

ANA LUCIA PRETTO PEREIRA

**A RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA:**
entre constitucionalismo e democracia.

**CURITIBA
2009**

ANA LUCIA PRETTO PEREIRA

**A RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA:**
entre constitucionalismo e democracia.

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Mestre em Direito do Estado
no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

CURITIBA
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

A RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: entre constitucionalismo e democracia.

ANA LUCIA PRETTO PEREIRA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos seguintes professores:

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève (UFPR)

Membro: Profa. Dra. Vera Karam de Chueiri (UFPR)

Membro: Profa. Dra. Ana Paula de Barcellos (UERJ)

Curitiba, _____ de _____ de 2009.



E NÃO É QUE NESTE MUNDO
TEM CADA VEZ MAIS GENTE E CADA
VEZ MENOS PESSOAS?

(Quino – **Mafalda**)

Agradecimentos

Esta dissertação não seria a mesma sem o auxílio valioso de determinadas pessoas.

Ao Professor Clèmerson Clève agradeço por oportunizar-me, desde a graduação, maior proximidade com o Direito Constitucional, e por incentivar, desde então, o estudo e a reflexão. O rigor científico do que produz trouxe uma facilidade e uma dificuldade a este trabalho: a facilidade está no aproveitamento de seus ensinamentos, que clareiam caminhos; e a dificuldade está na responsabilidade em trilhá-los a contento.

A equipe de seu escritório tornou este estudo deveras mais fácil: as Professoras Marina Michel de Macedo e Melina Breckenfeld Reck sugeriram leituras e abriram suas bibliotecas. Eloíse, Franci e Maria, na administração, cuidaram para que nada faltasse. Os estagiários Ana Carolina, Muriel e Rudisney tornaram o ambiente descontraído, sem descurar da dedicação ao trabalho. A estagiária Ana Camila Martins é responsável pelo acesso a boa parte da bibliografia aqui utilizada.

Também, da equipe de pesquisa do escritório pude colher muitos frutos: Cláudia Honório é exemplo de pontualidade e trabalho, altamente dedicada e rigorosa ao que se propõe; Heloísa Krol facilitou, em muito, a compreensão de tantas questões, constitucionais *et extra*, a quem devo agradecer pela generosidade e parceria tanto profissional quanto pessoal; Júlia Franzoni, porque “brilha mais que o sol”, fez críticas e sugestões ao trabalho, propondo leituras e idéias; com José Arthur Castillo, profundo interessado no tema, tive instigantes conversas sobre a reserva do possível. E com pesquisadores de fora do escritório também: a Daniel Wunder Hachem agradeço pelas conversas produtivas, mas, em especial, pela procura gentil e voluntária do acórdão *Terrier*, do qual já tinha desistido, tal a dificuldade para achá-lo.

Nas aulas do mestrado, o magistério dos Professores Eduardo de Oliveira Leite, Regina Macedo Ferrari, Vera Karam de Chueiri e Celso Luiz Ludwig teve singular contribuição para as construções aqui propostas. Fora delas, as críticas incisivas dos Professores Egon Bockmann Moreira e Rogério Distéfano foram fundamentais para o melhor entalhamento das idéias.

Ainda na UFPR, registro meu agradecimento aos membros do Programa de Pós-graduação em Direito. Ao Professor Eroutlhs Cortiano Junior, então Coordenador, pelos pedidos pacientemente atendidos. Fátima, Sandra, Ana, Cris, Eunice e Marcelo sempre foram de presteza e simpatia inigualáveis. D. Regina também disponibilizava, alegremente, saboroso – e indispensável – cafezinho. A Rita e o Wilson, na biblioteca, e o Emerson, no xérox, facilitaram o acesso a obras valiosas.

Os colegas do mestrado dividiram idéias, alegrias e angústias, e a eles devo meu obrigada pelo companheirismo e pela sincera amizade: Camila Marquez, Thaís Paschoal, Ricardo Weber, Pedro Scalco e Giovanni Cocicov.

O amigo Gabriel Schulman também dividiu idéias, alegrias e angústias, com o adendo de fazê-lo desde a graduação, sem férias, e sem recesso.

Finalmente, agradeço à minha “pequena” e especial família: meus pais Frutuoso e Maria Luisa, pelo suporte incondicional, constante e generoso, sob quaisquer formas, às minhas escolhas; minhas irmãs, Ana Claudia e Ana Cristina, pelo exemplo que me passam da composição entre seriedade, responsabilidade e alegria, e Ana Elisa, pelas mesmas razões, mas também porque, sem seu incentivo-coercitivo (!), não haveria dissertação, porque não teria havido faculdade de Direito; meus cunhados, Márcio e Adalberto, pela companhia sempre fraterna e sincera.

Mas, embora pequena, minha família ficou maior. Ricardo bateu-me à porta, entrando, sem volta, na minha vida, e a ele agradeço pela paciência nas horas roubadas, e pelo carinho nas horas vividas. Com ele, tenho todos os dias a prova clara, e verdadeira, de que “a felicidade só é alcançada quando compartilhada”.

SUMÁRIO

RESUMO	ix
ABSTRACT	x
INTRODUÇÃO	01
1 SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL	
1.1 Precedentes	06
1.1.1 Na Alemanha.....	06
1.1.2 No Brasil	13
1.2 Fundamentação	21
1.2.1 Considerações iniciais. Necessidades humanas	21
1.2.2 Impossibilidade econômica: impossibilidades fática, financeira e técnica	29
1.2.3 Impossibilidade jurídica	43
1.2.4 Impossibilidade política	50
1.3 Conceito	56
1.3.1 A reserva do impossível	56
1.3.2 Uma compreensão horizontal de reserva do possível?	62
1.3.3 Tentativa de delimitação: cláusula não excludente de ilicitude da conduta estatal	70
2 SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	
2.1 Apontamentos preliminares	84
2.1.1 A reserva do possível em sentido amplo: limitação de recursos para satisfação das obrigações estatais.....	84
2.1.2 A reserva do possível em sentido estrito: justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais	85
2.2 A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira	96
2.2.1 A reserva do possível e os direitos	96
2.2.2 A reserva do possível e os direitos sociais	106
2.2.3 A reserva do possível e o mínimo existencial	116
2.3 Colocação do problema. A tensão entre constitucionalismo e democracia	131
2.3.1 Localização do debate	131
2.3.2 A tensão entre o constitucionalismo e a democracia	142
2.3.2.1 <i>Constitucionalismo</i>	146
2.3.2.2 <i>Democracia</i>	152

3 SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL NO CONTEXTO DA RELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA	
3.1 Normatividade constitucional	162
3.1.1 A supremacia normativa da Constituição	162
3.2 Constitucionalismo e reserva do possível: limites	171
3.2.1 O papel do julgador: omissão inconstitucional e “ativismo”	171
3.2.2 Proteção ao mínimo existencial e devido processo legal substantivo.....	183
3.2.3 O princípio da proporcionalidade enquanto proibição da proteção insuficiente	193
3.2.4 A vedação ao retrocesso	198
3.3 Democracia e reserva do possível: possibilidades	206
3.3.1 Os papéis do legislador e do administrador: uma escolha política	206
3.3.2 Os princípios da eficiência, universalidade e progressividade na realização dos direitos sociais	214
3.3.3 Deveres de solidariedade	224
3.3.4 Instrumentos processuais de tutela coletiva	234
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: a reserva do possível enquanto restrição aos direitos fundamentais e o ônus argumentativo-decisional	243
4.1 A reserva do possível como limite imanente dos direitos fundamentais sociais	244
4.2 A reserva do possível como restrição aos direitos fundamentais sociais	249
4.3 O ônus argumentativo-decisional	254
CONCLUSÃO	264
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	266

RESUMO

A satisfação das necessidades humanas, pelo Estado, depende da realização de ações e programas destinados ao cumprimento das obrigações impostas constitucionalmente. Os recursos que serão alocados para tal mister são escassos, e o ordenamento jurídico incorpora esta escassez, oferecendo instrumentos normativos que refletem a lógica da necessidade de distribuição dessas riquezas. O gerenciamento desses recursos escassos será feito através das decisões políticas, que escolherão, mediante critérios específicos, quais os setores da sociedade que devem receber manutenção e quais exigem novos investimentos. Quando essas necessidades humanas deixam de ser atendidas politicamente, recorre-se ao Judiciário, que determinará sejam fornecidas prestações materiais, seja diretamente, seja através de políticas públicas. No âmbito desses processos judiciais é que aparece a cláusula da reserva do possível. A cláusula da reserva do possível é argumento levantado pelo poder público nas ações em que seja demandado a fornecer determinada prestação material, objeto de direito fundamental. A reserva do possível sustenta-se sobre as limitações decorrentes da escassez de recursos, da legalidade e das próprias escolhas políticas. Embora haja a limitação de recursos, legisladores e administradores estão obrigados a promover políticas públicas que dêem cumprimento aos objetivos constitucionais. Trata-se da supremacia normativa da Constituição, que é vinculante aos três poderes. Havendo objetivos a cumprir, tal poderá ser feito mediante uma série de princípios e instrumentos protegidos constitucionalmente: universalidade, progressividade, e eficiência na satisfação das necessidades humanas; solidariedade social; manejo de instrumentos processuais de tutela coletiva. Nesse campo, argumentar a reserva do possível será legítimo. Por outro lado, quando o atendimento das necessidades humanas *fundamentais* estiver em risco, em virtude da omissão estatal, o Judiciário poderá determinar a ação estatal, com base na proteção do mínimo existencial, no manejo do princípio da proporcionalidade, e mediante a vedação ao retrocesso social. Aqui, não haverá espaço para argumentar a reserva do possível. Nesses casos, é imposto um ônus argumentativo sobre a decisão judicial, que concede a tutela individualmente, em desfavor dos bens coletivos. Há, no ponto, tratamento discriminatório, mas favorável, em última análise, ao princípio da igualdade.

Palavras-chave: Reserva do possível; constitucionalismo; democracia; jurisdição constitucional; direitos fundamentais.

ABSTRACT

The satisfaction of human needs, by the State, depends on actions and programs to comply the obligations constitutionally imposed. The resources which will be allocated for this aim are scarce, and the legal system incorporates the shortage by offering legal instruments that reflect the logic of the need for distribution of wealth. The management of these scarce resources will be done through policy decisions that choose, by specific criteria, which sectors of society should receive maintenance and which ones require new investments. When these human needs cease to be satisfied politically, it is the Judiciary which shall determine the supplying of material benefits, by the State, directly or through public policies. Under these legal proceedings is where it appears the clause of “reservation of possibility”. The “reservation” clause is an argument that can be raised by the public power in actions where it’s is asked to provide material benefits, object of basic rights. The “reservation of possibility” is founded on the limitations imposed by the scarcity of resources, the legality and policy choices. Although resources are limited, legislators and administrators are obliged to promote public policies which conform to the constitutional objectives. This is the normative supremacy of the Constitution, which is binding to the three powers. With goals to be achieved, this can be done through a series of principles and tools constitutionally protected: universality, progressiveness, and efficiency in supplying human needs; social solidarity; management of procedural tools for protecting rights collectively. In this field, arguing the “reservation” will be allowed. Moreover, when satisfying the *fundamental* human needs is at risk because of the state silent, the courts can determine the state action, based on the protection of the minimum existential, by managing the principle of proportionality, and on the prohibition of social setback. Here, there is no place to argue the “reservation of possibility”. In such cases, it is imposed an argumentative burden on the judicial reasoning which grants the benefit individually, in detriment of collective goods. There is, in this point, discriminatory treatment, but favorable, ultimately, to the principle of equality.

Keywords: “Reservation of possibility”, constitutionalism; democracy; constitutional judicial review; basic rights.

INTRODUÇÃO

Pesquisas recentes realizadas por institutos de estatística brasileiros revelam, sim, sensível melhora na qualidade de vida dos cidadãos; não se trata, porém, de avanço que se aproxime de um mínimo desejável para o crescimento de um país e o efetivo bem-estar de seus nacionais.

Constatou-se que aproximadamente 10% dos brasileiros, e cerca de 9,3% das brasileiras com idade igual ou superior a 10 anos ainda são analfabetos.¹ Ou seja, não sabem, sequer, ler ou escrever de próprio punho um simples bilhete em sua língua materna². Dos restantes, e com idade igual ou superior a 15 anos, 25% são analfabetos funcionais, não tendo sequer completado 4 anos de estudo.³ Ainda, perto de 80% da população brasileira não possui microcomputador em casa,⁴ o que significa que essas pessoas ou dependem de outros locais para manuseá-lo, ou ainda não fazem parte da inclusão digital. No ano de 2005, foi registrada uma diminuição nas matrículas no ensino médio, nas regiões mais desenvolvidas do país (Sul e Sudeste), na ordem de 200 mil alunos, atribuída, dentre outros fatores, à necessidade de ingresso prematuro dos jovens no mercado de trabalho.⁵

Esses exemplos, sem dúvida, refletem as duras condições de vida por que passam milhões de brasileiros e brasileiras. E, não raro, essas pessoas não têm o

¹ Sem considerar, ainda, que, quanto aos analfabetos com idade igual ou superior a 15 anos, os números variam drasticamente conforme a região do país, chegando à marca da região Nordeste possuir o triplo dos analfabetos em relação à região Sul. Dados para 2006. Fonte: http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/default.htm. Acesso em 02.05.08.

² Esse é o conceito de analfabeto para a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO. Fonte: http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/pesquisas/educacao_no_brasil.html.

³ O grupo dos analfabetos funcionais, de fato, abrange pessoas com menos de quatro anos de estudo. Tratam-se de pessoas que, embora “saibam ler e escrever frases simples, elas não possuem as habilidades necessárias para satisfazer as demandas do seu dia-a-dia e se desenvolver pessoal e profissionalmente.” Fonte: http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/pesquisas/educacao_no_brasil.html. Acesso em 02.05.08.

⁴ Tendo essa estatística aumentado cerca de 4 pontos percentuais em relação ao ano de 2005. Ibidem, idem.

⁵ Esse fator social pode ter várias causas, como a pressão para ingresso no mercado de trabalho, bem como o alto índice de reprovação do ensino fundamental, fazendo com que jovens de 18 anos ainda nem tenham concluído o primeiro grau escolar. É o que conclui pesquisa realizada pelo IPEA em 2007. Fonte: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_14/educacao.pdf. Acesso em 02.05.08.

mínimo com que sobreviver, apagando-se de seus rostos, inclusive, a esperança⁶ de alcançar uma vida melhor. O “princípio esperança”, no sentido de ser uma maneira de pensar direcionada para a mudança do mundo, uma mudança para melhor, a que se refere Ernst Bloch.

Essa realidade, quando confrontada com uma Constituição que preconiza *i)* a erradicação da pobreza, *ii)* a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, *iii)* a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, *iv)* a promoção do bem-estar de todos, *v)* a saúde enquanto direito fundamental, e *vi)* a educação fundamental enquanto direito subjetivo, sem qualquer margem para dúvida denuncia que há pessoas que estão excluídas desse sistema. Recorde-se, neste ponto, o alerta de Franz Hinkelammert: ou se concebe uma sociedade em que “caibam todos”, ou se terá a barbárie.⁷

O manejo adequado de ferramentas oferecidas pelo ordenamento jurídico pode ser de grande auxílio para a construção dessa sociedade em que “caibam todos”. E, quando tais ferramentas forem trazidas de sistemas jurídicos diferentes, deverão ser operadas de forma que se mostrem úteis e acertadas ao ordenamento jurídico em que se inserem.

Uma dessas ferramentas é a reserva do possível. Tendo sido concebida em julgado da Corte Constitucional alemã, na década de 70, e levantada nos tribunais brasileiros desde o final da década de 90, a teoria da reserva do possível chega aqui em contexto histórico peculiar. O país passava por um momento de transição econômica em que setores prioritários da sociedade deixaram de receber do Estado a atenção devida. A nova Constituição democrática assegurava uma série de direitos até então negligenciados, ampliando, ainda, o número de instrumentos processuais úteis à sua tutela. A nova jurisdição constitucional tomou para si a tarefa de, quando provocada, reconhecer a inconstitucionalidade da omissão/ação insuficiente estatal, e determinar ao Poder Público o cumprimento das tarefas a ele impostas pela Constituição.

⁶ Cf. LUDWIG, Celso. Da Ética à Filosofia Política Crítica na Transmodernidade: Reflexões desde a Filosofia de Enrique Dussel. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 285.

⁷ HINKELAMMERT, Franz. La caída de las torres. **Revista Crítica Jurídica**: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. n. 20, jan-jul/2002. p. 104.

Nesse contexto é que começa a surgir o argumento da reserva do possível nos tribunais, mas não no sentido que lhe fora atribuído originariamente na Alemanha, de que somente é exigível aquilo que *razoavelmente* se possa esperar do Estado. Diversamente, a reserva do possível assumiu a forma de simples argumento técnico de autoridade, ocultando, quando injustificada, a inoperância estatal para o fornecimento de prestações de direito fundamental. Não raro, também, porque desconhecida, tem sido simplesmente ignorada, ultrapassada, como se nada significasse além de obstáculo para a satisfação das necessidades sociais. Mas a reserva do possível, em si, não deve ser vista como uma falácia: “O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social.”⁸

A cláusula da reserva do possível pode ser aventada nos tribunais mediante uma série de questões. Em todas as demandas onde se postule uma conduta estatal, para cujo cumprimento haja um custo (em bens ou serviços), há a chance de o Estado argumentar a impossibilidade de atendimento imediato da demanda, por “insuficiência de caixa”. Isso porque, de fato, as ações e programas estatais, que darão exequibilidade aos objetivos constitucionalmente fixados, dependem da alocação de recursos, que, por serem escassos, devem ser direcionados para prioridades específicas, de modo que alguns setores serão atendidos apenas *na medida do possível*. Essa idéia é subjacente aos três fundamentos que dão suporte ao argumento da reserva: a possibilidade econômica, a possibilidade fática e a possibilidade jurídica.

Nesse quadro, a cláusula da reserva do possível surge em demandas de pagamentos de precatórios, de manutenção de rodovias, de abertura de vagas em presídios, e tantas outras. Mas os casos mais emblemáticos em que se discute a tensão entre respeitar a escolha política que aloca os recursos escassos, e conceder a tutela pretendida, são as situações que envolvem a proteção do direito

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 380.

à saúde e do direito à educação. A efetividade desses direitos foi assumida como compromisso de especial significação pelo legislador constituinte, originário e derivado, e o acerto dessa escolha é unânime entre os operadores do direito.

Nas ações em que se busca obter do poder público prestações de educação ou de saúde, a decisão favorável acaba sendo proferida em dois sentidos: um, determinando ao ente estatal que promova a política pública que deveria ter sido realizada nos termos da dotação orçamentária destinada para tanto; ou outro, determinando a entrega mesmo da prestação requerida, compelindo o ente estatal a matricular a criança na escola, fornecer o medicamento em questão, custear o tratamento específico. A decisão judicial que concede essas tutelas pode até levar em conta o argumento estatal da reserva do possível, mas deixará de acolhê-lo em virtude de alguma razão de peso, capaz de fazer *força contrária* à reserva: a garantia das prestações mínimas que assegurem a existência digna humana. Determinar a concessão da tutela, nesses termos, deve ser vista como exceção, uma vez que interfere nas escolhas políticas do representante eleito, podendo desequilibrar o orçamento previamente estabelecido para um determinado setor social, significando, ainda, dispensar tratamento privilegiado a quem tenha tido acesso à tutela jurisdicional. Tudo isso, porém, não faz com que a adjudicação individual e excepcional de bem coletivo deixe de ter assento constitucional. Está-se, aqui, no campo das *exigências*, e não das *preferências*, de acordo com a teoria das necessidades.

A preocupação em colocar um argumento recorrentemente negligenciado em seus termos próprios, mediante uma leitura da Constituição brasileira de 88 voltada à realização de seus objetivos fundamentais, foi o ponto de partida do presente trabalho. O percurso escolhido foi o que pareceu adequado para comportar o debate acerca do afastamento ou não da reserva do possível no caso concreto, que é a tensão entre prestar deferência às escolhas políticas, e prestar deferência à tutela *fundamental* do caso concreto. Entende-se que ambas as leituras encontram abrigo na Constituição de 88. A escolha por uma ou outra terá como critério a proteção do princípio da igualdade, pela decisão judicial, que

deverá ser racionalmente fundamentada. E este é o ponto de chegada desta pesquisa.

1 SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL

1.1 Precedentes

1.1.1 A reserva do possível na Alemanha

A negativa da tutela de direitos com base no argumento da impossibilidade de atendimento simultâneo a todos, por parte do Estado, nos tribunais brasileiros, não é recente. Atribui-se, porém, ao paradigmático julgado *numerus clausus*, proferido pela Corte Constitucional alemã, em 1972, o uso pioneiro do termo *reserva do possível*, denotando a idéia daquilo que o sujeito pode *razoavelmente* esperar do Estado.^{9 10}

Com efeito, a multicitada decisão da Corte Constitucional tedesca, *BVerfGE 33, 330*, de 18 de julho de 1972, reúne alguns dos fundamentos que deram origem à teoria da reserva do possível, tal qual a conhecemos hoje. No caso *numerus clausus*, dois estudantes haviam pleiteado vagas no curso de Medicina, nas universidades das províncias de Bavária e Hamburgo. Porém, tiveram seu acesso à instituição de ensino superior negado em razão do número de vagas disponíveis ser insuficiente para a demanda correspondente. Tal restrição encontrava legitimidade nas regras *numerus clausus* para as universidades, as quais fixavam requisitos específicos para o ingresso no ensino superior. Assim, após acionadas pelos candidatos, as Cortes Administrativas solicitaram à Corte Constitucional manifestação acerca da compatibilidade das regras *numerus clausus* com a Constituição, ante a possibilidade de violação ao art. 12, I, da Lei Fundamental de Bonn.¹¹

⁹ Trecho traduzido do julgado *numerus clausus*, elucidativo da questão em jogo, pode ser consultado em OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008. A íntegra da decisão encontra-se disponível em www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html. Para o presente estudo, a leitura do julgado foi feita com o auxílio dos tradutores *on line* www.google.com.br/language_tools e www.altavista.com, em francês e em inglês. Acesso em: 10 set. 2008.

¹⁰ Cf. KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 51.

¹¹ *Verbis*: Art. 12, parágrafo primeiro: “Todos os alemães têm o direito de escolher livremente a sua profissão, seu emprego e sua instituição de formação. O exercício da profissão pode ser regulamentado mediante lei ou em virtude de lei.” Tradução livre. Disponível em: <http://archiv.jura.uni-saarland.de/BIJUS/grundgesetz/>. Acesso em 10 set. 2008.

Na decisão, a Corte alemã explicitou que, no período Pós-II Guerra, de 1952 a 1967, a procura por vagas no ensino superior praticamente dobrara, levando o governo federal a promover medidas que acompanhassem tal demanda. A procura pelo curso de Medicina, em especial, era grande, sendo que, no inverno de 1970-1971, dos 11.000 candidatos, apenas 3.000 foram admitidos. Esse o contexto, na segunda metade da década de 60 o governo federal decidiu tomar medidas com o fim de superar tais dificuldades, quando então as regras *numerus clausus* foram intensamente aplicadas nas universidades.

As regras *numerus clausus*, explica a Corte tedesca, tinham por fundamento não só a incompatibilidade entre a oferta e a demanda de vagas, mas, também, a necessária manutenção de uma estrutura adequada das instituições. Tratava-se “de uma política adotada na Alemanha, na década de 1960, para limitar numericamente os ingressos de estudantes em determinados cursos universitários face à grande quantidade de interessados em áreas como direito, medicina, farmácia e outras.”¹² Não havia recursos que pudessem dar conta das despesas com salários do corpo de funcionários, bolsas de estudos, infraestrutura, o que se agravava no curso de Medicina que, porque laboratorial, exigia maiores gastos com sua manutenção. E, para além disso, a Corte reconhece que o Estado alemão vinha envidando esforços no sentido de expandir a oferta de vagas, *dentro daquilo que era razoavelmente possível*.¹³

¹² LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 98.

¹³ A seguinte passagem explicita o reconhecimento do esforço estatal: “Uma vez lançados estes marcos, não se vislumbra nenhuma violação constitucional. A obrigação, para que se faça rapidamente o necessário, no âmbito do possível, não foi negada por nenhum dos responsáveis, nos órgãos estatais. No § 2º da Lei de Estimulo à Construção de Escolas Superiores foi expressamente admitido, que à União e aos Estados está atribuído o cumprimento da tarefa social de ‘Ampliação e Construção de Escolas Superiores Científicas, dirigida à obtenção de um sistema de universidades científicas conectado pelo direcionamento profissional, número, tamanho e localização, através de oferta suficiente e equilibrada de vagas para ensino pesquisa.’ No que diz respeito ao cumprimento dessa obrigação, é visão comum que o presente estado de tensão não deve ser atribuído unicamente a dificuldades objetivas; mas também ao fato de que, à demanda, ampliada pela publicidade referente ao ensino, não correspondem medidas de ampliação do Ensino Superior e de reforma de estudos. Todavia, já no ano passado uma parte considerável dos meios à disposição foi utilizada diretamente no desenvolvimento de complexos mecanismos de ensino e medicina. O pessoal científico nos centros de ensino médio dobrou entre 1960 e 1969. (...) Ademais, desde o reconhecimento das dificuldades, começaram intensos esforços para a sua superação, âmbito no qual o primeiro

Destaque-se, ainda, que, no caso alemão, a Corte Constitucional deixou claro que não se tratava de restringir o direito dos cidadãos à *livre escolha* do curso pretendido e da instituição de ensino correspondente. Aos demandantes, assim como a qualquer cidadão que cumprisse os requisitos necessários, era assegurado o direito de *concorrer* livremente à vaga almejada. O que o Tribunal não admitiu, porém, foi que a vaga no curso superior fosse considerada direito subjetivo, sindicável em juízo.¹⁴ Assim, entendeu que as regras *numerus clausus* não violavam o direito à livre escolha da profissão, consoante preceitua o art. 12, § 1^a, al. 1 da Constituição alemã, mas, sim, restringiam o *acesso* dos candidatos às vagas almejadas.

Nesses termos, foi reconhecido que, se promovida a criação de instituições de ensino pelo Estado, e em especial nos setores em que o Poder público exercesse monopólio, *i*) a garantia da liberdade de escolha de profissão (art. 12, I da LF), *ii*) o princípio geral da igualdade (art. 3^a, I), e *iii*) o postulado do Estado Social, combinados, garantiriam ao indivíduo o acesso ao ensino superior em igualdade de condições em relação aos demais cidadãos.¹⁵ Contudo, a Corte deixou de manifestar-se, conclusivamente, sobre o direito subjetivo de obter essa vaga em juízo, proclamando, apenas, que o direito de acesso estaria sujeito ao limite *daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar do Estado*.¹⁶ Nesse ponto, destacou a desnecessidade de pronunciar-se sobre a exigibilidade de tal direito, por entender não ter havido a correspondente

plano posterior à Lei de Estímulo à Construção de Escolas Superiores deve ser referido em particular. Acrescente-se que para os Estados de Hamburgo e Bavária a porção do número total de estudantes de medicina é mais elevada que a porção do número total de habitantes da República.” OLSEN, ob. cit., p. 217-218.

¹⁴ Sobre esta compreensão, KRELL, ob. cit., p. 52.

¹⁵ O direito originado pela mencionada combinação também é destacado por Konrad Hesse, estando, contudo, sujeito a restrições, justamente por não poder ser assegurado infinitamente. A esse respeito, o autor observa que “O direito fundamental à *livre escolha dos centros de formação* até agora somente ganhou significado em restrições de admissão absolutas para o acesso ao estudo escolar superior”, sendo que tais restrições, bem como os respectivos critérios de admissão, somente podem ser eleitos pelo legislador. (**Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 321.)

¹⁶ Cf. SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 364.

violação, uma vez que o Estado alemão tinha agido dentro do que a Corte veio a chamar de *reserva do possível*.¹⁷

Eis trecho da ementa do acórdão *numerus clausus*:

“1. Sobre a avaliação constitucional de limitações absolutas de admissão para calouros de uma determinada especialização (aqui: Numerus Clausus absoluto para o curso de medicina), pelo exaurimento da capacidade total de ensino.

[1. Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung absoluter, durch Erschöpfung der gesamten Ausbildungskapazität gekennzeichnete Zulassungsbeschränkungen für Studienanfänger einer bestimmten Fachrichtung (hier: absoluter numerus clausus für das Medizinstudium).]

2. Do direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino, garantido no Art.12 I 1 GG c. c., o princípio geral da igualdade e o princípio do Estado social, decorre um direito à admissão ao curso universitário. Esse direito pode ser limitado por meio de lei ou com base em uma lei.

[2. Aus dem in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteten Recht auf freie Wahl des Berufes und der Ausbildungsstätte in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip folgt ein Recht auf Zulassung zum Hochschulstudium. Dieses Recht ist durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes einschränkbar .]

3. Limitações absolutas de admissão para calouros de uma determinada especialização são constitucionais, somente se:

a) elas forem determinadas nos limites do estritamente necessário, depois do uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis;

b) houver escolha e distribuição dos candidatos, segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e com o respeito, na maior medida do possível, da escolha individual do lugar de ensino.

(3. Absolute Zulassungsbeschränkungen für Studienanfänger einer bestimmten Fachrichtung sind nur verfassungsmäßig,

a) wenn sie in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen unter erschöpfender Nutzung der vorhandenen Ausbildungskapazitäten angeordnet werden und;

b) wenn die Auswahl und Verteilung der Bewerber nach sachgerechten Kriterien mit einer Chance für jeden an sich hochschulreifen Bewerber und unter möglichster Berücksichtigung der individuellen Wahl des Ausbildungsortes erfolgen.

¹⁷ É o que se extrai da seguinte passagem da decisão: “Como esses efeitos somente podem ser enfrentados por uma ampliação da capacidade, a pergunta que se apresenta é se, dos valores oriundos da decisão jusfundamental, e da decisão de utilizar o monopólio do ensino, emerge uma exigência constitucional de prestação social pelo Estado, no sentido de prover suficiente capacidade de ensino para os diferentes cursos. Ainda que a resposta desta questão fosse afirmativa, não é necessário decidir aqui se, dessa exigência, pode ser deduzido, a partir de requisitos específicos, um inquestionável direito individual, de titularidade do cidadão, à obtenção de uma vaga universitária. Isso, porque conseqüências, no âmbito do Direito Constitucional, somente seriam possíveis, se houvesse evidente violação de tal exigência. Isso não pode ser determinado, no âmbito do curso de medicina: os direitos a prestações não têm suas prioridades delimitadas de antemão e em cada caso; submetendo-se à Reserva do Possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade.” OLSEN, ob. cit., p. 216.

