

## O CUSTO DOS DIREITOS E SUA RELAÇÃO COM AS RESTRICÇÕES JUSFUNDAMENTAIS: ASPECTOS GERAIS SOBRE O CASO BRASILEIRO

*Pablo Bonilla Chaves*<sup>1</sup>

*Sumário: 1. Introdução. 2. Síntese Histórica dos Direitos Fundamentais. 3. O Custo dos Direitos, a Reserva do Possível e as Opções do Estado sobre a Aplicação dos Recursos Advindos do Orçamento. 4. As Restrições Jusfundamentais. 5. Conclusão. 6. Referências.*

### RESUMO

O presente artigo objetiva a exposição de algumas características da teoria do custo dos direitos, principalmente no que tange à reserva do possível, relacionada às teorias das restrições a direitos fundamentais, para que se exponham, através de um prisma constitucional, as especificidades de ambas as teses no caso do Brasil, país onde a carga tributária é imensa, porém, usualmente, não se visualizam as necessárias contraprestações por parte do Estado, na aplicação dos recursos obtidos.

### PALAVRAS-CHAVE

Custo dos direitos. Reserva do possível. Restrições a direitos fundamentais. Prioridades orçamentárias. Carga tributária.

---

<sup>1</sup> Advogado em Curitiba, Paraná, graduado em Direito, no ano de 2005, pelas Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, mestrando em Direito Constitucional – Direitos Fundamentais e Democracia pela mesma instituição, membro da Comissão de Advogados Iniciantes da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional do Paraná, membro do Comitê de Ética em Pesquisas envolvendo Seres Humanos do Instituto de Neurologia de Curitiba e professor da cadeira de Direito do Trabalho da Faculdade Paranaense – FAPAR. Endereço eletrônico: pablo@chavesbonillachaves.adv.br

## ABSTRACT

*The present article aims at exposing some characteristics of the cost of rights thesis, mainly in what concerns the reserve of possible, related to the restrictions to fundamental rights thesis, in order to be exposed, through a constitutional point of view, the specifics of both theses when applied to Brazil, country at which the tax load is huge, although, usually, the necessary services to be provided in return for the resources obtained by the state are not at sight.*

## KEYWORDS

*Cost of rights. Reserve of possible. Restrictions to fundamental rights. Budget priorities. Tax load.*

## 1 INTRODUÇÃO

O cenário jurídico atual mostra uma permeabilidade, cada vez maior, de todos os campos do Direito à [benéfica] interferência do Direito Constitucional. Esse fenômeno concede às diversas ramificações jurídicas um viés dito personalístico, pautando-se, mormente, na conciliação das “normas jurídicas e os imperativos que dão sentido à vida humana”<sup>2</sup>.

No caso do Direito Civil, por ilustração, essa transformação, cujo supedâneo repousa na Carta Magna de 1988, origina uma vertente denominada de “Direito Civil-Constitucional”<sup>3</sup>, que possui uma densa carga axiológica, sempre com destaque para a pessoa.

A situação não é distinta no que tange ao Direito Tributário, máxime pelo fato de que os tributaristas sempre tiveram, dentre todos os justicóicos, a maior preocupação com os princípios e com a proteção do contribuinte, consoante se depreende das diversas normas do Sistema Tributário Nacional.

---

<sup>2</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Sete diálogos sobre a relação ensino-aprendizagem. In. RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. [org.] **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 415.

<sup>3</sup> Id.

Há, porém, uma figura, comum ao Direito Tributário e ao Direito Constitucional, que, via de regra, acaba por restringir – quando não por ceifar – vários direitos dos cidadãos; a reserva do possível.

A reserva do possível, decorrência direta da teoria dos custos dos direitos, como se verá mais adiante, serve, comumente, de justificativa para que o Estado deixe de cumprir o seu papel na efetivação de vários direitos, situação que se torna consideravelmente crítica quando se tratam de direitos fundamentais.

Cabe destacar, desde já, a importância e a influência dos doutrinadores americanos Stephen HOLMES e Cass R. SUNSTEIN – com seu *The Cost of Rights*<sup>4</sup> – no estudo do tema, inclusive, se não principalmente, em plagas brasileiras.

O presente trabalho, sem a pretensão de esgotar qualquer das complexas temáticas que irá abordar, pretende dar destaque ao íntimo liame existente entre a reserva do possível e as teorias das restrições aos direitos fundamentais.

Insta salientar que o mínimo existencial<sup>5</sup>, que não será, aqui, tratado, é figura que apenas corrobora a afirmação de que há, de fato, uma conexão direta entre os temas elencados, pois, como de depreenderá do capítulo 3, é facilmente comparável o núcleo essencial dos direitos fundamentais, justamente, ao dito mínimo existencial.

Por opção metodológica e a fim de esclarecimentos prévios, tome-se, como ponto de partida, o fato de um diploma legislativo referente ao orçamento público<sup>6</sup>,

---

<sup>4</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton, 1999.

<sup>5</sup> Recomenda-se, nesse sentido, SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível. Mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira [coord.] **Princípio de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. O autor, em tal texto, menciona duas dimensões para o mínimo existencial, ressaltando-se que ambas se relacionam, intimamente, com a liberdade. A primeira dessas dimensões, negativa, impossibilita a atuação do Estado, no sentido de tributação, no que tange à situação econômica do cidadão. A outra, positiva, refere-se às prestações de serviços públicos que visam à preservação da liberdade. “O mínimo existencial gera direito público subjetivo aos seus beneficiários, pelas limitações positivas e negativas à liberdade”. p. 118.

<sup>6</sup> O presente trabalho fará a exposição dos temas através de uma perspectiva eminentemente constitucional, razão pela qual se pede licença para que não se tratem os aspectos de Direito Tributário e Financeiro, atinentes aos assuntos ora abordados.

que, ao não destinar verbas suficientes para certa rubrica, relativa à efetivação de dado direito fundamental, acaba por restringi-lo.

Essa, por mais angustiante que seja, é uma situação corriqueira, principalmente no que concerne ao Brasil.

Destarte, tentar-se-á demonstrar, conforme já se disse, a relação entre a reserva do possível e as restrições aos direitos fundamentais, para que se verifique, a partir desta teoria, se a impossibilidade financeira se configura, realmente, em um escusável repto à efetivação dos termos constitucionais (...).

Devido à suma importância da matéria dos direitos fundamentais para o estudo do tema proposto, faz-se, logo de início, um sintético histórico de seu surgimento e reconhecimento pelo Estado.

## 2 SÍNTESE HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A consideração dos direitos fundamentais pelo direito positivado se dá concomitantemente com o nascimento do Estado de Direito. Contudo, desde há muito, já se tinham os contornos dos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade na filosofia clássica greco-romana e no pensamento cristão que, posteriormente, embasaram o jusnaturalismo na idéia de que o homem, pelo só fato de sua existência, tem direitos naturais e inalienáveis<sup>7</sup>.

Na Idade Média ficou famosa a Magna Carta do Rei João Sem Terra, em 1215 na Inglaterra, e, embora não tenha sido a pioneira carta de direitos, repercutiu na ordem jurídica por traçar linhas de garantias dos direitos humanos, sobretudo, o direito de liberdade, como a liberdade de locomoção e também a propriedade, restringindo o poder do monarca. Mas, como se sabe, tais direitos não eram garantidos a toda população, mas tão-somente, aos Barões e Bispos Ingleses.

As liberdades civis e políticas e a previsão de garantias como o *habeas corpus*, o direito de petição, a proibição de prisões arbitrárias, o princípio da legalidade penal foram extendidas aos cidadãos com as Declarações Inglesas do Século XVII – Petição de Direitos (*Petition of Rights*) de 1628, Ata de Habeas Corpus (*Habeas Corpus Act*) de 1679 e a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) de

---

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 44.

1689. Houve, portanto, com tais Declarações de Direitos expressiva ampliação tanto no conteúdo das liberdades, como na respectiva titularidade<sup>8</sup>.

Todavia, somente com as Revoluções Liberais do século XVIII, em especial, a americana e a francesa, das quais decorreram, respectivamente, as Declarações de Direitos do Povo da Virgínia em 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, é que se iniciou a fase de constitucionalização dos direitos fundamentais. Tal marco é importante, pois, a partir da inclusão dos direitos humanos nas Constituições e do reconhecimento da superioridade normativa do ordenamento constitucional é que foi possível admitir-se que os direitos fundamentais vinculam os poderes públicos e servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis<sup>9</sup>.

Sabe-se que embora essas Declarações do século XVIII tenham tido a importante função de constitucionalizar os direitos fundamentais e, portanto, incluí-los dentro do texto jurídico positivo, é importante salientar que tais documentos tiveram inegável influência jusnaturalista, pois reconheciam a todo ser humano direitos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, independentemente da classe social e pelo simples fato de a pessoa existir<sup>10</sup>.

Dentre os dispositivos relevantes da Declaração de Direitos do Povo da Virgínia em 1776 e que atestam a inspiração jusnaturalista, vale mencionar o parágrafo primeiro que prevê expressamente a igualdade e independência de todos os seres humanos e a existência de direitos inatos como a vida e a liberdade, os quais devem ser preservados quando o homem estiver no convívio social<sup>11</sup>. Outros aspectos de grande valor relacionam-se à organização do Poder político baseado em um sistema democrático com a previsão de eleições e mandatos temporários, extinguindo-se a vitaliciedade e o sistema hereditário do antigo regime. Além disso, a adoção da separação das funções do Legislativo, Executivo e Judiciário como forma de garantir a liberdade das pessoas e impedir o abuso do poder.

A Declaração francesa, ao seu turno, foi tão importante quanto à americana para o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais, e teve um papel peculiar em dois aspectos: primeiro porque seu caráter é mais universal do que a

<sup>8</sup> Id.

<sup>9</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 114.

<sup>10</sup> Ibid., p. 115.

<sup>11</sup> Ibid, p. 116.

americana, pois, vinham impregnados da raiz ideológica de liberdade para todos os povos. Tanto é assim que a Declaração de 1789 menciona “homem e cidadão”, numa clara alusão à abrangência de seus dispositivos aos nacionais e estrangeiros<sup>12</sup>; segundo, porque as Declarações francesas têm certa preocupação com o aspecto social, o que não se observa nas Declarações americanas dessa época, de acentuado cunho individualista. Como exemplo, tem-se a Constituição Francesa aprovada em 3 de setembro de 1791, na qual se reconhece, no magistério de Fábio Konder COMPARATO, pela primeira vez, a existência de direitos humanos de cunho social<sup>13</sup>.

