009

RAQUEL SAFE DE MATOS COUTINHO

**A “RESERVA DO POSSÍVEL” COMO MITIGADOR
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Especialista em Direito
Constitucional, no Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu em Direito Constitucional do
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Orientadora: Prof.^a Msc. Christine Oliveira
Peter da Silva
Co-orientador: Prof. Msc. André Pires Gontijo

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção____
(_____).

Banca Examinadora:

Presidente

Integrante

Integrante

Dedico o presente trabalho aos meus pais, grandes incentivadores e a meu filho, minha razão de ser.

“Tudo é precioso para aquele que foi, por muito tempo, privado de tudo.”

Friedrich Nietzsche

RESUMO*

Monografia sobre a problemática da utilização do argumento da “reserva do possível” como simples desculpa para a não efetivação dos direitos fundamentais. O reconhecimento dos direitos fundamentais é fato que não se pode negar. Tema recorrente nesse campo é a limitação desses direitos. Esses direitos podem demandar, por vezes, apenas o não agir do Estado para manutenção de determinado direito, mas, também, podem requerer uma ação estatal, uma prestação. Sob esse aspecto, sua efetividade diante de fatores como a disponibilidade de recursos é questão tormentosa que desafia os aplicadores do direito e que tem sido chamada de “reserva do possível”. A partir da delimitação do conceito desse instituto, o trabalho se desenvolve na tentativa de definir parâmetros para a utilização da “reserva do possível”.

Palavras-chave: “reserva do possível”, direitos fundamentais, limitação.

* COUTINHO, Raquel Safe de Matos. A “reserva do possível” como mitigador dos direitos fundamentais. 2009. 38 f. Monografia (especialização em Direito Constitucional). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2009.

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
INTRODUÇÃO	8
1 A RESERVA DO POSSÍVEL	10
2 O PENSAMENTO POSSIBILISTA DE PETER HÄBERLE.....	14
3 LIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A “RESERVA DO POSSÍVEL”	17
3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS, MÍNIMO EXISTENCIAL E A GARANTIA DA PROTEÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL	17
3.1.2 <i>MÍNIMO EXISTENCIAL</i>	20
3.1.3 <i>A GARANTIA DO NÚCLEO ESSENCIAL</i>	22
3.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	24
3.3 O CUSTO DOS DIREITOS	25
4 LIMITES À UTILIZAÇÃO DO ARGUMENTO DA “RESERVA DO POSSÍVEL”: A VISÃO DE MASLOW	28
4.1 ELEMENTOS PARA TEMPERAR A UTILIZAÇÃO DA “RESERVA DO POSSÍVEL”	28
4.2 A HIERARQUIA DAS NECESSIDADES DE MASLOW	29
CONCLUSÃO.....	35
REFERÊNCIAS.....	37

INTRODUÇÃO

Nenhum direito é absoluto e ilimitado.

Essa relatividade dos direitos, que aos leigos pode até significar insegurança jurídica, na verdade é a garantia da eficácia desses direitos. A cada dia é possível vislumbrar circunstâncias que limitam direitos. A grande dificuldade que se apresenta aos aplicadores do direito é tentar justificar as escolhas feitas para tornar mais efetivos esses direitos.

No contexto da limitação dos direitos fundamentais se encontra o objeto deste estudo, na chamada “reserva do possível” e na tentativa de definir parâmetros para sua utilização.

A “reserva do possível” é o argumento utilizado diante da escassez dos recursos. Mas seria a questão econômica capaz de limitar um direito? Se é possível, é preciso definir como utilizar o argumento econômico sem retroceder em relação aos direitos já consagrados.

Para adentrar esse problema, apresentamos o argumento da “reserva do possível” com seu conceito e origens, para concluir que também esse argumento não é absoluto. Aliás, como parece ser tudo na vida, ou mesmo na morte. Tudo parece ser relativo e a relatividade nos faz buscar opções, vias abertas de mão dupla e nunca ruas sem saída.

A pergunta que Häberle nos apresenta - “...*que outra coisa poderia também ser no lugar da que é ou parece ser?*”¹ – resume bem a inquietação que o presente estudo pretende amenizar. Se há uma limitação diante da falta de recursos para prover integralmente todos os direitos consagrados no texto constitucional, aos aplicadores desses direitos não resta outra saída a não ser pensar o Direito como um sistema aberto a alternativas que derivem, inclusive, de outras áreas do saber.

Nessa linha, apresento o estudo de Abraham Harold Maslow, psicólogo que, em 1954, criou a chamada “pirâmide das necessidades”, estabelecendo patamares das necessidades humanas em função de sua importância. Acredito que esse estudo possa, junto a outros instrumentos que apresento no decorrer do trabalho, servir de importante ferramenta na condução das “escolhas trágicas” que infelizmente temos que fazer ao tentar dar efetividade aos direitos fundamentais.²

¹ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 63.

² A análise econômica direito indica a existência de “opções trágicas” a serem feitas. A escassez dos recursos impossibilita que todas as necessidades sociais (saúde, educação, lazer...) sejam atendidas. - Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”/org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Tim; Ana Paula Barcellos...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2008, artigo: Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? – Luciano Benetti Timm,pg. 55-68. P.59

1 A RESERVA DO POSSÍVEL

Todo direito tem um custo.

Assim também os direitos fundamentais. Tanto os que demandam um agir do Estado como aqueles que não demandam, porque o não-agir também possui sua dimensão econômica.