4. O legislador é quem deve tomar as decisões essenciais sobre os requisitos da determinação de limitações absolutas de admissão e sobre os critérios de escolha a serem aplicados. As universidades podem ser autorizadas à regulamentação de demais particularidades dentro dos limites estabelecidos. (Die wesentlichen Entscheidungen über die Voraussetzungen für die Anordnung absoluter Zulassungsbeschränkungen und über die anzuwendenden Auswahlkriterien hat der Gesetzgeber selbst zu treffen. Die Hochschulen können zur Regelung der weiteren Einzelheiten innerhalb bestimmter Grenzen ermächtigt werden.)¹⁸

A decisão da Corte alemã no julgado *numerus clausus* revela três idéias decisivas para a adequada compreensão da teoria da reserva do possível no âmbito da jurisdição constitucional brasileira. A primeira delas é que a prestação de ensino pelo Estado, entendeu-se, não configurava um direito subjetivo, sindicável em juízo. A cláusula do Estado Social, presente na Constituição alemã, é a disposição constitucional que dará fundamento para a formação de uma norma que abrigue um direito fundamental social subjetivo.¹⁹ A Corte acrescentou, ainda, que “O princípio do Estado social tem fundamental importância no âmbito legal, na medida em que significa que o Estado deve concentrar toda sua força para que seja assegurada a determinação constitucional de que os cidadãos possam exercer os seus direitos.”²⁰ Por isso, pelo fato de não serem previstos constitucionalmente enquanto tal, é que Robert Alexy defende que, para assumirem a qualidade de direitos subjetivos, vale dizer, demandáveis judicialmente, primeiro, há de se identificar direitos fundamentais sociais *definitivos*; e, para chegar-se a essas posições *definitivas*, antes, é necessário que as *posições jurídicas prima facie* asseguradas pela cláusula do Estado Social sejam sopesadas com outros bens fundamentais. O resultado dessa *ponderação*, pois, será a posição definitiva sindicável em juízo.²¹

¹⁸ Extraída do voto-vista do Min. Humberto Martins, proferido no julgamento do Recurso Especial n.º 510.598, julgamento em 17 abr. 2007.

¹⁹ Cf. *BVerfGE* 33, 330, e também ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 436-440. No ponto, o filósofo alemão observa que a Constituição alemã abriga como direito fundamental social *subjetivo* apenas o direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade – art. 6.º, § 4.º da Constituição alemã. (ibidem, 434-435)

²⁰ Cf. www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html. Tradução livre.

²¹ Cf. ALEXY, ob. cit., p. 512-519. Com Alexy, Canotilho também concebe o direito à educação, sob a Constituição portuguesa, como um *feixe de posições jurídicas prima facie*.

Nesse sentido, acrescenta Konrad Hesse que os direitos fundamentais sociais, no ordenamento jurídico alemão, importam em *determinações de objetivos estatais*, ou seja, “normas constitucionais que determinam obrigatoriamente tarefas e direção da atuação estatal, presente e futura,” acolhidas pelo legislador quando este julgar necessário e, também, quando o Estado dispuser de meios para a sua realização.²² Ausentes na Lei Fundamental, encontram-se positivados em várias constituições estaduais.²³ A especificidade do caso em questão aponta, ainda, para outras duas observações: i) o pedido girava em torno da possível exigibilidade da prestação, estritamente, de *vagas na rede pública de ensino* pelo Estado; e, ii) essa prestação importava na obtenção de vagas em universidades, ou seja, no *ensino superior*.

A segunda idéia diz respeito ao entendimento da Corte alemã segundo o qual as regras *numerus clausus*, precisamente por obstarem o *acesso*, apenas, dos candidatos a vagas no curso de ensino superior, não violaram a Constituição alemã, em seu art. 12, 1, 1, por manterem incólume o direito dos cidadãos à livre escolha da profissão que pretendiam exercer e da instituição onde almejavam estudar. Fato é que os direitos à liberdade de escolha de profissão, trabalho e instituição de ensino, tal qual prevê a Lei Fundamental de Bonn, configuram

(CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 51-68)

²² HESSE, ob. cit., p. 170-171.

²³ A ausência de direitos sociais positivados na Constituição não reduz a importância de sua proteção, na medida em que, porque intimamente ligados ao direito à vida e à integridade física, asseguram condições mínimas ao exercício das liberdades fundamentais. Assim é que deve ser compreendido o art. 20 da Lei Fundamental alemã, ao definir o Estado Social enquanto um princípio ou *norma-objetivo*. Cf. KRELL, ob. cit., p. 47, e também HESSE, ob. cit., p. 176-177. No ponto, Andreas Krell observa que a maioria dos constitucionalistas alemães atribuem aos direitos sociais inscritos na Constituição de Weimar o fracasso do nacional-socialismo experimentado pela Alemanha. Nesse caminho, os direitos sociais teriam sido encarados como “contos de lenda”, “promessas vazias do Estado burguês”, afastando, desde logo, a possibilidade de serem positivados enquanto direitos públicos subjetivos. O autor adverte, porém, que essa idéia não deve ser compreendida como recusa aos ideários que lhes conferem fundamento. Com efeito, a Lei Fundamental de Bonn não deixou de consagrar a busca pelo equilíbrio entre a liberdade e a igualdade na distribuição de riquezas, de modo que o Estado Social representa uma “norma-fim de Estado (*Staatszielbestimmung*) que fixa, de maneira obrigatória, as tarefas e a direção da atuação estatal presente e futura, sem, no entanto, criar direitos subjetivos para a sua realização.” Ob. cit., p. 45-48.

direitos de liberdade²⁴, os quais, *prima facie*, não dependem de qualquer prestação estatal que lhes viabilize o exercício. Daí, *objetivamente*, não ter havido violação da Constituição alemã, pois a Corte deixou claro que a Lei Fundamental não assegurava o *acesso*, ou seja, o direito à obtenção de uma vaga na educação superior, enquanto direito fundamental subjetivo, e, portanto, exigível em juízo. As regras restritivas eram constitucionais, pois limitavam, apenas, o número de candidatos ingressos no ensino superior, mas não limitavam a liberdade de escolha da profissão. Ficava assegurada, portanto, a igual liberdade de acesso.

Finalmente, a terceira idéia compreende o reconhecimento dos membros do Tribunal alemão de que o Estado já vinha adotando medidas destinadas a superar as dificuldades decorrentes da limitação de vagas em relação ao excesso de procura.²⁵ Tanto o é que os critérios das regras restritivas deveriam sujeitar-se à revisão periódica, orientada à extinção em definitivo, quando, então, todo candidato devidamente habilitado teria acesso garantido ao ensino superior. Nesse sentido, a compreensão dos membros da Corte tedesca foi convergente com as opiniões em defesa das regras *numerus clausus*, segundo a qual, se a capacidade de absorção existente nas universidades se havia exaurido, então o alargamento do ingresso no ensino superior deveria acontecer dentro do possível

²⁴ Vale destacar a afirmação da Corte: “o artigo 12, parágrafo primeiro da Lei Fundamental garante a defesa legal do indivíduo contra restrições ao seu direito de livre escolha de sua formação.” Fonte: www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html. Tradução livre. No mesmo sentido, a doutrina de HESSE, ob. cit., p. 321-325.

²⁵ A propósito, a Corte esclarece que, no período do Pós-Guerra, o governo federal formulou Relatório sobre a Educação, em 1970, ressaltando a necessidade de mudanças na legislação sobre o ensino superior, e de construção de mais universidades. O plano consistia no investimento de 16 bilhões de marcos no desenvolvimento da infra-estrutura das universidades, para o período de 1972 a 1975, de modo que todos os candidatos pudessem alcançar a vaga pretendida. Porém, o curso de medicina continuaria sendo exceção, admitindo, ainda, restrições ao ingresso de novos alunos, muito embora recebesse um terço dos recursos destinados à educação superior. Fonte: www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html. Tradução livre. Discorrendo sobre a garantia de um nível essencial dos direitos fundamentais sociais no âmbito de sua proteção internacional, Victor Abramovich e Christian Curtis observam que, segundo os Princípios de Limburgo e Maastricht, “um Estado só pode atribuir o não cumprimento das obrigações mínimas à falta de recursos disponíveis, se logra demonstrar que tem realizado todo o esforço ao seu alcance para utilizar a totalidade de recursos que estão à sua disposição em prol de satisfazer, com caráter prioritário, essas obrigações mínimas.” Tradução livre. ABRAMOVICH, Victor. CURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 90.

e obedecendo a uma seqüência controlada. E tal postura seria determinante para a manutenção da qualidade de ensino.

As considerações tecidas permitem que seja feita mais uma observação. No caso alemão, nota-se que o objeto da demanda circunscreveu-se à obtenção de vaga para o ingresso no ensino superior. Paralelamente, no caso brasileiro, e no que atine especificamente ao direito fundamental social à educação, a grande maioria dos pedidos formulados nessa sorte de ações tem por objeto a obtenção de vagas no ensino fundamental, obrigatório e gratuito por parte do Estado em razão de expressa previsão constitucional (art. 208, I), além de configurar direito subjetivo, exigível judicialmente (art. 208, § 1.º), o que inexistia na Constituição alemã. Ou seja, no caso brasileiro, a omissão estatal assume outro matiz, não só por decorrer da inobservância de uma norma vinculante, mas, igualmente, por deixar de tutelar bem jurídico dotado de fundamentalidade. Isso assume importância, precisamente, quando o afastamento do argumento da reserva do possível deixa de ser legítimo por obstar a satisfação de uma necessidade básica, elementar, assegurada constitucionalmente.

1.1.2 A reserva do possível no Brasil

Postas essas premissas, é importante deixar assentado que a teoria da reserva do possível, para o caso brasileiro, deve assumir contornos próprios. Há um fator relevante, que é o papel desempenhado pelo Estado na proteção dos direitos fundamentais, em vista da presença de direitos sociais constitucionalmente assegurados, no ordenamento pátrio. Para além desse fator, no período em que a reserva do possível começou a surgir nos tribunais brasileiros, o país passava por um momento de transição econômica, sendo que os investimentos, mesmo nas áreas prioritárias, eram reduzidos.²⁶

A advertência também é feita por José Reinaldo de Lima Lopes:

²⁶ Afirma-se que as normas da Constituição de 1988 assecuratórias ao cidadão de uma série de políticas públicas nas áreas da saúde, educação, moradia e assistência social eram incompatíveis com o lento crescimento econômico do país, gerando um grande déficit nas contas públicas. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 4.

A reserva do possível não é uma novidade absoluta, embora seu enquadramento no direito constitucional torne-se particularmente distinto hoje em dia. Tornou-se expressão corrente em um contexto bastante determinado e dentro de tal contexto deve ser entendida, explicada e explorada. O contexto é o das promessas dos benefícios sociais, transformados em direitos fundamentais a partir do constitucionalismo dito social ou liberal-social da segunda metade do século XX.²⁷

Com efeito, a reserva do possível surge num momento em que as propostas do Estado Social enfrentavam grandes dificuldades para serem cumpridas,²⁸ o que confere ao argumento mais uma feição de *isenção de responsabilidade*, do que *daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar do Estado*. Havia compromissos a serem cumpridos perante a comunidade internacional, e os compromissos internos sofreram os efeitos desta escolha.²⁹

Segundo o magistério de Paulo Bonavides, a formação do Estado Social de Direito decorre não da *substituição* do modelo liberal-democrático de Estado, construído sobre a proposta teórica de Rousseau³⁰, e posterior ao liberalismo clássico, este sustentado sobre a limitação estatal propugnada nas teorias de Locke e Montesquieu. Trata-se, sim, da *transformação* de um modelo de Estado em outro, da passagem do que se pode chamar, em linhas gerais, do *Estado polícia* para o *Estado providência*.³¹

²⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.173.

²⁸ Esse declínio do Estado Social, de acordo com Potyara Pereira, teve início no período da reabertura democrática posterior ao regime ditatorial de 1964-1984, quando foram sentidos os efeitos da incompatibilidade do volume de despesas governamentais na área social e a política internacional de contenção estatal. PEREIRA, Potyara A. P.. **Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 147.

²⁹ LOPES, ob. cit., idem.

³⁰ O autor credita, inclusive, à proposta democrática do *contrato social* os fundamentos que dariam base à formação do Estado Social nas democracias ocidentais. De acordo com Bonavides, Rousseau teria apresentado uma concepção de liberdade distinta da então vigente no liberalismo clássico: a liberdade não mais seria o postulado da exploração individualista da propriedade, mas caracterizaria a *forma* que permitiria ao sujeito decidir, livremente, o que é melhor para si e sua comunidade, *democraticamente*. Somente seria bom, portanto, aquilo que atendesse à *volonté générale*. Surge, portanto, o *sufrágio*, que, estendido às classes trabalhadoras, no início do século XX, permitirá que a liberdade deixe de ser *forma*, para assumir a *substância* que buscará “superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social”. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 181-185.

³¹ Essa *transformação dialética* ocorre em virtude da idéia do Estado social de “realizar, em primeiro lugar, a igualdade, com o mínimo possível de sacrifício das franquias liberais.” Ob.

Esse Estado providência, ou, nesse contexto, também Estado de bem-estar social, ou Estado social, cujos contornos foram delineados já na Constituição de 1934³², tem como principal característica a concepção do Estado enquanto provedor dos elementos que darão satisfação às necessidades sociais, mediante programas, ações e serviços nessa área. A proposta do Estado Social é, justamente, que sejam fornecidas aos cidadãos as prestações que darão viabilidade à realização do postulado da igualdade material, e não apenas formal.

São elucidativas as características trazidas por Paulo Bonavides, ao definir o Estado Social de Direito:

Quando o Estado (...) confere (...) os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.³³

Ocorre que a execução das propostas do Estado Social, já no início da década de 80 do século passado, deixou a desejar, em virtude da influência de idéias trazidas pela onda do neoliberalismo, fundamento da chamada *globalização econômica*. A *globalização*, em seu sentido genérico, pode ser entendida como “uma crescente interconexão em vários níveis da vida cotidiana a diversos lugares longínquos do mundo”.³⁴ Essas políticas econômicas que dão sustentação à globalização econômica são características do neoliberalismo.³⁵

cit., p. 33. Ficam mantidos, pois os direitos de liberdade frente ao Estado, o qual, porém, não mais deve abster-se de interferir na autonomia privada dos indivíduos, mas assumirá forte presença nas esferas econômica, social e política da sociedade. Ibidem, idem.

³² BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB, 2002. 271-274.

³³ **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 186.

³⁴ LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 139.

³⁵ Cf. LIMA, ob. cit., p. 156.

O neoliberalismo, grosso modo, é teoria econômica que procura resgatar do liberalismo a postura de isenção do Estado em face do jogo livre das forças do mercado. Tem suas raízes firmadas no período correspondente ao segundo Pós-guerra, quando 44 países reuniram-se para o *Congresso de Bretton Woods*, promovido pelos países aliados em New Hampshire, nos Estados Unidos, no intuito de formular as políticas econômicas da nova ordem global instaurada após a II Guerra Mundial.³⁶ Na ocasião, foram criadas algumas instituições que posteriormente viriam a sustentar o cumprimento daquelas propostas, dentre as quais se destacam o Fundo Monetário Nacional e o Banco Mundial.³⁷

Plauto Faraco de Azevedo sintetiza as teses fundamentais do “ideário” neoliberal:

Dentre as promessas indispensáveis figuram o equilíbrio orçamentário mediante cortes de subsídios (ainda que praticados nos países dominantes), combate à inflação, para o que se entende indispensável o congelamento dos salários (particularmente do funcionalismo estatal, eleito bode-expiatório da desdita econômico-financeira), ajuste fiscal (cujos ônus, mostra a experiência, em pouco ou nada recaem sobre os setores privilegiados, onerando a classe média, inviabilizando a poupança popular e levando à concentração de renda), privatizações de bens públicos (sobretudo os rentáveis, depois de saneados com recursos estatais, contribuindo ao aumento da dívida interna). Neste quadro, inviabiliza-se a política estatal, tornando suas opções cada vez mais estreitas, fazendo os Estados progressivamente mais dóceis aos comandos externos emanados do grande capital internacional, enquanto privilegiam sua fidelidade ao pagamento do “serviço” da dívida, sob juros flutuantes ...³⁸

Ocorre que o período posterior à Segunda Guerra também foi o marco da consolidação do modelo de Estado de Bem-estar Social nos países ocidentais. A destruição massiva de vários países, associada à sucessiva violação dos direitos de liberdade, deu ensejo à positivação de direitos e garantias assecuratórios não mais, apenas, da liberdade formal dos indivíduos, mas, também, da liberdade material. E a realização dessa liberdade material dependia da intervenção do Estado, provedor das necessidades básicas dos cidadãos, e daí a superação do Estado Liberal abstencionista para o Estado Social interventor na autonomia privada dos sujeitos. Assim é que os acordos firmados em *Bretton Woods* ficaram

³⁶ Ibidem, p. 158.

³⁷ Ibidem, p. 159.

³⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 107-108.

latentes durante algumas décadas, enquanto os países ocidentais conheciam o auge do Estado Social, até ressurgirem em meados de 1970.³⁹

E, com efeito, na seqüência, a experiência neoliberal passou a ser sentida, também, no Brasil. Os empréstimos feitos pelo país junto às instituições financeiras internacionais, agregados à onda de concessões de incentivos jurídico-fiscais favoráveis às instalações de multinacionais em terreno brasileiro, fizeram com que o direito, a política e a economia brasileiras dessem lugar às diretivas do mercado internacional, corroborando a idéia de “pensamento único”⁴⁰, dominante, e do qual não se poderia escapar, o que caracterizou a entrada do neoliberalismo. Isso levou não só à desregulamentação e à flexibilização das relações de trabalho, como, também, importou na alocação de boa parte dos recursos públicos para o pagamento dos juros da dívida externa.⁴¹

Paralelamente à deficiência do Estado quanto ao cumprimento de suas obrigações, e, considerando a proteção especial que a Constituição de 88 assegurara aos direitos fundamentais, não só reafirmando o dever do Estado no cumprimento de determinadas prestações, mas, também, prevendo instrumentos processuais hábeis à exigência judicial de tais direitos (mandado de injunção, mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade por omissão), o que se viu foi um impulso à *judicialização* das questões envoltas de direitos fundamentais, notadamente os sociais. Diante desse movimento, os juízes viram-se frente a um fenômeno que até então não adquirira expressividade semelhante na comunidade brasileira, que era a cobrança, em juízo, das ações e prestações estatais destinadas à satisfação dos direitos fundamentais.

E é nesse contexto que a reserva do possível é pioneiramente aventada na jurisdição constitucional brasileira.

³⁹ AZEVEDO, p. 101. Abili de Lima aponta que as medidas neoliberais foram definitivamente implementadas pelo governo Thatcher, na Inglaterra, em 1979; por Reagan, nos Estados Unidos, na década de 80 e, no mesmo período, nos países do norte europeu, à exceção da Suécia e da Áustria. *Ibidem*, *idem*.

⁴⁰ AZEVEDO, *ob. cit.*, p. 103.

⁴¹ AZEVEDO, *ob. cit.*, p. 108-109.

Por isso, a reserva do possível assumiu seus contornos no direito brasileiro em meados da década de 1990. O processo paradigma em que se levantou a questão da proteção da vida humana, frente ao argumento da escassez de recursos, foi a ação ordinária que deu origem à Petição n.º 1.246, proposta pelo Estado de Santa Catarina, onde se discutia o pagamento de transplante de células mioblásticas para menor impúbere portador da Síndrome de Duchene. O tratamento seria realizado nos Estados Unidos, e teria o custo de R\$ 85.500,00 (abrangendo o tratamento e despesas de deslocamento). Apesar de, posteriormente, o pedido de suspensão não ter sido conhecido, por razões processuais⁴², na decisão proferida sobre a medida liminar da PET, o Ministro Relator, Celso de Mello, atentou para três aspectos do problema: *i*) a singularidade do caso em exame, por se tratar de doença rara; *ii*) a imprescindibilidade do tratamento em questão, por configurar o único meio capaz de salvar a vida do paciente; e, *iii*) a impostergabilidade do cumprimento do dever constitucional do Estado para com a saúde, que é direito de todos. O Min. Relator considerou tais razões para determinar ao Estado de Santa Catarina que custeasse o tratamento, por estar “**longe** de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local”, tendo dado origem à multicitada passagem da decisão, privilegiando a vida humana em face de razões de ordem financeira:

Entre proteger a **inviolabilidade** do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo **inalienável** assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, **caput**), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, **entendo** - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica **impõem** ao julgador **uma só** e possível opção: **o respeito indeclinável à vida**. [com negrito no original]⁴³

Porém, atribui-se à ADPF 45 a difusão, nos tribunais brasileiros, do termo *reserva do possível*. A ação, embora julgada prejudicada⁴⁴, trouxe considerações

⁴² Pois, de acordo com precedentes do Supremo, “A faculdade de suspensão de execução, conferida ao Presidente do Supremo Tribunal pelo art. 4.º da Lei n.º 8.437-92, dirige-se às liminares concedidas no âmbito dos Tribunais estaduais ou federais; não às decisões destes, que se hajam recusado a suspender liminares no primeiro grau de jurisdição.” STF, AgRg em PET 1246, Rel. Min. Spúlveda Pertence, acórdão em 10 abr. 1997.

⁴³ STF, PET n.º 1.246, Rel. Min. Celso de Mello, decisão em 31 jan. 1997.

⁴⁴ Nesta ADPF, impugnava-se ato presidencial que vetara dispositivo de lei orçamentária que dispunha sobre verba destinada à saúde. Ocorre que, na seqüência, o

acerca da reserva do possível, pelo fato do objeto da ação ter sido a declaração de inconstitucionalidade de veto sobre dispositivo legal que tratava da destinação de verbas para a saúde. Por conta da relevância da matéria, que alcançava a garantia de bem jurídico que assegura o mínimo existencial do indivíduo – a saúde – o Ministro Relator, Celso de Mello, afirmou não poder deixar de manifestar-se acerca do tema. Nesse sentido, teceu considerações sobre a *dimensão economicamente relevante* dos direitos sociais, bem como sobre a reserva do possível.

Na ocasião, deixou claro que, muito embora a satisfação dos direitos sociais dependa da alocação de recursos financeiros para a realização de políticas públicas, e esta seja uma escolha cuja competência é atribuída ao legislador e ao administrador, o arbítrio estatal não poderia reduzir os direitos sociais a “promessas constitucionais inseqüentes”. Os abusos decorrentes da omissão estatal não poderiam ser tolerados enquanto houvesse objetivos fundamentais a serem alcançados, claramente delimitados pela Constituição da República. E nesse ponto é que seria legítima a intervenção do Poder Judiciário, guiada pela força normativa da Constituição.

Vale transcrever elucidativo trecho da decisão:

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

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

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “*reserva do possível*” – **ressalvada** a ocorrência de **justo** motivo objetivamente aferível – **não pode** ser

Presidente encaminhou projeto de Lei ao Congresso, posteriormente aprovado, no qual reformulava aquele mesmo dispositivo vetado. Assim, a ação perdeu objeto, e foi julgada prejudicada.

invocada, pelo Estado, **com a finalidade** de exonerar-se **do cumprimento** de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando, dessa conduta governamental negativa, **puder resultar** nulificação **ou**, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais **impregnados** de um sentido de essencial fundamentalidade. [com negrito no original]⁴⁵

Mais adiante, o Min. Celso de Mello esclarece que há um binômio fundamental a ser posto nas ações em que se venha a aventar a teoria da reserva do possível⁴⁶. Trata-se de considerar, por um lado, “(1) a **razoabilidade** da pretensão individual/social deduzida em face do Poder público e, de outro, (2) a existência de **disponibilidade financeira** do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.” Com efeito, o Min. Relator não incluiu, nesta relação, a questão que atine ao equilíbrio do sistema de freios e contrapesos dos poderes, por compreender o mencionado binômio como questão *anterior* à da separação de poderes. Isso porque, estando em jogo a tutela de elementos que integrem o mínimo necessário à vida digna, bem como a omissão estatal em fornecer esse mínimo de bens, o debate em torno da razoabilidade da pretensão e da disponibilidade financeira do Estado precede a qualquer outro de ordem estritamente política.⁴⁷

⁴⁵ STF, ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 29 abr. 2004.

⁴⁶ “**Vê-se**, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘*reserva do possível*’, **ao processo de concretização** dos direitos de **segunda** geração - de implantação **sempre** onerosa -, **traduzem-se em um binômio** que compreende, de um lado, (1) a **razoabilidade** da pretensão individual/social deduzida em face do Poder público e, de outro, (2) a existência de **disponibilidade financeira** do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.” Ibidem, idem.

⁴⁷ É o que se depreende da seguinte passagem da decisão: “**Não obstante** a formulação e a execução de políticas públicas **dependam** de opções políticas **a cargo** daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, **cumpra reconhecer que não se revela absoluta**, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, **nem** a de atuação do Poder Executivo.

É que, **se** tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável **ou** procederem com a clara intenção de neutralizar, **comprometendo-a**, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, **afetando**, como decorrência causal de uma injustificável **inércia** estatal **ou** de um abusivo comportamento governamental, aquele **núcleo intangível** consubstanciador de um conjunto **irreduzível** de condições mínimas **necessárias** a uma existência digna **e essenciais** à própria sobrevivência do indivíduo, **aí**, então, **justificar-se-á**, como **precedentemente** já enfatizado - **e até mesmo** por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a **possibilidade** de intervenção do Poder Judiciário, **em ordem** a viabilizar, **a todos**, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido **injustamente** recusada pelo Estado.” Ibidem.

Note-se, por fim, que muito embora a ADPF possa ser considerada um mecanismo de controle concreto da constitucionalidade⁴⁸, na oportunidade não havia caso concreto que servisse de pano de fundo à controvérsia, e, desde logo, permitisse que o Tribunal explicitasse o que entende por “razoabilidade da pretensão” e comprovação da “disponibilidade financeira do Estado.”⁴⁹

Seguiram-se, pois, a estes casos paradigmas, inúmeras ações contestando a realização de direitos, tendo, como entrave, o argumento da reserva do possível. Algumas destas ações serão vistas no Capítulo 2, *infra*.

1.2 Fundamentação

1.2.1 Considerações preliminares. As necessidades humanas

As necessidades humanas são ilimitadas, na medida em que o progresso social, científico e econômico, aliado ao crescimento populacional, faz com que as necessidades dos indivíduos sejam distintas com o passar das gerações, tendendo a aumentar exponencialmente. O choque de civilizações, a evolução das sociedades, as correntes comerciais, tudo isso fez com que as comunidades incorporassem em suas culturas elementos até então despidos de qualquer essencialidade.⁵⁰ São necessidades que variam desde vestuário, alimentação, e também espirituais, de modo que se torna inócua conceber que a ciência dê conta da satisfação de todas elas.⁵¹ Não podem ser objetivamente previstas, o que leva à incerteza quanto ao que pode vir a ser uma necessidade futuramente.

⁴⁸ Este posicionamento já foi manifestado em outra oportunidade, conforme HONÓRIO, Cláudia; KROL, H.; PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **ADPF 130**: A proteção dos direitos fundamentais à liberdade de imprensa e de expressão por meio do controle jurisdicional de normas pré-constitucionais. *In*: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. Anais do CONPEDI, 2008.

⁴⁹ É o que bem observa Daniel Wei Liang Wang, **Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, como exigência para a conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2006. Disponível em: www.sbdp.com.br. Acesso em: 10 abr.2008.

⁵⁰ A observação vem de NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 26.

⁵¹ *Ibidem*, *idem*.

Diretamente ligada à idéia de necessidades humanas, e a ela inversamente proporcional, é a noção de escassez. Os recursos necessários à satisfação das necessidades humanas são, não se nega, limitados,⁵² sejam eles naturais ou artificiais. Segundo Fábio Nusdeo, a lei da escassez é incontornável, e para administrá-la é que se destina a ciência econômica. De acordo com o autor, os recursos são sempre escassos, variando apenas quanto ao grau de escassez, e daí a importância do processo econômico em estabelecer relações específicas para gerenciá-los.⁵³ Conforme Nusdeo, não apenas a disponibilidade de um determinado bem faz dele escasso, mas, principalmente, a procura por esse bem. É o exemplo da fábrica de sapatos, colocado pelo autor: uma produção de mil pares de sapatos pode ser insuficiente e rapidamente esgotável se se tratarem dos calçados da moda, em vista da procura massiva; por outro lado, a produção pode ser excedente caso os sapatos não sejam atrativos o bastante para levar os consumidores à sua procura.⁵⁴

⁵² Cf. NUSDEO, ob. cit., 27.

⁵³ No mesmo sentido anota RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito: uma introdução**, Coimbra, Almedina, 2007. p. 12: “Se ainda é possível falar de um objecto da Economia, este pode talvez definir-se como constituído por todos os fenómenos sociais que envolvem escolhas sobre utilização de recursos.” Aqui, Nusdeo rejeita o argumento segundo o qual no seio dos povos primitivos não se configurava o problema de escassez. Observa que, para os indivíduos daquelas comunidades, as necessidades delineavam-se com contornos muito mais precários, e que, por outro lado, a espécie humana continuava a reproduzir-se ilimitadamente, aumentando o contingente populacional e, desde logo, consumindo os recursos existentes, renováveis em ritmo menos acelerado. Cabe, aqui, a teoria do economista inglês Thomas Malthus, o qual defendia, no século XVIII, que a população aumentaria em progressão geométrica, ao passo que os recursos consumíveis aumentariam em progressão aritmética, e daí o economista acreditar ser imperioso o controle sobre a natalidade, sob pena de haver um colapso sobre a sustentabilidade das populações. De acordo com Nusdeo, tal previsão ainda não se consumou, mas seus sintomas podem ser sentidos notadamente no que se refere ao exaurimento do meio ambiente (Ob. cit., p. 27-28).

⁵⁴ Ibidem, p. 30. O problema gerado pela limitação e esgotamento de bens, paralelo ao crescimento da respectiva demanda, levou à criação de um grupo de estudos, na década de 70, destinado a estudar as perspectivas para o crescimento das necessidades humanas em face da limitação de recursos, e a premente possibilidade do consumo desordenado de tais recursos levar ao seu exaurimento. O grupo foi intitulado *Clube de Roma*, sendo formado por uma equipe multidisciplinar de intelectuais de destaque em suas áreas de atuação: pensadores universitários, dirigentes de grandes transnacionais, funcionários de alto escalão de entidades internacionais e especialistas convidados. Teve como resultado o texto *The limits to growth*, que influenciou a Primeira Conferência Mundial do Meio-ambiente, realizada em Estocolmo, em 1972 (NUSDEO, ob. cit., p. 29).

O Estado tem uma capacidade limitada para obter recursos e satisfazer as necessidades humanas,⁵⁵ e o fim estatal é satisfazer os direitos fundamentais dos cidadãos, reconhecidos, individualmente, como sujeitos de necessidades. A obrigação do Estado em fornecer os recursos necessários à satisfação das necessidades humanas está plasmada na Constituição.⁵⁶

A teoria da reserva do possível foi concebida, com efeito, com o claro intuito de tornar legítima a ausência do Estado quando o cidadão a ele precisasse recorrer. Situações haverá, veremos adiante, em que o argumento, de fato, não será legítimo e poderá ser afastado no caso concreto. No entanto, por ora, o importante é registrar o que confere fundamento à reserva do possível, antes que seja feito juízo acerca de sua legitimidade.

No ponto, é válido, desde logo, partir do pressuposto de que o Estado Democrático de Direito há de ter em vista, em última análise, a realização dos direitos fundamentais. E a realização dos direitos fundamentais, sejam eles de defesa ou prestacionais,⁵⁷ demanda, em sentido amplo⁵⁸, algum *grau* de atuação estatal, variável de acordo com a *dependência* fática, jurídica, econômica, técnica ou política daquele direito. E precisamente é essa dependência que impõe restrições à efetividade de tais direitos, quando se sai do *estado ideal* almejado e se cai no âmbito das *possibilidades*. A realização de direitos satisfaz necessidades, e a *impossibilidade* de satisfação dessas necessidades é o que dá fundamento ao argumento da reserva do possível.

Aqui, adentrando a seara da reserva do possível, é relevante traçar uma linha entre *necessidades* e *necessidades fundamentais*.