No entanto, é importante frisar que os direitos protegidos por essas Declarações têm um perfil predominantemente individualista, baseados em uma doutrina liberal que sublinhou para o Estado a única função de permitir que as relações econômicas se desenvolvessem livremente, sem qualquer intervenção estatal. Os direitos garantidos relacionavam-se com as liberdades individuais como a liberdade religiosa, comercial, de expressão e a propriedade privada<sup>14</sup>.

Neste breve histórico dos direitos fundamentais é importante explicitar as suas dimensões ou gerações, possibilitando compreender a função e a importância dos direitos fundamentais atualmente.

## 2.1 Dimensões ou Gerações dos Direitos Fundamentais

A autora Flávia PIOVESAN diz que a classificação dos direitos fundamentais em gerações foi exposta pelo jurista francês chamado Karal VASAK, em uma aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, proferida em Strassburg, no ano de 1979. VASAK, ainda segundo PIOVESAN, inspirado no lema da Revolução Francesa concebeu que os direitos fundamentais relacionavam-se à tríade da liberdade, igualdade e fraternidade. Assim, os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, sobretudo, as liberdades civis e políticas. A segunda geração é regida pelo direito geral à igualdade, refletido na positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. A terceira geração refere-se ao lema da solidariedade e tem em vista a proteção do direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente equilibrado e sadio<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Ibid, p.147.

<sup>13</sup> Ibid, p.149.

<sup>14</sup> Id.

<sup>15</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 28.

No entanto, o uso do vocábulo gerações é criticado por parte da doutrina. Willis Santiago GUERRA FILHO, por exemplo, diz que o referido termo pode sugerir equivocadamente que os direitos fundamentais se substituem uns aos outros com o passar das gerações, o que não ocorre, pois o processo de conquista e afirmação dos direitos fundamentais é cumulativo e complementar, fruto do desenvolvimento humano e da convivência em sociedade<sup>16</sup>.

Na mesma linha, MARINONI defende que o termo “gerações” pode resultar em uma equivocada compreensão de que o reconhecimento de uma nova gama de direitos fundamentais dependa da efetivação dos direitos da geração anterior, o que também é criticável, uma vez que a luta pela concretização dos fundamentais se deve fazer continuamente, estando sujeita a avanços e retrocessos, sendo possível o reconhecimento do direito ao meio ambiente equilibrado, mesmo quando ainda se busca implementar os direitos de cunho social como a saúde, tendo ambos os direitos a sua importância para a vida humana digna<sup>17</sup>.

Por tais motivos, deve-se preferir o uso da palavra dimensões, inclusive, para indicar que um direito fundamental, doutrinariamente, compreendido como de primeira dimensão não está confinado àquela interpretação inicial que, assim, caracterizou-o e pode sofrer impactos conceituais decorrentes da evolução do pensamento jurídico ocasionados pelo reconhecimento de outros direitos fundamentais, de outras dimensões<sup>18</sup>.

Assim, por exemplo, o direito de propriedade era um direito absoluto e de cunho estritamente individual, se visto sob a ótica do Estado Liberal e, assim, entendido deve enquadrar-se como de primeira dimensão. Todavia, com o passar do tempo, o crescimento populacional e a escassez de recursos, o conceito de direito de propriedade evoluiu para a compreensão de função social da propriedade, relativizando o cunho individualista desse direito de modo a possibilitar melhor distribuição de riquezas, impedindo, por exemplo, práticas de especulação imobiliária. E, atualmente, com o advento da terceira dimensão dos direitos fundamentais e o direito ao meio ambiente sadio, fala-se em função ambiental da propriedade.

<sup>16</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 143.

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5045> Acesso em: 30/09/2007.

<sup>18</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago., op. cit., p. 144.

Vê-se, portanto, que o mesmo direito fundamental é classificado como direito de primeira dimensão em razão do momento histórico de seu reconhecimento estatal, mas a análise de seu conteúdo deve ser feita sob a conjuntura atual de evolução da sociedade e dos direitos fundamentais<sup>19</sup>.

Quanto à classificação de direitos fundamentais, cumpre lembrar, ainda, não existir entendimento unânime, pois, segundo o professor Paulo BONAVIDES existe uma quarta dimensão de direitos fundamentais identificados como o direito à democracia direta, à informação e ao pluralismo e que, nas suas palavras, “correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social”<sup>20</sup>.

BONAVIDES ainda ensina que idéia de globalização política alcançada através da democracia direta, do pluralismo e da cidadania prevê um futuro possível e otimista. No entanto, esta globalização depende do implemento de direitos como a saúde e educação, possibilitando, inicialmente, que as pessoas desenvolvam seu potencial cognitivo e intelectual para que possam, em seguida, usufruir plenamente a cidadania, exercitando de modo consciente os mecanismos de democracia direta, inserindo-se neste contexto de globalização política<sup>21</sup>.

Daí a importância do cumprimento dos fins sociais traçados na Constituição da República de 1988, em especial, no que toca à efetivação dos direitos de segunda dimensão, ou seja, os direitos econômicos, sociais e culturais. Tais direitos exercem uma função de prestação, ou seja, demandam do Estado ou uma prestação de natureza jurídica, quando a efetivação do direito carece de complemento legislativo ou de natureza material quando tratam de bens ou serviços a serem fornecidos pelo Estado. Em ambos os casos, surge, para a pessoa, o direito de exigir do Estado as condições para o exercício do direito constante do texto constitucional, não podendo haver omissão por parte de qualquer dos Poderes Estatais<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Ibid. p. 145.

<sup>20</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 571.

<sup>21</sup> Ibid., p. 69.

<sup>22</sup> Por uma questão de tempo e espaço, não serão detalhadamente trabalhadas, aqui, as perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Para evitar que a omissão seja muito significativa, menciona-se, na esteira das lições de Ingo Wolfgang SARLET e Paulo BONAVIDES, que os direitos fundamentais têm uma perspectiva subjetiva que se relaciona com a concepção que os vê como direitos subjetivos no sentido de possibilitar ao seu titular a defesa judicial dos respectivos direitos, exigindo a contraprestação do destinatário da norma. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por sua vez, surgiu da perspicaz observação de que estes não têm a única função de



Insta salientar, ainda, que não apenas os chamados direitos sociais, recém-referidos, têm importância para o tema ora trabalhado, pois, como se verá na seqüência, há aporte doutrinário suficientemente robusto para dar supedâneo à idéia de que “também os direitos individuais e os políticos demandam gastos por parte do Poder Público”<sup>23</sup>.

### 3 O CUSTO DOS DIREITOS, A RESERVA DO POSSÍVEL E AS OPÇÕES DO ESTADO SOBRE A APLICAÇÃO DOS RECURSOS ADVINDOS DO ORÇAMENTO

Como se viu, o Estado deve garantir a efetividade de diversas sortes de direitos à população. A Carta Magna de 1988, ao arrolar os objetivos da República, vai, justamente, nessa mão. Também é sabido, porém, que a eficácia dos referidos direitos e o atingimento dos objetivos traçados pela Constituição são situações que encontram os mais diversos reptos para a sua realização.

Um desses desafios – o primordial para o presente estudo – é o do custo dos direitos, figura que, embora *não jurídica*, exerce “considerável influência sobre a construção da eficácia jurídica das normas em questão”<sup>24</sup>. Não há dúvida, pois, sobre o fato de que o Estado deve tornar efetivos os [todos] aludidos direitos. Resta, contudo, a seguinte questão: o Estado pode fazê-lo? Ou, então, o Estado possui suficientes recursos financeiros para fazê-lo? Em não havendo aporte apto à realização de todos os objetivos, por quais deve o Estado optar?

Antes de tentar responder tais perguntas – lembrando-se que se trata, aqui, do Estado brasileiro – é necessário tecer algumas linhas sobre os custos dos direitos e a sua relação com a chamada reserva do possível.

---

defesa da liberdade e dos direitos individuais das pessoas contra o Estado, idéia desenvolvida com a Revolução Francesa e o advento do Estado Liberal. A perspectiva objetiva demonstra que os direitos fundamentais formam uma pauta de valores, de natureza jurídico-objetiva, acolhida pela sociedade e que serve como diretriz para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional. Tal efeito é comumente chamado de eficácia irradiante dos direitos fundamentais, porque os valores dos direitos fundamentais se irradiam por todo o ordenamento jurídico, conformando a interpretação deste. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 157 e BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 50.

<sup>23</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 238.

<sup>24</sup> Ibid., p. 236.

Stephen HOLMES e Cass R. SUNSTEIN advogam a tese de que a liberdade depende dos impostos, com se infere do subtítulo da já referida obra, *why liberty depends on taxes*. Os autores justificam esse dizer ao defenderem a tangenciada noção de que tanto os direitos positivos quanto os negativos exigem recursos, dando, no início do livro, um interessante exemplo, ao narrarem uma catástrofe ocorrida nos Estados Unidos da América:

*On August 26, 1995, a fire broke out in Westhampton, on the westernmost edge of the celebrated Long Island Hamptons, one of the most beautiful areas in the United States. This fire was the worst experienced by New York in the past half-century. For thirty-six hours it raged uncontrollably, at one point measuring six miles by twelve.*

*But this story has a happy ending. In a remarkably short time, local, state, and federal forces moved in to quell the blaze. Officials and employees from all levels of government descended upon the scene. More than fifteen hundred local volunteer firefighters joined with military and civilian teams from across the state and country. Eventually, the fire was brought under control. Astonishingly, no one was killed. Equally remarkably, destruction of property was minimal. **Volunteerism helped, but in the end, public resources made this rescue possible.** Ultimate costs to American taxpayers, local and national, originally estimated at \$ 1.1 million, may have been as high as \$ 2.9 million<sup>25</sup>. [sem grifo no original]*

Como se depreende do referido fragmento, a teoria dos autores americanos, em apertada suma, é de que a atuação do Estado é intrinsecamente dependente da cobrança de impostos, primordial fonte de rendas de qualquer Administração Pública no mundo.