A dimensão econômica à qual estão submetidos os direitos fundamentais sociais é relevante porque temos que levar em consideração o fato de que as prestações derivadas desses direitos estão ligadas à quantidade de recursos efetivamente disponíveis para efetivá-las.

Surge, então, a chamada “reserva do possível”.

O argumento da “reserva do possível” traduz-se na idéia de que a efetivação dos direitos sociais estaria condicionada à existência de recursos econômicos.

Segundo Andreas Krell, trata-se de uma teoria nascida e aplicada em outros países³ e que se tem tentado utilizar no Brasil. Alguns, negando sua utilização por parte do judiciário (que não é eleito, ou seja, legitimado) para dispor sobre recursos orçamentários.

³ “Essa teoria, na verdade, representa a adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos. Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode exigir da sociedade”. Essa teoria impossibilita exigências acima de certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a *todos* os candidatos.” (KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.52).

Outros, condicionando seu uso segundo uma ponderação por parte do Estado dos motivos pelos quais estaria deixando de prover determinado direito social.

Embora exista um senso comum sobre a possibilidade de a “reserva do possível” traduzir uma realidade condicionante da aplicação do direito, ainda não se estabeleceu um conceito único sobre o seu significado, ou seja, se seria um princípio, com características de normatividade, ou apenas um elemento extrajurídico que tem influência na aplicação das normas.

Ana Carolina Lopes Olsen divide a análise da “reserva do possível” em dois campos para facilitar o seu estudo. O da lógica e o da existência dos recursos materiais. O logicamente possível se resume na idéia de que não se pode demandar o impossível porque as prestações, assim como o direito como um todo, são condicionadas pela realidade.⁴

A disponibilidade dos recursos materiais está ligada a dois aspectos: “a disponibilidade fática do meio necessário à realização do direito e a disponibilidade jurídica desse meio”, ou seja, não basta que os meios existam, mas o Estado deve ter a capacidade jurídica de dispor desses meios. Assim, a autora cita dois exemplos: não se pode pleitear um direito a um transplante de fígado se esse órgão não está disponível ou, quanto ao juridicamente possível, não se pode pleitear que o Estado mate alguém para disponibilizar o órgão para o transplante.⁵

A partir daí, essa autora identifica alguns aspectos que podem levar a uma delimitação do conceito de “reserva do possível”, mas adverte que a tentativa de enquadrar

⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 204

⁵ *idem*, p. 205

um fenômeno em um conceito, como no caso, traz em si inúmeras limitações. E nota que sua pretensão é apenas a de fornecer elementos que permitam identificar a “reserva do possível” quando invocada nas discussões que envolvem a efetividade dos direitos fundamentais sociais.⁶

É importante perceber, contudo, que a existência dos direitos não está condicionada à existência dos recursos. Mas a existência dos direitos determina a alocação dos recursos necessários à sua efetivação.⁷

Em consonância com o decidido pela Corte Alemã, a sujeição dos direitos à “reserva do possível” deve levar em conta a dimensão da razoabilidade e da proporcionalidade. Exige-se do Estado padrões de razoabilidade, do adequado, do necessário e do possível, pautados pela proporcionalidade.⁸

Na Alemanha, o enfoque principal da “reserva do possível” parece ser o exercício da razoabilidade e proporcionalidade diante da impossibilidade de se impor ao Estado prestações que fujam do razoável, comprometendo outros fins eleitos como relevantes pela Lei Fundamental.

Já no Brasil, a “reserva do possível” tem sido invocada diante da escassez de recursos. Esse fator nos faz refletir sobre a necessidade de pensar o Direito de maneira

⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p.211

⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Del Rey, n. 5, jan./jul. 2005. p. 439-461. P.455

⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p.307

diferente. Como quando Peter Häberle nos faz atentar para o chamado pensamento possibilista, que se situa justamente entre a realidade e a necessidade⁹.

⁹ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 59-84.

2 O PENSAMENTO POSSIBILISTA DE PETER HÄBERLE

Em *Pluralismo e Constituição*, Peter Häberle¹⁰ nos apresenta a idéia do pensamento possibilista. E como ponto de partida escreve:

“Tanto a mera doutrina como qualquer ação baseada no Direito Constitucional devem ser continuamente reconsideradas mediante uma reflexão permanente junto com um esforço de auto-análise paralelo para poder tomar consciência de seus próprios limites e possibilidades, assim como de seus prováveis êxitos e perigos potenciais, tudo isso sempre com vistas à defesa de sua causa, uma causa que não é outra senão a consecução de uma ordem democrática básica para todos em liberdade com dignidade.”¹¹

E Häberle questiona: “...*que outra coisa poderia também ser no lugar da que é ou parece ser?*”¹²

O pensamento possibilista é pensar sobre e a partir de outras alternativas.

A importância da idéia possibilista de Häberle está na defesa de uma atitude conciliadora. Devemos manter a mente aberta para todo e qualquer tipo de possibilidade, inclusive revendo as ações já descartadas no passado e as decisões que se toma no presente, em um movimento de contínua crítica, a fim de ajustar as necessidades à realidade (fatores que estão em permanente mudança).¹³

¹⁰ O professor Peter Häberle, renomado jurista alemão nascido em 1934, tem importância ímpar no desenvolvimento do constitucionalismo ocidental. Exemplo é a institucionalização da figura do *amicus curiae* no Brasil, reflexo de sua obra em nosso sistema constitucional.

¹¹ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 59.

¹² HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 63.