⁵⁵ Cf. CÁRCOVA, Carlos María. Estado social de derecho y radicalidad democrática. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBBA, Orides e outro. **Constituição e Estado Social**: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo/Coimbra: RT e Coimbra, 2008. p. 105.

⁵⁶ E também nos pactos internacionais sobre direitos fundamentais, quando vinculantes aos Estados-soberanos signatários. Cf. ABRAMOVICH, COURTIS, **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 85 e ss.

⁵⁷ A indiferença da distinção, em termos de possibilidade de arguição da reserva do possível, será mais bem esclarecida no Capítulo 2, *infra*.

⁵⁸ A expressão remete à compreensão de vinculação dos particulares à efetividade dos direitos fundamentais, tema ao qual retornaremos mais adiante.

O economista Max Neef anota uma distinção entre necessidades humanas em sentido amplo, e necessidades humanas fundamentais, logo, em sentido restrito. Por isso, e diferentemente do que defendido por boa parte da doutrina, entende que as necessidades humanas *fundamentais* não são infinitas.⁵⁹ Partindo de uma distinção entre *necessidades*, e seus respectivos *satisfatores*, Neef chega a dois postulados: “Primeiro: *As necessidades humanas fundamentais são finitas, poucas e classificáveis*. Segundo: *As necessidades humanas fundamentais (como as contidas no sistema proposto) são as mesmas em todas as culturas e em todos os períodos históricos. O que muda, através do tempo e das culturas, é a maneira e os meios utilizados para a satisfação das necessidades.*”⁶⁰

É que Neef entende que as necessidades humanas fundamentais são comuns a toda e qualquer cultura, sendo apenas os seus satisfatores cambiáveis histórica e culturalmente. Sobre a distinção, afirma que “Esta combinação permite operar com uma classificação que inclui, por uma parte, as necessidades de Ser, Ter, Fazer e Estar; e, por outra, as necessidades de Subsistência, Proteção, Afeto, Entendimento, Participação, Ócio, Criação, Identidade e Liberdade.”⁶¹ E tais necessidades seriam características de todo ser humano.⁶²

Já quanto aos *satisfatores*, estes sim seriam determinados culturalmente⁶³ e realizáveis “de maneira contínua e renovada”⁶⁴. Não estariam, contudo, limitados a bens e serviços, mas formariam uma rede mais ampla e complexa de elementos, constituída, sim, pelos bens disponíveis, e também pela forma como

⁵⁹ NEEF, Max. **Desarrollo a Escala Humana**: una opción para el futuro. Santiago: CEPAAUR/Fundación Dag Hammarskjöld, 1986.

⁶⁰ Ibidem, p. 27. Tradução livre.

⁶¹ Ibidem, p. 26. Tradução livre.

⁶² Neef alerta que as necessidades humanas fundamentais não se limitam à idéia de *subsistência*, mas traduzem a tensão entre *carência* e *potencialidade*. *Carência* no sentido fisiológico do termo, ou seja, a continuidade do estado de necessidade leva a uma falência das funções vitais do indivíduo; já a *potencialidade* vem no sentido de que há algo latente que espera um impulso – o satisfator – para irromper, para vir ao mundo: “A necessidade de participar é potencial de participação, tal como a necessidade de afeto é potencial de afeto.” Ibidem, p. 34.

⁶³ “O que está culturalmente determinado não são as necessidades humanas fundamentais, senão os satisfatores dessas necessidades.” Ibidem, p. 27. Tradução livre.

⁶⁴ Ibidem, p. 34.

são obtidos e como é organizado o seu consumo.⁶⁵ O autor coloca que cada sistema econômico, social e político adotará as formas de satisfação das necessidades que entender mais pertinentes.⁶⁶ Assim, tratando-se de um conceito *circunstancial e histórico*, temos que, em algumas culturas, essas necessidades humanas fundamentais serão satisfeitas; em outras, não.

Por exemplo, a alimentação seria um *satisfator* da necessidade humana fundamental de subsistência.⁶⁷ Políticas públicas de saúde seriam *satisfatores* da necessidade de proteção. A construção de escolas, por sua vez, atenderia à *necessidade humana fundamental* de entendimento, e assim por diante.

Semelhante linha de raciocínio é desenvolvida por Potyara A. P. Pereira.⁶⁸ Também a autora aponta para a diferenciação entre *necessidades básicas* (que seriam as *necessidades humanas* de Neef), e seus respectivos *satisfatores*, seguindo, para tanto, a linha de pensamento dos autores ingleses Len Doyal e Ian Gough. Doyal e Gough concebem a idéia de necessidades vinculada à idéia de prejuízos. Conforme esse entendimento, graves prejuízos às pessoas, que as

⁶⁵ Ibidem, p. 35. “Já não se trata de relacionar necessidades somente com bens e serviços que presumidamente os satisfazem; senão de relacioná-las, ademais, com práticas sociais, formas de organização, modelos políticos e valores que repercutem sobre as formas em que se expressam as necessidades.” Tradução livre.

⁶⁶ Tomando, contudo, a cautela de não cair em uma forma inadequada de *satisfator*. Com efeito, Neef identifica cinco formas de satisfatores, variáveis de acordo com o meio e o fim a que se destinam: a) os *violadores* ou *destruidores*: aplicados sob o pretexto de satisfazer uma necessidade, não só a suprime como obsta a satisfação adequada de outras necessidades. Ex.: A censura, sob o pretexto de proteger, impossibilita o entendimento, a liberdade e a participação; b) *pseudo-satisfatores*: atuam dando uma falsa sensação de satisfação da necessidade em jogo. Ex.: a super exploração de recursos naturais aparenta satisfazer a necessidade de subsistência; c) *satisfatores inibidores*: pela forma que satisfazem uma dada necessidade, impedem a satisfação de outras. Ex.: o paternalismo, que, por ser um *satisfator* exagerado, acaba inibindo a satisfação das necessidades de Entendimento, Participação, Liberdade e Identidade; d) *satisfatores singulares*: apontam para a satisfação de uma única necessidade, quedando neutro em relação à satisfação de outra necessidade. Ex.: Espetáculos desportivos satisfazem à necessidade de Ócio; e, por fim, e) *satisfatores sinérgicos*: pela forma que satisfazem uma necessidade, contribuem à satisfação de outras. Ex.: a medicina preventiva satisfaz a necessidade de Proteção, ao mesmo tempo em que estimula a satisfação das necessidades de Entendimento, Participação e Subsistência. NEEF, ob. cit., p. 43-47. Cabe registrar, contudo, que essa distinção não é absoluta, admitindo flexibilizações, uma vez que reflexos de um *satisfator* sobre necessidades outras que não a visada são inevitáveis, o que pode ocorrer, principalmente, em termos de *satisfatores singulares*. É o que Potyara Pereira chama de *encadeamentos para a frente da política social*. Cf., da autora, **Necessidade humanas**, p. 28.

⁶⁷ Cf. NEEF, ob. cit., p. 26.

⁶⁸ PEREIRA, **Necessidades humanas...**

impeçam de alcançar seu desenvolvimento por si próprias, estarão a atingir as suas necessidades.⁶⁹

Primeiramente, com relação ao conteúdo das *necessidades básicas*⁷⁰, Potyara, tal qual Neef, concebe-o enquanto *objetivo e universal*⁷¹, no sentido de que há necessidades comuns a todos os povos, e que não podem deixar de ser atendidas, sob o risco de ocorrerem “*sérios prejuízos à vida material dos homens e destes como sujeitos (informados e críticos)*”.⁷² A visão subjetivista e relativista de necessidades, defende a autora, peca, principalmente, pelo individualismo⁷³, ao passo que encarar essas necessidades, diversamente, sob uma ótica objetiva e universal, permite afastar preferências individuais em sua conceituação, imprimindo um viés *democrático* à sua satisfação. Ainda, Potyara identifica no conteúdo das necessidades dois conjuntos, que seriam a *saúde física*

⁶⁹ DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **Teoría de las necesidades humanas**. Trad. José Antonio Moyano y Alejandro Colás. Barcelona: ICARIA, FUHEM, 1994. p. 78.

⁷⁰ Logo de início, a autora parte do art. 1.º da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei n.º 8. 742 de 1993 – LOAS), o qual estabelece que “A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”, para apontar a necessidade de distinção entre *mínimo* e *básico* social. Potyara entende que *mínimo* remete à idéia de “*menor, de menos, em sua acepção mais ínfima*”, ao passo que *básico* “*expressa algo fundamental, principal, primordial, que serve de base de sustentação indispensável e fecunda ao que a ela se acrescenta.*” A autora entende que a concepção de *mínimo* trazida pela LOAS suprime a idéia de otimização (justamente em razão de seu fundamento de *menos, ínfimo*) do atendimento das necessidades, ao passo que o *básico* seria “*a mola mestra que impulsiona a satisfação básica de necessidades em direção ao ótimo*”. (p. 26-27). Daí a crítica ao *mínimo social* previsto na LOAS: “... ela [a LOAS] tem que deixar de ser mínima, ou *menor*, para ser *básica, essencial, ou precondição* à gradativa otimização da satisfação dessas necessidades.” Ibidem, p. 15-27.

⁷¹ No ponto, Potyara observa que as diversas abordagens quanto ao entendimento acerca das necessidades humanas podem ser organizadas em dois grupos: uma posição majoritária, que identifica as necessidades básicas com “*estados subjetivos e relativos de carecimento*”, e uma posição minoritária, à qual se filia, e que entende tais necessidades como “*fenômeno objetivo, passível de generalização*”. Ibidem, p. 38-39.

⁷² Ibidem, p. 67.

⁷³ A concepção subjetiva de necessidades gira em torno, segundo Potyara, basicamente, de três idéias (todas criticadas pela autora): a primeira seria seu caráter eminentemente individualista, ao supor que um indivíduo ou grupo de indivíduos possa determinar o que é necessidade para que, então, as políticas públicas sejam direcionadas à sua exclusiva satisfação. A segunda idéia seria que se trata de uma visão dependente do mercado, uma vez que as preferências individuais coincidiriam com as preferências de consumo. Isso leva à terceira idéia, segundo a qual a manipulação, pelo mercado, das preferências individuais, levaria a uma diminuição da presença do Estado enquanto satisfator das necessidades sociais. Ob. cit., 41-50.

e a *autonomia*, entendidos em seus sentidos fisiológico e existencial, respectivamente⁷⁴.

Na seqüência, Potyara identifica o que entende por *satisfatores* daquelas necessidades básicas. Seguindo adiante na linha de pensamento de Doyal e Gough⁷⁵, a autora registra a existência de *satisfatores universais* (cujas características são as *necessidades intermediárias*) porque imprescindíveis à satisfação das necessidades básicas de saúde física e autonomia. Para além destes, haverá a necessidade de serem implementados os *satisfatores específicos*, daí circunstanciais, de acordo com cada momento histórico, político, social, cultural e econômico, e, também, cambiáveis consoante os sujeitos cujas necessidades espera-se que sejam atendidas.⁷⁶

Essas afirmações levam a concluir que as *necessidades humanas fundamentais* existem *previa e independentemente* de seus *satisfatores*. Para além disso, também é válido observar que as *necessidades humanas fundamentais* constituem o *núcleo essencial* dos direitos fundamentais⁷⁷, insuscetível, pois, a restrições⁷⁸. Nesse caminho, são os *satisfatores* que podem

⁷⁴ A *saúde física* integraria o conteúdo da necessidade básica precisamente por permitir ao homem *viver*, no sentido fisiológico do termo. Já a *autonomia*, esta há de ser valorizada porque, nas palavras da autora, “ter autonomia não é só *ser livre para agir* como bem se entender, mas, acima de tudo, é *ser capaz de eleger objetivos e crenças, valorá-los* e sentir-se *responsável* por suas decisões e por seus atos.” Ibidem, p. 71.

⁷⁵ Os autores enunciam como se agrupariam essas necessidades intermediárias: *i)* alimentos nutritivos e água limpa; *ii)* alojamentos adequados à proteção contra outrem; *iii)* ambiente de trabalho desprovido de riscos; *iv)* meio físico desprovido de riscos; *v)* atenção sanitária apropriada; *vi)* garantia da infância; *vii)* relacionamentos primários significativos; *viii)* segurança física; *ix)* segurança econômica; *x)* escolaridade adequada; *xi)* segurança no controle de natalidade, na gravidez e no parto. Ob. cit., p. 202-203.

⁷⁶ Como é o caso de grupos específicos ou minorias sociais: mulheres, crianças, idosos, portadores de deficiências, e camadas sociais submetidas à opressão sexual, racial, étnica, etc. Ibidem, p. 85.

⁷⁷ PEREIRA, ob. cit., p. 37.

⁷⁸ O que permite identificar nosso posicionamento pela inserção dos direitos fundamentais no âmbito da *teoria externa* de restrições, admitindo que estas incidam, apenas, sobre o âmbito de proteção do direito sem tocar-lhes, contudo, naquilo que guarda seu núcleo essencial. A *teoria das restrições* concebe os direitos fundamentais, no âmbito de sua efetividade, enquanto sujeitos a limitações que poderiam, basicamente, ou partir da própria estrutura interna da norma – ao que se nomearia *teoria interna* – ou advirem do mundo exterior – ao que se chamaria *teoria externa*. Abordaremos o tema nas considerações finais. Para profundidade, NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os**

ter sua aplicabilidade maleável de acordo com influências externas, e não as *necessidades humanas fundamentais*.

Esses satisfatores, note-se, são os *bens econômicos* úteis ao atendimento das necessidades humanas. Fala-se em bens *econômicos* por serem marcados pela nota que lhes confere relevância à teoria econômica: o binômio *escassez e utilidade*.⁷⁹ Um bem é sujeito à escassez porque consumido ao satisfazer necessidades humanas, em diferentes níveis, de acordo com a maior ou menor demanda por esse bem. O instrumental da teoria econômica, conforme antes dito, servirá para administrar esta escassez. Quanto à utilidade, faz parte da característica dos bens econômicos, mas não é determinante para o seu conceito: um bem útil pode não ser escasso, e daí não interessar à teoria econômica. A oferta abundante de um bem reduz o interesse em fixar-lhe critérios para sua equilibrada distribuição, na medida em que a ampla disponibilidade dará conta de suprir as necessidades de todos que dele precisarem. Cuida-se, aqui, pois, dos *bens livres*, sem ignorar, contudo, a possibilidade dos *bens livres* virem a tornar-se *bens econômicos* em virtude de sua escassez.⁸⁰ Portanto, é sobre os bens *econômicos* – e não sobre os bens *livres* – que se admite incida o argumento da escassez de recursos, e, desde logo, da reserva do possível.

A diferença crucial, e determinante ao acolhimento ou não do argumento da reserva do possível, é identificar se os satisfatores – bens econômicos – demandados em juízo atendem às *necessidades humanas* ou às *necessidades humanas fundamentais*. Em se tratando de necessidades humanas em sentido amplo, é permitido que estas sejam situadas dentro do âmbito das *preferências*, a que se referem Neef, Hinkelammert e Potyara, e contingentes em relação às

Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais.

⁷⁹ NUSDEO, ob. cit., p. 33: “Se a humanidade vive sob o jugo da lei da escassez e se a noção básica de Economia está indissociavelmente presa a essa realidade, chama-se de bem econômico todo aquele dotado de utilidade e cujo suprimento seja escasso. Em duas palavras, o bem econômico é aquele útil e escasso.”

⁸⁰ Os *bens livres*, conforme Nusdeo, seriam aqueles que não se regem pelas relações criadas pela sociedade para enfrentar a problemática da escassez, não configurando, pois, objeto da ciência econômica enquanto tais. Exemplos de bens livres seriam o ar, a água em determinadas situações, o carinho dos pais, por serem bens, em princípio, não escassos, muito embora não deixem de ter utilidade. Ob. cit., p. 35-36.

escolhas políticas. Ou seja, o argumento da escassez de recursos pode restringir a satisfação de *preferências*, apenas. Por outro lado, tratando-se do atendimento de necessidades humanas *fundamentais*, em sentido estrito, sai-se do campo da *preferência* e entra-se no campo da *exigência*: ao Estado não é lícito “exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”⁸¹ Aqui, alinha-se o entendimento de que a reserva do possível não poderá ser aventada quando a restrição decorrente da ação ou omissão estatal frustrar a satisfação de necessidades fundamentais, e, por conseqüência, a concretização da dignidade humana.

1.2.2 Possibilidade econômica: possibilidades fática, financeira e técnica

A satisfação das necessidades humanas dar-se-á em maior ou menor grau proporcionalmente às possibilidades *econômica*, *jurídica* e *política* da respectiva comunidade. Isso porque elementos da economia, do direito e da política interligados permitirão a justa administração daqueles recursos escassos. Com efeito, no contexto da teoria da reserva do possível, o aspecto econômico assume relevância por ocupar-se da composição mais eficiente entre a oferta e a demanda dos bens econômicos, a partir de uma realidade que enfrenta a tensão entre a limitação de recursos disponíveis e disponibilizáveis, e as crescentes necessidades do ser humano. O aspecto político absorve as escolhas políticas dos representantes eleitos para a administração daqueles recursos escassos, o que será feito mediante a atividade do legislador orçamentário e a execução de políticas públicas pela Administração. As ferramentas que darão norte para a realização de tais escolhas serão todo o instrumental normativo específico, e daí afirmar-se

⁸¹ MELLO, Celso de, **ADPF 45**, citado, *supra*.

haver uma “causação circular ligando inseparavelmente o Direito, a Política e a Economia”.^{82 83}

Tomem-se as palavras de Luciano Benetti Timm a esse respeito:

Por que o Direito deveria dialogar e se aproximar da Economia? Brevemente, em primeiro lugar, porque a Economia é a ciência que descreve de maneira suficientemente adequada o comportamento dos seres humanos em interação no mercado, que é tão importante para a vida real em sociedade. Em segundo lugar, porque a economia é uma ciência comportamental que atingiu respeitável e considerável padrão científico, sendo hoje umas das grandes estrelas dentre as ciências sociais aplicadas pelo grau de comprovação matemático e econométrico dos seus modelos. Em terceiro lugar, a Ciência Econômica preocupa-se com a eficiência do manejo dos recursos sociais escassos para atender ilimitadas necessidades humanas – que é um problema-chave quando se falam de direitos sociais ou mais genericamente fundamentais.⁸⁴

Desse modo, a atuação estatal encontra-se circunscrita a uma reserva que se encontre dentro daquelas possibilidades. A existência de restrições à satisfação de direitos decorre da não-possibilidade de inclusão dos respectivos satisfatores dentro daquela reserva de possibilidade. E tais restrições são reflexos de

⁸² A expressão é de NUSDEO, ob. cit., p. 20. No mesmo sentido, PINHEIRO, SADDI, ob. cit., p. 5. Para uma crítica sobre o posicionamento favorável da maioria do Judiciário à justiça social em detrimento dos contratos, ibidem, p. 5-8.

⁸³ Não poderemos tratar, aqui, da temática a respeito da análise econômica do Direito, em virtude da delimitação do presente estudo. Por ora, no entanto, é válido registrar, apenas, que se atribui ao economista inglês Ronald Coase o movimento de aproximação entre o direito e economia (Cf. PINHEIRO, SADDI, ob. cit., p. 102-104). Ao lado de Coase, Richard Posner coloca Guido Calabresi como precursor na análise econômica de áreas do direito que não regulam expressamente relações econômicas (POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Fondo de Cultura Económica. México: 1998. p. 3). O *Teorema de Coase* parte da hipótese em que B é prejudicado por A. A questão que se coloca é se A deve ter o direito de prejudicar B, e, em caso negativo, se é possível obstar a ação de A. Para Coase, não é correto sempre refrear a ação daquele que causa prejuízo, pois haveria aqui o que o autor chamou de *problema de natureza recíproca*. Assim, o ideal é que, ausentes custos nesta relação, e bem definida a propriedade de cada parte, a solução seja alcançada socialmente, sem ser levada aos tribunais. Contudo, caso haja custos na transação, e os direitos de propriedade não se encontrem bem definidos, haveria necessidade de direito para compor a situação: “Cabe à lei definir não apenas os direitos de propriedade a fim de obter a solução mais eficiente, como também os instrumentos a utilizar, considerando que uma das partes pode dispor de mais informação e capacidade de implementar a solução ideal do que outra.” Cf. PINHEIRO, SADDI, ob. cit., p. 104.

⁸⁴ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 54. A crítica à aproximação entre Direito e Economia, segundo o autor, residiria no fato de que a Economia não pensaria na justiça, a qual seria preocupação fundamental do Direito. Porém, Luciano defende que injusto seria o desperdício de recursos escassos, sendo necessário, portanto, laborar pela sua máxima utilização social. (Ibidem, p. 57).

impossibilidades que se impõem face à plena execução dos satisfatores das necessidades humanas *fundamentais*.⁸⁵

No ponto, Franz Hinkelammert observa que a escassez dos meios para a realização daqueles fins escolhidos surge como condicionante material de qualquer escolha.⁸⁶ Há um universo econômico que condiciona os fins realizáveis, independentemente da vontade humana e da capacidade de realização daqueles projetos. Será feita, então, necessariamente, uma opção dentre os fins que se almeja realizar, tendo como critério a escassez dos recursos *disponíveis*. Hinkelammert destaca, contudo, que a dinâmica social, aliada à produção decorrente do trabalho humano, poderá aumentar os meios econômicos de que se precisa, todavia, não poderá jamais fazer desaparecer a escassez de meios. Afinal, o trabalho, para além de ser um recurso, é ele, também, um *gerador de recursos*.⁸⁷ A ciência empírica não dirá quais serão os fins que se deve escolher, pois isso é a tarefa do sujeito prático⁸⁸. A ciência empírica somente dirá que é preciso realizar qualquer um daqueles fins, levando em conta a limitação quantitativa da realidade.

Esta idéia pode ser apreendida pela possibilidade técnica, dentro da possibilidade econômica. No ponto, contudo, Hinkelammert anota que as

⁸⁵ José Reinaldo de Lima Lopes trabalha com o conceito de *impossibilidade* (*impossibilidade jurídica, impossibilidade econômica e impossibilidade técnica*) por analisar a reserva do possível à luz do conceito de *obrigação impossível*. Com efeito, entende o autor que não se pode obrigar o Estado a fazer o impossível. Ressalta que há um dever de responsabilidade dos particulares para que as coisas funcionem bem. “As ruas estão sujas pela maneira como os particulares a tratam? A solução é pedir que o Estado crie um programa qualquer para resolver o problema. Os motoristas não respeitam a sinalização e as regras de trânsito provocando acidentes ou engarrafamentos? A solução é sempre um programa estatal qualquer, mas não a responsabilização de quem quer que seja. [...] o discurso é sempre de transferência para o Estado de uma obrigação que seria de todos.” Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 178.

⁸⁶ HINKELAMMERT, Franz. **Crítica à razão utópica**. Trad. Álvaro Cunha. São Paulo: Paulinas, 1988. p. 263.

⁸⁷ Neef, **Desarrollo...**, p. 76.

⁸⁸ A partir do princípio da impossibilidade, são apresentados ao sujeito atuante todos os fins tecnologicamente possíveis, dentre os quais o sujeito escolherá aqueles que melhor atenderem às suas necessidades. Aparece, aqui, uma outra dimensão “tanto da realidade quanto do sujeito que se defronta com ela”: é o sujeito prático. *Ibidem, idem*.

capacidades humanas, o conhecimento, as redes sociais e a identidade coletiva são recursos inesgotáveis, de que dispõem ou podem dispor os sujeitos.⁸⁹

Tratemos, pois, do aspecto *econômico* da impossibilidade. Conforme sobredito, a ciência econômica cuida de formular operações que dêem conta de contornar a problemática da escassez de recursos. Esses recursos traduzem-se em bens econômicos cuja escassez é fundamento para a reserva de possibilidade da atuação estatal. Considerando que no presente texto está-se a tratar da reserva do possível no âmbito jurisdicional, interessa apontar os elementos que lhe dão fundamento dentro desse circuito, para um melhor esclarecimento da teoria.

As ações judiciais em que é levantado o argumento da reserva do possível, será visto no Capítulo 2, têm como pano de fundo a discussão acerca da legitimidade de uma dada ação ou omissão estatal. Discute-se se, no contexto das circunstâncias que envolvem aquele caso concreto, a tese da limitação dos recursos necessários à realização dos direitos fundamentais, aliada ao argumento da aplicação de tais recursos mediante políticas públicas, é válida para que aqueles bens não tenham sido tempestivamente fornecidos aos cidadãos no âmbito da atuação estatal. Os bens econômicos úteis à execução daquelas políticas públicas são da mais variada ordem. Esses bens, de acordo com Nusdeo, podem ser classificados de acordo com sua *materialidade, finalidade, relações entre si e âmbito da necessidade*⁹⁰. A partir dos bens identificados nesta

⁸⁹ É o que Max Neef chama de *recursos não convencionais*, cujo adequado manejo teria por fim a autodependência de uma comunidade, e que, ao contrário dos recursos econômicos (*convencionais*), não se esgotam ou tendem a esgotar-se, mas, pelo contrário, quanto mais acumulados, mais sua potencialidade é ampliada, em direção à abundância. Ob. cit., p. 77.

⁹⁰ A classificação não é estática, nem absoluta, de maneira que um bem pode ser classificado tanto quanto à materialidade como quanto à sua finalidade, como é o caso, por exemplo, das ferramentas de trabalho, que são bens dotados, de alguma forma, de materialidade, e, por outro lado, têm uma dada finalidade se utilizados como instrumentos para o alcance de determinado fim. (Ob. cit., p. 39-40). Quanto à *materialidade*, seriam aqueles bens que têm materialidade sob alguma forma, por exemplo: alimentos, máquinas água, terra, ar, fogo, energia. Quanto à *finalidade*, seriam aqueles sujeitos ao consumo ou destinados à produção. São exemplos dos primeiros alimento, vestuário, material escolar, serviços, concertos musicais; e, dos segundos, máquinas, matérias-primas, ferramentas, terra, serviços dos operários. Quanto à *relação entre si*, os bens podem ser complementares ou sucedâneos. Serão complementares quando seu consumo ou produção for conjunto: os automóveis e a gasolina, a terra e a semente, a câmera fotográfica e o filme. Serão sucedâneos os que podem substituir-se no atendimento da necessidade: álcool e gasolina, como combustíveis; os alimentos, dentro de cada categoria (carnes, cereais, legumes, frutas). Por fim, quanto ao *âmbito de necessidade*, os bens podem ser

classificação, e dentro desse leque de impossibilidades de ordem econômica, é possível admitir três subespécies, aqui organizadas para fins puramente didáticos: *fática, financeira e técnica*.

A *possibilidade fática* concerne à escassez de bens materiais.⁹¹ A satisfação das necessidades humanas, registre-se, desde logo, não depende, apenas, de recursos financeiros.⁹²

Jon Elster coloca que a alocação de recursos pode ser classificada de acordo com a presença ou a ausência de *escassez, indivisibilidade e homogeneidade* dos bens em questão. A *escassez* significa que não há disponibilidade suficiente de determinados bens para atender às necessidades de todos os indivíduos simultaneamente. Aqui estariam compreendidos desde obras raras de arte e órgãos para doação, até bens indisponíveis em virtude de decisões políticas, como, por exemplo, vagas em jardim de infância. A *indivisibilidade* traduz a idéia de que é impossível mais de uma pessoa recebê-lo, podendo, também, significar que a divisão do bem implicaria em sua destruição. A resposta para o demandante, portanto, poderá ser, tão-somente, *sim* ou *não* para a concessão do bem, de modo que uma quantia dele, apenas, não poderá satisfazer

classificados entre *exclusivos* e *comuns*. A classificação nenhuma relação guarda com eventual propriedade de um bem, mas sim com a possibilidade de mais pessoas poderem usufruir daquele bem, sem exclusão das demais. Exemplo de bem exclusivo é a porção de alimento, ou a gravata que integra as vestes de um homem, e cujo uso por uma pessoa exclui todas as demais. Já exemplo de bem comum é o ônibus, uma estrada, o teatro, que podem atender, ao mesmo tempo, um grupo razoavelmente grande de pessoas. A classificação e os respectivos exemplos são de NUSDEO, ob. cit., 39-43.

⁹¹ A *possibilidade fática* pode ser encaixada na dimensão da *disponibilidade fática*, consoante proposta de tríplice dimensão da reserva do possível, de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, como segue: a primeira dimensão seria a da disponibilidade fática, abrangente da limitação material dos recursos disponíveis. A segunda seria a da disponibilidade jurídica, que guarda relação com os parâmetros legais e constitucionais de receita e despesa (conforme será visto no item 1.2.3, *infra*). Por fim, a terceira seria a dimensão ocorrente desde a perspectiva do particular, do titular do direito exigido em juízo, e concerne ao crivo da proporcionalidade e da razoabilidade do pleito, levando em conta se o particular teria condições de arcar, ele próprio, com a tutela pleiteada. A proporcionalidade e a razoabilidade, será desenvolvido adiante, seriam *mecanismos* úteis ao exame de legitimidade do argumento da reserva do possível, e não *fundamentos* que lhe sustentem, ou constituintes de uma *dimensão* ou *faceta* (este termo é de nossa responsabilidade) por que se lhe analise, pelo que, optamos por deixá-la à parte, para este momento. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 30.

⁹² KRELL, ob. cit., 51.

a necessidade em questão. É o caso dos pais que não concordam com a guarda compartilhada do filho. Por fim, dizer que um bem é *homogêneo* significa que, caso seja indivisível, todas as suas partes são indistinguíveis. E, caso seja divisível, as suas partes serão similarmente indistinguíveis. É o caso da dispensa do serviço militar obrigatório: embora alguns serviços militares sejam mais onerosos que outros, a dispensa, em si, será sempre a mesma.⁹³

Diante disso, o autor sistematiza o problema da alocação de recursos em cinco combinações:

- a) O bem não é escasso, mas heterogêneo em aspectos que concernem a como é avaliado pelos receptores. Quando o Congresso recruta membros para os comitês, as firmas alocam escritórios para os empregados, ou universidades entregam dormitórios para os estudantes, conflitos de interesse geralmente surgem.
- b) O bem é escasso, indivisível e homogêneo. Bens de consumo durável ou admissão para Harvard são exemplos.
- c) O bem é escasso, indivisível e heterogêneo. Exemplos incluem rins, corações, e fígados para transplante.
- d) O bem é escasso, divisível e homogêneo. Água, energia, e a maioria dos bens de consumo são exemplos.
- e) O bem é escasso, indefinidamente divisível e, ainda, heterogêneo. A terra é um bom exemplo.⁹⁴

Embora admita que boa parte – mas não todos – dos bens individualmente adjudicáveis sejam comuns às distintas comunidades⁹⁵, o autor parte de uma análise empírica da sociedade norte-americana para elaborar uma lista, não exaustiva⁹⁶, de bens que entende serem os mais comumente problemáticos tocante à questão da alocação de recursos.⁹⁷ Na referida lista figuram: a) o serviço militar em período de guerra; b) a baixa do serviço militar; c) alocação de rins; d) seleção de trabalhadores para despedidas; e) acesso à educação superior; e) alocação de esperma para inseminação artificial; f) seleção de pais adotivos; g)

⁹³ ELSTER, Jon. **Local Justice**. How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens. New York: Russel Sage Foundation, 1992. p. 21-23.

⁹⁴ Ibidem, p. 23-24. Tradução livre.

⁹⁵ Ibidem, p. 24

⁹⁶ O alerta parte do próprio autor, ao enunciar a lista como “alguns exemplos”. Ibidem, p. 28.