O papel dos impostos é, portanto, de sumo relevo, pois, em uma explanação que, ao menos em princípio, remonta à idéia de José Casalta NABAIS sobre o dever fundamental de pagar tributos<sup>26</sup>, HOLMES e SUNSTEIN reforçam a noção de que não há meio de se efetivarem direitos sem o respectivo custo, independentemente de seu cunho:

*“Where there is a right, there is a remedy” is a classical legal maxim. Individuals enjoy rights, in a legal as opposed to a moral sense, only if the wrongs they suffer*

<sup>25</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., op. cit., p. 13.

<sup>26</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar tributos**. Coimbra: Almedina.

*are fairly and predictably redressed by their government. This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights.*

*Rights are costly because remedies are costly. Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced. Formulated differently, almost every rights implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse. There are no legally enforceable rights in the absence of legally enforceable duties, which is why law can be permissive only by being simultaneously obligatory. That is to say, personal liberty cannot be secured merely by limiting government interference with freedom of action and association. No right is simply a right to be left alone by public officials. All rights are claims to an affirmative governmental response. All rights, descriptively speaking, amount to entitlements defined and safeguarded by law. A cease-and-desist order handed down by a judge whose injunctions are regularly obeyed is a good example of government “intrusion” for the sake of individual liberty. But government is involved at an even more fundamental level when legislatures and courts define the rights such judges protect. Even thou-shalt-not, to whomever it is addressed, implies both an affirmative grant of right by state and a legitimate request for assistance to an agent of the state<sup>27</sup>.*

Resta claro, pois, que HOLMES e SUNSTEIN têm como base a tentativa de “demonstrar que todos os direitos, mesmo os tipicamente individuais, tidos habitualmente como meramente negativos, e que embasam a Constituição e os valores mais caros à sociedade americana, são todos positivos”<sup>28</sup> (...) demandando a atuação do Estado para sua execução<sup>29</sup>. Esse agir estatal, então, como se vê acima, tem custo (...) <sup>30</sup>.

<sup>27</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., op. cit., p. 43-44.

<sup>28</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 200.

<sup>29</sup> Id.

<sup>30</sup> Por opção metodológica, se aceita a idéia de que não há, em termos práticos, diferenças entre direitos positivos e negativos, pregada por HOLMES e SUNSTEIN. Cabe o alerta, entretanto, de que Flávio GALDINO aponta alguns elementos contrários a essa tese, embora concorde com a existência dos custos para todos os direitos e destaque a importância desse ponto de vista para o Brasil. Cf. GALDINO, Flávio, op. cit. Na mesma linha, a já referida obra de Ingo Wolfgang SARLET também é bastante rica para o aprofundamento do tema,

Na mesma esteira dos americanos, Ana Paula de BARCELLOS aduz que:

*Assim: a diferença entre os direitos sociais e os individuais, no que toca ao custo, é uma questão de grau, e não de natureza. Ou seja: é mesmo possível que os direitos sociais demandem mais recursos que os individuais, mas isso não significa que estes apresentem custo zero. Desse modo o argumento que afastava, tout court, o atendimento dos direitos sociais pelo simples fato de que eles demandam ações estatais e custam dinheiro de que eles custam dinheiro não se sustenta. Também a proteção dos direitos individuais tem seus custos, apenas se está acostumado a eles<sup>31</sup>.*

O recém-transcrito dizer de BARCELLOS conduz, justa e especialmente, ao ponto nodal da temática dos custos dos direitos: a possibilidade, ou não, do Estado se eximir de tutelar dados direitos, justificando-se sob o argumento de falta de recursos [financeiros] para tal.

Esse contexto dá um panorama geral da chamada reserva do possível, figura, como se disse, intimamente relacionada aos custos dos direitos e, assim, à eficácia destes. A reserva do possível “procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”<sup>32</sup>.

A questão é atuarial e matemática, portanto. Embora não se vá tratar, no presente trabalho, de questões [específicas] de Direito Financeiro, não é difícil concluir que o tradicional Modo de Vinegia<sup>33</sup>, de Luca PACIOLI, comumente conhecido como *teoria das partidas dobradas*, norteia a situação: se o Estado não arrecadar tanto quanto for necessário para atender as suas necessidades (ou obrigações, poder-se-ia dizer), por certo que haverá qualquer coisa, menos êxito.

Há, em tela, uma via de mão dupla, na qual o contribuinte/cidadão cumpre seu *dever fundamental de pagar tributos* (...) para ter, assim, garantidos seus direitos de mesmo cunho. Remonta-se, desta sorte, aos primórdios das organizações estatais republicanas, pois, nelas, os homens abriam mão de suas liberdades naturais para

<sup>31</sup> BARCELLOS, Ana Paula de, op. cit., p. 238-239.

<sup>32</sup> BARCELLOS, Ana Paula de, op. cit., p. 236.

<sup>33</sup> Cf. PACIOLI, Luca. **Summa de arithmetica, geometria proportioni et propornaliti**. Veneza, 1494.

terem, então, liberdades civis, para citar apenas uma das “trocas” existentes na citada configuração de vida em sociedade<sup>34</sup>. Uma espécie análoga de contrapartida, então, é o que se visualiza com a questão dos tributos, exigindo-se uma intensa atuação do Estado, nos referidos moldes republicanos<sup>35</sup>.

Diante disso, faz parecer, pelo menos em princípio, que o Estado brasileiro não pode se escusar de cumprir com suas obrigações (...), visto que, como se mencionou, a carga tributária no Brasil é avassaladora<sup>36</sup>.

Inclusive por que a Constituição Federal de 1988, seguindo, *mutatis mutandi*, a receita de HOLMES e SUNSTEIN, concede, ao Estado brasileiro, força suficiente para “criar” e organizar os seus sustentáculos:

*The framers of the American Constitution sought to establish a strong and effective government armed with capacities that the anemic government created under the Articles of Confederation notoriously lacked. A constitution that does not organize effective and publicly supported government, capable of taxing and spending, will necessarily fail to protect rights in practice. This has been a lesson long in learning, and not only for libertarians and free-market economists, but also for some human-rights advocates who have selflessly devoted their careers to a militant campaign against brutal and over-mighty states. All-out adversaries of state power cannot be consistent defenders of individual rights, for rights are an enforced uniformity, imposed by the government and funded by the public. Equal treatment before the law cannot be secured over a vast territory without relatively effective, honest, centralized bureaucratic agencies capable of creating and enforcing rights<sup>37</sup>. [sem grifo no original]*

A importância dos recursos financeiros para a efetivação dos direitos parece, assim, suficientemente, destacada, pois, ela [efetivação] “se afirma de acordo com a

<sup>34</sup> Dentre incontáveis obras nesse sentido, recomenda-se MAQUIAVEL, Nicolau. **Discursos sobre as primeiras décadas de Tito Lívio**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>35</sup> Reforçando o que se disse: “O predomínio incontestado e as variações críticas poder ser observados como movimentos cíclicos do liberalismo norte-americano. Assim é que, no ciclo atual, vem encontrando ampla difusão nos Estados Unidos a crítica ao liberalismo, em especial a chamada crítica comunitarista, cujos princípios informam em alguma medida o republicanismo a que adere SUNSTEIN”. GALDINO, Flávio, op. cit., p. 212.

<sup>36</sup> Nessa linha, ver conclusão e anexo.

<sup>37</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., op. cit., p. 58.

situação econômica conjuntural, isto é sob a ‘reserva do possível’, ou na conformidade da autorização orçamentária”<sup>38</sup>.

Segundo BARCELLOS, uma forma alternativa de visualização do problema da [eventual] falta de recursos (e ao, ao mesmo tempo, decorrência dele) é a que desemboca no que a autora denomina, na linha de Guido CALABRESI e Philip BOBBITT, de escolhas trágicas, “isso porque decidir investir os recursos existentes em determinada área significa, ao mesmo tempo, deixar de atender outras necessidades, ainda que a opção de abandonar um campo específico não tenha sido consciente”<sup>39</sup>.

Parece óbvio que diante de um panorama tão complexo e, da mesma forma, sensível, o Estado deve ter muita parcimônia e considerável visão estratégica, no que tange à aplicação dos recursos, sempre objetivando, ressalte-se, aos direitos da sociedade (...):

*Além de decidir em que gastar, é preciso também saber quanto deverá ser investido em cada uma das áreas escolhidas, já que as alternativas envolvem não apenas o binômio investir/não investir, mas também investir menos/ investir mais, de modo a tornar viável o atendimento de um maior número de necessidades. Por que razão, por exemplo, se deve proteger irrestritamente, em toda a sua extensão, o direito de propriedade, e abandonar completamente determinados direitos sociais por falta de recursos?*<sup>40</sup>

Um Estado capaz de fazer tais escolhas de modo “correto” é o mínimo que pode exigir e esperar uma sociedade que arque com os custos – através dos tributos – de viver como tal.

Nesse mesmo trilha, Flávio GALDINO, lendo *The Cost of Rights*, aduz o seguinte:

*...sustentam SUNSTEIN e HOLMES que uma correta compreensão dos direitos estimula a responsabilidade em relação aos deveres para com a comunidade. O reconhecimento de que todos os direitos possuem custos quase sempre elevados*

<sup>38</sup> SCAFF, Fernando Facury, op. cit., p. 118..

<sup>39</sup> BARCELLOS, Ana Paula de, op. cit., p. 239.

<sup>40</sup> Id.

*(isto é, são custeados por escassos recursos captados na coletividade de cada indivíduo singularmente considerado). e de que os recursos públicos são insuficientes para a promoção de todos os ideais sociais – impondo sacrifício de alguns deles, implica também o reconhecimento de que aqueles (os direitos) devem ser exercitados com responsabilidade<sup>41</sup>. [sem grifo no original]*

As escolhas trágicas feitas pelo Estado brasileiro, embora com a atenuante de que, como visto, sacrifícios são inevitáveis, em muitos casos, parecem equivocadas. Tanto que não é rara a ocorrência de decisões judiciais impelindo o Estado a prestar dados serviços – como assistência médica, via SUS, por exemplo – mesmo quando a Administração Pública, em momento prévio, alegou carência financeira como justificativa para a impossibilidade de fazê-lo<sup>42</sup>:

*Seja permitido lembrar que este modelo de decisão judicial refere o que já se usou chamar “sociedade de reparação generalizada”, em especial para designar a sociedade americana, onde, havendo ao menos aparentemente um reconhecimento mais tênue dos direitos chamados sociais, a redistribuição da riqueza social funda-se na radicalização da proteção dos direitos individuais, revelando um discutível aperfeiçoamento da lógica individualista, mas que revela inequivocamente a face positiva dos direitos<sup>43</sup>.*

Recentemente, cite-se por ilustração, o Brasil gastou milhões de reais para sediar os Jogos Pan-americanos, ao mesmo tempo em que os noticiários não deixam de lembrar a existência de milhares de pessoas padecendo nos combalidos hospitais públicos, dentre outras “catástrofes” advindas dos desmandos do Poder Público.