¹³ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 68

Essa postura evolutiva, e não revolucionária, segundo afirma o próprio Häberle, não é, contudo, ilimitada. As alternativas possuem um “*potencial de efetividade prévio*” que, uma vez cristalizado no plano jurídico, impõe a obrigação de se estar atento para as suas conseqüências práticas, a bem dizer, suas implicações como o seu custo e financiamento. Assim, Häberle nos adverte que devemos evitar o abandono de uma boa possibilidade no presente, sob o argumento de encontrar uma melhor possibilidade no futuro.¹⁴ Poderíamos dizer, assim, que a prática do “deixa para depois” não é uma alternativa.

Häberle defende que os fatores “realidade-possibilidades-necessidades” produzem relação de concorrência e cooperação; desse modo, a problemática que envolve esse tema reside na atribuição de uma “dosagem correta” de cada um desses elementos. Mas adverte que o resultado dessa composição dependerá do foco que se está a questionar, ou seja, se político, jurisprudencial, legislativo ou administrativo.¹⁵

Nesse ponto, indaga o autor sobre onde se encontra o “normativo” diante dessa tríade aberta (“realidade-possibilidades-necessidades”). Seria impossível encontrar o horizonte prévio do possível, real e imaginário? E responde que o “dever ser”, ou seja, o “normativo”, não se perde no meio dessa tríade porque seria impossível colocar esses três níveis em prática independentemente da norma jurídica subjacente a eles. A norma jurídica é justamente o veículo desse tridimensionlismo.¹⁶

Esse modo de pensar o direito (“realidade-possibilidades-necessidades”) deve influenciar a ética jurídica dos intérpretes constitucionais e dos políticos.

¹⁴ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedade Abierta*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 71

¹⁵ *Idem*, p. 78

¹⁶ *Idem*, p. 80

“A abertura ao compromisso, ao equilíbrio de interesses, ao pluralismo, à tolerância e à opinião pública, assim como ao princípio da maioria, respeitando as minorias, a sua representatividade e à representação de interesses não organizados, às liberdades básicas, à Justiça e ao bem comum, todas estas formas não são outra coisa senão manifestações específicas do triplo *mudus cogitandi* analisado.”¹⁷

O pensamento possibilista de Häberle nos remete à idéia de um sistema que se autoalimenta e se autolimita a partir de uma constante ponderação dos fatores necessidade-possibilidade-realidade. Essa ponderação é garantia da preservação dos direitos básicos já conquistados, a fim de que, inclusive, não se percam no vazio do impossível.

Concluo, então, a partir das idéias de Häberle, ser imperativo que pensemos o direito de uma maneira realmente eficaz. Infelizmente¹⁸, essa eficácia reside, também, em sabermos delimitar os direitos e as necessidades diante de fatores reais como a escassez de recursos.

A “reserva do possível” é um forte argumento diante da realidade da escassez de recursos. Mas não deve ser utilizada ou mesmo banalizada sob pena de engessar o administrador na busca por soluções criativas. Lembramos aqui, conclusão que obtivemos da leitura de Häberle: a prática do “deixa para depois” não é uma alternativa.

Até que ponto, então, cabe falar em “reserva do possível” sem retroceder na efetividade dos direitos já conseguidos?

¹⁷ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 84

¹⁸ Digo infelizmente porque o ideal seria poder atender a todas as necessidades.

3. LIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A “RESERVA DO POSSÍVEL”

De modo geral, a limitação dos direitos fundamentais poderia ser realizada por meio de proposições legislativas e posições do Estado, no que diz respeito às abstenções e prestações.

Ao mesmo tempo, vislumbramos a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais onde haja o conflito entre o exercício de direitos por titulares diferentes (colisão de direitos fundamentais).

No escopo deste estudo, nos interessa perquirir sobre a viabilidade do argumento da “reserva do possível” como limitadora dos direitos fundamentais.

Para responder a essa questão, faz-se necessário ter em mente alguns conceitos importantes do estudo dos direitos fundamentais.

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS, O MÍNIMO EXISTENCIAL E A GARANTIA DA PROTEÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL

Historicamente é possível perceber que os direitos fundamentais assumem posição de destaque a partir da inversão da idéia de que os cidadãos servem ao Estado. Reconhece-se que há direitos que preexistem ao Estado e que uma das funções deste é cuidar das necessidades dos cidadãos.

Essa idéia foi colocada no papel em importantes documentos como na Declaração dos Direitos da Virgínia (1776) e na Declaração Francesa (1789), bem como na atual Constituição Brasileira (1988).

A importância dos direitos fundamentais cresce junto à idéia de constitucionalização do direito, principalmente após a II Guerra Mundial, primeiramente com a Lei Fundamental de Bonn (1949).

A constitucionalização do direito seria o reflexo das normas constitucionais por todo o sistema jurídico.¹⁹ Assim, a partir do momento em que os direitos fundamentais ganham status constitucional, com a constitucionalização do direito, os direitos fundamentais adquirem relevância em todos os ramos e níveis do direito, desempenhando relevante papel nesse sistema.

De um modo geral o Estado sempre esteve vinculado aos direitos fundamentais. Em um primeiro momento, no sentido de reconhecimento (normatização); posteriormente, visando a sua efetivação.

Sob essa perspectiva histórica, podemos lembrar das gerações de direitos fundamentais. Os de primeira geração traduziram-se pela abstenção do Estado sobre aspectos da vida privada dos cidadãos. Os de segunda geração, ou direitos sociais, que seriam prestações positivas do Estado em áreas como saúde, trabalho e educação. Os de terceira geração, voltados à proteção da coletividade e não mais do indivíduo isoladamente.