⁹⁷ Note-se que o autor refere-se à escassez de bens disponibilizáveis *individualmente*, ou seja, tratam-se de bens adjudicáveis pelo sujeito enquanto um só, e não em comunidade. A justificativa é apresentada pelo próprio Elster: “Neste capítulo, e no livro como um todo, eu considero apenas bens que são alocados a *indivíduos*. Problemas semelhantes, entretanto, podem surgir na alocação de bens e responsabilidades para entidades supra-individuais, tais como firmas, comunidades e estados. (...) A razão de não colocar estas questões juntamente àquelas que envolvem indivíduos é, em parte, falta de espaço, e, em outra parte, falta de competência, e, mais importante, meu desejo de desenvolver uma estrutura conceitual coerente. Não é totalmente claro o que noções como ‘necessidade’, ‘abandono’, e similares significariam se aplicadas a organizações e comunidades.” Ob. cit., p. 19. Tradução livre.

concessão de custódia de criança; h) admissão ao jardim de infância; i) divisão do trabalho doméstico; j) distribuição do espaço prisional; k) imigração; l) racionamento em período de guerra.

Para cada um destes bens, Elster expõe os critérios alocativos praticados na sociedade norte-americana para a sua alocação. Tratam-se de critérios que transitam entre os campos da *eficiência* e da *equidade*, sempre tendo em vista a justa distribuição de bens sujeitos à escassez. Há um esforço, por meio das políticas de distribuição, para que tais critérios contem com o máximo de objetividade. Vejamos, pois, a título ilustrativo, os critérios praticados, na sociedade norte-americana, para a *alocação de rins para doação*. Em tais hipóteses, para além da necessária compatibilidade entre doador e receptor, há critérios específicos para que o paciente receba a doação. Tais critérios atendem, segundo Elster, ora a juízos de eficiência (*efficiency*), ora a juízos de equidade (*equity*). Assim, o sistema funciona concedendo pontos ao paciente, de acordo com determinados critérios, de modo que quanto mais pontos o paciente reunir, mais próximo da doação estará. Elster explica a sistemática que entende útil para os fins de seu estudo da seguinte forma.

Em primeiro lugar, o paciente recebe pontos pelo tempo que passa na fila de espera. O candidato com mais tempo de espera recebe um ponto, enquanto aqueles com menor tempo recebem, proporcionalmente, frações de ponto. Para cada ano após um ano de espera recebe-se 0,5 ponto. Esta parte do esquema reflete a idéia de que todos devem ter a chance de receber um transplante.

Em segundo lugar, os pacientes recebem pontos – de 0 a 10 – correspondentes ao número de antígenos compatíveis (ou, talvez, de incompatibilidades não observadas). Essa parte do esquema abriga considerações ligadas à eficiência.

Em terceiro lugar, os pacientes recebem 4 pontos por um alto “quadro de formação de anticorpos”. (...) Conceder pontos extras àqueles pacientes que têm a má sorte de serem incompatíveis com a maioria dos rins abriga considerações de equidade. Esses mesmos pacientes também tendem a acumular pontos pelo fato de estarem na lista de espera. Na medida em que marcam pontos pela presença de antígenos, suas chances de serem selecionados é virtualmente aumentada *se* aparecer um rim compatível. (Note-se, contudo, que quanto mais pontos os pacientes adquirem pela formação de anticorpos, maior é o *se*).⁹⁸

⁹⁸ *Ibidem.*, p. 36-37. Tradução livre. O autor explica, ainda, que “O sistema de pontos é usado em três níveis: nacional, regional e local. Uma lista de espera nacional é usada para verificar quando houver um paciente que tem perfeita (seis-antígenos) compatibilidade com um rim que se torne disponível. Caso haja algum, o paciente automaticamente recebe o rim, mesmo que ele tenha que ser transportado de Seattle a Miami. Para compatibilidades menos que perfeitas, é utilizada uma lista regional. Algumas vezes, entretanto, a equipe de transplantes que

O estabelecimento de critérios para a alocação de bens escassos orienta-se pela busca de uma maior racionalidade quando da necessidade de distribuição de tais bens. No ponto, porém, Elster observa que a alocação de rins não é uma “questão de vida ou morte”, pois os pacientes podem continuar vivendo desde que se submetam, periodicamente, a sessões de hemodiálise, o que não ocorre, por exemplo, nos casos de transplante de coração ou de fígado.⁹⁹

Quanto ao *acesso ao ensino superior*, no Brasil, a admissão é seletiva, meritocrática,¹⁰⁰ diferentemente do sistema vigente na sociedade norte-americana, onde o acesso ao Ensino Superior é aberto, e confere ampla autonomia às instituições para estabelecerem os critérios específicos de admissão.¹⁰¹ Assim, Elster compreende que cada candidato, conhecedor de suas habilidades e dos critérios de admissão das instituições, procurará a escola que

extrai os rins do doador pode optar por reter um deles para pacientes da lista local. O uso de listas locais pode tocar a eficiência, tanto positivamente (criando incentivos para órgão obtenção) quanto negativamente (diminuindo as chances de ser encontrada boa compatibilidade). Listas locais também podem ter um impacto negativo sobre a equidade, ao adicionar ‘má sorte geográfica’ à má sorte médica que mencionei anteriormente.” Ibidem, p. 38. Tradução livre.

⁹⁹ Ibidem, p. 35. Mais adiante, ainda, o autor esclarece que, nas hipóteses de alocação deste órgãos, a concessão ou não do bem não se sujeita a uma variação entre eficiência e equidade, de modo que se identifique, para cada caso concreto, a razoabilidade da necessidade em questão, mas, sim, transita entre a eficiência e a *ética médica*, o que o autor chama de “norma de compaixão”, deixando, pois, ao livre-arbítrio do médico a decisão acerca de quem receberá ou não o benefício da doação: “O que diminui o uso mais eficiente desses órgãos não é o princípio de que todos aqueles que precisam de um órgão deveriam ter uma chance razoável de conseguir um, mas a inclinação natural dos médicos para dar um órgão ao paciente que mais precisar dele.” Ibidem, p. 38. Traduzimos.

¹⁰⁰ Mediante o concurso vestibular.

¹⁰¹ Elster explica que em Stanford, por exemplo, há uma lista de critérios para admissão no ensino superior, na qual figuram “desempenhos pessoais fora da sala de aula em um amplo leque de opções, incluindo atividades acadêmicas, artes criativas e performáticas, serviço comunitário e liderança, atletismo e outras áreas extracurriculares.” Em seguida, acrescenta que, em determinadas instituições de ensino, “desempenhos acadêmicos são contrapostos a deficientes, membros de uma minoria e desvantagem econômica geral. Enquanto Stanford talvez admita um candidato com uma marca acadêmica medíocre (pelos padrões de candidatura de Stanford), se ele ou ela tem reconhecimento nacional como um violinista, a Universidade de Califórnia em Los Angeles talvez faça o mesmo caso o candidato venha de uma família humilde, ou tenha origem negra ou hispânica.” Apesar de tais critérios, Elster esclarece que Corte norte-americana decidiu pela inconstitucionalidade das cotas raciais, consignando que, embora ser membro de uma minoria conte como um “plus” no momento da admissão, tal na deveria ser um critério decisivo. Ibidem, p. 46-47. Tradução livre.

perceba ser aquela em que melhor se enquadrará.¹⁰² Também, o texto do autor traz interessante citação acerca do funcionamento do sistema alemão de admissão, o qual não é nem seletivo nem meritocrático, mas de *enquadramento* (*placement system*, na terminologia de Hofstee), o que pode trazer problemas caso as instituições disponíveis variem de acordo com sua qualidade, ou, o que é mais comum, com sua procura. É uma informação que tem sua relevância para a compreensão das próprias razões de decidir do julgado *numerus clausus*, visto anteriormente. A citação é extensa, mas vale a pena conferir as palavras do autor a respeito:

[*Placement*] é utilizado em certas circunstâncias não-seletivas, nas quais o número total de vagas universitárias disponíveis no nível federal é suficiente para admitir todos os candidatos, embora a demanda exceda a oferta em *algumas* universidades, devido ao contingente fixo de admissão. Se nem todos os candidatos podem ser admitidos na universidade de sua escolha, o Órgão Central para a Alocação de Vagas no Ensino Superior encaixa-os em outra universidade. Os critérios utilizados neste (computadorizado) processo de distribuição são todos não-acadêmicos. Primeiramente, candidatos não habilitados são [também] admitidos; depois, aqueles cujo cônjuge ou crianças já moram no local em questão; em seguida, aqueles candidatos que – devido a problemas de saúde, responsabilidades sociais ou dificuldades econômicas – podem demandar uma ‘consideração privilegiada de sua primeira preferência’; e, finalmente, estudantes que escolham ficar com seus pais e aqueles que querem estudar em uma universidade mais próxima. Após a seleção tomando por base esta fórmula, todos os outros candidatos à universidade em questão são considerados para eventuais vagas remanescentes. Os candidatos podem listar até cinco universidades adicionais, em ordem de preferência, a fim de facilitar o processo de enquadramento caso sua primeira opção não possa ser atendida. Se nenhuma de suas preferências puder ser satisfeita, o Órgão Central seleciona uma universidade não explicitamente mencionada na candidatura, valendo-se da distância espacial até a universidade preferida como um critério de seleção. Matérias envolvidas neste processo de enquadramento são geologia, ciência da computação, economia e direito.¹⁰³

A contribuição de Elster é relevante por visualizar a necessidade de alocação de recursos nas mais variadas circunstâncias de vida. A preocupação crucial, em questões alocativas, é que todos tenham iguais condições de acesso aos bens escassos, para que, a partir de requisitos *pré-definidos*, um sujeito possa legitimamente ter preferência em relação a outro que disponha de *igual direito*, mas que não possa exercitá-lo *de imediato*. Assim é que o autor expõe os dificultosos critérios que envolvem a alocação de bens *naturais*, os como é o caso da doação de órgãos; de bens *artificiais*, como é o caso das vagas no ensino

¹⁰² Trata-se de uma espécie de “auto-seleção”, nas palavras do autor. Ibidem, p. 44.

¹⁰³ SCHMIDT, V., **Local Justice in West Germany**, *apud* ELSTER, ob. cit., p. 43-44.

superior e das dispensas do serviço militar obrigatório, e de bens *imateriais*, como o tempo, enquanto critério determinante para a distribuição das tarefas de casa entre marido e mulher ou para a persecução penal¹⁰⁴.

A *possibilidade financeira* é o fundamento correlato à impossibilidade de satisfação das necessidades humanas em virtude da escassez de recursos relacionados ao orçamento. Em outras palavras, é a limitação de dinheiro, propriamente, que conduz a idéia de impossibilidade financeira à condição de fundamento da reserva do possível. Com efeito, aqui o plexo de recursos destinados à satisfação das necessidades humanas é mais estreito, abrangendo, especificamente, dinheiro. E a questão não pode ter sua importância diminuída, pois, de fato, as necessidades humanas dependem, fundamentalmente, da alocação de recursos financeiros para a sua satisfação.

Com efeito, a execução de políticas públicas, destinadas à satisfação das necessidades humanas, envolve o manejo dos recursos advindos da arrecadação tributária. Precisamente em virtude dos recursos financeiros serem escassos, limitados, é que há todo um sistema orçamentário destinado à composição entre arrecadação e despesas.¹⁰⁵

Partindo do pressuposto de que o argumento da reserva do possível é levantado em processos judiciais, quando, então, o que está em jogo é a concessão ou não de direitos assegurados positivamente, ganha relevo a tese de que todos os direitos têm um custo, um custo financeiro, para serem garantidos naquilo que dependem de atuação estatal. E esta atuação estatal será mais ou menos expressiva quando se trate dos direitos *de liberdade*, ou dos direitos *prestacionais*.

¹⁰⁴ A hipótese da limitação de tempo para a persecução penal encaixa-se no problema de alocação de *espaço prisional* listado pelo autor, de modo que a necessidade de serem escolhidos os casos que serão investigados e julgados por primeiro guarda relação direta com a disponibilidade de vagas nos estabelecimentos prisionais. Crimes mais graves poderiam ter seu julgamento precedido em relação aos de menor gravidade. O problema fundamental, segundo Elster, seria identificar *quais* seriam esses crimes mais graves, e *como* eles deveriam ser tratados. Assim, os estabelecimentos prisionais viram-se obrigados a fixar algumas medidas para resolver o problema de superlotação, tais como concessão de créditos aos detentos de boa conduta, diminuindo seu tempo na prisão. Cf. ELSTER, ob. cit., p. 55-56.

¹⁰⁵ LOPES, **Em torno da “reserva do possível”**, p. 179.

A tese de que todos os direitos são *positivos*, ou seja, têm um custo financeiro para serem satisfeitos, o que, por consequência, implica na alocação de recursos públicos, é defendida na multicitada obra “O Custo dos Direitos”, de Cass Sunstein e Stephen Holmes.¹⁰⁶ Neste trabalho, os autores procuram demonstrar, com base no sistema jurídico norte-americano, que a distinção entre direitos positivos e negativos é superada pelo fato de que tanto uns quanto outros demandam a alocação de recursos públicos para serem assegurados.¹⁰⁷ Direitos individuais e liberdades dependem de vigorosa atuação estatal.¹⁰⁸ Tanto os direitos de liberdade quanto aqueles característicos do Welfare State têm custos públicos. Os autores não só focam o custo dos direitos enquanto demandados no Judiciário, mas, também, o custo que assumem no dia-a-dia.¹⁰⁹

Para tanto, os autores valem-se de alguns exemplos.¹¹⁰ O direito à liberdade de imprensa, por exemplo, exige uma produção legislativa que torne efetiva sua proteção jurisdicional. *A priori*, essa produção legislativa consome recursos públicos destinados à manutenção da estrutura física do Parlamento, ao pagamento dos parlamentares, aos custos de publicação posterior das normativas, etc. Nesta cadeia, também a proteção jurisdicional dos direitos – sejam de liberdade, sejam prestacionais – exige investimentos de recursos públicos (*a public system of litigation*). A manutenção da estrutura burocrática do Judiciário, o pagamento dos salários dos juízes, também somente são possíveis em virtude

¹⁰⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Holmes. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes.** New York/London: W. W. Norton & Company, 1999.

¹⁰⁷ “Se direitos fossem meras imunidades em face da interferência pública, a maior virtude do governo (até onde concerne o exercício de direitos) seria a paralisação ou a deficiência. Mas um Estado deficiente não pode proteger liberdades pessoais, mesmo aquelas que parecem totalmente ‘negativas’, como o direito de não ser torturado por oficiais de polícia e guardas penitenciários. Um Estado incapaz de providenciar periodicamente visitas às celas e prisões por doutores pagos pelo contribuinte (...) é incapaz de efetivamente proteger o encarcerado de torturas e agressões. Todos os direitos têm um custo porque todos os direitos pressupõem efetivos equipamentos de supervisão para monitoramento e coerção suportados pelos recursos do contribuinte.” Tradução livre. Ob. cit., p. 44.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 14.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 20.

¹¹⁰ Extraídos de um rol de direitos os quais, à primeira vista, não exigem o investimento de recursos públicos para serem satisfeitos: direito à escolha da profissão, direitos do consumidor, direito de testemunho, direito contra a auto-incriminação, direito à mudança de nome, direitos autorais, direito à não discriminação em razão de opção sexual ou raça, liberdade de testamento, direito ao casamento e ao divórcio, entre outros. Ob. cit., p. 37-39.

da alocação de recursos públicos.¹¹¹ O direito de propriedade – e este é particularmente enfatizado pelos autores – também é um exemplo. Sunstein e Holmes sustentam que a segurança para a aquisição e manutenção da propriedade depende, primariamente, da habilidade do governo em extrair recursos da população e aplicá-los para este propósito.¹¹² Assim é que os autores mostram as diferentes frentes em que o governo atua para a proteção deste direito: a produção do direito positivo que regerá o instituto da propriedade; a ação policial estatal que previne ou reprime a intervenção ilegal do sujeito não-proprietário; a estrutura burocrática necessária para o registro de aquisição e transmissão da propriedade; o financiamento dos recursos humanos que dão exequibilidade àquelas instituições.¹¹³

A tese de que todos os direitos têm custo encontra-se ligada à lógica de arrecadação e redistribuição de recursos. Ou seja, toda a estrutura burocrática, jurídico-positiva e humana capaz de tornar efetiva a fruição de um direito, seja ele de liberdade, seja ele prestacional, tem, em alguma medida, um custo financeiro que é arcado pelos recursos arrecadados do contribuinte (*taxpayer*).¹¹⁴ Se o consumo de recursos públicos, no caso dos direitos *de igualdade* (ou prestacionais, em nosso contexto), é explícito, no caso dos direitos *de liberdade* (ou de defesa) o dispêndio de recursos não aparece de antemão. Todo modo, sugerem Sunstein e Holmes que os contribuintes possibilitam, materialmente, e

¹¹¹ Daí a afirmação dos autores: “Nenhum sistema jurisdicional pode operar em um vácuo financeiro. Nenhuma instância do Judiciário pode funcionar sem receber regularmente injeções de dólares dos contribuintes para financiar seus esforços em disciplinar violações públicas ou privadas a direitos, e quando aqueles dólares não vierem, direitos não podem ser vindicados. Para além do fato de que a cogência dos direitos depende da vigilância judicial, direitos custam, no mínimo, o que custa para recrutar, treinar, suprir, pagar e (em retorno) monitorar a custódia judicial de nossos direitos.” Ob. cit., p. 45. Tradução livre.

¹¹² É a idéia de redistributividade dos recursos arrecadados, conforme se verá mais adiante, e que dá sustentação à tese de que, em alguma medida, fatalmente todos os direitos têm custo. Ob. cit., p. 61.

¹¹³ Nessa linha, os autores continuam seu raciocínio afirmando que nem o modelo que se proponha ser o mais liberal possível dispensa a intervenção financeira estatal para sustentarse. Explicam que os Governos “fazem isso, por exemplo, ao ajustar as taxas de câmbio da oferta nacional contra moedas estrangeiras, ao interferir em monopólios competitivos, ao construir pontes e estradas, e ao financiar o treinamento direcionado de futura força de trabalho.” Ob. cit., p. 69. Traduzido.

¹¹⁴ Daí os autores referirem-se aos juízes, por exemplo, em dada passagem do texto, como “*taxpayer-salaried judge*” (Ob. cit., p.45).

em última análise, o exercício tanto de uns quanto de outros, mediante a justa alocação, pelos agentes políticos, de tais bens para a realização de políticas públicas.

Desse modo, a composição entre receitas e despesas deve ser equilibrada de maneira que, por um lado, não implique em tributação excessiva dos contribuintes, e, por outro, resulte em justa e eficiente alocação dos recursos escassos. Isso porque, é forçoso admitir, não se pode conceber que o Estado possa suportar despesas ilimitadamente.¹¹⁵ A distribuição organizada dos recursos é uma evidência de que os bens disponíveis e disponibilizáveis são limitados. E este é, também, o fato que dá fundamento ao planejamento orçamentário.

Canotilho complementa o pensamento de Holmes e Sunstein, dizendo que “Existe uma relação indissociável entre direitos económicos, sociais e culturais e direitos, liberdade e garantias. Se os direitos económicos, sociais e culturais pressupõem a ‘liberdade’, também os direitos, liberdades e garantias estão ligados a *referentes* económicos, sociais e culturais”. É o que o autor chama de paradigma da *liberdade igual*, a qual aponta para uma *igualdade real*, “o que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens económicos, sociais e culturais.” E a “liberdade igual torna indispensável uma tarefa de distribuição/redistribuição dos ‘bens sociais’”.¹¹⁶

A efetividade do direito fundamental social à educação, por exemplo, exige gastos públicos para: construir as escolas, pagar os salários dos professores, comprar o material escolar para os alunos, manter a limpeza e segurança do estabelecimento de ensino... Este é um exemplo de como a efetividade dos direitos fundamentais sociais custa dinheiro. E mais: tendo em conta que as

¹¹⁵ Eis a advertência de José Reinaldo de Lima Lopes: “Da maneira como aparece aos leigos, porém, este saldo, sendo saldo público, não tem dono e tampouco limites. Essa impressão é compreensível, visto que o Estado, por definição, tem uma certa imortalidade como diziam os antigos, e goza de uma presunção de solvência. Traduzindo em termos banais: não morre nem vai à falência. Por isso mesmo, tem-se a impressão de que não há limites para o endividamento do Estado. Se a isso somar-se a falta de punição política e jurídica a quem não cumpre tais limites, é fácil perceber que realmente parece não haver limites e que do ponto de vista meramente orçamentário tudo seria possível.” LOPES, ob. cit., p. 180.

¹¹⁶ CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 480.

necessidades humanas são ilimitadas, é necessário ter em mente que os direitos fundamentais sociais são “direitos de satisfação progressiva”, para usar a terminologia de Clèmerson Clève, no sentido de que é inviável a sua realização integral, posto que se encontra estreitamente ligada à riqueza interna do país (PIB), com o que, impõe-se a necessidade de um planejamento orçamentário que torne possível a realização contínua e progressiva dessas prestações.

Valhamo-nos das palavras do autor:

...esses direitos são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito) pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos. Mais do que isso, a realização desses direitos pressupõe a existência de uma bem elaborada peça orçamentária, mecanismo através do qual o Estado maneja os recursos públicos ordenando as prioridades para a despesa uma vez observada a previsão da receita.¹¹⁷

Finalmente, a *possibilidade técnica* configura restrição caracterizada pelas limitações científicas e tecnológicas da evolução humana. Impõe restrições ao atendimento das necessidades humanas por dois ângulos diversos. Primeiro, e por um lado, se considerarmos que a falta de tecnologia impede a satisfação de uma necessidade, como é o caso, por exemplo, da inexistência de cura para a AIDS. O avanço tecnológico não consegue alcançar o rápido desenvolvimento e mutação de determinadas doenças, levando à existência de uma reserva do tecnicamente possível. E segundo, por outro lado, a evolução tecnológica também pode, em determinado momento, obstar a satisfação de necessidades quando, seja pela grande procura¹¹⁸, seja pelos custos para sua execução, não puder ser de acesso fácil àqueles que dele precisem. Com relação à grande procura, exemplo são os serviços médicos, cuja oferta limitada acaba delimitando o número de pessoas que a eles terão acesso. E quanto aos custos de execução, um exemplo é a instalação e manutenção de laboratórios de informática em

¹¹⁷ CLÉVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 14, n. 54, jan-mar/2006. p. 32.

¹¹⁸ Cf. AMARAL, Gustavo. Há direitos acima do orçamento? *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 101.

escolas da rede pública de ensino, o que pode ser dispendioso a ponto de limitar a fruição da tecnologia informática a apenas alguns estabelecimentos de ensino, ao menos temporariamente.

Este é um paradoxo inerente à tensão entre os benefícios proporcionados pela novidade tecnológica, e as restrições que essa mesma novidade acarreta pelo fato de ser procurada por um número cada vez maior de pessoas, sem, contudo, acompanhar satisfatoriamente a demanda. Evidentemente, tal dilema não deve ser impedimento para avançar em estudos que otimizem a qualidade de vida dos sujeitos, pelo contrário: o incentivo à pesquisa científica em torno de formas mais eficazes e universais de distribuição dos recursos escassos, inclusive das próprias tecnologias, deve receber atenção especial dos órgãos responsáveis pelo seu fomento.

1.2.3 Possibilidade jurídica

Num contexto em que a participação do Estado na economia ainda é forte, e onde os mais variados setores da sociedade reclamam a aplicação de recursos públicos escassos (saúde, educação, moradia, meio-ambiente, cultura, esportes), a existência de regras de ordem orçamentária é pressuposto da aplicação coerente e ordenada daquelas riquezas. Há setores que são privilegiados em relação a outros, por sua relevância para o alcance da autonomia pública e privada pelos cidadãos. A lei – entenda-se, aqui, também, a Constituição – consubstancia a idéia de que a distribuição de recursos deve ser feita dentro de uma reserva do possível, mas não ignora que determinadas áreas demandam um investimento regularmente mínimo de recursos, o que é vinculante para os agentes responsáveis pela composição do orçamento. A destinação mínima está assegurada constitucionalmente, muito embora, anote-se, nem sempre seja

sinônimo de “correspondência entre dispêndios compulsórios e uma desejável eficiência administrativa”.¹¹⁹

E a fiel observância de tais parâmetros mínimos é decisiva não apenas para pautar as despesas, mas, também, para limitar a arrecadação. Um exemplo pode ser colhido do julgamento do RE n.º 500.171. Neste processo, a Universidade Federal de Goiás pretendia instituir taxa de cobrança de matrícula dos novos alunos. Pontuou que a arrecadação era relevante para que se garantisse a permanência de alunos carentes na universidade, mediante custeio de despesas com bolsa, transporte, alimentação e moradia para os alunos carentes. O pedido restou indeferido pelo relator Min. Ricardo Lewandowski, o qual ressaltou que a Constituição já determina o quanto a União deve investir, anualmente, em educação (18%), de modo que aqui já devem estar contidos os recursos destinados às despesas mencionadas pela Universidade.¹²⁰ O julgamento resultou na súmula vinculante n.º 12, fixando a inconstitucionalidade da cobrança de taxa de matrícula por universidades públicas, em face do art. 206, IV da Constituição Federal.

Vejamos, pois, em que consiste a possibilidade jurídica enquanto fundamento da reserva do possível, nos termos aqui propostos.

Segundo o magistério de Ricardo Lobo Torres, é um Estado de Planejamento “O Estado Orçamentário, que pelo orçamento fixa a receita fiscal e patrimonial, autoriza a entrega de prestações de educação, saúde, seguridade e transportes e orienta a promoção do desenvolvimento econômico, o equilíbrio da economia e da distribuição de renda.”¹²¹ Em acordo com esta orientação, o funcionamento do Estado brasileiro é pautado sobre um sistema orçamentário

¹¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Novo Papel do Estado na Economia. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. p. 116.

¹²⁰ Em voto divergente, porém acompanhado da minoria dos membros da Corte, a Min. Cármen Lúcia defendeu a constitucionalidade da cobrança, sob o fundamento de que o acesso à educação também é de responsabilidade de toda a sociedade, e que da contribuição em questão poderiam ficar isentos aqueles que comprovadamente não pudessem pagá-la. Processo principal: RE 500171, julgado em conjunto com os REs 542422, 536744, 536754, 526512, 543163, 510378, 542594, 510735, 511222, 542646, 562779, todos sobre o mesmo tema. Fonte: www.stf.gov.br/noticias. Acesso em: 13 ago. 2008.

¹²¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**, vol. 5: O Orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 77.

construído constitucionalmente, no qual são fixados critérios de arrecadação e de distribuição de recursos, e também de controle sobre esta atividade, tendo como fim último o alcance dos objetivos traçados para o alcance do desenvolvimento nacional. Nesse sentido, tal qual coloca Fernando Facury Scaff, o sistema orçamentário brasileiro é estruturado como uma espécie de funil, no sentido de que há uma norma maior e fundamental, abrangente e que fixa os critérios orçamentários gerais, e, na seqüência, outras normas dão continuidade àquela lógica orçamentária, de modo que ano a ano as diretrizes de gastos e investimentos “possam ser melhor delimitadas e implementadas, de conformidade com as receitas que forem obtidas e com o melhor detalhamento dos projetos a serem desenvolvidos.”¹²²

A norma fundamental e que traz as grandes diretrizes de despesas e investimentos dos recursos é a Constituição. Nesse aspecto, para além da seção que cuida do orçamento, há outros artigos que contemplam a lógica de distribuição racional de recursos:

Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:

II – vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I;

...

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

...

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

...

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro desemprego, serão destinados ao setor da saúde.

¹²² SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 154.*

Dando continuidade à idéia de afinilamento do sistema orçamentário, e já partindo para o plano normativo infraconstitucional, Scaff pontua que, em seguida à Constituição, a norma abrangente que aponta diretrizes para as despesas públicas é o Plano Plurianual – PPA.¹²³ O Plano Plurianual, de iniciativa do Poder Executivo, estabelecerá, nos termos do art. 165, § 1.º, da Constituição, de “forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.” Por esta lei, o Executivo fixa as normas básicas para o seu governo, para o período de quatro anos.¹²⁴

Depois do PPA, e em consonância com este, será elaborada a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO. Nos termos do art. 165, § 2.º da Constituição, a LDO:

compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Finalmente, e na seqüência, a Lei Orçamentária Anual completará o objetivo das duas leis anteriores. Com prazo certo de vigência de um ano, regerá todas as despesas governamentais para este período. Compreenderá três documentos integrados, nos termos do art. 165, § 5.º, I – III da Constituição:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder público.

¹²³ Ibidem, idem.

¹²⁴ TORRES, **Tratado...**, p. 80.

No que toca às leis orçamentárias, defende-se que não seriam vinculantes para sua execução pela Administração.¹²⁵ Seriam simples autorização do Parlamento ao Executivo, por não conterem nenhuma regra jurídica, ordem ou proibição.¹²⁶ Nada obstante, admite-se que as emendas constitucionais que trouxeram vinculações no âmbito das prestações de educação e de saúde pelo Estado enfraqueceram este argumento.¹²⁷ Dentre tais normativas, podemos mencionar as seguintes:

A Emenda Constitucional n.º 14/1996 cuidou de *i*) admitir a intervenção federal nos estados, quando por estes não for aplicado o mínimo exigido das receitas dos impostos estaduais destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 34, VII, *e*); *ii*) determinar que é dever do Estado tanto o ensino fundamental obrigatório e gratuito, sendo assegurada sua oferta a todos que a ele não tiverem acesso na idade própria, quanto a progressiva universalização do ensino médio gratuito (art. 208, I e II); *iii*) estabelecer a quais fases da educação cada ente federativo dará prioridade, cabendo à União financiar o ensino federal e exercer função redistributiva de recursos e supletiva em relação aos demais entes federativos, quando necessário (art. 211, § 1.º); aos Municípios atuar prioritariamente na educação fundamental e infantil (art. 211, § 2.º); e aos Estados e Distrito Federal atuar prioritariamente na educação fundamental e ensino médio (art. 211, § 3.º); *iv*) fixar a fonte adicional básica de financiamento da educação pública básica, proveniente da contribuição do salário-educação (art. 212, § 5.º); e *v*) determinar que, nos dez primeiros anos de vigência da emenda, no mínimo sessenta por cento dos recursos delimitados na forma do art. 212, e destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino, sejam aplicados na universalização do seu atendimento e na remuneração condigna do magistério (art. 60 do ADCT), dentre outras questões condizentes à distribuição e à aplicação destes recursos (parágrafos 1.º a 7.º do mesmo artigo).

¹²⁵ Cf. TORRES, **Tratado...**, p. 81-98.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 94, na esteira de Laband.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 97.

A Emenda Constitucional n.º 53/2006 também impõe vinculações no âmbito da educação, e traz algumas modificações ao já fixado pela EC n. 14/96. Estabelece que *i)* é direito dos trabalhadores urbanos e rurais assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas (at. 7.º, XXV); *ii)* compete aos Municípios manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental (art. 30, VI); *iii)* é princípio do ensino o piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal (art. 206, VIII); *iv)* é dever do Estado garantir a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade (art. 208, IV); *v)* a educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular (art. 211, § 5.º); *vi)* a educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei (art. 212, § 5.º); *vii)* as cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino (art. 212, § 6.º); e, modificando o art. 60 do ADCT, *viii)* acrescenta mais quatorze anos, contados da data da publicação da Emenda, e observados os efeitos da Emenda n.º 14/96, à destinação de parte dos recursos previstos no art. 212 para a manutenção e desenvolvimento da educação básica, pagamento de salários condignos aos professores, bem como fixa normas para a distribuição de recursos mediante o FUNDEB – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, e outras normas de arrecadação, distribuição e controle.