Resta nítido e cristalino, pois, que muitos direitos são vilipendiados, pelo solo brasileiro, quer sob a égide da reserva do possível, quer não.

<sup>41</sup> GALDINO, Flávio, op. cit., p. 213-214.

<sup>42</sup> Não tratar-se-á, aqui, da discussão sobre a legitimidade do Judiciário para interferir nas políticas orçamentárias, mas, destaque-se que na já citada obra, SCAFF menciona os óbices apontados por vários doutrinadores brasileiros no sentido de apreciação, por parte do Judiciário, de direitos fundamentais sociais, pois, dependentes de disponibilidade em orçamento que são, sua análise seria de competência exclusiva do Legislativo. Com todo o acatamento, embora fundamentada, tal posição não merece respaldo visto que, inegavelmente, o Legislativo parece não ter as mesmas prioridades que a sociedade, restando, assim, como única saída, o constitucional direito da prestação da tutela jurisdicional.

<sup>43</sup> Ibid., p. 228-229.

Tal panorama conduz à clássica noção de colisões entre direitos e, assim, antes que se conclua o presente tema, faz-se necessário abordar a temática das restrições aos direitos fundamentais, visando ao alcance do objetivo primordial desse trabalho.

Insta salientar que o princípio da proporcionalidade, considerado por vários doutrinadores como critério “informador” da reserva do possível, também tem papel similar, para algumas correntes teóricas, no que tange às restrições a direitos fundamentais.

Os temas, consoante se disse em introdutória sede, são correlatos e suas explanações, ora trazidas, se complementam.

## 4 AS RESTRIÇÕES JUSFUNDAMENTAIS

Para que se possa chegar ao desenvolvimento do tema proposto no intróito, é imprescindível que se analise a estrutura normativa dos direitos fundamentais, a exemplo que do que fizeram vários teóricos, como Luís Virgílio Afonso da SILVA<sup>44</sup>.

### 4.1 Das Regras e dos Princípios

Citando ALEXY, CIANCIARDO aduz que distinguir as duas espécies normativas é elemento essencial no que tange às matérias de direitos fundamentais e, mais especificamente, às teorias dos limites e das colisões, pois, dentre as normas jusfundamentais se encontram tanto regras quanto princípios, convivendo<sup>45</sup>.

Cabe considerar o que seria princípio, termo tão comumente utilizado que, por vezes, é passível de perder sua essência original. Etimologicamente, a palavra princípio, do latim *principium, principii*, guarnece a idéia de origem, base, início.

Vicente RÁO afirmou que desprezar os princípios “quando não induz a erro, leva à criação de rúbulas em lugar de juristas”<sup>46</sup>. Não basta, porém, ao operador do

<sup>44</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. São Paulo: Tese para cátedra/USP, 2005. p. 49.

<sup>45</sup> CIANCIARDO, Juan. Princípios e regras: uma abordagem a partir dos critérios de distinção. In: FERRAZ, Roberto [coord.] **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 105

<sup>46</sup> RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 48.



direito conhecer os princípios; fundamental, outrossim, é saber para que eles servem, ou seja, insta compreender qual a função dos princípios para que se lhe apliquem corretamente.

É sabido que os princípios, em conjunto com as regras são normas jurídicas. Os primeiros são abrangentes e, em última análise, generalíssimos, enquanto as segundas possuem uma função reguladora, direta ou indireta, das relações jurídicas, através de tipificações e comandos. As diferenciações entre ambos os institutos não param por aí e serão mais detidamente analisadas na seqüência.

Nos dizeres de CANOTILHO, os princípios são multifuncionais e possuem, ao menos, três funções, sendo elas a regulamentadora, a orientadora de interpretação e a de fonte subsidiária<sup>47</sup>.

Junto com esses empregos, ROCHA assevera ser possível elencar outras, como a “de qualificar, juridicamente, a própria realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontado o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contrair aos valores contidos no princípio” e, quando o princípio encontrar-se no corpo da Carta Constitucional, deve revogar ou invalidar normas, anteriores ou posteriores, que lhe sejam contrárias<sup>48</sup>. Nesse sentido, o mesmo autor reza que:

*...por eficácia positiva dos princípios, entende-se a inspiração, a luz hermenêutica e normativa lançadas no ato de aplicar o Direito, que conduz a determinadas soluções em cada caso, segundo a finalidade perseguida pelos princípios incidíveis no mesmo; por eficácia negativa dos princípios, entende-se que decisões, regras, ou mesmo, subprincípios que se contraponham a princípios serão inválidos, por contraste normativo<sup>49</sup>.*

Transcrevendo os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de MELLO, princípio constitui-se em:

*Por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência,*

<sup>47</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 1.162.

<sup>48</sup> ROCHA, José de Albuquerque **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 46.

<sup>49</sup> Ibid., p. 55.

*exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo*<sup>50</sup>.

Eros Roberto GRAU, conceitua os princípios como “regras, palavras ou construções que servem de base ao direito, como fonte de sua criação, aplicação ou interpretação”<sup>51</sup>.

O mesmo autor observou, com precisão, que dentro da lógica e praticidade humana, busca-se o melhor entendimento para o todo, numa visão global e mais distanciada, desfocalizando a unidade ou a norma específica e focalizando o organismo ou sistema em que está inserida. Esta dinâmica viabiliza ao intérprete contextualizar a norma dentro de um quadro maior, a saber, o sistema jurídico, atribuindo-lhe a devida importância e compreendendo o sistema de pesos e contrapesos dentro do ordenamento<sup>52</sup>.

Após este breve intróito, passa-se a pormenorizar as diferenças entre princípios e regras.

#### 4.1.1 Distinções entre regras e princípios

CIANCIARDO expõe dois níveis de análise diferenciadora, freqüentemente vistos na doutrina. O primeiro dos graus prega a análise da energia deontica de cada uma das normas; aquela que obedecer à lógica do tudo ou nada é regra e a que admitir vários níveis de cumprimento é princípio. O segundo nível diz respeito à aplicação das figuras normativas. Nesse ponto, em síntese, o autor menciona os critérios que definirão as soluções para casos de colisão princípio VS. princípio e regra VS. regra. No caso de conflito entre duas regras, só poderá ser sanada a situação através da declaração de invalidade de uma das regras ou, então, por intermédio de uma cláusula de exceção. No caso dos princípios, a colisão é resolvida através da ponderação e do sopesamento das normas em conflito<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 12.

<sup>51</sup> GRAU, Eros Roberto. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 97-100

<sup>52</sup> Ibid., p. 103

<sup>53</sup> CIANCIARDO, Juan, op. cit., p. 108-109.

Inolvidável, quanto se trata da diferenciação entre os diversos tipos de normas jurídicas, as lições Humberto ÁVILA. Através de uma análise crítica das teses de grandes autores, ÁVILA busca a melhor definição para princípios regras, destacando, inclusive a existência dos postulados<sup>54</sup>, afirmando que muitos os confundem com os próprios princípios. Essa primeira [de duas] curtas abordagens sobre a diferenciação entre as referidas sortes de norma, pois, seguirá a estrutura da abordagem feita pelo autor brasileiro, em sua obra Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.

Para que se compreendam seus ensinamentos, ÁVILA elabora um quadro comparativo que, através da atribuição de características a regras e princípios, possibilita sua definição. Os princípios possuem o dever imediato de “promoção de um estado ideal de coisas”, um dever mediato de “adoção de conduta necessária”, têm, como justificação, a “correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas” e, como pretensão de decidibilidade, “concorrência e parcialidade”. Em contrapartida, nesses mesmos aspectos, o autor defende que as regras, por dever imediato, visam à adoção da conduta que descrevem, têm a função mediata de “manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores”, justificam-se na “correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato” e, por fim, tem com finalidade de decisão “abrangência e exclusividade”<sup>55</sup>.

Após tais considerações, o autor define regras como:

*...normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos*<sup>56</sup>.

Para os princípios, ÁVILA dá a seguinte conceituação: “Normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma

<sup>54</sup> ÁVILA, Humberto. **A teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 87.

<sup>55</sup> Ibid., p. 70.

<sup>56</sup> Id.

*avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção*<sup>57</sup>.

Definir, de modo mais completo e preciso, normas jurídicas é essencial, não só pela possibilidade de encaixar os diversos institutos em classificações, mas, para que, através do estudo de sua estrutura, saiba-se qual a função que cada norma, seja princípio, regra ou qualquer congênere, exerce e possui no ordenamento jurídico. Por isso, ÁVILA trabalha com tais definições, a busca por tal dissociação vem de há muito. Têm-se, como grandes exemplos, os trabalhos de ALEXY, ESSER, DWORKIN, CANARIS e LARENZ que, embora criticados, em última análise, por ÁVILA, lhe deram supedâneo para a elaboração de sua tese.

ESSER diz que as normas que dão fundamentação e possibilidade ao encontro de um mandamento são princípios. O autor não apenas considera a já mencionada diferença de abstração da prescrição normativa, mas, “numa distinção qualitativa. O critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão”<sup>58</sup>.

Pela mesma linha de raciocínio, Karl LARENZ destaca a grande importância e extrema relevância dos princípios para o ordenamento jurídico<sup>59</sup>. ÁVILA analisa a obra de LARENZ concluindo que:

*Para LARENZ, princípios estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento. Para esse autor os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica. Daí por que os princípios indicariam somente a direção em que está situada a regra a ser encontrada, como que determinando um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção da regra. O critério distintivo dos princípios em relação às regras também seria a função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético de formulação da prescrição normativa*<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Id.

<sup>58</sup> ESSER, J. **Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts**, apud *ibid.*, p. 27.

<sup>59</sup> LARENZ, K. **Richtiges recht**, apud *ibid.*, p. 28.

<sup>60</sup> Id.