Reconhecer ao homem um direito fundamental foi tarefa árdua e vitoriosa no período do século XVIII. Mas a problemática que se apresenta nos dias de hoje, principalmente no Brasil, cuja Constituição é profícua em direitos de primeira, segunda e terceira gerações, é a dificuldade prática de tornar efetivos esses direitos reconhecidos no papel, principalmente os direitos sociais (direitos fundamentais a prestações).

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 14 jun. 2009.

Nesse contexto, a classificação dos direitos fundamentais em positivos e negativos também ganha importância.

Os direitos negativos seriam aqueles que independem do agir do Estado. Eles existem independentemente de qualquer prestação pública, enquanto os direitos positivos, ao contrário, exigem a atuação estatal.²⁰

Os chamados direitos fundamentais de defesa, que demandam um não agir do Estado, são mais facilmente aplicáveis, porque dependem, principalmente, de uma abstenção por parte do Estado. Já os direitos a prestações, que, sem dúvida, apresentam também uma dimensão negativa,²¹ demandam a análise de uma série de questões, como saber se são imediatamente aplicáveis ou mesmo até que ponto questões econômicas podem influenciar sua efetivação (“reserva do possível”).²²

Saber até onde vai o direito de alguém e onde começa o direito de outrem é tarefa que demanda cautela. O primeiro requisito é a análise pormenorizada do caso concreto. A partir daí, cientes da premissa de que não existe hierarquia entre os direitos fundamentais, diversos instrumentos como a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (que não se confundem) são possíveis. Uma certeza há: por mais que já se tenha tentado, não existe fórmula para resolver uma colisão de direitos fundamentais.

²⁰ GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 302.

²² Flávio Galdino, analisando a obra de Cass Sustain e Stephen Holmes (O Custo dos Direitos) corrobora a afirmação dos autores de que todos os direitos são positivos, inclusive aqueles que a doutrina tradicional considera puramente negativos, como os direitos de liberdade. (GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.). p.209-292

Quando falamos em direitos fundamentais, a idéia que, desde logo, vem ao pensamento é a de dignidade da pessoa humana. Desse modo, é importante perceber que devemos compreender esse princípio como pilar de todo nosso sistema normativo-constitucional.²³ Então, todos os nossos subsistemas constitucionais (tributário, administrativo, previdenciário, securitário etc) devem ter como base o respeito a esse princípio.

Para que seja minimamente cumprido o princípio da dignidade da pessoa humana, o constitucionalismo passou a trabalhar com a concepção segundo a qual é necessário resguardar mínimas condições sem as quais o ser humano não poderia prosperar.²⁴

Passou-se, então, a trabalhar com a idéia do mínimo existencial para tornar efetiva a dignidade da pessoa humana, de tal modo a gerar responsabilização do Estado quando do seu não acatamento.

3.1.2 MÍNIMO EXISTENCIAL

Mínimo existencial seria, na visão de Carmem Lucia Antunes Rocha, o conjunto de condições que dotam o princípio da dignidade da pessoa humana de um conteúdo determinável e permitem ao Estado definir suas políticas públicas.²⁵

Já Fernando Facury Scaff²⁶, mencionando o trabalho de Ricardo Lobo Torres no qual vincula os direitos humanos à tributação,²⁷ informa ser o mínimo existencial

²³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Del Rey, n. 5, jan./jul. 2005. p. 439-461. P.440

²⁴ *idem*, p. 444

²⁵ *idem*, p. 446

²⁶ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *Interesse Publico*, Porto Alegre, a. VI, n. 32, p. 213-226, 2005. P.215

²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Os Direitos humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. VIII

composto por duas dimensões, ambas ligadas à liberdade: uma negativa (impeditiva do exercício do poder de tributar por parte do Estado diante da situação econômica da pessoa) e uma positiva (que seriam os serviços públicos dirigidos à manutenção da liberdade da pessoa). E conclui, daí, que o mínimo existencial gera um direito público subjetivo aos seus beneficiários.

A importância dessa perspectiva é diferenciar o mínimo existencial dos direitos sociais, porque estes não gerariam essa obrigatoriedade para o Estado, na medida em que refletem opções de política econômica de cada Estado, cuja implementação estaria limitada pela “reserva do possível” (que, segundo o autor, possui raízes orçamentárias).²⁸

Ocorre que, em sociedades onde existe uma enorme desigualdade social e econômica, como a brasileira, é imperioso conferir aos direitos sociais o *status* de direito fundamental.²⁹

Scaff menciona que Robert Alexy apresenta duas teses ao posicionar-se a favor dos direitos fundamentais sociais. A primeira seria a de que a liberdade jurídica sem a liberdade fática carece de qualquer valor. A segunda é a de que o substrato material dos direitos fundamentais de um sem-número de titulares não está em seu meio, mas depende de ações estatais.³⁰

Desse modo, é imprescindível assegurar os direitos fundamentais sociais àqueles que não conseguem exercer suas liberdades reais para que possam vir a exercer suas liberdades políticas.

²⁸ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *Interesse Publico*, Porto Alegre, a. VI, n. 32, p. 213-226, 2005. P.215

²⁹ *idem*, p.218

³⁰ *idem*

3.1.3 A GARANTIA DO NÚCLEO ESSENCIAL

O núcleo essencial dos direitos fundamentais seria aquele conteúdo mínimo irreduzível, que não pode ser restringido.

Não se confunde com o mínimo existencial que visa tornar efetivo, dar um delineamento mais visível aos direitos fundamentais.