Já no âmbito da saúde, a Emenda Constitucional n.º 29/2000 trouxe significativos acréscimos e alterações: *i)* completou o art. 34, VII, *e*, admitindo a intervenção quando a aplicação mínima não for observada também nos serviços públicos de saúde; *ii)* admitiu também a intervenção estatal nos municípios, sob as mesmas circunstâncias daquelas previstas no art. 34, VII, *e*; *iii)* estabeleceu as bases de cálculo sobre as quais incidirá a porcentagem a ser aplicada,

anualmente, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em ações e serviços públicos de saúde (art. 198, § 2.º) e outras normas procedimentais; e *iv*) acrescentou o art. 77 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelecendo o patamar mínimo de recursos a serem aplicados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde, até o exercício de 2004, sendo que na ausência da lei complementar referida no art. 198, § 3.º (que estabelece percentuais, critérios de rateio, normas de fiscalização, avaliação e controle de despesas e normas de cálculo), a partir do exercício financeiro de 2005 valem as normas desse mesmo art. 77 do ADCT (art. 77, § 4.º).

Isto posto, tem-se que a possibilidade jurídica, que dá fundamento à reserva do possível, é o instrumental normativo que reconhece a limitação fática de recursos para o fornecimento das prestações estatais e, nesse sentido, impede que as necessidades humanas sejam satisfeitas indefinidamente, precisamente em razão dos parâmetros de despesas fixados constitucionalmente, e que colocam um teto, um limite para o dispêndio dos recursos escassos. Nas palavras de Ingo Sarlet, “Negar que apenas se pode buscar algo onde algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real.”¹²⁸ Com efeito, a limitação de recursos existe e não pode ser negada. Não é possível atender às necessidades de todas as pessoas simultaneamente, e por isso torna-se fundamental a criação de instrumentos destinados à composição entre os bens arrecadados e os bens distribuídos. Tais instrumentos devem ter sido criados por entes legítimos para representar os interesses dos destinatários daquela justa distribuição. O direito é um instrumento para a administração da escassez daqueles recursos escassos, e daí a proximidade entre direito e economia. Nas palavras de Carnellutti, “quanto mais economia, mais direito.”¹²⁹

¹²⁸ SARLET, **A eficácia...**, p. 372.

¹²⁹ Cf. NUSDEO, *ob. cit.*.

1.2.4 Possibilidade política

Conforme apontado, a Constituição estabelece metas prioritárias, objetivos fundamentais, que buscam o alcance da igualdade material dos cidadãos, a fim de promover e preservar a dignidade da pessoa humana, obrigando as autoridades públicas em sua exectoriedade.¹³⁰ As despesas públicas serão necessárias para que se dê cumprimento a esses comandos constitucionais, através das políticas públicas.

Tem-se, pois, que o comando constitucional fixa o que se deve fazer. Às autoridades públicas cabe a sua realização, dentro dos parâmetros constitucionalmente estabelecidos, agregada ao compromisso de efetividade dos direitos fundamentais. É o que pondera Clèmerson Merlin Clève:

O que já está definido (está-se a referir aos direitos, princípios e objetivos). O como (como satisfazer os direitos, princípios e objetivos fundamentais), esta, sim, é matéria residente no âmbito de decisão de natureza política. Alguns buscarão técnicas com determinada fisionomia, outros preferirão mecanismos dotados de natureza diversa. Mais intervencionista ou menos intervencionista, esses mecanismos decorrem de políticas que terão como compromisso último a satisfação dos direitos fundamentais, a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil e, ao mesmo tempo, o respeito aos princípios fundamentais.¹³¹

Cumprir observar, porém, que essa vinculação das autoridades às diretrizes constitucionalmente estabelecidas não significa que os atos da administração estejam inteira e previamente determinados, mas sim que os poderes constituídos deverão cumprir as normas previstas na Carta Maior,¹³² e de acordo com seus preceitos agir, em respeito ao Estado de Direito constitucional e ao princípio da supremacia da Constituição.

¹³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002. p. 241. Nas palavras da autora, “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.”

¹³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais.** Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441, acesso em 25/08/06.

¹³² BARCELLOS, ob. cit., p. 240.

Nesse passo, as autoridades públicas têm diante de si uma escolha¹³³ a fazer, pois as necessidades existem, mas não há como atender integral e concomitantemente a todas, em face da escassez dos recursos disponíveis. A questão, portanto, torna-se extremamente complexa, pois a decisão a ser tomada exige o estabelecimento de prioridades e a utilização de critérios que mudarão caso a caso, de região para região, notadamente em termos brasileiros, em que existe grande discrepância sócio-econômica nas diferentes regiões do país. Há de se decidir, por exemplo, por que investir na melhoria da estrutura de escolas da rede pública, e não em programas de promoção de vacinação das crianças no município; por que adquirir remédios essenciais que não constem na lista do SUS, em lugar de investir na pesquisa científica sobre dadas doenças.

Assim, conforme oportunamente sintetizado por Gustavo Amaral, existe o *direito*, impõe-se a *escassez* e são necessárias as *escolhas trágicas*.¹³⁴

Em razão dessa atuação discricionária do administrador e do legislador, é importante apontar que há uma diferença entre a inexistência decorrente da *falta* propriamente de recursos, e aquela decorrente de *escolhas políticas* que os alocaram¹³⁵ para outras prioridades.

As necessidades públicas demandam a utilização de meios materiais que viabilizem a sua realização. Tal qual se tem dito, esses meios são finitos, implicando na realização de escolhas quanto à sua alocação. A limitação de riquezas, em alguns casos, está ligada às decisões dos responsáveis por sua arrecadação e destinação; em outros, contudo, ocorre em razão da impossibilidade de maior oferecimento do bem em questão.

É a doutrina de Jon Elster:

¹³³ A escolha é uma racionalidade que fatalmente impõe-se num contexto de escassez de recursos: “A necessidade de escolher decorre do confronto entre os desejos, potencialmente ilimitados, do agente econômico e as restrições que enfrenta.” RODRIGUES, ob. cit., p. 14.

¹³⁴ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹³⁵ O Estado alocador de recursos, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, atua em duas frentes: “uma externa (ou política), através de políticas sociais voltadas aos segmentos assistidos, e outra, interna (ou administrativa), que se executa através dos orçamentos públicos, na distribuição dos meios financeiros entre entes e órgãos.” MOREIRA NETO, **O Novo Papel do Estado na Economia**, p. 107.

Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para todos. A escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase-natural, ou artificial. A escassez-natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. Pinturas de Rembrandt são um exemplo. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. As reservas de petróleo são um exemplo, a disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante é outra. A escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto de satisfação, apenas por condutas não coativas dos cidadãos. A oferta de crianças para adoção e de espermatozoides para inseminação artificial são exemplos. A escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto de satisfação. A dispensa do serviço militar e a oferta de vagas em jardim de infância são exemplos.¹³⁶

Em face das ponderações do autor, nota-se que a escassez pode ser natural ou artificial. Será natural, em maior ou menor grau, quando o bem desejado for limitado por razões alheias à vontade do agente político, como mostram os exemplos das pinturas de Rembrandt, das reservas naturais e da doação de órgãos para o atendimento dos que deles necessitem. Por certo que, nesses dois últimos casos, poderá haver um esforço dos poderes competentes no sentido de realizar pesquisas para buscar recursos alternativos que diminuam os impactos da escassez de bens. No caso da escassez de petróleo, o desenvolvimento de técnicas para obtenção de energia a partir de outras fontes (como o combustível de óleo de soja, no caso brasileiro) aponta uma solução; e, no caso da doação de órgãos, políticas de incentivo à conscientização dos cidadãos no sentido de colaborar com a saúde do próximo certamente também ajudam a minimizar o problema da escassez de recursos.

Já no que toca à escassez artificial, esta, segundo o autor, decorre de “vontade política”. Em outras palavras, a decisão do legislador por destinar para, e a escolha do administrador de investir em uma determinada prioridade social os recursos públicos, é o que caracterizaria o nível de atendimento das necessidades sociais. A falta de recursos se imporá em face da proteção dos bens jurídicos não por conta da sua inexistência no mundo fático, mas em razão da opção feita pela autoridade pública.

¹³⁶ ELSTER, *Local Justice*, p. 21-22.

Assim, especificamente no caso da apontada escassez artificial, nota-se que a escolha da autoridade pública é que será decisiva no atendimento ou não de um bem jurídico constitucionalmente protegido (saúde, educação, moradia), na medida em que priorizar uma determinada necessidade implicará em restringir a efetividade de outra. E, aqui, tendo em vista que é a discricionariedade da autoridade pública que irá permitir a escolha pela alocação dos recursos, cabe verificar se antes de a reserva do possível ser invocada como um argumento defensivo, foram satisfeitos, ao menos, os fins considerados como essenciais pela Constituição.¹³⁷

Isso porque, muitas vezes, a escolha do administrador não é deslocada precisamente para o setor social que mais necessita da sua atuação. E as políticas orçamentárias devem ser feitas em fina sintonia com as necessidades públicas mais urgentes, levando a cabo uma redistribuição racional de riquezas, sob pena de se ter um gasto social desproporcional com determinada prioridade social.¹³⁸

Esta é uma investigação necessária porque a frustração de um direito fundamental pode decorrer não da exaustão de um determinado orçamento, mas da opção política de não se gastar dinheiro com aquele direito. Destarte, torna-se necessário distinguir o argumento da reserva do possível quanto à inexistência de

¹³⁷ Nesse sentido, BARCELLOS, ob. cit., p.242.

¹³⁸ É o que se colhe da seguinte notícia: “Os governos municipais, estaduais e federal aplicaram no ano passado cerca de R\$ 425 bilhões na área social, o maior gasto dos últimos 15 anos, mas 59% desse total foi despendido no pagamento de benefícios e transferências às famílias e só 41% foi para ações que efetivamente podem mudar a vida das pessoas. A conclusão faz parte de um estudo elaborado pelo economista José Roberto Afonso, que faz uma radiografia completa das despesas dos governos em 2005. Os dados foram extraídos dos balanços orçamentários e mostram que o gasto social brasileiro é um dos maiores da América Latina mas não tem a mesma qualidade de outros países com bons indicadores. Em proporção do Produto Interno Bruto (PIB), o gasto social chega a 21,9% no Brasil, enquanto no Uruguai é de 21%, na Argentina, 20% e no Chile, 14,8%. Nesses três países, entretanto, a maior parte dos recursos públicos são canalizados para educação e saúde, enquanto no Brasil o predomínio do gasto se dá com a Previdência Social. No ano passado, os benefícios consumiram R\$ 251,9 bilhões dos cofres públicos no Brasil, enquanto as chamadas ‘ações estruturantes’, concentradas em áreas como educação, saúde, saneamento, organização agrária e geração de emprego, não passaram de R\$ 173,1 bilhões. ‘Estamos confundindo política social com assistencialismo’, observa Afonso.” Assistencialismo leva 59% das verbas para o social. **Gazeta do Povo**. Disponível em <http://www.canais.ondarpc.com.br/gazetadopovo/brasil/conteudo.phtml?id=592534>. Acesso em 05/09/06.

bens que atendam às necessidades sociais, e quanto à “escolha alocativa procedida à revelia das normas constitucionais”.¹³⁹ Importa ressaltar que os objetivos fundamentais positivados pelos constituintes de 1988¹⁴⁰ informam o princípio da justiça distributiva, e sobre este primado espera-se que se funde a atuação não só do administrador, mas dos agentes dos três Poderes. Neste quadro, interessa discutir a atuação do Poder Judiciário quando direitos fundamentais são demandados em juízo, e a conseqüente manifestação dos julgadores a respeito, partindo-se da premissa de que os prestacionais configuram direitos subjetivos, dotados de um núcleo sindicável em juízo¹⁴¹, e sujeitos ao argumento da reserva do possível como um dado da realidade.

Entende-se, acrescente-se, que, uma vez que já se encontra positivada a legislação pertinente ao direito em questão (como é o caso do direito à saúde, por exemplo), seria o caso do julgador apenas determinar a execução de política pública já existente, já formulada, de modo que restaria afastado, aqui, o argumento de ingerência do judiciário na esfera de discricionariedade dos outros três poderes quanto à *formulação* de políticas públicas. Assim, “Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando seu cumprimento.” É imprescindível verificar se a não-prestação é resultado de uma omissão legislativa ou administrativa, ou de uma escolha administrativa de não-fornecer.¹⁴²

Impõe-se, pois, a necessidade de serem feitas escolhas políticas.¹⁴³ As escolhas políticas determinarão o que é possível, dentro de um espectro de possibilidades.

¹³⁹ OLSEN, ob. cit., p.224.

¹⁴⁰ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

¹⁴¹ Cf. BARCELLOS, ob. cit., passim.

¹⁴² Consoante relatório do Min. Gilmar Mendes na STA n.º 278-6 – AL, decisão de 22 out. 2008.

¹⁴³ No ponto, José Reinaldo de Lima Lopes desenvolve a idéia de que, muitas vezes, a obrigação não é economicamente impossível por faltarem obrigações técnicas, e sim pela

Nesse contexto de possibilidades, econômica, jurídica e política, apanhem-se algumas premissas do filósofo e economista alemão Franz Hinkelammert. Com o autor, pode-se afirmar que “o possível é o resultado da submissão do impossível ao critério da factibilidade,” tornando, assim, a política, *a arte do possível*.¹⁴⁴ Questiona-se qual seria, então, essa sociedade possível. Para descobri-la, de acordo com Hinkelammert, não se pode partir de uma ética pré-concebida, porque somente haverá um dever-ser ao se considerar o critério de factibilidade, ou seja, as possibilidades acima apontadas. Em outras palavras, somente surge o dever, a imposição de se fazer algo se essa imposição levar em conta o que é faticamente possível. Então, a melhor sociedade possível partirá da imaginação sobre a melhor sociedade concebível. E, obviamente, a sociedade possível será menor que a sociedade concebível, porque imaginária.¹⁴⁵

Segundo o autor: “O problema político não pode consistir na realização de tais sociedades perfeitas, mas sim apenas na solução de inúmeros problemas concretos no mundo”, o que evitaria, segundo Franz, as “sociedades concebidas com base em conceitos transcendentes, à luz dos quais pode-se agir, mas em direção aos quais não se pode progredir”. Assim, para Hinkelammert não há problema em se pensar numa solução baseada em conceitos transcendentes, que almeje a perfeição, pois somente tendo a perfeição em vista é que se pode pensar realisticamente como alcançar o impossível: “Sem pensar a solução em termos de perfeição, torna-se impossível a solução possível, ao passo que a ilusão empírica em relação à solução perfeita distorce e obscurece novamente o possível”. Por fim, “Como arte do possível, a política contém, portanto, *crítica à razão utópica* sem a qual não é possível estabelecê-la.” O possível não é dado, e sim algo a ser descoberto realisticamente.¹⁴⁶

necessidade de serem feitas escolhas. São decisões que tem caráter político e não jurídico. Como se tratam de questões de conveniência e oportunidade, o autor entende que tais escolhas devem ser tomadas por quem pode delas *prestar contas* às maiorias: os representantes políticos. Trata-se “[d]a doutrina da questão exclusivamente política, que permite ao tribunal constitucional rejeitar o caso por não ser adjudicável, ou seja, decidível por critérios jurídicos.” Ob. cit., p. 182.

¹⁴⁴ A expressão é de HINKELAMMERT, *Crítica à razão utópica*, p. 11.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 18.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 20.

Por isso é que as impossibilidades são experimentadas apenas quando se tem em vista a busca de determinados fins. Porque, para perseguir seus fins, o homem depara-se com as impossibilidades da realidade. E é deparando-se com essas impossibilidades que se configurará o âmbito do possível, econômica, jurídica e politicamente. Por isso é que Franz diz que esse âmbito do possível é definível subjetivamente, porque decorre especificamente da ação humana. E somente ultrapassando as limitações dessa realidade é que se poderá conhecer os limites do que é possível fazer: “transcender o possível é condição para conhecer o possível e, ao mesmo tempo, conhecer o possível é condição para poder transcender a realidade do marco do possível.”¹⁴⁷

Todas essas possibilidades permitem afirmar, com Gustavo Amaral, que a escassez não é *acidental*, mas *essencial*.¹⁴⁸ Daí, pois, a necessidade de serem fixados critérios¹⁴⁹ para a alocação desses recursos escassos. Esta, contudo, é tarefa que ultrapassa os limites do presente trabalho.

1.3 Conceito

1.3.1 A reserva do impossível

A expressão reserva do impossível foi cunhada pela primeira vez pelo Ministro Eros Grau, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.240 – BA, em maio de 2007. A expressão chamou a atenção pela semelhança com a cláusula da reserva do possível. Veja-se, pois, de que foi que se cuidou naquela ocasião.

Tratava-se de ação direta ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores, em face do Governo estadual e da Assembléia Legislativa da Bahia. A ação tinha por objeto a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual n.º 7.619 de 30 de

¹⁴⁷ Ibidem, p. 256.

¹⁴⁸ AMARAL, ob. cit., p. 147.

¹⁴⁹ Muito embora defenda-se que o fato dos direitos fundamentais serem direitos humanos positivados, e, além disso, o fato de tais direitos terem um fundamento moral de validade, dificulta a fixação de critérios objetivos e pré-positivos para a distribuição de recursos escassos ao atendimento de direitos fundamentais. Cf. AMARAL, **Direito, escassez & escolha...**, p. 151.

março de 2000, que criou o Município de Luis Eduardo Magalhães, em virtude de desmembramento dos distritos de Luis Eduardo Magalhães e Barreiras. Fundamentalmente, a criação do Município teria se dado em afronta ao art. 18, § 4.º da Constituição da República, que, com redação determinada pela Emenda Constitucional n.º 15/96, prevê que a criação, incorporação, fusão e desmembramento de município se dará dentro de prazo previsto em lei complementar federal, a qual, contudo, ainda não foi editada.¹⁵⁰ Além disso, embora haja preceito na Constituição baiana fixando referido prazo¹⁵¹, o dispositivo da constituição estadual teria sido revogado com a superveniência da EC n.º15/96. Ademais, ao contrário do que estabelece a Constituição Federal, apenas a população do Distrito de Luis Eduardo teria participado do plebiscito (e não toda a “população diretamente interessada”, no caso, abrangendo, também, a de Barreiras), o que teria ocorrido, ainda, antes da publicação de estudo de viabilidade municipal (o qual deveria ser anterior ao plebiscito, por determinação constitucional).

Em seu voto, o Min. Relator foi bastante pragmático. Primeiramente, chama a atenção para o fato de que o município já existe de fato, há mais de seis anos, tendo se estruturado politicamente, nos âmbitos administrativo e legislativo, com o respectivo gerenciamento de recursos públicos.¹⁵² Tem-se um

¹⁵⁰ Eis o teor do art. 18, § 4º: “§ 4.º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.”

¹⁵¹ Assim dispõe o art. 54, IV da Constituição da Bahia:

“**Art. 54** - Lei complementar estadual disporá sobre a criação, incorporação, desmembramento e fusão de Municípios, estabelecendo os critérios e requisitos mínimos relativos à população, eleitorado, número de domicílios e renda, observadas as seguintes condições:

[...]

IV - criação de Município somente no período compreendido entre doze e seis meses anteriores às eleições gerais para governador ou prefeito.

¹⁵² O Min. Eros Grau anota alguns desses resultados fáticos: em 19 de julho de 2001, foi promulgada a lei orgânica do Município; até maio de 2006, havia sido promulgadas mais de 200 leis municipais; foram eleitos, mediante a Justiça Eleitoral, prefeito, vice-prefeito e vereadores; foram instituídos e arrecadados tributos; vinham sendo prestados serviços públicos de interesse local; o Município vinha exercendo regulamente o poder de polícia; foram celebrados casamentos e registrados nascimentos e óbitos; eram repassados tributos federais e estaduais ao Município; a população saltara na ordem dos milhares no período de 2000 a 2005, o mesmo

ente político já consolidado na estrutura federativa, e tal fato não poderia ser ignorado. Repisa, ao longo de todo o voto, que o município criado o foi, de fato, na ausência da lei complementar a que se reporta a Constituição, e aqui residiria o caráter excepcional do nascimento do município, ocorrido, na visão do Ministro, dentro de uma situação de *exceção*¹⁵³.

A situação de exceção, conforme Eros Grau, teria sido gerada em virtude da omissão congressual em editar a norma complementar ao art. 18, §4.º da Constituição. Num primeiro momento, o contexto de *não-lei*, de *ausência normativa*, impediria que a decisão a respeito da criação do município fosse tomada. Em seguida, Eros Grau anota que a omissão legislativa configura violação a ordem constitucional, ao inviabilizar algo que a Constituição autoriza. Conclui, pois, que a exceção decorria justamente da violação. A violação, segundo Grau, causa uma *fissura* no sistema, desviando-o da normalidade, causando, assim, uma *zona de indiferença* normativa, uma “situação excepcional não prevista pelo direito positivo, porém instalada pela *força normativa dos fatos*.”

E é a força normativa dos fatos que fundamenta a tese do Ministro de que, no caso em questão, a solução adequada seria a conformação da realidade com a

ocorreu com a frota de veículos circulantes; em 2002, o Município recebeu quotas do Fundo de Participação dos Municípios no valor de R\$ 4.011.364,34 e do FUNDEF na ordem de R\$ 2.128.461,58; em 2003, foram R\$ 4.237.187, 52 do Fundo de Participação e, em 2004, R\$ 4.305.244,00 do FUNDEF. (Cf. STF, ADI 2.240 – BA, Rel. Min. Eros Roberto Grau, decisão em 09 mai. 2007)

¹⁵³ A situação de exceção referida por Eros Grau parte do desenvolvimento levado a cabo por Giorgio Agamben para a tese do *estado de exceção*, que tem como base formulações teóricas de Carl Schmitt. O estado de exceção é uma *zona de indiferença*: não está nem dentro nem fora do ordenamento jurídico. Para Schmitt, a exceção realizaria a suspensão da ordem jurídica, não se submetendo, portanto, ao direito. Contudo, apesar disso, o estado de exceção estaria sempre relacionado a um contexto jurídico. Por isso, para Schmitt, a articulação entre estado de exceção e ordem jurídica é paradoxal. Agamben coloca o paradoxo schmittiano da seguinte maneira: “Se o que é próprio do estado de exceção é a suspensão (total ou parcial) do ordenamento jurídico, como poderá essa suspensão ser ainda compreendida na ordem legal? Como pode uma anomia ser inscrita na ordem jurídica? E se, ao contrário, o estado de exceção é apenas uma situação de fato e, enquanto tal, estranha ou contrária à lei; como é possível o ordenamento jurídico ter uma lacuna justamente quanto a uma situação crucial? E qual é o sentido dessa lacuna?” (Cf. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 39) Por conta desses questionamentos, para o autor italiano é necessário ser feita uma análise prévia do conceito jurídico de necessidade, na medida em que a necessidade justifica a transgressão por meio da exceção: *necessitas legem non habet*, ou seja, a necessidade, além de não reconhecer nenhuma lei, cria sua própria lei.

interpretação constitucional. Segundo Eros Grau, o Município de Luis Eduardo, à altura do julgamento da ADI (proposta em 2000, e julgada em 2007), já havia se instalado burocraticamente como qualquer outro município, participava normalmente do sistema de arrecadação e distribuição de receitas, realizou e programara-se para realizar políticas públicas, realizou pleito eleitoral, levando a concluir pela existência consolidada do ente federativo. Também, havia uma expectativa de perenidade do Município, tendo sido firmadas relações jurídicas a partir de tal expectativa, impondo considerar a proteção dos princípios da boa fé da administração pública e da segurança jurídica. A excepcionalidade dos fatos afastaria o argumento de inconstitucionalidade formal da lei estadual em sua origem. Esse é um entendimento que dá relevo à realidade do *ser*, sobre a abstração do *dever ser* positivado.¹⁵⁴

Nesse caminho, entendeu o Ministro que a declaração de nulidade da lei instituidora do Município de Luis Eduardo Magalhães poderia gerar o “caos” social, político e jurídico, sendo *impossível* desconstituir toda a estrutura já construída em torno daquele ente federativo. Daí ter cunhado a expressão *reserva do impossível* para caracterizar essa situação:

a anulação da decisão política de que resultou a criação do município avança sobre o que poderíamos chamar de “reserva do impossível”, no sentido de não ser possível anularmos o fato dessa decisão política de caráter institucional sem agressão ao princípio federativo.

Assim, Eros Grau afasta eventual conflito de inconstitucionalidades por entender que a situação de exceção criada pela omissão legislativa deveria ser resolvida pelo Tribunal através da inclusão do Município no estado de normalidade. E esse estado de normalidade seria restaurado se a Corte admitisse a existência *jurídica* do Município, em virtude de sua existência *fática*. Desse

¹⁵⁴ “Dirá eventualmente algum normativista radical que o Município de Luis Eduardo Magalhães jamais foi criado em termos formais. Da inconstitucionalidade da lei então decorreria sua inconstitucionalidade institucional. Esta poderia ser tida como uma afirmação correta no mundo do *dever ser*. Sucede que vivemos no mundo do *ser*, a vida se passa no mundo do *ser*, onde o Município existe. Somente no plano das abstrações seria possível ignorarmos a realidade do mundo do *ser*, inclusive, nela, a existência do Município de Luis Eduardo Magalhães. Para tanto, é necessário que se viva no mundo do *dever ser*. E o debate com quem habita esse mundo, o mundo do *dever ser*, nada promete de útil.” (ADI 2.240 – BA)

modo, refletindo sobre os interesses futuramente prejudicados em virtude da declaração de inconstitucionalidade, Eros Grau finalizou reconhecendo a violação ao art. 18, §4.º da Constituição, mas deixando de declarar a nulidade da norma estadual em favor da integridade do pacto federativo.¹⁵⁵

Deixando de lado o mérito da questão, acerca da correção ou não da decisão do Tribunal, veja-se, em específico, a expressão colacionada nos autos. A expressão adotada denota a idéia de impossibilidade de anulação de decisão política, em virtude das circunstâncias fáticas presentes e supervenientes. Assim, seria legítimo argumentar uma *reserva do faticamente impossível* quando instaurada uma situação de exceção, de não-lei, de anormalidade da ordem jurídica, e que restou configurada, no caso em apreço, pela existência *ex facto* de um ente federativo autônomo.

É admissível que a expressão seja compreendida estritamente nos limites do contexto em que se apresentava: ao Estado seria lícito, conforme entendeu a maioria do Tribunal, reservar-se a não desconstituir um ato já consolidado em razão da impossibilidade para tanto. Simples assim, a expressão surgiu como *reforço* ao argumento de que seria impraticável um retorno ao *status quo* ante. Não se trata, pois, do *avesso*, ou do *oposto* da cláusula da reserva do possível. Não guarda relação direta e objetiva com a limitação dos bens econômicos necessários ao atendimento das necessidades humanas, e seu respectivo gerenciamento. Pelo contrário, haja vista que também seria correto um uso *restrito* da expressão reserva do *possível*: ao Estado seria lícito agir dentro das possibilidades fáticas então presentes, e as possibilidades fáticas em que se encontrava o município não lhe possibilitaram agir. Em outras palavras, a reserva do *possível* impõe ao Estado que deixe de agir, ou aja restritamente, por alguma

¹⁵⁵ Em voto-vista, o Ministro Gilmar Mendes sustentou “com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.” Assim, defendeu a tese da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, mantendo a vigência da lei estadual baiana pelo prazo de 24 meses, dentro do qual deverá ser sanada a omissão acerca da regulamentação, por lei complementar, do art. 18, § 4.º da Constituição. A decisão foi tomada com base no art. 27 da Lei n.º 9.868/99, que faculta ao Tribunal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, *modular* os efeitos da decisão, fixando-lhe prazo a partir do qual terá eficácia.

razão (econômica, política ou jurídica); e a reserva do *impossível* faz a mesma coisa: impõe ao Estado que deixe de agir (no caso, desconstituindo a lei estadual) por alguma razão (que também pode ser econômica, política ou jurídica).

Não se pode ignorar, anote-se, o espaço que o entendimento favorável à *reserva do impossível* abre para a criação de numerosos municípios à revelia da lacuna legislativa.¹⁵⁶ O acolhimento do entendimento, em uma visão prospectiva, seria frontalmente contraditório ao recorrente argumento estatal da escassez de recursos públicos, este fundamento da já conhecida reserva do possível. É temerário perceber que, se por um lado alega-se a falta de recursos para o cumprimento das obrigações básicas fixadas na Constituição, por outro, é enfraquecido ou até mesmo inexistente qualquer tipo de controle sobre a efetiva necessidade de criação de novos entes municipais, o que, sem dúvida, gera uma considerável alocação de recursos públicos.

No ponto, é interessante observar como o poder constituinte derivado pode entrar em frontal contradição com o poder constituinte originário, por simplesmente ceder a razões pragmáticas: nada obstante a expressa exigência constitucional de lei complementar federal destinada a regulamentar a criação de novos municípios, em 18 de dezembro de 2008 foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 57, que acrescenta ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o art. 96, que conta com a seguinte redação: “Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.”

¹⁵⁶ Como observado pelo Ministro Marco Aurélio, que votou pela declaração de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade: “Estou aqui a julgar um processo objetivo. E vou repetir que, processo, para mim, não tem capa. A visão quanto à interpretação da ordem jurídica há de se mostrar invariável. Placitada a criação desse Município ao arrepio do que se contém na Constituição Federal, a porta ficará aberta para endossarmos, em conflito evidente com a Carta da República, a criação de outros Municípios. Não posso ser tomado pela emoção. Tenho de cumprir o dever de julgar a situação jurídica colocada à mesa com absoluta equidistância.”

1.3.2 Uma compreensão horizontal de reserva do possível?

Preliminarmente às considerações acerca de uma compreensão horizontal da reserva do possível, uma ressalva. A reserva do possível envolve limitações na alocação, por meio de decisões políticas, dos recursos escassos necessários ao atendimento das necessidades humanas. Logo, em regra, vê-se que a reserva do possível é argüida quando a demanda judicial girar em torno da entrega de prestação material, objeto de algum direito fundamental social. Dificilmente a cláusula será levantada frente à tutela de um direito individual, pois, embora também a satisfação destes envolva custos, não poderão ser atendidos através da imediata entrega de uma dada prestação custosa, tal qual ocorre com os direitos sociais. Envolvem despesas, mas não a entrega de uma prestação material. Desse modo, interessa, aqui, uma visão da reserva do possível no contexto da entrega de prestações materiais de sujeitos privados para sujeitos privados.

Essa entrega de prestações entre sujeitos privados, se concebida como decorrente da força normativa dos direitos fundamentais, caracteriza a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais, tal qual sucede com os direitos de liberdade, e poderá ocorrer em dois níveis. O primeiro deles é o nível da legislação, quando, então, o efeito irradiador dos direitos fundamentais é sentido nas relações privadas por meio da atividade legislativa¹⁵⁷, fazendo com que o direito fundamental social torne-se um direito subjetivo exigível diretamente pelo particular frente ao particular, em virtude da atividade estatal¹⁵⁸. O legislador acha-se vinculado aos direitos fundamentais por força do art. 5.º, § 1.º da Constituição, que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Daí a vinculação direta do legislador aos

¹⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 69-70.