Já para CANARIS duas seriam as principais especificidades que fazem divergir princípios e regras; os sentidos axiológico e de interação com outras normas. Para tal doutrinador, “os princípios, ao contrário das regras, possuem um conteúdo axiológico explícito e carecem, dessa forma, de regras para a sua concretização”. Sobre a interação com outras normas jurídicas, Claus-Wilhelm CANARIS aduz que “os princípios, em oposição às regras, recebem seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo de complementação e limitação”<sup>61</sup>.

Ao seu tempo, DWORKIN realizou um “ataque ao positivismo”, principalmente no que tange à maneira, consideravelmente aberta, dos argumentos que realiza acerca da aplicação dos princípios. Célebre é a sua explanação de que as regras utilizam-se de um raciocínio que denomina de “lógica do tudo ou nada”, pois, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam vinculativamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios<sup>62</sup>.

Nessa linha e por consequência, DWORKIN afirma que os princípios, em contraponto ao que rezou sobre regras, possuem e obedecem a uma “dimensão de peso” que se denota do fato de que, quando colidentes, os princípios devem ser sopesados e, após tal análise, aquele que tiver maior densidade, peso ou aplicabilidade sobrepujará o outro que, entretanto, não perderá sua validade<sup>63</sup>.

Robert ALEXY, tendo como ponto de partida as sábias lições de DWORKIN, buscou aperfeiçoar o conceito de princípios, aumentando a precisão em sua definição. Na visão de ALEXY, “os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio das quais são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas”<sup>64</sup>.

Consubstanciado em jurisprudência do renomado Tribunal Constitucional Alemão, ALEXY procura pragmatizar a tensão que se origina ao colidirem dois ou mais princípios, explanando que, quando dessas situações, não há solução através de imposição imediata da prevalência de um princípio em detrimento dos demais, mas,

<sup>61</sup> CANARIS, C. *Systemdenken und systembegriff in der jurisprudentz*, apud id.

<sup>62</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Fontes, 2002. p. 39.

<sup>63</sup> Ibid., p. 42.

<sup>64</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 90.

sim, por uma ponderação entre eles, visando determinar, por fim e concretamente, qual prevalecerá. Ao contrário do que ocorre com as regras que, pelo prisma trabalhado por ALEXY e outros já citados, deixam claro qual delas irá perecer ou obter êxito quando do conflito entre elas próprias, os princípios terão que ser, necessariamente, submetidos à análise em face do caso concreto<sup>65</sup>.

Assim, obtém-se a justificativa da afirmação de que a aplicação de um princípio deve ser observada com comedimento e definida “se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso”<sup>66</sup>.

Dessa idéia, ÁVILA conclui que, como os casos de conflitos entre princípios são resolvidos por ponderação e criam, por consequência lógica, uma regra de prevalência, desse modo, os princípios também são aplicados ao modo do “tudo ou nada”<sup>67</sup>.

Ao ver de ALEXY, ambos, princípio e regras, consistem em sustentáculos para as normas, ao encontro do que defende a jurisprudência que o autor traz em sua obra<sup>68</sup>. Ao serem vistas as regras e princípios como razões para as normas, a relação de fundamentação resta limitada a coisas de uma só categoria, o que facilita o seu manejo lógico.

Embora não tenha maiores aplicações ou implicações para o desenvolvimento do tema, destacam-se, ilustrativamente, as colocações de ÁVILA sobre postulados, quando os define como “normas estruturantes da aplicação de princípios e regras”<sup>69</sup>. Assim, os postulados serviriam como norte para a aplicação das demais normas, regendo a forma que cada uma pode se fazer presente em cada caso específico.

O mesmo autor ainda dá a seguinte lição:

*Os postulados normativos foram definidos como deveres estruturais, isto é, como deveres que estabelecem a vinculação entre elementos e impõem determinada relação entre eles. Nesse aspecto, podem ser considerados formais, pois dependem da conjugação de razões substanciais para sua aplicação.*

---

<sup>65</sup> Id.

<sup>66</sup> Id.

<sup>67</sup> ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 89.

<sup>68</sup> Id.

<sup>69</sup> ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 90.

*Os postulados não funcionam todos da mesma forma. Alguns postulados são aplicáveis independentemente dos elementos que serão objeto de relacionamento. Como será demonstrado, a ponderação exige sopesamento de quaisquer elementos (bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões) e não indica como deve ser feito esse sopesamento. Os elementos e os critérios não são específicos. A concordância prática funciona de modo semelhante: exige-se a harmonização entre elementos, sem dizer qual a espécie desses elementos. Os elementos a serem objeto de harmonização são indeterminados. A proibição de excesso também estabelece que a realização de um elemento não pode resultar na aniquilação de outro. Os elementos a serem objeto de preservação mínima não são indicados. Da mesma forma, o postulado da otimização estabelece que determinados elementos devem ser maximizados, sem dizer quais, nem como.*

*Nessas hipóteses os postulados normativos exigem o relacionamento entre elementos, sem especificar, porém, quais são os elementos e os critérios que devem orientar a relação entre eles. São postulados normativos eminentemente formais. Constituem-se, pois, em meras idéias gerais, despidas de critérios orientadores da aplicação<sup>70</sup>.*

Expostos esses tradicionais entendimentos, que, contudo, não são pacíficos, destaque-se que AARNIO, lido por CIANCIARDO, reza que, do ponto de vista da lingüística, as duas espécies normativas em tela formam “uma escala dividida em quatro segmentos: a) as regras (R); b) os princípios que parecem regras (RP); c) as regras que parecem princípios (PR); d) os princípios (P)”<sup>71</sup>.

Desta sorte, a real distinção entre regras e princípios figuraria, basicamente, no seu grau de generalidade, inexistindo clareza sobre até aonde vão as raias de cada um deles<sup>72</sup>. As afirmações de AARNIO têm como supedâneo, primordialmente, a sua afirmação de que tanto regras como princípios têm graus de abstratidade e, da mesma forma, que ambos, “uma vez ‘consideradas todas as coisas’ (*all things considered*), permitem chegar a formulações normativas com um conteúdo preciso”<sup>73</sup>.

No que se refere aos tradicionais esquemas diferenciadores (...), AARNIO critica o fato de que os princípios sejam vistos como mandatos de otimização, pois, tal afirmação, segundo ele, não se sustentaria, já que “este mandato é uma proposição

<sup>70</sup> Id.

<sup>71</sup> CIANCIARDO, Juan, op. cit., p. 110.

<sup>72</sup> Nesse ponto, entenda-se “deles” como se referindo a R, RP, PR e P.

<sup>73</sup> CIANCIARDO, Juan, op. cit., p. 110.

normativa acerca dos princípios, e com tal é necessariamente parecido a uma regra: ou é seguido ou não é”<sup>74</sup>.

Para AARNIO é o conteúdo de um princípio que, por uso da ponderação, deverá ser otimizado e, não, o princípio, em si<sup>75</sup>. A diferenciação através dos casos de colisão também é rechaçada pelo aludido autor.

A lógica do *all or nothing* só se evidenciaria após ter sido realizada a interpretação das regras e, não, antes; nesse momento prévio, todas as normas têm validade e apenas as suas formulações é que impescindem do uso da hermenêutica<sup>76</sup>. Inexiste, porquanto, grau de prioridade *prima facie*<sup>77</sup>.

Comentando a exposta posição de AARNIO, CIANCIARDO afirma que [a tese do autor], embora “impecável”<sup>78</sup>, necessita de matização. Tal matização refere-se à abrangência que deve ser dada à rejeição, proposta por AARNIO, sobre a diferenciação; embora admita que, *prima facie*, algumas regras não podem ser diferenciadas de dados princípios, o autor prega que se leve em conta o relevo dos métodos de distinção<sup>79</sup>.

O autor diz, também, que “existe uma perspectiva de distinção ‘forte’ ou ‘estrutural’ entre alguns princípios (Pa) e um conjunto de normas integrado pelo resto dos princípios (Pb) e a totalidade das regras (R)”<sup>80</sup>.

Para CIANCIARDO é somente através de tal prisma que resta possibilitada a análise das origens das forças deonticas dos princípios e das regras<sup>81</sup>. O autor reza que aqueles princípios chamados de Pa são autoprescritivos e independem de positivação e/ou reconhecimento por parte de uma Constituição. Os princípios Pb e

<sup>74</sup> Ibid., p. 111.

<sup>75</sup> Id.

<sup>76</sup> Ibid., p. 112.

<sup>77</sup> Id.

<sup>78</sup> “O impecável é a crítica à existência de uma distinção ‘forte’ entre princípios e regras, tal como é formulada habitualmente essa distinção. De fato, existem regras que sobrevivem à colisão com outras regras, e que admitem distintos níveis de cumprimento. Não há inconveniente, portanto, em aceitar que um princípio é ‘um enunciado normativo de caráter muito geral e abstrato’, que ‘não tem uma estrutura diferente da norma [regra] concreta’, mas ‘diferenças de grau ou determinação’”. Ibid., p. 115.

<sup>79</sup> Id.

<sup>80</sup> Id.

<sup>81</sup> Ibid., p. 116.



as regras, ao seu tempo, têm sua intensidade deôntica determinada pelo seus criadores; quer Poder Judiciário, quer Poder Legislativo<sup>82</sup>.

Feitas tais considerações, trabalhe-se, então, as teorias sobre as restrições de direitos fundamentais.

#### 4.2 As Restrições<sup>83</sup> aos Direitos Fundamentais<sup>84</sup>

Os direitos fundamentais ocupam lugar de destaque e de máxima hierarquia em todo e qualquer ordenamento jurídico<sup>85</sup> e, como já se mencionou acima, as escolhas trágicas acabam preterindo determinados direitos, máxime os fundamentais.

Deve-se analisar, então, partindo-se de algumas teorias, se é possível dizer que a reserva do possível é razão suficiente para que tais restrições sejam, de fato, operadas.

Segundo SANCHÍS, esta temática – a da restrição de direitos fundamentais – é bastante presente na jurisprudência e na doutrina, porém, tratar do tema necessita

---

<sup>82</sup> Id.