Apesar de a garantia do núcleo essencial não estar expressamente prevista no texto constitucional brasileiro, como o é na Lei Fundamental Alemã e na Constituição Portuguesa, o professor Gilmar Ferreira Mendes³¹ lembra que mesmo como princípio constitucional imanente, se propõe evitar o esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais por proposições legislativas descabidas.

Segundo Robert Alexy³², a partir do momento em que a Lei Fundamental Alemã estabelece a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é necessário considerar que tal proteção se estende em relação ao seu titular. Esta é a teoria subjetiva, à qual se contrapõe a teoria objetiva, para a qual o conteúdo essencial é definido como norma objetiva e assim, sempre que permanecer válido para os demais indivíduos, poderá ser totalmente restringido em um caso concreto, ou seja, o núcleo essencial permanece protegido se o instituto restou protegido, mesmo que, individualmente, não tenha sido possível salvá-lo.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 316.

³² Apud OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 150.

A teoria subjetiva poderia, ainda, ser dividida em teoria relativa e teoria absoluta³³.

Para a teoria relativa, o núcleo essencial é resultante de uma ponderação pela proporcionalidade, sendo esta compreendida como proibição de excesso (para os direitos fundamentais de defesa) e proibição da proteção insuficiente (para os direitos fundamentais a prestações).³⁴

Já a teoria absoluta defende a idéia de um núcleo intangível do direito fundamental, que não poderia ser atingido sequer pela proporcionalidade.³⁵

Menciono aqui trecho em que Gilmar Ferreira Mendes³⁶ bem resume essa questão:

“Se se afirma o caráter pluridimensional dos direitos fundamentais e se reconhece que o direito fundamental tanto pode ser visto sob o aspecto objetivo como subjetivo, então se tem de admitir que as variantes de interpretação do referido princípio não se haverão de fazer, necessariamente, num esquema de exclusão (ou – ou; *entweder – oder*), mas num raciocínio de ampliação (tanto – quanto; *sowohl – als auch*)”

Tomo a assertiva de que nenhum direito é absoluto e ilimitado como premissa que me conduz à conclusão de que a teoria relativa seria a que melhor se coaduna com a realidade que nos permite buscar possibilidades para a satisfação das necessidades de uma sociedade, segundo aquela idéia possibilista que Häberle nos apresenta.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 43-46

³⁴ *Idem*

³⁵ *Idem*

³⁶ *Idem* p. 46.

3.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A semente do princípio da proporcionalidade teve sua afirmação no período após a 2ª Guerra Mundial, quando, sobretudo os Alemães, perceberam a necessidade de estabelecer parâmetros para as leis limitadoras dos direitos fundamentais. Desse modo, a lei que pretende limitar os direitos fundamentais deveria obedecer a três requisitos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.³⁷

A adequação seria a pertinência entre o meio e o fim. Desse modo, evita-se que o poder público estabeleça limitações inúteis para o alcance do objetivo da norma.³⁸

A necessidade é o elemento que indica o menor sacrifício possível de um direito fundamental para atingir a finalidade a que se propõe. O objetivo é evitar excessos desnecessários.³⁹

A proporcionalidade em sentido estrito é o elemento diretamente ligado às situações de conflito entre direitos fundamentais. Esse elemento visa à melhor solução para o caso em concreto.⁴⁰

A técnica mais apurada nos impõe diferenciar a proporcionalidade da razoabilidade. A proporcionalidade é mais objetiva, possui parâmetros mais definidos, haja vista sua origem germânica. A razoabilidade, de origem anglo-saxã, dá maior margem à

³⁷ PESSOA, Leonardo Ribeiro. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária e norte-americana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 522, 11 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5989>>. Acesso em: 14 jun. 2009

³⁸ *idem*

³⁹ *idem*

⁴⁰ *idem*

subjetividade do julgador, muitas vezes sendo confundida com aquilo que parece mais racional em uma determinada situação⁴¹.

O princípio da razoabilidade teria uma função negativa de não ultrapassar os limites do juridicamente aceitável, enquanto o princípio da proporcionalidade teria uma função positiva de demarcar limites e indicar como se manter dentro deles.⁴²

Helenilson da Cunha Pontes⁴³ bem explica:

“Todavia, a proporcionalidade não se esgota na razoabilidade. Em outras palavras, a decisão jurídica que atende aos comandos do princípio da proporcionalidade manifesta razoabilidade, mas não se esgota nela. Com efeito, o ato estatal que atende às exigências do princípio da proporcionalidade apresenta-se razoável e racional, todavia nem sempre um ato razoável (racionalmente aceitável) atende aos deveres impostos pelo princípio constitucional da proporcionalidade.

Portanto, enquanto a razoabilidade exige que as medidas estatais sejam racionalmente aceitáveis e não arbitrárias, o princípio da proporcionalidade determina que as mesmas, além de preencherem tal requisito, constituam instrumentos de maximização dos comandos constitucionais, mediante a menor limitação possível aos bens juridicamente protegidos”.

3.3 O CUSTO DOS DIREITOS

Hoje em dia, uma realidade que não se pode negar é que os recursos orçamentários são escassos e as necessidades humanas são ilimitadas.⁴⁴

⁴¹ MARINI, Bruno. O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1376, 8 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9708>>. Acesso em: 04 jun. 2009.

⁴² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: 2001. Apud PESSOA, Leonardo Ribeiro. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária e norte-americana. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 522, 11 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5989>>. Acesso em: 14 jun. 2009.