¹⁵⁸ O que não se confunde com a doutrina da *ação estatal* (*state action*), paralela aos modelos da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, e que é caracterizada pela substituição da *ação* do particular pela *ação estatal*, para que, daí sim, identifique-se a incidência do direito fundamental na relação entre os particulares (Cf. SILVA, Virgílio, **A constitucionalização do Direito**, p. 102-103). Exemplo útil ao modelo do *state action*, para o caso brasileiro, conforme aponta Virgílio, é a admissão, pelos tribunais, de diretor de escola particular como autoridade coatora nas ações de mandado de segurança (Ibidem, p. 103).

direitos fundamentais, gerando efeitos nas relações interprivados. Exemplos desta vinculação direta do legislador aos direitos fundamentais sociais, trazendo efeitos nas relações interprivados, podem ser extraídos do julgamento da ADI n.º 1950, na qual foi julgada a constitucionalidade da lei paulista n.º 7.884/92, que assegura a meia entrada de estudantes em casas de diversão, esporte cultura e lazer;¹⁵⁹ da ADI 2.649, onde se declarou a constitucionalidade da lei federal 8.899/94, que concede passe livre, no transporte interestadual, a pessoas portadoras de deficiência;¹⁶⁰ e da ADI n.º 3.768, na qual restou afirmada a constitucionalidade da Lei n.º 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), no ponto em que assegura a gratuidade dos transportes públicos urbanos e semi-urbanos a pessoas com mais de 65 anos¹⁶¹, embora em tais julgados o STF não tenha tratado, explicitamente, da temática da horizontalidade dos direitos sociais.

Em outro nível, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais sociais vinculará diretamente os particulares, e não mais o legislador. Aqui, a vinculação poderá ser, de uma maneira geral,¹⁶² indireta ou direta. Será *indireta* quando admitir-se que a interpretação da legislação infraconstitucional privada seja feita à luz dos direitos fundamentais sociais. Em outras palavras, os direitos fundamentais, “enquanto ‘decisões axiológicas’, ‘normas objetivas’ ou ‘valores constitucionais’ (...) influenciam a interpretação do direito privado.”¹⁶³ Por outro lado, será *direta* quando for preciso ultrapassar aquela “artimanha interpretativa”,¹⁶⁴ ampliando a filtragem constitucional na atividade

¹⁵⁹ Rel. Min. Eros Roberto Grau, julgamento em 03 nov. 2005.

¹⁶⁰ Rel. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, julgamento em 08 mai. 2008.

¹⁶¹ Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJU* 26 out. 2007, conforme Informativo – STF n.º 487.

¹⁶² Fala-se de uma maneira geral por não adentrarmos, aqui, o modelo do *state action* ou a proposta de Schwabe, como modelos alternativos para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O modelo do *state action* foi ligeiramente exposto na nota anterior. O modelo de Schwabe, ao contrário do modelo da ação estatal, mas com os mesmos efeitos, quais sejam, aparentemente “desvincular” o particular da incidência dos direitos fundamentais (Cf. SILVA, **A constitucionalização...**, p. 98), propõe que toda conduta privada à primeira vista ofensiva ao direito fundamental de outrem, não o é quando ausente lei que assim o determine. Em outras palavras, não poderá ser imputada ao particular nenhuma responsabilidade por ato que não seja proibido por meio de legislação infraconstitucional. Assim, o Estado, à medida em que cria e impõe um sistema de direito privado, tem participação nas violações de direitos fundamentais dos cidadãos por outros cidadãos. (SILVA, **A constitucionalização...**, p. 104; ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 530)

¹⁶³ ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 529.

¹⁶⁴ A expressão é trazida por Virgílio Afonso, *ob. cit.*, p. 90.

interpretativa do juiz, para o caso concreto, exercida mediante o recurso às cláusulas gerais que informam direitos fundamentais.¹⁶⁵ Admitida a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares, configura-se o direito subjetivo, exigível pelo particular do outro particular, em juízo.

Aqui, anote-se uma questão. De acordo com Virgílio Afonso da Silva, o modelo da aplicabilidade direta não implica em que todo e qualquer direito fundamental seja aplicável às relações privadas. “A verificação dessa aplicabilidade deve ser individualizada e dependerá das características de cada norma de direito fundamental.”¹⁶⁶ Nesse ponto, explica o autor que “se o direito fundamental for aplicável às relações entre particulares, *então* essa aplicação será direta.”¹⁶⁷ E continua: “o modelo não exclui a possibilidade de que alguns direitos sejam aplicáveis somente nas relações cidadãos-Estado.”¹⁶⁸

A ressalva apontada por Virgílio Afonso denota a singularidade com que a tese da horizontalidade deve permear os direitos fundamentais sociais. Num primeiro momento, a partir de uma *dimensão objetiva*, todos são obrigados ao dever de respeito e observância das normas veiculadas por aqueles direitos. Em termos de direitos sociais, a dimensão objetiva é visível, por exemplo, nos direitos assegurados constitucionalmente aos trabalhadores, donde se extrai que a Constituição de 88 preocupou-se em afirmar a proteção jusfundamental a tais direitos também no âmbito das relações empregado-empregador. Esta dimensão objetiva abrange tanto a eficácia irradiante dos direitos sociais sobre todo o ordenamento jurídico e as relações jurídicas firmadas sob sua égide, quanto o dever de solidariedade, do qual se tratará mais adiante, no Capítulo 3.

Já a partir de uma *dimensão subjetiva*, a questão acerca da horizontalidade dos direitos fundamentais assume outro matiz. A racionalidade de efetividade dos direitos sociais exigentes de prestações materiais é diversa da racionalidade válida para os direitos de liberdade. A norma de direito fundamental social

¹⁶⁵ SILVA, A **constitucionalização...**, p. 86.

¹⁶⁶ Ob. cit., p. 91.

¹⁶⁷ Ibidem, idem.

¹⁶⁸ Ibidem, idem.

prestacional tem por objeto a entrega de uma determinada prestação estatal pelo seu obrigado, e cujo fim imediato é a satisfação das necessidades humanas. E o obrigado primeiro no fornecimento imediato de tais prestações é o Estado, e não o particular, que o é apenas em parte¹⁶⁹. A lógica de progressividade na realização dos direitos fundamentais sociais,¹⁷⁰ da universalidade na entrega de sua prestação e da igualdade na distribuição dos recursos necessários para o seu atendimento, são elementos que corroboram a concepção dos direitos fundamentais sociais como *mandados de otimização*, realizáveis na maior medida possível, dentro das condições fáticas e jurídicas existentes. Parece que esta lógica adquire posição mais confortável dentro da racionalidade do *Estado*, e não do *mercado*.

O complexo sistema normativo que envolve a arrecadação, distribuição e aplicação dos recursos públicos mostra que é o Estado quem deve preocupar-se com a administração dos recursos escassos, cujo fim último é a satisfação das necessidades sociais, e não, estritamente, o lucro. A vinculação dos particulares à realização dos direitos fundamentais sociais, em certa medida, já existe por via da arrecadação de tributos, os quais, recolhidos e gerenciados mediante os sistemas tributário e orçamentário, serão redistribuídos à sociedade através das ações de promoção e implementação de tais direitos.

Para além disso, tem-se que, embora o Estado possa intervir na economia sob diferentes formas,¹⁷¹ há os espaços da autonomia privada e da livre iniciativa, que não podem ser suprimidos, notadamente quando em jogo prestações materiais. Daí o interesse na proposta de Virgílio Afonso, segundo a qual a autonomia privada “faz força contrária” ao risco de dominação irrestrita dos direitos fundamentais. O autor não defende o sopesamento entre os bens

¹⁶⁹ Para uma visão acerca da vinculação dos particulares às normas de direitos fundamentais sociais no âmbito dos contratos de seguro de saúde, remetemos a SCHULMAN, Gabriel. **Direito Fundamental no Plano de Saúde: Do Contrato Clássico à Contratualidade Contemporânea**. p. 239-240 e nota 859. Mimeografado gentilmente cedido a esta autora.

¹⁷⁰ O argumento da progressividade na realização dos direitos sociais, como apto a sugerir cautela no tratamento da cláusula da reserva do possível nos contratos de seguro de saúde pode ser visto em SCHULMAN, ob. cit., p. 255-257.

¹⁷¹ Sobre as formas de intervenção estatal no domínio econômico, GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e a autonomia privada, por entender que ambos são princípios diferentes.¹⁷² Por isso, com apoio em Bilbao Ubillos, concebe como critérios para verificação de prevalência de um princípio sobre o ou outro o da *desigualdade de posições no interior da relação jurídica*, e, mais ainda, *o da autonomia da vontade*. Como desigualdade de posições, entende as relações assimétricas ou não igualitárias, que não decorram, necessariamente, de uma desigualdade *material*.¹⁷³ A autonomia da vontade seria o grau de autonomia real das partes envolvidas, auferido mediante a existência ou não de fatores que impeçam a uma das partes tomar decisões “no pleno exercício de sua autonomia privada.”¹⁷⁴

Retomando a ressalva de Virgílio Afonso, apontada anteriormente, segundo a qual nem todo o direito fundamental poderá ser sujeito a uma aplicação interprivados direta, tem-se que a eficácia horizontal de direitos fundamentais sociais a prestações deve ser admitida com rigorosas reservas. Inclusive, nesse aspecto, o STJ já decidiu que o Estado não poderia matricular a criança em escola particular, por não parecer lícito que o ente estatal pudesse impor tal ônus ao agente privado, na medida em que, para tanto, seria necessária licitação ou delegação legalizada. Além disso, o Min. Relator assentou que as relações privadas seriam sujeitas a “burocracias sequer previstas na

¹⁷² De acordo com o autor, o princípio de direito fundamental seria um princípio *material* ou *substancial*, ao passo que o princípio da autonomia privada seria um princípio *formal*, no sentido de que configura um feixe de razões assecuratórias de competências. Ob. cit., p. 148-149.

¹⁷³ SILVA, A **constitucionalização...**, p. 157.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 157-158.

Constituição”,¹⁷⁵ nada obstante não seja, de todo, impossível o Estado providenciar o custeio da criança no estabelecimento privado.¹⁷⁶

Nesse sentido, embora inexista previsão semelhante no direito brasileiro, é interessante trazer a situação da Constituição alemã, que, no art. 7º, IV, prevê a existência de um direito público subjetivo ao financiamento de escolas particulares pelo Estado. Trata-se de uma obrigação do poder público de promover e proteger as escolas privadas, com o fim de ampliar o acesso à educação às pessoas com dificuldades financeiras, sendo que, para receber tais benefícios, é necessário que a escola atenda a determinados requisitos e diretrizes, fixados pelos Tribunais Federais.¹⁷⁷ Nesse sentido, o Tribunal Federal Constitucional entendeu que a reserva do possível poderia condicionar o repasse de recursos desse financiamento, o que é criticado pela doutrina, sob o argumento de que, se não existissem escolas privadas, os custos respectivos acabariam sendo, ao final, de uma forma ou de outra, suportados pelo Estado.¹⁷⁸

Afora isso, concorda-se que o peso da autonomia privada, contudo, tende a ser tanto menor quanto maior for a intensidade da lesão aos direitos fundamentais em questão.¹⁷⁹ Seria o caso, por exemplo, da não admissão de que uma escola deixasse de renovar a matrícula do aluno por inadimplência. Aqui, a

¹⁷⁵ STJ, Resp 753565 – MS, Rel. Min. Luiz Fux, decisão de 27 mar. 2007. “O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma *longa manu* do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.”

¹⁷⁶ Na eventualidade de inexistir vaga na rede pública de ensino fundamental, e o Estado ser condenado a cumprir com a prestação garantindo matrícula em instituição particular, Ana Paula de Barcellos propõe duas soluções, ambas relacionadas a técnicas orçamentárias ou tributárias: o empenho do valor correspondente à despesa, para pagamento imediato à instituição particular, o que seria possível na medida em que a verba deveria, necessariamente, integrar o planejamento orçamentário do exercício seguinte; e a compensação de débito tributário devido pelo particular ao ente público, mediante legislação correspondente. (Ob. cit., p. 270-271.)

¹⁷⁷ SILVA, A **constitucionalização do Direito...**, p. 340-342.

¹⁷⁸ Ibidem, idem.

¹⁷⁹ SILVA, A **constitucionalização do Direito...**, p. 160.

desigualdade ultrapassaria a idéia material, para realmente chegar à desigualdade de posições, conforme Virgílio: uma vez comprovada a impossibilidade transitória de pagamento da mensalidade, em virtude de perda de emprego dos responsáveis pelo aluno, ou qualquer outra séria dificuldade econômica, não poderá a escola, com fundamento na sua autonomia privada, excluir o aluno do quadro discente, vez que tal conduta feriria um valor fundamental, que é a dignidade humana¹⁸⁰, e que restará lesada por fazer parte do núcleo essencial do direito à educação fundamental.

Postas estas premissas, e vista a possibilidade do argumento da horizontalidade alcançar, também, os direitos sociais, trate-se da viabilidade da reserva do possível ser argüida por particulares, dentro ou fora de um contexto de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

O Estado já se encontra, *a priori*, obrigado a entregar a prestação de direito fundamental social sob a forma de ações ou programas, de acordo com a discricionariedade política, progressivamente no tempo, mediante políticas públicas. Conforme antes visto, são três os fundamentos que dão suporte à reserva do possível: a possibilidade *econômica*, que vem da *limitação de bens e serviços* necessários para a *satisfação das necessidades humanas*, disponíveis de uma maneira geral; a possibilidade *jurídica*, que caracteriza a *delimitação legal*, imposta restritivamente *ao Estado*, apenas, acerca da forma de arrecadação e de distribuição dos recursos para os diversos setores sociais, em virtude da necessidade de *distribuição* das riquezas para atender a todos simultaneamente; e, finalmente, a possibilidade *política*, que decorre do *gerenciamento*, também pelo Estado, *daqueles recursos escassos*, destinando-os aos setores que demandam manutenção e investimentos, para a satisfação das necessidades

¹⁸⁰ A aproximação entre *texto* e *contexto* conduz à compreensão de que a proteção da dignidade humana também possui tutela no âmbito das relações privadas, levando Luiz Edson Fachin a, no ponto, formular crítica à redução da pessoa, no âmbito do direito civil, ao conceito de “mero elemento da relação jurídica.” Cf. FACHIN, Luiz Edson. *Constituição e relações privadas: questões de efetividade no tríptico vértice entre o texto e o contexto*. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZARROBA, Orides e outro. **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo/Coimbra: RT e Coimbra, 2008. p. 237.

sociais. Todos esses fundamentos permitem ao *Estado* deixar de conceder, de imediato, uma prestação material.

Isto posto, no contexto da horizontalidade dos direitos fundamentais sociais, não haverá como argumentar a reserva do possível. Isso porque, uma vez admitida a tese da eficácia direta, somente se exigirá do particular a entrega de uma determinada prestação quando alcançado um limite em que a autonomia da vontade não poderá prevalecer. Não prevalecendo a autonomia da vontade, tampouco sobrarão espaço para que seja argüida a reserva do possível, no sentido de impossibilidade material, escassez de recursos mesmo, para o atendimento da demanda do particular em face do particular.

Por outro lado, admitida a eficácia indireta, ou mesmo fora do contexto da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais, não caberia o argumento por parte do particular que se achasse impossibilitado de fornecer a prestação em jogo. Como a entrega de uma determinada prestação envolve a existência de uma relação jurídica,¹⁸¹ essa entrega está sujeita a condições estabelecidas previamente pelas partes. Assim, desde o início as partes sabem quais os bens econômicos que serão destinados à satisfação de cada necessidade, e de que forma essa operação será feita. Não há uma expectativa de que a prestação seja realizada na maior medida possível, à livre escolha do prestador.

Destarte, sobrevindo eventos fortuitos que frustrem a entrega tempestiva da prestação, ou que a impossibilitem mesmo, essa entrega não poderá deixar de ser feita sob o principal fundamento da reserva: a pactuação entre particulares não parte de um *contexto permanente de recursos escassos*. Parte, sim, do pressuposto de que os bens econômicos (dinheiro, serviços) que darão satisfação à necessidade são suficientes, de maneira que a escassez de recursos não poderá ser fator para legitimação do não agir do particular, desde o início. Um contexto de constante escassez de recursos é o que desobriga o Estado no fornecimento *imediato* das necessidades sociais; o mesmo, porém, não é válido nas relações entre particulares.

¹⁸¹ Diferentemente dos direitos de liberdade, cuja lesão pode decorrer de uma conduta particular sem que se tenha um destinatário específico.

Além disso, a pactuação entre particulares implica em um serviço certo a prestar e um preço certo a pagar, o que não ocorre na relação vertical cidadão-Estado. O atendimento da prestação, pelo particular, não o será *na maior medida possível*, tal qual ocorre em face do Estado, mas encontrará um teto, um limite, o limite da pactuação. Não será sempre atendida dentro de uma reserva daquilo que se puder oferecer no momento. E, eventualmente havendo necessidade de ser fornecida uma prestação extraordinária ao pactuado, cairá na hipótese em que as circunstâncias do caso concreto autorizarão a superação da autonomia privada em virtude da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, quando, então, conforme antes dito, de qualquer forma não haverá espaço para a cláusula da reserva, porque esta já terá, antes, sido afastada em favor do direito fundamental fortemente restringido.

1.3.3 Tentativa de delimitação: cláusula não excludente de ilicitude da conduta estatal

Na doutrina brasileira, ainda não há um consenso que tenha levado a um conceito preciso da reserva do possível. Parte da doutrina trata da reserva do possível como um postulado¹⁸², outros, como uma cláusula¹⁸³. Há, também, posicionamentos que se referem à reserva do possível como um princípio¹⁸⁴.

Em relação ao conteúdo, tal qual visto até então, a reserva do possível reúne elementos correlatos a limitações orçamentárias, decisões alocativas de recursos, escassez de riquezas e satisfação das necessidades humanas. José

¹⁸² Nesse sentido, Ingo Sarlet aduz que “...conquanto se possa partir da premissa de que corretas as ponderações tecidas, reconhecendo-se as limitações representadas pelo postulado da reserva do possível na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, há que questionar até que ponto estes aspectos têm o condão de efetivamente impedir a plena eficácia e realização desses direitos...”. (_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 305.)

¹⁸³ “A ampliação e a qualidade dos direitos sociais de caráter prestacional é confrontada também no direito brasileiro, com a denominada cláusula da ‘reserva do possível’”. (LEDUR, José Felipe. **O Contributo dos Direitos Fundamentais de Participação para a Efetividade dos Direitos Sociais**. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2002. p. 98.)

¹⁸⁴ NETTO, Sérgio de Oliveira. **O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais**. Disponível em: <https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_V_agosto_2005/sergio_principiodareserva.pdf>, acesso em 10/07/06.

Joaquim Gomes Canotilho, ao propor uma maior reflexão acerca do discurso constitucional que cuida da efetividade dos direitos sociais, económicos e culturais, no sentido de introduzir-lhe “mais-valias” de racionalidade e razoabilidade, para fugir da “vagueza” da retórica jurídico-constitucional, aduz que a reserva do possível merece atenção da doutrina, na medida em que “logrou centralidade dogmática a ponto de obscurecer quaisquer renovamentos no capítulo dos direitos sociais”. Diante disso, o autor procura reunir alguns aspectos atinentes à reserva do possível para, depois, ele próprio relativizá-los, atentando para o fato de que o reconhecimento daqueles aspectos não devem significar uma recepção acrítica de dogmas que afrontem os direitos sociais.

Assim:

... o que significa, na realidade, “reserva do possível”? Poderemos rastrear as respostas do seguinte modo:

1. “Reserva do possível” significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.
2. Reserva do possível significa “*tendência para zero*” da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.
3. Reserva do possível significa *gradualidade* com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros.
4. Reserva do possível significa *insindicabilidade* jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.

Há uma dose de verdade em todas essas afirmações, mas, ao mesmo tempo, torna-se imperioso relativizá-las. Parece inequívoco que a realização dos direitos económicos, sociais e culturais se caracteriza: (1) pela *gradualidade* da realização; (2) pela *dependência financeira* relativamente ao orçamento do Estado; (3) pela tendencial *liberdade de conformação do legislador* quanto às políticas de realização desses direitos; (4) pela *insusceptibilidade de controlo jurisdicional* dos programas político-legislativos a não ser quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis.¹⁸⁵

Diante da controvérsia, Ana Carolina Olsen, fazendo uma análise desses qualificadores, afasta a concepção da reserva do possível como princípio, inclinando-se mais favoravelmente às expressões “cláusula” e “postulado”, para,

¹⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.107-108.

por fim, posicionar-se pelo trato da reserva do possível como “condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais sociais.”¹⁸⁶

Sejamos fiéis às palavras da autora:

A partir dos contornos que o conceito de princípio recebeu no Capítulo I, parece inadequado conceber a reserva do possível como esta espécie normativa. A reserva do possível não prescreve um determinado estado de coisas a ser atingido, não corresponde a um mandado de otimização. Ainda que se admita a possibilidade de ponderação da reserva do possível, este elemento, por si só, não parece suficiente para identificá-la como princípio, já que mesmo bens jurídicos podem ser ponderados. (...) Desse modo, expressões como “cláusula” ou “postulado” podem parecer mais adequadas para se referir à reserva do possível, já que ela, em verdade, condiciona, determina a aplicação de normas. (...) Diante desse quadro, parece mais adequado tratar exclusivamente de ‘reserva do possível’...¹⁸⁷

Nesses termos, de fato, não parece ser a reserva do possível uma norma elementar, um requisito base, um alicerce, um modelo a ser atingido. Não se sujeita a ponderação, mas a esta conduz quando das decisões políticas do Estado,¹⁸⁸ pelo que, não pode configurar um princípio.¹⁸⁹ Não é um mandado de otimização, no sentido de que se deseja sua realização na maior medida possível, pelo contrário: quanto mais próximo do ponto máximo da reserva do possível, mais as necessidades humanas terão que esperar para serem satisfeitas. Os direitos fundamentais, por configurarem posições jurídicas *prima facie*, não tornam incorreto admitir a existência de um dever *prima facie*, realizável na maior medida possível, por parte do Estado.¹⁹⁰ Mas a reserva do possível não é, ela mesma, esse *dever*: o dever é *prima facie* porque a reserva do possível que lhe confere tal permissão.

Há dissenso grande no que tange à qualificação a ser dada à reserva do possível, seja uma cláusula, um postulado, ou até mesmo um princípio. Em razão de a reserva do possível ser invocada quando da tomada de decisões a respeito da alocação de recursos escassos, como uma forma, em tese, de *proteção* dos bens públicos, parece pertinente se tratar da reserva do possível – como já o foi em

¹⁸⁶ Ao longo de sua obra **A Efetividade dos Direitos Fundamentais...**, a autora, por vezes, remete-se à reserva do possível valendo-se da expressão “argumento”.

¹⁸⁷ OLSEN, ob. cit., p. 211.

¹⁸⁸ Nesse sentido, CANOTILHO, **Tomemos a sério os direitos económicos...**, p. 66.

¹⁸⁹ Muito embora boa parte da doutrina e jurisprudência refira-se à cláusula da reserva do possível desta forma.

¹⁹⁰ CANOTILHO, **Tomemos...**, p. 66.

algumas oportunidades – sob a denominação *argumento*, pelo fato de significar um recurso de convencimento para uma determinada situação (no caso, a escassez de riquezas). Também a designação de *cláusula*¹⁹¹, na medida em que *encerra uma variedade de elementos que a caracterizam*¹⁹², tais como i) a limitação dos recursos necessários à efetivação das necessidades sociais, ii) a imposição de escolhas a serem feitas quanto à destinação e investimento desses recursos, iii) a vinculação das decisões das autoridades públicas às normas de direito fundamental e aos planos orçamentários, bem como, conforme se verá nos capítulos seguintes, iv) as restrições que a reserva do possível pode trazer à realização dessas necessidades básicas, assim como v) as limitações que a própria reserva do possível está sujeita a receber, permitem que se utilize esta expressão também.

Nesse caminho de *definição*, fala-se que a reserva do possível poderia ser uma *excludente de ilicitude* da conduta estatal. Wálber Araújo Carneiro refere-se à reserva desta forma na medida em que, uma vez fosse provada pela Administração a inexistência de recursos que atendessem à prestação decorrente da norma constitucional, não poderia o poder público ser responsabilizado pela inobservância da necessidade social, em face da inexigibilidade de conduta diversa. Aduz o autor que “a impossibilidade de cumprir determinado programa ou de conferir determinada prestação não constituirá, necessariamente, um ilícito praticado pelo Estado. A escassez de recursos, como um fato inexorável, servirá, desde que esteja caracterizada, como uma excludente para a efetivação da medida, o que não desnatura a existência de um direito subjetivo e do correlato dever do Estado.”¹⁹³

¹⁹¹ Robert Alexy (**Teoria dos direitos fundamentais**) e Paulo Cogo Leivas (**Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**) referem-se à reserva do possível desta maneira.

¹⁹² Aqui, valemo-nos da origem da expressão para justificar o entendimento: “ETIM lat. *clausula,ae* 'conclusão, fim, termo, arremate, terminação, desinência, extremidade, ponta, artigo, parágrafo, disposição de uma lei, cabo, manúbrio, braço de um instrumento', rad. de *clausum*, supn. de *claudere* ou *cludere* 'fechar, cerrar, cercar, murar' ... (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 738.)

¹⁹³ CARNEIRO, Wálber Araújo. **Escassez, eficácia e Direitos Sociais**. *Apud* OLSEN, *ob. cit.*, p. 226.

Também Juarez Freitas concebe a reserva do possível como excludente de ilicitude da conduta estatal, comissiva ou omissiva.¹⁹⁴ O autor não nega a sindicabilidade dos atos administrativos, em observância ao dever estatal de vinculação à afirmação dos princípios e direitos fundamentais, e defende o manejo do princípio da proporcionalidade como mecanismo hábil à análise da justificação ou do afastamento da responsabilidade estatal em eventos danosos.¹⁹⁵ Por meio da proporcionalidade, será verificada a eventual presença dos requisitos ensejadores da responsabilidade extracontratual do Estado (a existência de dano injusto, o nexó causal direto e a conduta comissiva ou omissiva do agente), de modo que, constatado o nexó de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva, e a lesão antijurídica sobre o direito fundamental, caberá ao ente público o ônus de comprovar em contrário à imputação do dever indenizatório. Dessa forma, embora não lhe defina o conteúdo, o autor admite ser a reserva do possível uma das excludentes de ilicitude da conduta estatal, o que é coerente com sua visão de que o agente público “está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais.”¹⁹⁶

O argumento, de matiz eficiente, segundo o qual é dever do Estado buscar o mínimo de prejuízo aos direitos fundamentais quando trabalhe por sua máxima efetividade é válido, e também compatível com a reserva do possível, conforme será visto adiante. Porém, a tese que vê a reserva do possível como *excludente de ilicitude* comporta relativizações.

Em primeiro lugar, parece relevante trazer algumas considerações acerca da responsabilidade estatal para a concessão da tutela pretendida. Fato é que a responsabilidade estatal, quando inexistir lei em contrário, é solidária. Assim, em regra, a demanda poderá ser proposta em face dos três níveis da federação – da União, do Estado correspondente e do ente municipal. Os tribunais têm decidido que, em casos onde não se acha previamente definida a competência do ente

¹⁹⁴ FREITAS, Juarez. **Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 70; 72; 73 e 98.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 67-69. Esta análise também será empreendida neste trabalho, no Capítulo 3, *infra*.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 64.

federativo, a entrega da prestação continua sendo um dever do Estado como um todo, sendo que a solução para tal impasse deverá ser resolvida administrativamente, e não judicialmente. No caso do direito à saúde, o fato de um ente da federação ser responsável pelo fornecimento de um bem relacionado à saúde não significa que deverá custeá-lo isoladamente. A responsabilidade pelo financiamento do bem é solidária entre União, Estados e Municípios, e o respectivo cumprimento da obrigação é questão a ser resolvida entre os entes, alheias ao particular.¹⁹⁷ Não raro, o argumento da responsabilidade civil objetiva do Estado é desenvolvido nas razões de decidir em tais circunstâncias, com o intuito de afastar a reserva do possível e impor ao ente estatal o cumprimento de obrigação imposta constitucionalmente. Considera-se que a ação ou omissão estatal guarda relação de causalidade com o dano sofrido pela vítima, de modo que o Estado é compelido a indenizá-la, em virtude de sua responsabilidade, o que encontra respaldo constitucional no art. 37, § 6.º da Constituição da República.

O Supremo Tribunal Federal já proferiu decisões nesse sentido. Um exemplo pode ser colhido do direito social à segurança. É possível concluir que a competência para a proteção desse direito recai sobre o ente responsável pela segurança pública, no caso, os estados federados. Com efeito, a Constituição Federal de 88, no art. 144, §§ 5.º e 6.º, estabelece a competência da polícia militar, ostensiva e responsável pela preservação da ordem pública, bem como prevê sua subordinação, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando houver.¹⁹⁸

Pois bem. Um caso de relevo para esta questão, e que foi julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, acolhe a tese da responsabilidade civil objetiva do Estado, para determinar ao Estado de Pernambuco que custeasse

¹⁹⁷ Este o posicionamento de BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2008.

¹⁹⁸ Além disso, a Constituição faculta aos Municípios a organização de guardas municipais, destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, nos termos da lei (art. 144, § 8.º).

todas as despesas necessárias à cirurgia de implante de Marcapasso Diafragmático Muscular – MDM – no agravante, por profissional por ele indicado. Trata-se da Suspensão de Tutela Antecipada n.º 223, onde o agravante teria ficado tetraplégico em razão de assalto ocorrido em via pública, tendo ajuizado ação indenizatória, objetivando a responsabilização do ente estatal pelo custo decorrente da mencionada cirurgia.

Inicialmente, a Min. Relatora, Ellen Gracie, indeferiu a concessão liminar de efeito suspensivo à decisão do TJ de Pernambuco, que teria autorizado, em sede de agravo de instrumento, a transferência dos recursos depositados em conta judicial para conta no exterior, os quais seriam destinados ao custeio da vinda do médico norte-americano ao Brasil, para realização da cirurgia em questão. A relatora acolheu a tese de que a transferência imediata de valores – no caso, R\$ 279.000 (duzentos e setenta e nove mil reais) – para uma conta no exterior violava a economia pública, por configurar pagamento sem observância das formalidades do art. 100 da Constituição Federal. Além disso, a Ministra ressaltou a impossibilidade de ser realizada execução provisória contra a Fazenda Pública, por força do art. 2.º - B da Lei n.º 9.494/97.¹⁹⁹ Por fim, colocou que o tratamento postulado ainda encontrava-se em fase experimental na Universidade de Yale, nos Estados Unidos, consignando que:

a decisão objeto do presente pedido de contracautela representa grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto permite a realização de cirurgia de alto custo não contemplada no Sistema Único de Saúde (fl. 339), sem qualquer instauração de procedimento administrativo ou avaliação médica credenciada para tanto.

Porém, ao final, o pedido de suspensão da tutela antecipada foi deferido pela maioria dos membros do Tribunal. O entendimento foi no sentido de que a falta de policiamento ostensivo por parte do Estado de Pernambuco teria configurado omissão inconstitucional. Desse modo, o cidadão poderia exigir do

¹⁹⁹ A qual disciplina a antecipação de tutela conta a Fazenda Pública, e cujo mencionado art. 2.º - B assim dispõe (nada obstante discuta-se a constitucionalidade de referido artigo): “Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.”

poder público a contraprestação correspondente, diante da falta deste serviço essencial. Foi levantada a tese de responsabilidade civil objetiva estatal, uma vez que, presente o dever de prestação pelo Estado, e constatada a relação de causalidade entre a omissão e o dano sofrido pelo cidadão, haveria aqui a obrigação de indenizar. Finalmente, foi ponderado que, na colisão entre interesses financeiros do Estado e o direito à vida, há de prevalecer este último.