<sup>83</sup> Não será trabalhada a eventual diferenciação entre restrição e configuração (ou outros termos equivalentes), fato que se justifica com base na obra de BOROWSKI. Para aduzir sobre a configuração do direito infraconstitucional, relativamente aos direitos fundamentais, o autor usa uma corrente que prega a vinculação jusfundamental, na qual o objeto de configuração é, justamente, a lei (destaque-se que no presente trabalho, como se infere da introdução, o objeto de análise será a restrição por via de lei – orçamentária –, sem que se comente, entretanto, a figura da reserva legal). Dito isso, o autor destaca o fato de que tal vinculação poderá ser feita tanto por uma regra quanto por um princípio. **Quanto ao relacionamento entre restrição e configuração, BOROWSKI situa as duas como modos diversos usados na descrição do mesmo fato.** A conceituação de configuração ideal não usa de conceito antagônico ao de restrição, pois, é possível chegar a uma divergência entre restrição e configuração quando uma configuração é neutra em relação aos direitos fundamentais. Neste caso se apresentaria uma configuração, mas não uma restrição do princípio de direito fundamental. [tradução livre]. **O autor alerta, então, para o fato de que, dificilmente, ver-se-á uma configuração sem um mínimo de caráter restritivo.** BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2003. p. 96.

<sup>84</sup> Embora de sumo relevo para o tema, opta-se por não se aprofundar no papel da Teoria da Argumentação no que tange às restrições de direitos fundamentais; cumpre alertar, porém, que essa teoria é tida como o ponto de segurança para que a ponderação – pregada pelos teóricos que visualizam os direitos fundamentais como princípios – seja válida. Nesse sentido, recomenda-se a recém-referida obra de Martin BOROWSKI.

<sup>85</sup> Ibid., p. 19.

de certa cautela<sup>86</sup>. O autor diz que não se necessitaria de maiores discussões caso os direitos fundamentais possibilitassem aos seus titulares fazer o que bem entendessem, porém, “si se pretende sostener que aquellos derechos que la Constitución nos reconoce pueden ser cercenados por el legislador, la cosa ya no resulta tan clara”<sup>87</sup>.

Cabe, assim, trazer a baila o lição de BÖCKENFÖRDE ao afirmar que “desde el momento en que los derechos fundamentales ya no están con carácter general a disposición del legislador, la cuestión acerca de la medida y extensión de su limitabilidad por el legislador se convierte en un problema decisivo”<sup>88</sup>.

Nesse mesmo diapasão, OTTO Y PARDO reza que a produção doutrinária é, em sua maioria, pela tese de que direitos reconhecidos sem legalidade são, sim, passíveis de limitação, desde que observada tal necessidade diante da manutenção de outros bens tutelados pela Carta Magna<sup>89</sup>.

Para que o tema fique mais claro, é necessária análise das teorias externa e interna<sup>90</sup> das restrições.

#### 4.2.1 A Teoria Externa

Essa vertente, no que tange aos direitos fundamentais, exige que se admita haverem dois objetos: primeiramente, um direito *prima facie*, não limitado, e, num segundo momento, o produto da restrição desse direito<sup>91</sup>.

BOROWSKI explana essa teoria através da seguinte formulação: (X) URx  $\wedge$   $\neg$ GSx  $\square$  ORx. (X) é o que o autor chama de quantificado universal; URx demonstra

<sup>86</sup> SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Trotta: Madrid, 2003. p. 217.

<sup>87</sup> Id.

<sup>88</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Nomos: Baden-Baden, 1993. p. 101.

<sup>89</sup> OTTO Y PARDO, Ignacio de. **La regulación del ejercicio de los derechos y libertades**. Civitas: Madrid, 1998. p. 112.

<sup>90</sup> Pede-se licença para que não se abordem os desdobramentos das perspectivas objetiva/subjectiva e absoluta/relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Recomendam-se, nesse sentido, as já aludidas obras de Luís Virgílio Afonso da SILVA e Martin BOROWSKI, além de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994.

<sup>91</sup> BOROWSKI, Martin, op. cit., p. 66-67.

ser x objeto de dado direito não passível de sofrer restrição; GSx significa que não é possível, de forma legítima, limitar o direito, a partir do ponto de vista de X;  $\neg$  seria a negação, O representa o operador deôntico e, por derradeiro, Rx quer dizer que para X se aplica a consequência do direito<sup>92</sup>.

Para a teoria externa, ao contrário do que ocorre com a teoria interna – como se verá a seguir –, a colisão entre os direitos fundamentais é resolvida por intermédio do sopesamento. Nesse sentido:

*Boa parte daquilo que doutrina e jurisprudência muitas vezes tomam como dado, é, na verdade, produto dessa simples divisão teórica entre o direito em si e suas restrições. É principalmente a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais do que isso, à regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.*

Essa situação só é possível, então, através da tese – correlata à teoria externa – de que as restrições, se dando na forma que se derem, não alcançam o conteúdo do direito fundamental, “podendo apenas, no caso concreto, restringir o seu *exercício*, que se pode sustentar, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem que ceder em favor de outro não tem afetada a sua validade e, sobretudo, a sua extensão *prima facie*”<sup>93</sup>.

Segundo Luís Virgílio Afonso da SILVA, as restrições podem se dar “por meio de regras”<sup>94</sup> ou, então, com base em princípios<sup>95</sup>. No que tange às restrições levadas a cabo pelo uso de regras – a que mais importa para o tema em tela –, cumpre destacar de aquilo que, comumente, tem aparência de colisão entre um princípio e uma regra, é, em verdade, “o resultado de um processo de restrição ao princípio, cuja expressão é a regra”<sup>96</sup>. Poder-se-ia, entretanto, afirmar que a regra restritiva seria, de fato, uma forma de expressão de outro princípio, entretanto, adotar essa solução significaria ignorar o papel das regras no sistema jurídico<sup>97</sup>.

<sup>92</sup> Id.

<sup>93</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da, op. cit., p. 179-180.

<sup>94</sup> Ibid., p. 182.

<sup>95</sup> Ibid., p. 185.

<sup>96</sup> Ibid., p. 182.

<sup>97</sup> Ibid., p. 184.

Passa-se, então, à teoria interna.

#### 4.2.2 A Teoria Interna

Como se depreende do próprio nome, essa teoria considera que os limites jusfundamentais fazem parte da própria estrutura do direito fundamental; ou seja, “o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele”<sup>98</sup>.

No âmbito da teoria interna, se torna possível a defesa da noção de limites imanentes; limites que, intrínsecos ao próprio direito, não têm a sua fixação influenciada por qualquer fator externo<sup>99</sup>.

Segundo BOROWSKI, para a teoria interna, desde o princípio, admite-se a existência do conteúdo já determinado do direito; os limites seriam, em termos lingüísticos, intrínsecos, não se configurando como restrições. Justifica-se pelo fato de que a restrição viria a diminuir, por assim dizer, o direito, porém, como o limite é algo prévio a qualquer restrição, não pode ser como tal considerado.

Esse conteúdo, também chamado de núcleo essencial, é, de fato, o que não pode sofrer limitações, sob pena de que o direito se extinga ou, então, seja violado.

Segundo Luís Virgílio Afonso da SILVA, uma eventual opção pela teoria interna tem como primordial consequência, no que tange à estrutura normativa dos direitos fundamentais, a sua similaridade com as regras:

*Se isso é assim, ou seja, se a definição do conteúdo e da extensão de cada direito não depende de fatores externos e, sobretudo, não sofre influência de possíveis colisões posteriores, a conclusão a que se pode chegar, em termos de estrutura normativa, é que direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna têm sempre a estrutura de regras. Isso porque, se a definição do conteúdo do direito é feita de antemão, isso significa, para usar a expressão de Sieckmann, que a norma que o garante tem validade estrita<sup>100</sup>.*

Assim sendo, o sopesamento – procedimento típico dos princípios – não tem aplicabilidade no que tange aos direitos fundamentais, valendo, então, a lógica do *all*

---

<sup>98</sup> Ibid., p. 165.

<sup>99</sup> Ibid., p. 166.

<sup>100</sup> Id.

*or nothing* (...). Entretanto, esse sopesamento tem a sua importância para a teoria interna, quando se fala em limites imanentes.

Nessa linha, poder-se-ia pensar que, do prisma da teoria interna, os direitos fundamentais seriam irrestringíveis, mas, é justamente nesse ponto em que exsurge a importância da teoria dos limites imanentes, pois, “para não ter que partir de um pressuposto insustentável de direitos absolutos, a teoria interna tende a recorrer à idéia de *limites imanentes*. Os direitos fundamentais, nessa perspectiva, não são absolutos, pois, possuem seus limites definidos, implícita ou explicitamente pela própria constituição”<sup>101</sup>.

Para sintetizar a essência da distinção entre ambas as teorias:

*...a diferença entre os limites imanentes e as restrições a direitos fundamentais decorrentes de colisões é facilmente perceptível, e pode ser traduzida pelo binômio declarar/constituir. Enquanto nos casos de colisões constituem-se novas restrições a direitos fundamentais, quando se trata dos limites imanentes, o que a interpretação constitucional faz é apenas declarar limites previamente evidentes.*

#### 4.2.3 Direitos Fundamentais como Regras ou como Princípios

Como se pôde notar pela evolução feita até esse ponto, dependendo da teoria que se adote, é possível classificar os direitos fundamentais, do ponto de vista de sua estrutura, como regras ou como princípios.

Para o presente trabalho, ressalte-se, a adoção da teoria interna, que, como visto, defende a idéia de que os direitos fundamentais têm estrutura de regras, seria inócuo. Isso porque, independentemente de seus limites imanentes (que não se visualizam, aparentemente), a restrição a um direito fundamental, pela via de uma lei orçamentária, não seria uma restrição, posto que isto [restrição] não é algo possível para essa vertente teórica.

Para que restrições fossem operadas aos direitos fundamentais sob a égide da reserva do possível, ter-se-ia que fazer opção pela teoria externa e, destarte, se visualizarem, as normas jusfundamentais, como princípios sendo.

---

<sup>101</sup> Ibid., p. 169.

Essa visão, porém, é duramente criticada pela doutrina. O primeiro argumento contrário a essa interpretação posiciona os princípios como normas jurídicas e reza que a visão dos direitos fundamentais como princípios sendo, poderia acarretar uma desenfreada moralização da Constituição<sup>102</sup>. De acordo com BOROWSKI, essa oposição deve ser rechaçada sob o fundamento de que os princípios de direitos fundamentais cumprem todos os critérios de validade exigidos pelo ordenamento, pois, tratam-se de normas jurídicas<sup>103</sup>.