⁴³ PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000. P. 89/90

Partindo dessa premissa, vem ganhando força a chamada análise econômica do Direito (*law and economics*). Essa “escola” ensina que os juristas brasileiros devem estar atentos à economia (como ciência) e, nesse contexto, lidar com conceitos como o de “eficiência”, inclusive como mandamento constitucional que é (art. 37 da Constituição Federal).⁴⁵

Sob um panorama maior, significa o planejamento das ações do Estado para racionalizar o uso dos recursos.

A Constituição brasileira é *welfare* (ou seja, dá enfoque aos direitos sociais). Quem pode melhor promover os compromissos sociais previstos no texto constitucional é o Poder Executivo, mediante políticas públicas racionais e eficientes.⁴⁶

A análise econômica indica a existência de “opções trágicas” a serem feitas. A escassez dos recursos impossibilita que todas as necessidades sociais (saúde, educação, lazer ...) sejam atendidas.

Discorrendo sobre o assunto, Luciano Benetti Timm⁴⁷ escreve:

“O que caracteriza um direito como social é a sua não apropriação por um indivíduo, mas estar à disposição de toda a sociedade. De um modo que o direito social à saúde é um direito de todos terem um hospital funcionando com um nível *x* de atendimento, ainda que limitado (por exemplo, urgências). Não significa o direito de um indivíduo, contra todos da sociedade, obter um medicamento que poderá provocar o fechamento do ponto de saúde. Este não é um direito social ou coletivo, mas individual.”

⁴⁴ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.P. 56

⁴⁵ *idem*, P.58

⁴⁶ *idem*, P. 61

⁴⁷ *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”/org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Tim; Ana Paula Barcellos...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado editra, 2008. p.s 55 a 68*

A análise econômica do direito indica ser mais eficiente o bom equacionamento de políticas públicas pelo Executivo do que as concedidas caso a caso pelo judiciário, bem como aponta as ações coletivas como meio indicado para defender direitos coletivos transindividuais “como devem ser entendidos os direitos sociais”⁴⁸.

Nesse contexto, é patente que a “reserva do possível” é um limitador fático que atua principalmente em relação aos direitos fundamentais a prestações. Mas esse argumento não pode ser banalizado e utilizado como desculpa infundada para os entes públicos se desobrigarem daquilo que o legislador e o próprio ente por meio do estabelecimento de suas políticas públicas, estabeleceram como prioridade.

A limitação econômica é fato. As necessidades, principalmente nos países como o nosso também o são. Mas não se pode admitir um retrocesso nos direitos já conseguidos e incorporados ao patrimônio jurídico dos cidadãos.

Mesmo os direitos de cunho prestacional possuem um conteúdo nuclear dotado de força jurídica por sua vinculação imediata à dignidade da pessoa humana. Por isso, a “reserva do possível” deve ser utilizada com temperamento. Não como argumento único do administrador para não conferir determinada prestação, mas como fundamento para a busca de soluções alternativas.

⁴⁸ Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”/org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Bnetti Tim; Ana Paula Barcellos...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado editra, 2008. p.s 55 a 68

4 LIMITES À UTILIZAÇÃO DO ARGUMENTO DA “RESERVA DO POSSÍVEL”: A VISÃO DE MASLOW

Não é admissível a utilização do argumento da “reserva do possível” simples e unicamente como forma de negar efetividade a um direito fundamental. Mas esse é um argumento que não se pode superar diante da realidade da escassez de recursos. Contudo sua utilização deve ser temperada.

4.1 ELEMENTOS PARA TEMPERAR A UTILIZAÇÃO DA “RESERVA DO POSSÍVEL”

Como vimos, o Direito não é um sistema fechado, imune a fatores externos. Pelo contrário, relaciona-se com outras áreas do conhecimento e se curva diante de dificuldades práticas como as circunstâncias econômicas.

Desse modo, é interessante e mesmo imperioso pensar o Direito no intuito de buscar soluções criativas aos problemas que se apresentam. Na esteira do pensamento possibilista de Häberle, verificamos a necessidade de medir o Direito a partir de uma outra balança, visando aplicar a multidisciplinaridade à criação das alternativas cuja busca se impõe.

Assim, além dos instrumentos já mencionados no curso do presente estudo, como a ponderação por meio do princípio da proporcionalidade e o respeito ao mínimo existencial e ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, poderíamos lançar mão de estudos da psicologia para tentar tornar mais consistente os parâmetros que se buscam para a limitação dos direitos fundamentais com a conseqüente legitimação do uso da “reserva do possível”.

Segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha⁴⁹, a alegação da escassez de recursos, e a conseqüente utilização do argumento da “reserva do possível”, deve ser objetivamente demonstrada. Também deve ser comprovado que os recursos existentes não foram mal versados e, finalmente, demonstrado que não se poderia exigir outra conduta do administrador ao direcionar a forma com que os gastos foram realizados.

A responsabilidade do administrador só poderia ser escusada pela “reserva do possível” quando a escolha na alocação de recursos que deixem a descoberto direitos fundamentais não for realizada de maneira aleatória em serviços considerados desnecessários ou secundariamente necessários aos cidadãos.⁵⁰

Aqui entra a aplicação de instrumento não jurídicos. Para ajudar a avaliar essa ordem de necessidades poderíamos recorrer à “Teoria das Necessidades” de Maslow.