Concluiu-se que a realidade da vida tão pulsante na espécie imporia o provimento do recurso, a fim de reconhecer ao agravante, que inclusive poderia correr risco de morte, o direito de buscar autonomia existencial, desvinculando-se de um respirador artificial que o mantém ligado a um leito hospitalar depois de meses em estado de coma, implementando-se, com isso, o direito à busca da felicidade, que é um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana.²⁰⁰

A imprecisão constitucional acerca do ente estatal obrigado à prestação da necessidade social é um fator determinante para o ensejo da responsabilidade solidária. O direito à saúde, cuja tutela é recorrentemente pleiteada ao Judiciário, é um bom exemplo. Para o direito à saúde, não há um critério claro na definição do ente estatal responsável pelo cumprimento da obrigação.²⁰¹ A lei do SUS descentralizou o serviço e reuniu os recursos financeiros para sua satisfação. Quanto à competência normativa, cabe à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre previdência social, proteção e defesa da saúde (art. 24, XII), respeitadas as competências geral da União e residual dos demais entes (art. 24, §§1.º e 2.º), restando aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I), o que pode envolver a saúde,²⁰² e também complementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 30, II). Quanto à competência administrativa, é comum a todos os níveis federativos cuidar da saúde e assistência pública (art. 23, II).

Nada obstante, essas competências não significam que todos os entes federativos devam agir de maneira superposta em relação à saúde. Como observa Barroso, isso levaria a uma realização ineficiente dos programas de saúde,

²⁰⁰ Informativo n.º 502, fonte: www.stf.jus.br. Acesso em: 30 mai. 2008.

²⁰¹ Neste sentido, com relação ao direito à saúde, BARROSO, **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**.

²⁰² *Ibidem*.

distribuindo recursos federais, estaduais e municipais para um mesmo fim.²⁰³ Deve haver uma ação coordenada entre os entes estatais, para que se evite, por um lado, a superposição de programas, e, por outro, a incerteza e indeterminação acerca das respectivas competências.

Veja-se como esta questão se coloca nos tribunais. Em juízo, a União alega, em regra, ser a saúde competência dos entes federados e municípios.²⁰⁴ Não raro, os Estados seguem esse caminho e aduzem ser competência dos municípios.²⁰⁵ O Superior Tribunal de Justiça posicionou-se pela impossibilidade de transferência de responsabilidades em matéria de saúde:

(...) 5. A Lei 8.080/90, com fundamento na Constituição da República, classifica a saúde como um direito de todos e dever do Estado. 6. É obrigação do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessário à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo as mais graves. 7. Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios, é de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de quaisquer deles no pólo passivo da demanda.²⁰⁶

Também já foi afirmado pela mesma Corte que as atribuições em matéria de políticas de saúde será resolvida administrativamente, e não como motivo para a isenção de responsabilidade do ente federativo:

A CF, no art. 196, e a Lei nº 8.080/90 estabelecem um sistema integrado entre todas as pessoas jurídicas de Direito Público Interno, União, Estados e

²⁰³ **BARROSO, Da falta de efetividade à judicialização excessiva.**

²⁰⁴ Conforme se vê em decisão sobre Agravo de Instrumento interposto pela União contra decisão que determinou o bloqueio de valores da União para pagamento de medicamentos à parte: "Alega a agravante que o provimento impugnado ignora o fato de que a União efetua o repasse regular das verbas aos demais entes federativos. Aduz que não possui sequer estrutura para efetivar o comando judicial expedido, visto que cabe à União apenas alcançar os recursos financeiros referentes a administração do SUS, sendo competência dos Estados e Municípios a operacionalização do fornecimento do medicamento pleiteado. Afirma que admitir a idêntica responsabilidade dos entes federativos na efetivação do julgado inviabiliza o sistema concebido, prejudicando, assim, os demais cidadãos. Alega, também, a impossibilidade da decretação do bloqueio de recursos públicos federais, conforme jurisprudência acostada à inicial do recurso ora interposto. Pede seja concedido efeito suspensivo ao presente recurso." TRF4, AI n.º 2007.04.00.032814-0, Rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, *DE* 15 jan. 2008.

²⁰⁵ Confira-se, no STF, a STA 278-6, a SS 3452 e a SS 3429. A Ministra Ellen Gracie, no julgamento da SS 3205 (Informativo 470-STF), assentou que "a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária".

²⁰⁶ STJ, REsp 719716 / SC, Rel. Min. Castro Meira, julgamento em 7 jun. 2005.

Municípios, responsabilizando-os em solidariedade pelos serviços de saúde, o chamado SUS. A divisão de atribuições não pode ser argüida em desfavor do cidadão, pois só tem validade internamente entre eles.²⁰⁷

O Tribunal Regional Federal da 4.^a Região tem entendido pela responsabilidade solidária dos entes federados nas questões que envolvam direito à saúde. Nesse sentido, a decisão proferida no Agravo de Instrumento n.º 2007.04.00.043332-4:

Não são relevantes os argumentos da parte recorrente ao defender a sua ilegitimidade para a demanda. Sua legitimidade resulta da responsabilidade expressa nos termos do art. 198, inciso I, da Constituição da República, que estabelece a descentralização dentre os princípios do Sistema Único de Saúde. Para a entrega da prestação jurisdicional pleiteada, necessário que cada órgão responsável pelo fornecimento de medicamentos, seja do Estado seja da união, atue dentro de sua esfera de competência.. Neste sentido, transcrevo os seguintes precedentes (...)²⁰⁸

Também no Agravo de Instrumento n.º 2008.04.00.030710-4, ficou assentado que o Estado, referido como destinatário do dever extraído na norma do art. 196 da Constituição, deve ser compreendido de maneira abrangente:

Antes de adentrar nas razões que me obrigam a tanto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva da União. É que é manifesta a legitimidade da União, do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Caxias do Sul na espécie, mercê do disposto no art. 4º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conjugado com o art. 196 da Lei Maior. Nesse sentido, já decidiu o Colendo STJ ao julgar o RESP 527356, de Relatoria da Ministra Eliana Calmon (DJ de 15/08/2005; PÁGINA: 239).

A Constituição Federal, com precisão, erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial as mais graves.

Prega a Carta Magna em seu art. 196 que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Em tal perspectiva, tem o Município legitimidade para integrar o pólo passivo da lide, de modo que vai afastada a preliminar de ilegitimidade.²⁰⁹

²⁰⁷ STJ, REsp 661821 / RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgamento em 12 mai. 2005.

²⁰⁸ TRF4, Rel. Juiz Federal Loraci Flores de Lima, DE 30 jan. 2008.

²⁰⁹ TRF4, Rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios, DE 16 out. 2008.

A questão ensejou, inclusive, proposta de edição de súmula vinculante, encaminhada pela Defensoria Pública da União ao Supremo Tribunal Federal, no intuito de pacificar a divergência acerca da responsabilidade solidária dos entes estatais no que toca às ações e serviços de saúde.²¹⁰ Parecer ministerial apresentado no julgamento da Apelação Cível n.º 2005.72.05.002091-6 coloca que é pacífica a tese da responsabilidade solidária no campo da saúde, ao ensejo de que traz a notícia acerca das súmulas da Defensoria:

Tal é a unanimidade no âmbito pretoriano, que o Defensor Público-Geral da União, fazendo uso da legitimidade concedida pela Lei 11.417/06, encaminhou ao Supremo Tribunal Federal duas propostas para edição da súmula vinculante, uma delas solicitando o reconhecimento da responsabilidade solidária dos Entes Públicos quanto à disponibilização de remédios à população carente.²¹¹

Trilhando o caminho da tese da responsabilidade solidária, o parecer ministerial na Apelação Cível n.º 2003.72.00.010825-6:

A Constituição da República, no artigo 198, estabelece que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo sistema único baseado na descentralização, na integralidade do atendimento e na participação da comunidade. Refere, ainda, que o SUS será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

²¹⁰ Notícia veiculada no sítio virtual da Defensoria Pública da União informa sobre as duas propostas encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal: “Não existe divergência na Corte Suprema quanto à responsabilidade para obtenção e à possibilidade de bloqueio de valores para aquisição de medicamentos essenciais à saúde de pessoas carentes, que tenham a necessidade comprovada. No entanto, são cada vez mais numerosas as ações movidas pela Defensoria Pública da União cujo objetivo é a condenação do Estado para o fornecimento dos remédios e cumprimento da lei. A primeira proposta se refere ao fornecimento de medicamentos e solicita a responsabilidade solidária dos Entes Públicos que disponibilize remédios à população carente. A edição da súmula vinculante torna expressa a responsabilidade solidária dos Entes Federativos. Além de garantir um obstáculo aos Entes Públicos, que em vez de resolver a questão de maneira compartilhada, repassam a responsabilidade. Fator que causa a demora da entrega dos medicamentos, que muitas vezes, dificulta a continuidade do tratamento. Já a segunda proposta trata do bloqueio de valores pertencentes à Fazenda Pública, destinadas a custear o tratamento de pessoas de baixa renda, não são capazes de obtê-los por recursos próprios. O objetivo da edição das propostas é trazer segurança jurídica e diminuir o tempo de espera das pessoas que necessitam do tratamento custeado pelo Estado. A edição da súmula vinculante propõe a responsabilidade solidária dos Entes Federativos sobre o fornecimento de medicamentos e tratamento médico da população.” Fonte: http://www.dpu.gov.br/noticias/2008/mar%C3%A7o/rls19032008_propoe_edicao_sumula.html. Acesso em: 08 nov. 2008.

²¹¹ .TRF4, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DE 12 jun. 2008.

Muito embora a descentralização proporcione a gestão autônoma dos recursos pelos citados entes federativos, na forma do art. 9º e incisos da Lei 8.080/90, o repasse dos recursos da União é centralizado, acompanhado, planejado e fiscalizado pelo Ministério da Saúde, conforme as disposições do artigo 16, incs. XVII, XVIII e XIX e do artigo 33, § 4º do mesmo diploma.

É inegável portanto, que a União tem legitimidade passiva para a causa, uma vez que a ela cumpre não apenas a distribuição dos recursos dotados ao SUS, como a responsabilidade pelo planejamento estratégico e pelo controle relativamente à aplicação destes valores pelos Estados e Municípios nos programas e políticas públicas na área da saúde.²¹²

Estes foram alguns julgados acerca do direito à saúde. No caso do direito à educação, o art. 211 da Constituição Federal determina que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em *regime de colaboração* o sistema de ensino.” (sem itálico no original) Nada obstante, em capítulo próprio a Constituição define em que fase da educação cada ente estatal atuará prioritariamente.²¹³ Nesse caminho, o STF já definiu que o dever de providenciar creches e estabelecimentos de ensino pré-escolar é imposto, primariamente, por definição constitucional, aos Municípios:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.²¹⁴

Nota-se, pois, que cada direito tem uma peculiaridade quanto à responsabilidade estatal para sua satisfação. No caso de superlotação carcerária, por exemplo, a competência recai sobre o Estado respectivo, independentemente da entidade responsável pela administração do estabelecimento prisional, uma

²¹² TRF4, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, *DJU* 08 jun. 2005.

²¹³ A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios e financiará as instituições públicas federais; os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio; e os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. (Art. 211, § § 1.º, 2.º e 3.º da Constituição.)

²¹⁴ STF, Ag. Rg. em RE 410.715, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22 nov. 2005.

vez que a competência para construção e manutenção de presídios é estadual.²¹⁵ Nada obstante, a responsabilidade estatal existe, e é vinculante, sendo que, quando a satisfação do direito fundamental social não puder ser atendida de imediato, o deverá ser progressivamente. No campo do direito à saúde, a Constituição não define expressamente tratar-se de um direito público subjetivo, tal qual o faz para a educação fundamental, o que polemiza a sua sindicabilidade. E é em face de ações na área da saúde que a reserva do possível é majoritariamente levantada. Por isso, estando um ente federativo impossibilitado de dar atendimento à prestação urgente e excepcional, nada impede que a conduta seja exigida do ente federativo maior ou menor, com o qual guarde relação.

A responsabilidade solidária torna evidente que, não podendo a prestação estatal ser satisfeita por um ente da federação, poderá sê-lo pelo outro. Porém, se, ainda assim, for viável o argumento da escassez de recursos, e, desde logo, da reserva do possível, nem por isso poderá ser aceito como uma *excludente de ilicitude*, tal qual propõe a doutrina. Primeiramente porque, viável o argumento da reserva do possível, não haverá ilicitude da conduta estatal. Pois, justamente, considerar que a reserva do possível é legitimamente argüível em um determinado caso concreto exclui eventual antijuridicidade no agir estatal. E, depois, no máximo, acolher a reserva do possível, mesmo configurado o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta política, a cláusula da reserva poderá significar a *postergabilidade* da satisfação em questão, mas jamais a impossibilidade, *em definitivo*, de exigibilidade de conduta diversa do ente estatal, em virtude da *exclusão* da ilicitude.

Nesse respeito, é elucidativo o entendimento de Romeu Felipe Bacellar Filho: a reserva do possível não é excludente de responsabilidade. A responsabilidade estatal não é excluída, mas modulada, atenuada, protraível no tempo.²¹⁶ Ou seja, a responsabilidade continua existindo, e o que se admite é que

²¹⁵ Neste sentido, REsp n.º 961.234 – MS e REsp n.º 859.647.

²¹⁶ O entendimento foi colhido por ocasião de questionamento formulado ao Professor durante sua conferência intitulada: Direito Público e Direito Privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. *In: Direitos*

a reserva do possível permita que as ações decorrentes dessa responsabilidade sejam realizadas num momento futuro, inclusive determinável judicialmente.

Sendo assim, configurado o ilícito, em virtude do nexo causal entre a omissão estatal e a lesão à dignidade humana, surge o dever de indenizar e este é inescapável. Aqui *não haverá espaço* para a reserva do possível, o que já exclui, de antemão, a possibilidade de configurar-se ela mesma uma excludente de ilicitude. Indo além, se permitido o argumento da reserva, este não poderá ser excludente de ilicitude, justamente porque, uma vez admitida a cláusula, tem-se por inexistente a ilicitude da omissão estatal.

Diante de todo o exposto, propõe-se seja a reserva do possível delimitada nos seguintes termos: trata-se de cláusula ou argumento não excludente da ilicitude estatal, e que representa a impossibilidade do ente estatal entregar, de imediato, em razão de limitações de ordem econômica, jurídica e política, prestação a que esteja obrigado, salvo se a prestação for objeto de direito fundamental e necessária à satisfação de necessidades humanas fundamentais.

2 SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

2.1 Apontamentos preliminares

2.1.1 A reserva do possível em *sentido amplo*: limitação de recursos para a satisfação das obrigações estatais

O argumento da reserva do possível pode ser levantado em qualquer demanda judicial, na qual o Estado veja-se impossibilitado de fornecer, imediatamente, uma determinada prestação a que se ache obrigado. É o que se extrai dos fundamentos da reserva do possível, tal qual apresentado, no sentido de que os recursos escassos, quando gerenciados para o atendimento de determinadas prioridades, à escolha dos poderes constituídos, podem vir a faltar para a satisfação de outras necessidades, muitas vezes também prioritárias.

Por conta disso, é possível identificar na mais variada sorte de casos a limitação de recursos como freio à ação estatal. A legitimidade dessa limitação, mediante a verificação de critérios específicos, variará de situação para situação, de ordenamento para ordenamento.

Por outro lado, é importante aqui ressaltar que o aparecimento mesmo da expressão “reserva do possível”, no sentido aqui tratado, é atribuído ao julgado *numerus clausus* da Corte Constitucional alemã, conforme apontado no Capítulo 1, acima. Isso não impede, porém, que outras decisões tragam os mesmos fundamentos da teoria da reserva do possível, sem, contudo, mencioná-la expressamente.

Apanhe-se como exemplo o caso *Terrier*, julgado pelo Conselho de Estado francês, em 6 de fevereiro de 1903.²¹⁷ No caso em questão, o conselho de prefeitura do departamento de Saône-et-Loire havia prometido um prêmio, em dinheiro, a todo sujeito que provasse ter matado cobras ou outros animais

²¹⁷ A referência ao caso *Terrier* decorre de advertência pontuada por Romeu Felipe Bacellar Filho, por ocasião de argüição na banca de defesa da Dissertação de Mestrado de Safira Orçatto Merelles do Prado, intitulada **O controle judicial dos serviços públicos sob a perspectiva de concretização de direitos fundamentais**, apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR em 14 ago.2007.

nocivos, presentes naquela região.²¹⁸ O Sr. Terrier, contudo, teve seu pedido de pagamento do prêmio recusado pela prefeitura, à razão de que o crédito reservado para a recompensa se havia esgotado. Diante disso, recorreu ao Conselho do Estado para requerer censura à prefeitura, em virtude do não cumprimento do combinado. Ao final, ficou decidido que o Conselho de Estado não seria competente para decidir a questão, mas que, havendo a dotação orçamentária, conforme apresentando no recurso, o demandante deveria buscar novamente junto à prefeitura a indenização à qual eventualmente tivesse direito.²¹⁹

Muito embora o caso seja paradigmático não em virtude da escassez de recursos para atendimento das necessidades humanas, mas, sim, para a definição da competência da Corte Administrativa em matérias que envolvam conflitos entre entes estatais e particulares, e, também, para a noção de serviço público no ordenamento jurídico francês,²²⁰ assume importância para a reserva do possível por explicitar que, com efeito, remete a longa data a alegação estatal da escassez de recursos, em juízo, para o não cumprimento de determinadas obrigações.

2.1.2 A reserva do possível em *sentido estrito*: justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais

Conforme exposto acima, a efetividade de todos os direitos, em alguma medida, importa em um custo para o Estado. Também os direitos de liberdade não dispensam prestações estatais que lhes permitam ter efetividade.²²¹ Admite-

²¹⁸ BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno *et alii*. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 73-76.

²¹⁹ Fonte: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

²²⁰ É o que deixa claro a resenha que insere o caso *Terrier* nos grandes julgados da Corte administrativa francesa, especialmente quando conclui: “Trata-se da confirmação da importância da noção de serviço público, como critério para a competência da jurisdição administrativa e fundamento do regime administrativo, ao longo do julgado *Terrier*.” Ob. cit., p. 76. A mesma observação pode ser vista em <http://fr.jurispedia.org>.

²²¹ Neste sentido, a observação de Canotilho: “o ‘homem situado’ não abdica de prestações existentes estritamente necessárias à realização de sua própria liberdade, revelando, neste aspecto, a teoria liberal uma completa ‘cegueira’ em relação à indispensabilidade dos pressupostos sociais e econômicos da realização da liberdade.” **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1397.

se que tanto direitos de liberdade quanto os direitos sociais possuem uma dimensão objetiva e uma dimensão subjetiva, no sentido de que, objetivamente, impõem um dever de observância e respeitabilidade quanto aos princípios que abrigam; e, subjetivamente, admitem a sua exigibilidade judicial, em alguma medida.²²² Os direitos de defesa, embora exijam, preponderantemente, uma abstenção estatal no intuito de não lhes obstar o exercício, também eles demandam alguma atuação estatal para sua efetivação. O direito de ir e vir sofreria restrições caso não fossem construídas estradas ou desenvolvidos sistemas de organização do trânsito. O direito à livre iniciativa de um sujeito poderia ser restringido pelo de outro, caso entes estatais não atuassem normativamente para compor interesses no âmbito da atividade econômica. O acesso à justiça seria limitado se não fossem despendidos recursos para a construção de varas judiciais no interior dos Estados, e assim por diante.

Contudo, em termos de reserva do possível, são os direitos fundamentais sociais²²³ que suscitam maior debate acerca de sua exigibilidade judicial. Pelo fato da dimensão prestacional ser mais evidente²²⁴, é que alguns doutrinadores defendem sua não justiciabilidade.²²⁵ Tal se deve pela dimensão

²²² PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007. p. 103-104.

²²³ Cuidaremos, aqui, dos direitos a prestações em sentido estrito, no caso, os direitos fundamentais sociais. É que os direitos a prestações em sentido amplo, ou direitos a ações estatais positivas, caracterizam um feixe de posições que concernem em parte a prestações fáticas, e em parte a prestações normativas.

²²⁴ Pois possuem, também, uma dimensão de abstenção estatal. O direito de saúde, por exemplo, deve ser considerado como constituindo, simultaneamente, "**direito de defesa**, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como - esta a dimensão mais problemática- impondo ao Estado a **realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população**, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde" SARLET, Ingo W.. Algumas considerações em torno do conceito, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Direito e Democracia**, v. 3, n 1, 1º semestre 2002, p. 92.

²²⁵ Afirma-se que os direitos fundamentais são justiciáveis na medida em que haveria uma relação *triádica* entre Estado, sujeito e objeto de tutela do direito fundamental: "Se o titular do direito fundamental *a* tem um direito em face do Estado (*s*) a que o Estado realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, *em relação a a*, o dever de realizar *h*", de modo que, toda vez que configurada essa relação, haverá para o titular do direito fundamental a competência de exigí-lo judicialmente. ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 445 e 193-196.

economicamente relevante de tais direitos. É que, uma vez que tais direitos dependem de recursos econômicos para serem satisfeitos²²⁶, tal se viabilizaria mediante a realização de políticas públicas orientadas à gestão dos escassos recursos públicos. Daí afirmar-se tratarem-se tais direitos de normas programáticas, ou seja, não concretizáveis desde logo, mas dependentes de intermediação legislativa e administrativa para tanto. E quando nos referimos aos direitos sociais, interessam, para os fins do presente estudo, aqueles que exigem, preponderantemente, uma ação positiva *estatal* para a sua efetivação.²²⁷ E fala-se em ação positiva *estatal* porque, por sua relevância para o desenvolvimento da autonomia dos indivíduos, são assegurados na Constituição e dotados de nota de fundamentalidade. Além disso, quando não possam ser individualmente obtidos no mercado, sua prestação é exigida do Estado.²²⁸

A escassez de recursos, seja aquela decorrente das decisões alocativas, ou a que advém das próprias limitações da natureza,²²⁹ é em grande parte responsável pela inefetividade ou efetividade deficiente dos direitos fundamentais sociais. O número insuficiente de vagas nas escolas da rede de ensino público, a falta de medicamentos importantes na lista de fármacos gratuitos do SUS, a cada vez mais crescente quantidade de moradias clandestinas nas grandes cidades, são exemplos da ainda distante universalização dos direitos sociais, no caso brasileiro. Diante desse quadro, fala-se na justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, enquanto direitos públicos subjetivos (e não meras

²²⁶ Anote-se a definição de ALEXY, ao referir-se aos direitos fundamentais sociais como *direitos a prestação em sentido estrito*: “são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares.” (ob. cit., p. 499)

²²⁷ Pois dentro do rol de direitos sociais positivados pelo constituinte encontram-se direitos sociais que não exigem, em maior peso, uma ação estatal para atingirem efetividade, como é o caso do direito social ao gozo de férias anuais remuneradas, à aposentadoria, ao reconhecimento das convenções a acordos coletivos de trabalho, dentre outros.

²²⁸ É precisa a definição de Paulo Gilberto Cogo Leivas: “eles [os direitos fundamentais sociais] são, em sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importâncias destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado, por força de disposição constitucional.” Cf. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 89.

²²⁹ Cf. capítulo 1, *supra*.

normas programáticas), como forma de concretização das garantias já albergadas pela Constituição, mas que se ainda encontram em estado latente, por ação – ou omissão – dos poderes constituídos. Veja-se, pois, em linhas gerais, em que consiste essa justiciabilidade.

A tese acerca da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais diz respeito à possibilidade de os bens jurídicos abrigados por tais direitos serem exigidos diretamente perante o Judiciário. A Constituição, compromissária em relação aos objetivos aos quais se propõe – construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais; promoção do bem de todos –, assegura uma série de direitos sociais cuja efetividade viabilizará a realização de tal projeto. Esses direitos consubstanciam a proteção dos elementos básicos ao progresso individual e coletivo dos cidadãos, que são a saúde, a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Quando a Constituição assegura direitos fundamentais, não o faz dirigindo-os, exclusivamente, ao Estado – legislador, administrador ou julgador. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não mais pode ser refutada, de modo que também os cidadãos acham-se no dever de observar as normas de direitos fundamentais na esfera privada, a fim de evitar arbitrariedades e frustrações na autonomia alheia. Contudo, em se tratando de direitos sociais, e possuindo tais direitos uma dimensão economicamente relevante, o particular, titular do direito assegurado constitucionalmente, pode encontrar dificuldades no seu exercício, simples e precisamente pelo fato de não dispor dos recursos necessários ao custeio, para si ou para sua família, dos elementos garantidores de saúde, instrução educacional, moradia, etc. Daí entra o dever do Estado em prover esses bens, quando eles não possam ser adquiridos pelo cidadão no mercado. Essa é a essência do Estado brasileiro que aparece preconizada na Constituição brasileira de 88.

Daí, pois, surgem questões amplamente discutidas no debate acerca da realização dos direitos fundamentais sociais. Tratam-se de direitos com pretensão

de universalidade, de modo que seu atendimento seja estendido a todos os cidadãos que dele precisarem; são direitos de satisfação progressiva, ou seja, pelo fato de dependerem do dispêndio de recursos econômicos para sua satisfação, e tendo em vista que tais recursos são limitados, não poderão ser atendidos simultaneamente em sua plenitude; integram, sim, um projeto de realização gradativa no tempo, de acordo com as políticas públicas que vierem a ser implementadas, orientadas à sua satisfação. Também em virtude de sua progressividade, admite-se que a oportunidade e a conveniência quanto ao modo e momento de realização de tais direitos cabe ao legislador e ao administrador. Afinal, os poderes constituídos, em primeiro lugar, teriam sido eleitos para atender às demandas da população, às demandas de saúde, educação, moradia, lazer. A democracia representativa permite que os anseios populares sejam satisfeitos pelos seus representantes eleitos para tanto. Demais disso, as instâncias políticas seriam bem aparelhadas técnica e burocraticamente para a definição acerca da destinação dos recursos arrecadados (através do orçamento), bem como para a utilização de tais recursos na execução de obras e serviços que tragam concretude àqueles comandos constitucionais (mediante as políticas públicas). Cuida-se, aqui, da síntese colocada por Clèmerson Clève: a Constituição estabelece o *que* se deve fazer, cabendo o *como* aos poderes constituídos.

De se relevar, contudo, que a Constituição impôs a realização dos direitos fundamentais, e bem assim dos direitos sociais, como um *compromisso* a ser assumido pelo Estado em suas políticas. Um compromisso que, embora seja executável progressivamente no tempo, vincula em seu cumprimento²³⁰. Demais disso, alguns desses direitos revestem-se de tal importância, podendo, até

²³⁰ O que, por si só, já poderia ser suficiente para caracterizar um direito fundamental como direito subjetivo: “A vinculação do legislador e do administrador à Constituição, ou seja, o dever constitucionalmente imposto de realização dos direitos fundamentais, permite identificar os direitos fundamentais sociais enquanto direitos subjetivos. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo” (REsp n. 575.280-SP, relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJ de 25 out. 2004).

mesmo, constituir pressuposto para o exercício de outros direitos, que o constituinte atribuiu-lhes algumas especificidades. Tratam-se dos direitos à saúde e à educação, assegurados, em capítulo próprio, enquanto *direito de todos e dever do Estado*. Some-se o fato de ao direito à educação fundamental, em especial, ter sido atribuída a marca de *direito público subjetivo* (art. 208, I e § 1.º).

Aqui avulta a questão acerca da justiciabilidade dos direitos sociais. São direitos de todos, mas não simultaneamente, em virtude da limitação de recursos. São deveres do Estado, mas deixam – muito – a desejar quanto ao seu atendimento, embora previstos constitucionalmente em uma Constituição já vintenária. Sua realização é competência dos poderes constituídos, mas a Constituição não prevê essa exclusividade em sua implementação. Qual a via adequada para que se encontre uma solução à inefetividade desses direitos?

Na última década, tem-se recorrido ao Judiciário para a obtenção dos bens abrigados pelos direitos fundamentais sociais, assegurados constitucionalmente e não fornecidos pelo Estado. Atribui-se à impaciência do Judiciário²³¹ face à omissão estatal a aceitação, por parte do Judiciário, desta tarefa que lhe tem sido conferida, o que decorre, é verdade, de uma leitura substancialista da Constituição. Daí, pois, surgirem estudos em torno da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais.

Justiciabilidade significa a possibilidade de direitos serem demandados em juízo.²³² Quando se admite que direitos sociais possam ser exigidos judicialmente, diz-se que assumiram a posição de direitos subjetivos.

Com efeito, a doutrina divide-se quanto aos limites dessa exigibilidade. Há aqueles que defendem uma postura deferente do Judiciário quanto à sindicabilidade desses direitos, cabendo ao julgador apenas apontar as violações

²³¹ CLÈVE, Clèmerson M. **A Constituição brasileira completa 20 anos**. Gazeta do Povo, Curitiba, p. 02 - 02, 05 out. 2008.

²³² “Por ‘justiciabilidade’ entende-se a possibilidade de o titular do direito reclamar perante um juiz ou tribunal o cumprimento das obrigações que derivam desse direito. Neste sentido, ser titular de um direito subjectivo significa deter um poder jurídico reconhecido pelo direito objetivo, isto é, deter o poder de participar na criação de uma norma jurídica individual por intermédio de uma acção específica em justiça, designadamente através de reclamação ou queixa.” (QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 148).

da Administração Pública, impondo o cumprimento da obrigação somente quando esta já se encontre prevista em lei.²³³ Nesse caso, tem-se que o Judiciário limita-se a garantir que tenha sido observada a correção do procedimento de elaboração da política. Outros advogam tese mais ativista, admitindo que o Judiciário determine aos poderes constituídos a concessão da tutela pleiteada independentemente de sua previsão legal. É um posicionamento favorável ao controle do Judiciário sobre as escolhas políticas, impondo o cumprimento da norma constitucional mesmo que ausente de regulamentação, ou de política pública já existente para sua concretização. Há, ainda, teses no sentido de que a proteção dos direitos sociais não depende apenas de sua justiciabilidade, mas, também, e em alguma medida, pode resultar da atividade fiscalizatória de outras instituições sobre a atividade estatal, e de esforço da própria sociedade nesse sentido.²³⁴

Paralelamente, tem-se que as normas veiculadoras de direitos fundamentais sociais são vagas, de textura aberta, dando margem a distintas interpretações que lhes definam o conteúdo, dificultando a precisão em torno do que é demandável em juízo ou não. Quando, por exemplo, a Constituição estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, genericamente, dá margem para que situações distintas possam gerar direitos subjetivos

²³³ Entre nós, este é o posicionamento de Gustavo Amaral (**Direito, Escassez & Escolha**) e Flávio Galdino (**Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores.). No direito estrangeiro, ABRAMOVICH, COURTIS, **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 88; PISARELLO, ob. cit., p. 102-110 e 120-122.