Outra crítica é da possível falta de segurança jurídica, cujo supedâneo repousa no ceticismo diante da idéia de ponderação ou sopesamento, pois, de acordo com os críticos, tais critérios não são dotados de racionalidade<sup>104</sup>. Os defensores dos direitos fundamentais como princípios, porém, refutam tal idéia aduzindo que a teoria dos princípios, relacionada com a argumentação e a ponderação, alcança, no mais elevado nível de análise, toda sorte de decisões racionais relativas a questões normativas<sup>105</sup>.

Há, do mesmo modo, a afirmação de que em se admitindo os direitos fundamentais como princípios, a legislação acabaria por figurar como simples modo de se executar a Constituição. Para BOROWSKI, mais uma vez, o argumento não é válido, pois, a ponderação, característica intrínseca da visão principiológica dos direitos fundamentais, dá, ao legislador, um campo de atuação com relativa discricionariedade; porém, é fato que, fora de tal campo, a vinculação à Constituição é mandamental<sup>106</sup>.

Relacionada à recém-narrada objeção, há uma crítica que lhe é diametralmente oposta: a de que a roupagem principiológica dos direitos fundamentais faria com que estes fossem vistos como meros enunciados programáticos. Assim, o legislador poderia ser visto como que fracamente vinculado aos termos constitucionais. Isso, porém, não é correto, pois, os princípios de direitos fundamentais não correspondem a enunciados programáticos não vinculantes, como os apresentados pela da Constituição de Weimar, pois, em um Estado democrático constitucionalizado, os direitos fundamentais são garantidos através de norma vinculantes, fato que faz cair por terra a aludida oposição<sup>107</sup>.

<sup>102</sup> BOROWSKI, Martin, op. cit., p. 54.

<sup>103</sup> Id.

<sup>104</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da, op. cit., p. 192-193.

<sup>105</sup> BOROWSKI, Martin, op. cit., p. 59.

<sup>106</sup> Ibid., p. 60.

<sup>107</sup> Ibid., p. 61-62.

SILVA diz que a figura da inflação judiciária<sup>108</sup>, com conseqüências processuais, também é posta como repto ao prisma proposto, pois, o grande número de colisões acabaria batendo às portas do Judiciário:

*... a partir do momento em que quase toda ação pode ser subsumida a uma norma que garanta, ainda que prima facie, um direito fundamental, a quantidade de colisões e, sobretudo, de pretensões ligadas a direitos fundamentais tende a explodir. Com isso, no plano processual, que é o que interessa [sic] neste ponto, a conseqüência seria também uma explosão no número de ações perante o tribunal competente para julgar tais colisões – no Brasil, em última instância, o Supremo Tribunal Federal<sup>109</sup>.*

Existem, entretanto, elementos de cunho substancial, processual e empírico que vão de encontro a tal afirmação:

*Do ponto de vista substancial, pode-se afirmar que o número de situações que poderiam dar ensejo a uma pretensão judicial verdadeira – i.e., com alguma chance de êxito – não tende a ser tão maior no âmbito da teoria externa. Se se compreende que a teoria externa não é uma teoria normativa, mas uma reconstrução terórica, não se pode imaginar que ela pretenda prescrever o que deve ocorrer, ou seja, por exemplo, que todo direito prima facie deva ser pleiteado judicialmente. Nesse sentido, e para usar o exemplo de Müller, a teoria externa não prescreve que o artista que pretende montar seu cavalete de pintura no meio de um cruzamento movimentado deva necessariamente ter a sua pretensão satisfeita. Embora reconheça que tal ato é um exercício da liberdade artística, desse reconhecimento não decorre nenhum juízo normativo. Nesse sentido, pode-se dizer que as pretensões judiciais com chances de êxito podem ser tão grandes na teoria externa quanto no âmbito da teoria interna.*

*Do ponto de vista processual, uma tendência a uma explosão no número de ações baseadas em direitos prima facie a partir do enfoque de uma teoria externa seria de se rejeitar devido à existência de precedentes judiciais. Ora, se hipoteticamente, o número de ações poderia aumentar em um primeiro momento, a existência de precedentes judiciais, em um momento posterior, estabilizaria a quantidade de pretensões em um patamar condizente com as reais chances de êxito de cada*

<sup>108</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da, op. cit., p. 195.

<sup>109</sup> Ibid., p. 195-196.

*pretensão. Em outras palavras: ainda que fosse possível, em um sem número de casos, subsumir determinada ação ao exercício de um direito fundamental – montar o cavalete de pintura no cruzamento movimentado, por exemplo – daí dificilmente surgiria uma real ação judicial para garantir tal exercício nessas condições.*

*Por fim, do ponto de vista empírico, parece ser difícil, no Brasil, fazer uma crítica à teoria externa com base em uma possibilidade de inflação judiciária. Aquele que manifestar uma crítica nesse sentido estará pressupondo que o número de ações permaneceria controlável se se pressupõe uma teoria interna e um suporte fático restrito para os direitos fundamentais. Diante do atual número de recursos extraordinários, mandados de segurança e habeas corpus que são julgados anualmente pelo Supremo Tribunal Federal, parece ser difícil supor que uma teoria interna, ao restringir os casos em que se pode falar de exercício de direitos fundamentais, seja capaz de controlar a quantidade de ações ajuizadas com base em supostas violações a esses direitos. Com isso fica claro que, a partir de uma reconstrução, que não pretende ser uma teoria normativa, não é possível tirar conclusões no plano processual. A quantidade de ações em um determinado âmbito, qualquer que seja, não depende, necessária e diretamente, de questões substanciais, mas, sobretudo, de questões procedimentais.*

Afastada, pois, essa crítica, cita-se a última; a chamada falta de honestidade, segundo a qual o cidadão, ao ter frustradas certas expectativas de direito – criadas pelo elevado número de princípios –, acabaria por se desiludir com o sistema. Para rechaçar tal afirmação, BOROWSKI alerta para o fato de é errôneo interpretar os princípios como sendo promessas de direitos de caráter definitivo<sup>110</sup>.

Viu-se, então, que entender os direitos fundamentais como princípios é algo plenamente possível e, portanto, do ponto de vista da teoria externa, a possibilidade de suas restrições. Porém, é certo que a restrição – ou limitação – não pode ser absoluta, sob pena de que o direito fundamental em apreço perca, por completo, a sua efetividade.

Para tentar evitar essa evaporação do direito fundamental, há formas de proteção à sua essência, que podem ser resumidas através da teoria do núcleo essencial<sup>111</sup> ou da teoria do limite dos limites<sup>112</sup>. Não se pretendendo maior

<sup>110</sup> BOROWSKI, Martin, op. cit., p. 65.

<sup>111</sup> Ver nota de rodapé nº 71.

<sup>112</sup> Nesse sentido, recomenda-se NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.



aprofundamento nas referidas teses, narra-se, então, a forma de proteção aos direitos fundamentais proposta por Luís Virgílio Afonso da SILVA; teoria, esta, que segundo seu autor, contém elementos que não estão presentes “em outras teorias”<sup>113</sup>.

Para o referido doutrinador, a restrição de direitos fundamentais só pode se dar quando há uma fundamentação constitucional<sup>114</sup>, que impõem, ao legislador e o juiz, um ônus argumentativo<sup>115</sup>:

*...uma diminuição na proteção aos direitos fundamentais ocorre, na verdade, naquelas teorias que recorrem a figuras pouco claras como limites imanentes, conteúdos absolutos, especificidade ou a outras formas de restrição ao suporte fático dos direitos fundamentais. Nessas teorias, a restrição ocorre de forma disfarçada, com base em uma exclusão a priori de condutas, estado e posições jurídicas de qualquer proteção. [sem grifo no original]*

Feitas essas explanações breves acerca das restrições jusfundamentais, deixou-se ainda mais evidente os inegáveis liames entre esta teoria (ou teorias) e a reserva do possível, dentro dos custos dos direitos.

Segue-se, então, à conclusão do presente estudo.

## 5 CONCLUSÃO

Como se pôde notar, em nenhuma das correntes que tratam das restrições aos direitos fundamentais, se viu qualquer sorte de aspecto financeiro como sendo justificador de conduta restritiva.

A reserva do possível, mesmo diante do referido quadro sobre a impossibilidade de se evitarem certos sacrifícios, não se configura, então, em escusa suficientemente robusta para que o Estado se exima de cumprir as suas precípuas funções. “Em suma: a limitação de recursos existe, ainda que esse limite não esteja tão próximo como muitas vezes se quer fazer acreditar”<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da, op. cit., p. 336.

<sup>114</sup> Id.

<sup>115</sup> Id.

<sup>116</sup> BARCELLOS, Ana Paula, op. cit., p. 240.

As soluções existentes para atender às necessidades da sociedade e, antes do que isso, obedecer aos ditames constitucionais, são as mais variadas. Deixar de fazê-lo, sob a alegação de escassez de recursos financeiros fere, assim, inclusive o princípio da proporcionalidade, para que não se diga que fere a moralidade.

Nesse sentido:

*Embora a idéia da escassez de recursos possa parecer verdadeiramente assustadora, é preciso recolocá-la em seus devidos termos. Isso porque, em primeiro lugar – afora países em que os níveis de pobreza da população sejam extremos – faltando mesmo capacidade contributiva, os Estado têm, em geral, uma capacidade de crédito bastante elástica, tendo em vista a possibilidade de aumento de receita. Em um curto espaço de tempo, pouco mais de um ano no caso brasileiro, a autoridade pública tem condições técnicas de incrementar suas receitas, com a majoração de tributos, por exemplo<sup>117</sup>.*

O Brasil, especificamente, como é amplamente sabido e conforme se denota da anexa reportagem<sup>118</sup>, tem um carga tributária que onera, em muito, os contribuintes e, consoante já se mencionou, não se vê, por parte do Estado, a devida contraprestação.

A mesma reportagem dá conta de que, além da astronômica carga de tributos, parte da população brasileira tem, ainda, de custear, para si, uma vasta gama de serviços que, em princípio, deveriam ser fornecidos, a contento, pelo Estado.

Há, porém, quem discorde do absurdo dessa situação. Fernando Facury SCAFF, por exemplo, menciona que o Estado deve suprir as necessidades apenas daqueles que não têm possibilidades financeiras de fazê-lo, por via do mercado<sup>119</sup>.

Como todo o acatamento, é de discordar de tal dizer, uma vez que os recursos arrecadados pelo Estado brasileiro são monstruosos. Falta, porém, planejamento; o Estado tem de saber como aplicar seus recursos. Mais do que isso, deve haver respeito à Constituição:

---

<sup>117</sup> Ibid., p. 239-240.