4.2 A HIERARQUIA DAS NECESSIDADES DE MASLOW

Abraham Harold Maslow, psicólogo nascido em 1908, impulsionou a chamada psicologia humanista, que deu origem a diversos tipos de terapias, guiadas pela idéia de que as pessoas possuem recursos internos necessários ao crescimento e à cura, cabendo à terapia remover os obstáculos a fim de que o indivíduo consiga essa cura.⁵¹

Grande pesquisador que era, ao estudar o comportamento dos macacos, logo percebeu que algumas necessidades têm prioridade sobre outras. Assim, se alguém tem fome

⁴⁹ ROCHA, Carmém Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 5, p. 439-461 jan./jul. 2005

⁵⁰ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *Interesse Público*, Porto Alegre, a. VI, n. 32, p. 213-226, 2005. P. 225

⁵¹ Em: <http://www.predrassoli.psc.br/psicologia/maslow.aspx>. Acesso em 17.10.2008

e sede, irá priorizar a sede porque sem comida o corpo sobrevive por semanas, mas sem água durará apenas alguns dias. A sede é “mais forte” que a fome.⁵²

A partir dessa idéia, Maslow criou a “Hierarquia das necessidades” (entre 1943 e 1954) e definiu cinco níveis de necessidades:

- (a) as necessidades fisiológicas (como comida, água e sono);
- (b) as necessidades de segurança e estabilidade (necessidades de segurança que podem ir da simples segurança de estar dentro de sua casa, até a segurança de um emprego estável, ou mesmo a segurança quanto à saúde, um plano de saúde, por exemplo);
- (c) a necessidade de amor e pertencimento (de pertencer a um grupo, de ter família, bons relacionamentos, um senso de comunidade, de pertencer, de ter identidade);
- (d) as necessidades de estima (de reconhecimento, auto-estima, justiça e respeito);
- (e) a necessidade de auto-realização (criatividade, capacidade de resolver problemas, artes, beleza, preenchimento pessoal e liberdade).⁵³

A pirâmide das necessidades de Maslow pode ser assim representada:



⁵² *idem*

⁵³ *idem*

Os quatro primeiros níveis da pirâmide são chamados **D-Needs** (em inglês, *deficit needs*, ou seja, necessidades geradas pela falta). Seriam as necessidades de sobrevivência.⁵⁴

De um modo geral, as necessidades crescem, ou são preenchidas, no ritmo do crescimento de cada um. Então, quando somos crianças, as necessidades fisiológicas são mais prementes. Seriam estágios de desenvolvimento, que flutuam de acordo com as circunstâncias pessoais.

Nesse ponto, vejo um liame entre os estágios de Maslow e as gerações de direitos fundamentais. O psicólogo Alexandre Pedrassoli⁵⁵, ao comentar o estudo de Maslow, informa que esse desenvolvimento também pode ocorrer no nível social. Como quando um país entra em guerra, a necessidade por segurança aumenta. Se não há alimentos, as necessidades fisiológicas ficam mais evidentes. Traçando um paralelo com as gerações de direitos fundamentais poderíamos afirmar que, quando já garantimos os direitos frente ao Estado, as necessidades mudam, passando ao desejo de prestações estatais a fim de realizar direitos de 2ª geração, e assim por diante.

O último nível da pirâmide é chamado de **B-Needs** (em inglês *being needs*, ou seja, necessidades de ser) que podemos caracterizar como a “motivação para o crescimento” ou a auto-realização.

⁵⁴ PEDRASSOLI; Alexandre. *Abraham Harold Maslow (1908-1970)*. Em: <http://www.pedrassoli.psc.br/psicologia/maslow.aspx>, acessado em 17/10/2008

⁵⁵ *Idem*

Pessoas auto realizadoras são aquelas cujas necessidades inferiores já estão supridas em um certo nível e, por isso, podem se voltar para a busca da autorrealização.⁵⁶

Defendo a ideia de que as gerações ou os *status* dos direitos fundamentais trazem impregnadas em si a noção de realização das necessidades e, seguindo esse raciocínio, acredito que se coadunam com o estudo de Maslow.

Não se fala aqui em tentar estabelecer uma hierarquia entre os direitos fundamentais, como bem escreve Gilmar Ferreira Mendes⁵⁷:

“Embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa

⁵⁶ Para determinar o que vem a ser autorrealização, Maslow elenca as chamadas metanecessidades que direcionam a vida das pessoas autorrealizadoras. As qualidades desejadas em contraposição ao que não se deseja (em PEDRASSOLI; Alexandre. <http://www.predrassoli.psc.br/psicologia/maslow.aspx>, acessado em 17/10/2008)

Desejados	Indesejados
Verdade	Desonestidade
Beleza	Feiúra ou vulgaridade
Unidade, completude, transcendência de opostos	Arbitrariedade ou escolhas forçadas
Vitalidade	Morte ou mecanização da vida
Singularidade	Uniformidade
Perfeição e necessidade	Descuido, inconsistência ou acidente
Justiça e ordem	Injustiça e ausência de leis
Simplicidade	Complexidade desnecessária
Riqueza	Empobrecimento ambiental
Ausência de esforço	Esforço excessivo
Autossuficiência	Dependência
Sentido	Ausência

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 343

hierarquia entre direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico.”

Partindo da ideia de que os direitos fundamentais buscam substrato nas necessidades humanas orgânicas, poderíamos estabelecer a relação, por exemplo, de que o direito à vida seria “mais forte” que o direito à educação.