<sup>118</sup> Em anexo e disponível em: <<http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/economia/conteudo.phtml?tl=1&id=695816&tit=Nove-meses-apenas-para-pagar-impostos-e-servicos>>.

<sup>119</sup> SCAFF, Fernando Facury, op. cit.

*A Constituição, como já demonstrado, estabelece metas prioritárias, objetivos fundamentais, dentre os quais sobrepõe a promoção e a preservação da dignidade da pessoa humana e aos quais estão obrigadas as autoridades públicas. A despesa pública é o meio hábil para atingir essas metas. Logo, por bastante natural, as prioridades em matéria de gastos públicos são aquelas fixadas pela Constituição, de modo que também a ponta da despesa, que encerra o ciclo da atividade financeira, esteja submetida à norma constitucional.*

...

*Imaginar que a influência da Constituição no que diz respeito aos gastos públicos se limitaria à formalidade de sua previsão orçamentária seria ignorar por completo a natureza normativa da Carta e dos fins materiais por ela estabelecidos<sup>120</sup>. [sem grifo no original]*

O Brasil, ao não aplicar corretamente os seus recursos e ao substituir uma arrecadação justa por algo que se pode chamar de delinquência tributária, além de ferir de morte a *Lex Suprema*, deixa de ter condições [morais, inclusive] de lançar mão da reserva do possível. Esta, como se não fosse suficiente o que recém se disse, não pode ser considerada legítima, do ponto de vista da teoria das restrições jusfundamentais.

Necessário salientar que não se está advogando a extinção dos tributos, tampouco a minoração deles, pois, como visto e demonstrado, sem a tributação um país não pode viver. Contudo, até por uma questão de respeito, pugna-se, isso sim, pela correta aplicação de tais valores.

## 6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. **A teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Nomos: Baden-Baden, 1993.

---

<sup>120</sup> BARCELLOS, Ana Paula de, op. cit., p. 241-242.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Lisboa: Almedina, 2003.
- CIANCIARDO, Juan. Princípios e regras: uma abordagem a partir dos critérios de distinção. In: FERRAZ, Roberto [coord.] **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Fontes, 2002.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton, 1999.
- JASPER, Fernando. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 13 set. 2007. Disponível em: <http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/economia/conteudo.phtml?tl=1&id=695816&tit=Nove-meses- apenas-para-pagar-impostos-e-servicos> Acesso em: 02/08/2008.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **Discursos sobre as primeiras décadas de Tito Lívio**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5045> Acesso em: 30/10/2007.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Sete diálogos sobre a relação ensino-aprendizagem. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. [orgs.] **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar tributos**. Coimbra: Almedina.
- NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.
- OTTO Y PARDO, Ignácio de. **La regulación del ejercicio de los derechos y libertades**. Civitas: Madrid, 1998.
- PACIOLI, Luca. **Summa de arithmetica, geometria proportioni et propornaliti**. Veneza, 1494.

- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ROCHA, José de Albuquerque **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Trotta: Madrid, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível. Mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira [coord.] **Princípio de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. São Paulo: Tese para cátedra/USP, 2005.

## ANEXO<sup>121</sup>

### Nove meses apenas para pagar impostos e serviços

Estudo do IBPT mostra que a classe média é a mais tributada

Publicado em 13/09/2007 | FERNANDO JASPER

O brasileiro de classe média já trabalhou neste ano 156 dias para recolher tributos à União, estados e municípios. Para compensar a ineficiência dos serviços públicos, outros 116 dias estão sendo dedicados ao pagamento de serviços particulares de saúde, educação, segurança, previdência e pedágios rodoviários. No total, serão 272 dias em 2007, quatro a mais que no ano passado – um dia a mais no caso dos tributos e três para os serviços privados, de acordo com estudo divulgado ontem pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT).

Simbolicamente, é como se as famílias que ganham entre R\$ 3 mil e R\$ 10 mil por mês destinassem os nove primeiros meses por ano para pagar impostos e serviços privados, e o restante para bancar gastos com vestuário, moradia, alimentação e aquisição de bens. “Com a elevação dos gastos para os serviços privados em substituição aos públicos, o cidadão de classe média só começará a trabalhar para comer, se vestir, morar, adquirir bens, gozar férias e fazer alguma poupança no dia 30 de setembro”, diz a pesquisa do IBPT.

Os tributos cobrados sobre o consumo de bens e serviços, que geralmente passam despercebidos, são os que comprometem a maior parte da renda do brasileiro. Em média, cada cidadão vai destinar 22,5% de seus ganhos em 2007 ao pagamento de impostos, taxas e contribuições desse

---

<sup>121</sup> JASPER, Fernando. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 13 set. 2007. Disponível em: <http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/economia/conteudo.phtml?tl=1&id=695816&tit=Nove-meses- apenas-para-pagar-impostos-e-servicos> Acesso em: 02/08/2008.

tipo, de acordo com o estudo do IBPT. A fatia destinada a impostos que incidem sobre os rendimentos (Imposto de Renda, INSS e contribuição sindical) será de 14,7%, em média. Tributos sobre patrimônio vão consumir 2,9% da renda do brasileiro neste ano.

Segundo o levantamento, apenas a classe mais alta recolhe proporcionalmente mais tributos sobre renda do que sobre consumo. As famílias que ganham mais de R\$ 10 mil por mês vão destinar 21,1% de seus ganhos para impostos sobre renda neste ano, frente a 16,8% em tributos sobre consumo. Proporcionalmente, a classe baixa (com rendimento mensal inferior a R\$ 3 mil) é a que mais gasta com impostos sobre consumo: quase 23% de sua renda bruta.

### Serviços

Na lista de despesas com serviços privados, os gastos com educação são os mais altos em todas as classes. O brasileiro compromete, em média, 7,5% de sua renda anual com o pagamento de educação particular. Na classe baixa, a proporção é de 5,8%, enquanto a classe média compromete 13,3% e a classe alta, 10,1%. (FJ)

O levantamento estima que a classe média vai comprometer neste ano 74,4% de sua renda bruta com impostos e serviços privados, proporção superior à de qualquer outra faixa de renda. Segundo o instituto, a despesa que mais cresce é com os serviços particulares, que substituem aqueles que deveriam ser fornecidos pelo poder público.

“Os gastos privados com educação, saúde, segurança e previdência vêm se acentuando ano a ano, comprometendo cada vez mais a renda das famílias. Na década de 70, havia o comprometimento de 7% da renda para a aquisição desses serviços, enquanto em 2007 este índice subirá para 32%”, aponta o relatório. Traduzindo para o número de dias trabalhados, o pagamento de serviços particulares vai ocupar o equivalente a 116 dias neste ano, frente a 113 no ano passado. Eram 25 dias na década de 70, número que passou a 44 nos anos 80, 51 em 1990 e 98 em 2000.

### “Alívio”

De acordo com o IBPT, as famílias que ganham até R\$ 3 mil por mês (classe baixa) foram as primeiras a se livrar das cobranças, em 2 de julho. Comprometendo 50,3% de sua renda bruta, elas passaram 183 dias trabalhando para o governo, planos de saúde, escolas particulares, empresas de segurança, planos de previdência e concessionárias de rodovias. No caso da classe alta (renda superior a R\$ 10 mil mensais), são 269 dias no total – ou seja, a parcela mais rica da população trabalhará até o próximo dia 26 para arcar com tributos e serviços particulares.

Na média nacional, que considera todas as faixas de renda, a família brasileira vai comprometer neste ano 56,8% de sua renda bruta anual para o pagamento de impostos e serviços privados, o equivalente a 206 dias de trabalho – de 1.º de janeiro a 26 de julho. Apenas para o recolhimento de tributos, são 146 dias, número que cresce todos os anos desde 1997, quando o brasileiro trabalhava 100 dias para o governo. É praticamente o dobro da média dos anos 70, quando o pagamento de tributos exigia o equivalente a 76 dias de trabalho.

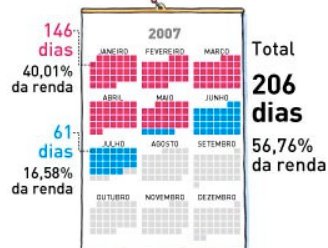
A carga de tributos cobrada do cidadão brasileiro se assemelha à de países do Primeiro Mundo. Embora ainda esteja distante da Suécia – onde se trabalha 185 dias por ano para pagar impostos –, o nível do Brasil está bem próximo ao da França (149 dias) e supera o da Espanha (137 dias) e dos Estados Unidos (102 dias).

### TRABALHANDO PARA O GOVERNO

Em 2007, o brasileiro vai trabalhar, em média, 4 meses e 26 dias apenas para recolher tributos a municípios, estados e à União, segundo o IBPT. Como os serviços públicos não têm a eficiência desejada, o cidadão trabalhará outros 61 dias para arcar com serviços particulares de saúde, educação, segurança, previdência e pedágios.

■ dias trabalhados para pagar impostos ■ dias trabalhados para pagar serviços particulares

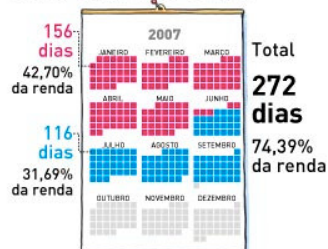
#### Rendimento médio brasileiro



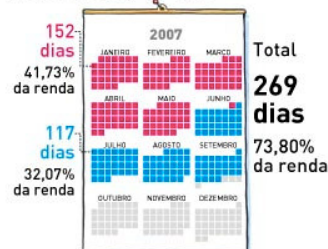
#### Até R\$ 3 mil



#### De R\$ 3 mil a R\$ 10 mil



#### Acima de R\$ 10 mil



### A MAIS AFETADA

A classe média (famílias com rendimento mensal entre R\$ 3 mil e R\$ 10 mil) é a que mais trabalha para arcar com tributos e serviços particulares. Em 2007, serão 272 dias.



- 70 dias para pagar tributos sobre renda
- 11 dias para tributos sobre patrimônio
- 75 dias para tributos sobre consumo
- 40 dias para pagar serviços particulares de saúde
- 49 dias para educação
- 17 dias para segurança
- 8 dias para previdência
- 2 dias para pedágios

Fonte: IBPT

Infografia: Malias Paruyera. Ilustração: Gilberto Yamamoto