O fato é que uma hierarquia rígida de necessidades humanas não existe.⁵⁸ Mas a tentativa de aplicar aos direitos humanos o modelo de Maslow é interessante. Primeiro, porque os conflitos entre direitos fundamentais decorrem das diferentes necessidades humanas. Segundo, porque podemos admitir que o respeito por alguns direitos seria uma condição para aquisição de outros direitos, como, por exemplo, direitos econômicos e sociais seriam realizados depois de exercidos os direitos referentes às necessidades fisiológicas e de segurança⁵⁹.

Claro que essa correlação não é simples e suscita outras questões como a diferença entre valores e necessidades. Por exemplo, a justiça seria mais um valor ou uma necessidade? E a realização de uma realidade seria mais urgente do que a realização de uma necessidade?⁶⁰

Essas questões, entretanto, fogem ao propósito do presente trabalho. Aqui pretendo apenas apresentar o estudo das necessidades de Abraham Harold Maslow como instrumento capaz de guiar os aplicadores do direito para um melhor julgamento da viabilidade do argumento da “reserva do possível”, freqüentemente utilizado como desculpa para a má versação dos escassos recursos públicos.

⁵⁸ SPAGNOLI, Filip. Em: [HTTP://www.filipspagnoli.wordpress.com/2008/-8/27/human-rights-quote-86](http://www.filipspagnoli.wordpress.com/2008/-8/27/human-rights-quote-86). Consultada em 16.06.2009

⁵⁹ *Idem*

⁶⁰ *Idem*

Essa ideia de Maslow combinada com o art. 3º da Constituição Federal delinearía o norte para a utilização dos recursos públicos e a consequente avaliação, pelo judiciário, quando acionado, da pertinência da utilização do argumento da “reserva do possível” quando da não realização de prestações relativas a direitos fundamentais.⁶¹

Para o administrador público e o legislador, a pirâmide das necessidades de Maslow poderia se tornar hábil recurso capaz de melhor direcionar as ações e escolhas, a fim de suprir as diversas necessidades de cada grupo da sociedade.

Afinal, como escreve Cármen Lúcia Antunes Rocha:⁶²

“Possível não é o que se mostra fácil à realização do homem. Possível é o que o ser humano assim torna pela ação sensível com o outro e coerente com os valores da justiça e da ética, que devem presidir todas as relações entre os cidadãos.”

⁶¹ BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007: “Art. 3º: *Constituem objetivos fundamentais da república federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*”

⁶² ROCHA, Carmém Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 5, p. 439-461 jan./jul. 2005. P.461

CONCLUSÃO

A efetivação dos direitos fundamentais sofre limitações. A partir da premissa de que as necessidades são ilimitadas e os recursos são escassos, deve ser realizada uma análise do direito sob a perspectiva econômica e, nesse contexto, surge o argumento da “reserva do possível” que vem sendo freqüentemente utilizado pelos administradores como fator que impossibilita a efetivação de direitos fundamentais.

De fato, o administrador está limitado pela escassez de recursos. Mas a simples alegação de que não há como atender a um direito fundamental por falta de orçamento não deve limitar o administrador e os juristas na busca por soluções alternativas pois, diante de uma impossibilidade, há de surgir diversas possibilidades viáveis. Essa é a postura para a qual nos conclama Peter Häberle com a sua “teoria das possibilidades”.

Na busca dessas alternativas, entretanto, questões basilares devem ser levadas em consideração, como a garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais e a utilização do princípio da proporcionalidade como parâmetro para saber “...que outra coisa poderia também ser no lugar da que é ou parece ser?”⁶³.

A par da importância da criatividade desse processo de procura por ferramentas que auxiliem os operadores do direito na tarefa de dar efetividade aos direitos fundamentais, apresento o estudo de Abraham Harold Maslow, psicólogo que, em 1954, criou a chamada “pirâmide das necessidades”, pela qual informa que o ser humano tende a satisfazer algumas necessidades antes de outras, justamente porque umas são mais básicas,

⁶³ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 63.

mais essenciais. Assim, o legislador, o administrador e, em última análise, o judiciário, ao dar efetividade aos direitos fundamentais podem ter no estudo de Maslow uma importante ferramenta que, junto a outras apresentadas no decorrer deste trabalho (como a ponderação permitida por meio do princípio da proporcionalidade, a análise econômica do direito, o respeito aos direitos já implementados e principalmente a vontade de criar alternativas viáveis) permitam a realização dos objetivos previstos na Constituição.

A falta de recursos é fato. Mas o argumento da “reserva do possível” não deve ser encarado de maneira absoluta, que permita a inação do Estado diante da dificuldade de realizar a satisfação das necessidades da sociedade.

Ao apresentar níveis de necessidades, a idéia da pirâmide das necessidades de Maslow nos remete à básica noção de escutar dos cidadãos quais as necessidades que precisam ser preenchidas. A partir de então, cabe aos aplicadores do direito, utilizando-se de todas as ferramentas possíveis, a realização das necessidades de cada um dos diversos grupos que compõe a sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 14 jun. 2009.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

FACHIN, Zulmar (org). *Direitos Fundamentais e Cidadania*. São Paulo: Método, 2008.

GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Tecnos, Madrid, 2002.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

PEDRASSOLI; Alexandre. *Abraham Harold Maslow (1908-1970)*. Em: <http://www.predrassoli.psc.br/psicologia/maslow.aspx>

PESSOA, Leonardo Ribeiro. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária e norte-americana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 522, 11 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5989>>. Acesso em: 14 jun. 2009.

PONTES, Elenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

ROCHA, Carmém Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 5, p. 439-461, jan./jul. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *Interesse Público*, Porto Alegre, a. VI, n. 32, p. 213-226, 2005.