²³⁴ Esta idéia compõe a concepção de *reconstrução democrática, participativa e multinível* dos direitos fundamentais sociais, proposta por Gerardo Pisarello. Segundo o autor, a efetividade dos direitos sociais não dependeria apenas de sua justiciabilidade, mas, em igual ou, até mesmo, maior medida, do exercício de outras formas de controle sobre o cumprimento das normas garantidoras de direitos sociais. Tal controle seria exercido tanto pelas instituições, quanto pelos próprios cidadãos. O controle por meio das *instituições* seria feito, por exemplo, pelo Legislativo, ao formular perguntas, comissões de investigação, etc, aos agentes da Administração, destinadas à investigação acerca da destinação dos recursos públicos. Poderia ser feito, também, pela Administração, mediante o exercício do poder de polícia, e, ainda, pelo Tribunal de Contas, através da análise das contas públicas. O controle realizado pelos *cidadãos* consistiria na participação popular no âmbito da administração e, também, do Parlamento, reclamando a satisfação de seus direitos. Pisarello propõe a classificação das garantias de participação em *indiretas*, que seriam o sufrágio universal e a participação em audiências públicas; e *diretas*, que seriam a autotutela, ou seja, o manejo, pelos sujeitos, de mecanismos que lhes permitisse a satisfação direta de suas necessidades, como é o caso das cooperativas e empresas de autogestão (**Los derechos sociales y sus garantías**, p. 117-128).

demandáveis em juízo. Além disso, a imprecisão semântica é capaz de criar confusões quanto a o que caracteriza um direito fundamental social sindicável ou não.²³⁵

A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais está diretamente ligada a uma concepção acerca de sua estrutura normativa. Não parece ser possível defender os direitos sociais dentro de um modelo de regras, definitivos em sua prescrição normativa, e realizáveis em uma única medida. Admite-se-os, pois, dentro do modelo normativo de princípios, por configurarem mandamentos de otimização, realizáveis na maior medida possível, e com o menor prejuízo aos bens fundamentais com eles colidentes.²³⁶ De acordo com este modelo, os direitos fundamentais sociais seriam direitos subjetivos apenas *prima facie*, pois somente após o sopesamento desses direitos com os demais bens em conflito é que se chegaria a uma posição *definitiva*, exigível judicialmente.²³⁷ Mesmo que alguma medida desses direitos seja considerada definitiva, como num modelo de regras²³⁸, e, desde logo, insuscetível à ponderação, o seu âmbito normativo continuará apto a sofrer restrições. No caso brasileiro, apenas o direito à educação fundamental acha-se assegurado, já na Constituição, como um direito subjetivo.

E nesse contexto de ponderação de bens é que interessa o estudo da teoria da reserva do possível. Por assumirem uma dimensão economicamente relevante, tais direitos dependem da alocação de recursos para serem realizados. A alocação de recursos é necessária precisamente pelo fato de que não há como todos os setores sociais serem atendidos simultaneamente. Como visto, este é o

²³⁵ Canotilho adota a expressão “camaleões normativos” para referir-se à abertura normativa no que concerne aos direitos fundamentais sociais, e a expressão “metodologia fuzzy” ou “fuzzysmo” para conceituar a confusão doutrinária no campo da dogmática e teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais, em vista, justamente, daquele “transformismo normativo”, agregado à complexidade dos problemas que envolvem a realização dos direitos a prestações em sentido estrito. Cf. CANOTILHO, **Metodologia “fuzzy” e camaleões normativos...**, p. 101-102.

²³⁶ Este o posicionamento de OLSEN, **Direitos fundamentais sociais**; SARLET, **Eficácia dos direitos fundamentais**; LEIVAS, **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**.

²³⁷ Este o modelo de ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**.

²³⁸ Como é o caso da saúde básica, da educação fundamental, da assistência aos desamparados e do acesso à justiça, conforme propõe Ana Paula de Barcellos, ob. cit., p. 260-301.

fundamento básico para a composição entre arrecadação e receita, no orçamento. A realidade do binômio escassez/necessidades humanas exige uma atuação positiva do Estado no sentido de oferecer soluções concretas, mas que não poderão ser realizadas *de uma só vez*, atendendo simultaneamente a todos. É o Clèmerson Clève chama de “metáfora do cobertor curto”²³⁹. Dependendo de recursos públicos para sua satisfação faz com que os direitos sociais sejam concretizados num horizonte de progressividade. As possibilidades que dão fundamento à reserva do possível (econômica, política e jurídica) impõem restrições no âmbito normativo do direito fundamental social, pois impedem que a sua satisfação seja alcançada integralmente, maximamente, universalmente. O fator custo é fortemente desfavorável aos direitos sociais. Todos os direitos custam, e os direitos sociais também possuem duas facetas (de omissão e de atuação), mas a sua dimensão econômica é profundamente mais evidente.²⁴⁰

Desse modo, a ponderação de bens quando à realização ou não de um direito fundamental social é feita ainda no âmbito da formulação das políticas públicas. Os poderes constituídos, levando em consideração as possibilidades econômicas, jurídicas e políticas, enfim, todos os fundamentos que compõem a cláusula da reserva do possível, procedem a um balanço acerca de *em qual medida* será dado cumprimento ao dever constitucional de agir pela efetividade dos direitos sociais. Fala-se *em qual medida*, por não ser dado ao agente político escolher por *não agir*, mas sim, em *como agir*.

A destinação constitucionalmente exigida dos recursos públicos é vinculante, mas significa um *mínimo* exigível de aplicação, e que nem sempre pode ter um resultado eficaz. Alguns setores podem não ser atendidos satisfatoriamente, e uma grande parcela da população pode ter o acesso ao bem ou serviço impedido, em virtude de sua indisponibilidade. A execução deficiente

²³⁹ “A metáfora do cobertor curto é adequada para a compreensão de qualquer orçamento, mas é mais adequada ainda para a compreensão dos limites do orçamento público brasileiro. Trata-se de um cobertor insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo. Se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés.” (CLÈVE, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**, p.36.)

²⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Prólogo. In: ABRAMOVICH, Victor. COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 10.

de políticas públicas, o mau gerenciamento dos recursos, corrupção, clientelismo, são todos fatores que, paralelamente ao custo dos direitos, militam em desfavor dos direitos fundamentais sociais. Limitam a sua satisfação. Restringem o seu acesso universal e igualitário. Estas também podem ser consideradas razões para a massiva exigibilidade judicial dos direitos sociais que se vem testemunhando nos últimos anos.

Fato é que, quando uma necessidade fundamental deixa de ser atendida, tem-se um direito fundamental social frustrado. A necessidade fundamental de que se cuida, aqui, é aquela proposta pela teoria das necessidades, e que seria imprescindível ao desenvolvimento da autonomia humana. Sem o atendimento dessas necessidades, não há autonomia pública e privada, não há cidadania, não há vida digna, não há dignidade humana. Nesse patamar, defende-se que não há argumento de escassez de recursos que impeça o acesso do sujeito aos satisfatores de tais bens fundamentais. Os satisfatores das necessidades humanas fundamentais são assegurados constitucionalmente, e, nas circunstâncias de sua falta, não admitem progressividade em sua prestação. Desse modo, a dignidade humana é afastada, sendo que o mínimo, à luz da teoria dos princípios, não se sujeitaria à ponderação, mas à subsunção.²⁴¹

Em tal caminho, defende-se, pois, a atuação judicial pela realização dos direitos sociais (e em especial o direito à saúde), argumentando-se que estes devem ser protegidos ao menos naquilo que concerne ao preenchimento do mínimo existencial, por ligar-se diretamente à realização do postulado da dignidade humana.²⁴² Assim, a reserva do possível seria apenas um indicativo

²⁴¹ No direito comparado, ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 436-437; QUEIROZ, **Direitos Fundamentais Sociais**, p. 150;

²⁴² No contexto da Constituição portuguesa de 1976, Canotilho anota que, a respeito da existência de um conteúdo constitucionalmente determinado do direito fundamental social, parte da doutrina entende que o direito fundamental social não possui um conteúdo essencial determinado constitucionalmente ou determinável judicialmente, o que somente poderia ser feito pelo legislador, responsável por ponderar as restrições incidentes sobre o âmbito de proteção do direito fundamental social, fixando-lhe o conteúdo. Nesse caminho, a garantia do mínimo *social* não seria um núcleo irredutível do direito fundamental social, mas, sim, um *prévio e independente* dever dos poderes públicos para com a proteção da dignidade humana. “Assim, por exemplo, o ‘rendimento mínimo garantido’ não será a concretização de qualquer direito social em concreto (direito ao trabalho, direito à saúde, direito à habitação) mas apenas o cumprimento do dever de socialidade imposto pelo respeito da dignidade da pessoa humana e

para a necessidade de sopesamento dos interesses em jogo, sem, contudo, conduzir ao esvaziamento do direito fundamental social.²⁴³ Também, milita em favor da justiciabilidade dos direitos sociais o argumento de que a liberdade jurídica somente será efetiva se existente, também, a liberdade real ou material.²⁴⁴

O atendimento às necessidades humanas fundamentais, pois, não seria realizado dentro de uma reserva de possibilidades. Seu atendimento há de ser imediato, e eficaz, para que o titular do direito fundamental saia daquela situação de necessidade extrema. E, se os satisfatores daquelas necessidades não forem providenciados pelos poderes constituídos, deverão ser buscados judicialmente, para que seja declarada a responsabilidade do Estado e imposta a sua prestação.

Admite-se, portanto, que os satisfatores das necessidades básicas, abrigadas no âmbito normativo dos direitos fundamentais sociais, sejam exigidas em juízo quando não fornecidas adequadamente a seus titulares. Em casos que tais, como dito, não há falar em reserva do possível, pois à justa distribuição de recursos não é lícito excluir aqueles que deles mais precisam. É a microjustiça do caso concreto, perfeitamente compatível com as falhas ocorridas no âmbito da macrojustiça.²⁴⁵

Seja como for, uma questão fundamental é que se disponha da maior cognição possível na demanda. Deixar de dar cumprimento à norma de direito fundamental deve contar com argumentos sólidos e coerentes. A reserva do

pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade.” (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 481) E continua, posicionando-se favoravelmente à delimitação constitucional prévia de um núcleo essencial dos direitos sociais: “o ‘rendimento mínimo garantido’, as ‘prestações de assistência social básica’, o subsídio de desemprego’ são verdadeiros direitos sociais *originariamente* derivados da Constituição sempre que eles constituam o *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito.” (Ibidem, p. 518).

²⁴³ De modo que, embora a decisão do Tribunal não tenha declarado a existência de um direito subjetivo à vaga no ensino superior, “ao menos levou a um direito definitivo procedimento de seleção que dê chances suficientes a todos.” Cf. ALEXY, ob. cit., p. 515-516.

²⁴⁴ No sentido de que as condições materiais de existência, objeto de tutela dos direitos sociais, são pressupostos para a autodeterminação do sujeito, e que, atendidos, conferem o devido valor ao direito de liberdade. Foi o que decidiu a Corte alemã no *BVerfGE 33, 303 (331)*. Cf. ALEXY, ob. cit., 503-506.

²⁴⁵ Observe-se que, sob a Constituição portuguesa de 1976, Cristina Queiroz pontua que a generalidade da lei determina que a eventual concretização individual do direito fundamental social se dê, também, pela mão do representante eleito. (QUEIROZ, ob. cit., p. 141.)

possível não pode traduzir-se em argumento de autoridade para a postergabilidade da omissão inconstitucional do poder público. Assim, a cognição judicial há de ser a mais ampla possível em tais processos. De outra parte, também a decisão judicial que restrinja o postulado de igualdade inerente aos direitos fundamentais sociais deve ser racionalmente fundamentada. Retornaremos a este tema nas considerações finais. Por ora, registre-se que a esta proposta, no âmbito dos direitos fundamentais sociais, Rodolfo Arango chama *modelo do caso extremo*: a regra é prestar observância aos princípios democrático e da igualdade, porém, em circunstâncias extremas, e presentes determinadas condições, admite-se o tratamento desigual, em razão da desigualdade fática:

As condições do modelo do caso extremo correspondem às condições materiais do suposto de fato dos direitos sociais fundamentais. Elas são: *i)* deve ficar estabelecida a existência de uma desigualdade fática entre o afetado e outros grupos de destinatários jurídicos, que leva à exclusão social do primeiro; *ii)* a situação de necessidade deve ser tão urgente que uma posição jurídica jusfundamental do afetado se põe em perigo de maneira não permitida, por exemplo, no caso de afetação do direito à vida ou à inalienabilidade corporal (artigo 2, inciso 2 da Lei Fundamental), ou do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 2, inciso 1, em conexão com artigo 1, inciso 1 da Lei Fundamental).²⁴⁶

2.2 A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira

2.2.1 A reserva do possível e os direitos

É importante, desde logo, fazer uma advertência quanto ao presente subitem: a opção por reservar espaço próprio à análise da reserva do possível e os direitos, em sentido amplo, e separadamente dos dois subitens subsequentes – a reserva do possível em face dos direitos sociais e em face do mínimo existencial – destina-se, meramente, a fins didáticos. Com efeito, os direitos sociais abrigados pela Constituição Federal de 88 não se limitam ao rol expresso no artigo 6.º do texto constitucional. Os direitos sociais estão presentes, também, no título que trata da ordem social, e também da ordem econômica e financeira.

²⁴⁶ A tese é formulada a partir do desenvolvimento teórico de Alexy acerca do ônus argumentativo-decisional, conforme será visto no Capítulo 4, *infra*. ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Caracas: Legis, 2005. p. 204.

Uma interpretação sistemática e ampliativa de outros dispositivos constitucionais, dentro das circunstâncias de cada caso concreto, permite identificar que, em última análise, são direitos sociais que se está a proteger. É uma abertura permitida pelo art. 5.º, § 2.º da Constituição.²⁴⁷

Desse modo, interessa, aqui, lembrar que a cláusula da reserva do possível deve ser enfrentada não apenas no âmbito de demandas judiciais em que se cuidam do fornecimento de medicamentos, da adjudicação de tratamentos de saúde ou da obtenção de vagas no ensino pré-fundamental, mas, também, em processos onde o debate constitucional gira em torno da satisfação de outras necessidades. E, em tais demandas, ora prevalecerá o argumento da escassez de recursos, ora o argumento da proteção ao mínimo de prestações necessárias à satisfação das necessidades humanas fundamentais (mínimo existencial).

Um primeiro exemplo é o Agravo de Instrumento n.º 2007.04.00.039362-2 – PR, julgado pelo TRF da 4.ª Região, em que o Município de Fazenda Rio Grande pleiteava a reforma de decisão que, em primeiro grau, não concedera tutela antecipada em face do DNIT – Departamento Nacional de Infra-Estrutura e Transportes, no sentido de obrigar-lhe a tomar medidas destinadas à reforma da pista da BR 116. Na referida ação, o Município de Fazenda Rio Grande alegou que a pista excessivamente deteriorada oferecia risco à vida dos que por ali passavam, ofendia os princípios da moralidade e eficiência administrativas, permitindo, assim, a intervenção do Judiciário nas políticas públicas da autarquia, “em face da impossibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais.”

Na decisão atacada, o juízo *a quo* entendeu que, muito embora se deva ter em vista a necessidade de dar concretude às normas constitucionais, não seria possível desconsiderar que, de fato, os recursos de que o poder público dispõe para realizar políticas públicas são limitados, não cabendo, ainda, ao Judiciário intervir nas escolhas administrativas. Além disso, restou comprovado nos autos que o DNIT já havia providenciado edital convocatório para a concessão de

²⁴⁷ Art. 5.º, § 2.º “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte.”

exploração da rodovia federal em questão, o que demonstrava estarem sendo promovidas medidas administrativas destinadas à recuperação do trecho referido pelo agravante. Desse modo, o Tribunal manteve a decisão agravada, que fora proferida nos seguintes termos:

Com efeito, a excepcionalidade do controle reserva-o para as hipóteses de garantia do mínimo existencial e à impossibilidade de se implementar políticas abertamente contrárias à Carta Política. Além disso, a obrigatoriedade de sua implementação encontra óbices na cláusula da reserva do possível e na vinculação das despesas governamentais a um orçamento previamente elaborado.

Ainda que a cláusula da “reserva do possível” não possa ser invocada, pelo Estado, “com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais”, deve-se recordar que o seu afastamento só se justifica quando, “dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”. Afinal, a banalização desse controle pode conduzir à transformação do Poder Judiciário em centro de triagem de preferência de políticas públicas, estabelecendo “os alvos prioritários dos gastos públicos”.²⁴⁸

Mais adiante, o juízo *a quo* ressalta não ignorar a obrigação e a correspondente omissão estatal, mas repisa o argumento de que a intervenção judicial limita-se à imposição de uma política ou ao controle de política já existente, não podendo impor que os recursos públicos sejam destinados a uma ou outra finalidade:

É verdade que esta situação é injustificável, especialmente a partir da Lei nº 10.336/01 que, mesmo após seis anos de arrecadação da chamada Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível, não foi capaz de equacionar a grave situação das estradas brasileiras. Cumpre ressaltar que esta lei, em seu art. 1º, § 1º, destinou o produto de sua arrecadação, não apenas ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, de gás natural e seus derivados e de derivados de petróleo e financiamento de projetos ambientais, como também ao “financiamento de programas de infra-estrutura de transportes”.

Porém, ainda que seja procedente a indignação nacional, não se pode pretender que haja uma intervenção judicial tendente a definir os locais de atuação urgente do Poder Executivo nos programas de infra-estrutura de transporte. Nesta hipótese, o Poder Judiciário pode, em seu limite de atuação, apenas impor ao Executivo a implementação de uma política ou controlá-la, caso se mostre contrária a princípios Constitucionais.

(...)

²⁴⁸ TRF4, AI n.º 2007.04.00.039362-2 – PR, Rel. Juíza Federal Carla Evelise Justino Hendges.

A realocação de recursos orçamentários suficientes para cumprimento da ordem importaria, inevitavelmente, na frustração de diversos outros programas igualmente relevantes, não sendo razoável que o juízo administrativo de conveniência seja substituído pela ordem judicial.

Outro exemplo são os processos onde se discute o problema da superlotação de presídios. São demandas em que detentos, geralmente com o auxílio de defensor público, denunciam as condições precárias em que se encontram nos estabelecimentos prisionais, tais como falta de higiene, superpopulação nas celas, violência física e moral, abuso sexual, dentre outras situações. Nesse sentido, pedem indenização do Estado responsável pela manutenção do sistema prisional pelos danos morais sofridos durante a internação.

No âmbito dos tribunais de justiça, são encontradas decisões que deferem tais pedidos, com fundamento na necessidade de garantia das condições elementares de dignidade da existência humana – o mínimo existencial, o que se sobrepõe ao argumento estatal da escassez dos recursos necessários à melhoria dos estabelecimentos prisionais, bem como da limitação orçamentária previamente fixada pelo legislador. É o caso, por exemplo, de Apelação Cível n.º 2006.015034-1 – MS, de cuja ementa se extrai o seguinte excerto:

O tratamento desumano ao presidiário, decorrente das péssimas condições física e sanitária do estabelecimento carcerário aliados à superpopulação das celas, dá ensejo ao dano moral, porque atenta contra os direitos da personalidade pela exposição de risco à saúde do preso e à sua integridade física; recrudescer o aviltamento de sua honra já abalada pela pena imposta; ofende sua intimidade pelo defenestrar de seu resguardo pessoal e desrespeito à sua identidade pessoal. Se o Estado, de há muito, tem conhecimento dessa situação carcerária e pouco ou quase nada faz para corrigi-la, peca por omissão e não pode *ad aeternum* invocar o princípio da “reserva do possível” para isentar-se da responsabilidade. Demonstrado pelas provas dos autos o nexo de causalidade entre a conduta omissiva e culposa do Estado e o dano causado, fica obrigado a indenizar a vítima.

Pode ocorrer, todavia, que o ente federado consiga comprovar ter envidado esforços orientados a superar a condição de precariedade dos estabelecimentos prisionais sob sua responsabilidade, como, por exemplo, a

construção de novo estabelecimento prisional, destinado à melhor acomodação dos detentos. Foi o que houve no caso que segue:

(...) conforme noticiado nos autos pelo douto juiz prolator, foi construído e ativado na própria cidade de Três Lagoas ‘um moderno presídio, ondo o autor e demais condenados cumprem de maneira satisfatória suas penas’ (f. 301), senão sanando, ao menos amenizando de maneira satisfatória as mazelas expostas pelo apelante em seu recurso.

(...) *omissis*.

É evidente que tais ações não são suficientes para sanar todos os problemas existentes no sistema carcerário em curto espaço de tempo, - problemas estes que se arrastam ao longo de vários anos -, mas demonstram que o Poder público Estadual não permanece inerte em relação a isto, propiciando ações no sentido de melhorar o tratamento dispensado aos presos.

Diante disso, não pode o Poder Judiciário, por força do princípio da razoabilidade, determinar ao Estado (Poder Executivo) que altere, de forma substancial, a Lei Orçamentária, estabelecendo rubrica com numerário considerável, para que a crise penitenciária seja resolvida ao longo de um ou dois exercícios.

Ora, percebe-se que a pretensão do autor, de ver-se indenizado em valor mensal pelo tempo em que permaneceu recolhido no antigo complexo penitenciário, não se mostra razoável, pois a imposição desta indenização equivale a compelir o Estado a destinar mais recursos para o sistema prisional do que o determinado no orçamento, que é insuficiente, porém é o possível.²⁴⁹

Contudo, quando eventual recurso sobre o acórdão é impetrado no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento do STJ segue a linha de que se está diante de situação de reexame de prova, de análise de circunstância fática, o que lhe retira a competência para manifestar-se acerca da questão, nos termos da súmula n.º 7 daquele Tribunal.²⁵⁰ Nesses casos, seria necessária a investigação acerca da existência de medidas que já tenham sido adotadas pelo Estado reclamado para contornar a situação, bem como análise detida sobre o fluxo de caixa do ente estatal. Desse modo, o Tribunal abstém-se de decidir sobre a eventual ilegalidade da ação ou omissão estatal, como é o caso que segue:

²⁴⁹ Decisão proferida em primeira instância, e tomada como razões de decidir por STJ, AgRg em REsp n.º 970.415 – MS, Rel. Min. Francisco Falcão, julgamento em 24 set. 2007.

²⁵⁰ É o que restou assentado, por exemplo, no AgRg em REsp n.º 970.415 – MS, no AgRg em AI n.º 1.014.339 – MS e no REsp n.º 961.235 – MS, nos quais discutia-se, também, a aplicação da teoria da reserva do possível em casos que versassem sobre a superlotação de presídios. Eis o teor da súmula: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” No REsp n.º 859.647 – MS, o recurso não foi conhecido por ausência de pré-questionamento, em razão de o recorrente não ter atacado o fundamento principal do acórdão recorrido, qual seja, a teoria da reserva do possível.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. OMISSÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7-STJ.

1. Caracterizado o ato ilícito ensejador da possível responsabilidade civil estatal em sua modalidade omissiva, faz-se necessária a verificação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do ente público.
2. A seu turno, também a aplicabilidade do princípio da reserva do possível requer considerações sobre a situação econômico-financeira do ente público envolvido.
3. Essas duas ordens de investigação importam em detida análise da situação de fato por que passa o ente público - seja em relação administração, seja em relação às finanças -, esbarrando, portanto, no óbice da Súmula 7 deste Tribunal.
4. Agravo regimental não-provido.²⁵¹

A teoria da reserva do possível é discutida, também, em processos de pagamento de precatórios judiciais. A Intervenção Federal n.º 2915, ajuizada perante o STF, é paradigmática. Neste caso, discutiu-se a possibilidade de intervenção no Estado de São Paulo, por descumprimento de decisão judicial, em virtude do não pagamento de precatórios alimentícios, cobrados judicialmente há mais de dez anos da data da propositura da ação de intervenção. Na referida ação, o Estado de São Paulo alegou que passava por dificuldades financeiras herdadas dos débitos de precatórios deixados pelas gestões administrativas anteriores; que havia a precedência de outros precatórios, mais antigos, a serem pagos; que o ente federado já vinha quitando seus débitos a título de precatórios, mas que, pelo volume de credores não dava conta de encaixá-los no anualmente no orçamento, nos termos da Constituição.

Tais argumentos não convenceram o Relator, Min. Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido de intervenção, tendo entendido que a limitação de caixa não poderia ser argumento inequívoco e recorrente em face do cumprimento de obrigações constitucionalmente estabelecidas. Ademais, não adotar postura jurisdicional incisiva em face da administração do Estado implicaria no esvaziamento da autoridade das decisões judiciais, empolgando o

²⁵¹ STJ, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 1.014.339 – MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgamento em 21 ago. 2008.

seu descumprimento. Ainda, o Ministro ressaltou ser irrelevante, no caso, a existência de dolo ou culpa do agente público, uma vez que o descumprimento do comando constitucional já se havia configurado objetivamente. Por fim, o Min. Marco Aurélio destacou que, se o cidadão comum não pode alegar a existência de uns débitos para deixar de pagar outros, sobretudo quando compelido a fazê-lo judicialmente, no prazo de 24 horas, também o Estado não poderia eximir-se de suas obrigações sob o argumento de limitação de recursos, mormente por dispor de tempo e prerrogativas para adimpli-las.

O Min. Gilmar Mendes, contudo, apresentou voto divergente, no sentido de que “a proteção dos direitos fundamentais e a busca da redução das desigualdades sociais necessariamente não se realizam sem a reflexão acurada acerca de seu impacto.” Em outras palavras, o Ministro construiu seu voto considerando a limitação fática e jurídica dos recursos necessários ao pagamento de precatórios, na medida em que satisfazer direitos fundamentais implica, necessariamente, na realização de despesas por parte do ente estatal. Fez uso, para operacionalizar seu raciocínio, do princípio da proporcionalidade, em seus três subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.²⁵²

Registrou, ainda, que não se pode exigir o pagamento imediato sem verificar se a imposição encontra respaldo nas finanças de Estado que vem cumprindo com suas obrigações constitucionais. Além disso, destacou que, se nomeado interventor, este encontraria as mesmas limitações fáticas e jurídicas às quais já se sujeitava o Chefe do Executivo. De nada adiantaria, portanto, a nomeação de interventor para o fim de realizar o pagamento dos precatórios.

Ao final, prevaleceu a tese divergente, de que não seria o caso de proceder à medida excepcional de intervenção do Estado de São Paulo. Isso porque, presentes limitações de ordem financeira, bem como de ordem jurídica, em virtude das destinações previamente definidas em orçamento, não haveria, de fato, recursos para o pagamento dos precatórios em questão. Paralelamente, o

²⁵² Os três subprincípios da proporcionalidade serão abordados com maior clareza mais adiante, no Capítulo 3.

Estado de São Paulo conseguiu demonstrar que vinha procurando quitar os precatórios em atraso. Vejam-se os dados trazidos no voto divergente:

...considerando-se as estimativas de arrecadação para o exercício corrente, as despesas com o pessoal dos três Poderes do Estado deverão se situar em torno de 58% das receitas correntes líquidas estaduais; os gastos com custeio, que permite o funcionamento do aparato administrativo, incluindo-se certas parcelas que compõem o percentual mínimo a ser aplicado no desenvolvimento do ensino (art. 212 da CF) e nas ações e serviços públicos de saúde (art. 198, § 2.º da CF), deverão atingir o montante de 19% das receitas correntes líquidas, ao passo que o serviço da dívida junto à União consumirá aproximadamente, 12% daquelas receitas; há, finalmente, os gastos com investimentos mínimos indispensáveis para a simples manutenção do funcionamento de serviços essenciais (rodovias estaduais operadas diretamente pelo Poder público, aparato de segurança pública, redes de ensino e de saúde, etc), estimados em 9% das receitas correntes líquidas.”

E continua o Estado de São Paulo: “*Excluídos os gastos apontados no item anterior, o que resta de recursos são utilizados no pagamento de precatórios judiciais, despesa essa estimada, para o ano de 2002 em cerca de 2% das receitas correntes líquidas, vale dizer, algo em torno de R\$ 700.000.000 (setecentos e cinquenta milhões de reais).*”

E continua:

Com esse objetivo, vale destacar que, conforme informações apresentadas pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, este Estado vem atuando de maneira bastante positiva no tocante ao pagamento dos precatórios judiciais.

Primeiramente, referido ente federado, atendendo ao disposto no art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescido pela Emenda Constitucional n.º 30, de 13 de setembro de 2000, satisfaz a totalidade do primeiro décimo dos precatórios não alimentares no ano de 2001.

Ademais, por meio do Decreto Estadual n.º 46.933, de 19 de julho de 2002, que regulamentou a Lei Federal n.º 10.482, de 3 de julho de 2002, destinou-se, no próprio mês de julho, mais de R\$ 100.000.000 (cem milhões de reais) para pagamento de precatórios alimentares, perfazendo, neste ano (até o presente momento), o total de R\$ 170.221.716, 98 (cento e setenta milhões, duzentos e vinte e um mil, setecentos e dezesseis reais e noventa e oito centavos) com pagamento de precatórios alimentares.

Também, consoante dados fornecidos por aquela Procuradoria, serão repassados à Fazenda Estadual, nos meses de agosto e setembro, cerca de R\$ 202.000.000 (duzentos e dois milhões de reais), o que resultará no final do ano no pagamento de mais de R\$ 400.000.000 (quatrocentos milhões de reais), ou seja, mais de 10% da dívida total estimada.

Portanto, não resta configurada uma atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com a finalidade de não pagamento dos precatórios alimentares.

Até então, não se conhece decisão do STF que tenha acolhido pedido de intervenção federal pelo não pagamento de precatórios, embora os votos dos respectivos julgados sejam, em regra, divergentes. Conforme observa Daniel Weng, apesar da jurisprudência do Tribunal ser pacífica quando afasta a reserva do possível em face do mínimo existencial, o entendimento dos ministros não segue o mesmo caminho quando se trata do pagamento de precatórios, embora em tais casos, especialmente em se tratando de precatórios alimentares, defenda-se que o não pagamento pode impedir o sujeito de satisfazer suas necessidades mais elementares.²⁵³ Apontam no sentido de que, de fato, se o Estado logra comprovar que não dispõe de recursos suficientes para o pagamento dos precatórios, não há de se lhe impor o cumprimento da respectiva obrigação. Além disso, em alguns casos, os ministros chegaram a observar que o dinheiro a ser alocado para o pagamento do precatório poderia fazer falta ao atendimento de necessidades sociais em setores essenciais, tais como saúde e educação.²⁵⁴

No ponto, em análise dos referidos julgados, Weng observa a discrepância das conclusões alcançadas nos casos de direito à saúde e à educação, e nos casos de pagamento de precatórios: nestes, foi unânime o indeferimento da tutela pretendida. Naqueles, a regra foi afastar o argumento da reserva do possível. O interessante, e que também é apontado por Weng, é que, dos 38 acórdãos por ele analisados, 36 referiam-se a pedido de pagamento de verba alimentar, logo, certamente necessários à subsistência do credor e de sua família.²⁵⁵

Ainda nesta temática, após reconhecer o requisito da repercussão geral, o STF admitiu Recurso Extraordinário onde o recorrente questionava decisão do STF que havia negado o pleito de conversão de precatório em requisição de

²⁵³ Conforme a ampla pesquisa realizada por Daniel Wei Liang Wang, **Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível...**, onde analisou decisões do Supremo Tribunal Federal na matéria título do trabalho, circunscrita aos direitos à saúde e à educação, e ao pagamento de precatórios judiciais. Observação semelhante também é feita por Ricardo Lobo Torres, ao colocar que, presente a falta de recursos, o STF não tem determinado o pagamento do precatório, ao passo que, quando a questão girasse em torno, diretamente, da proteção do mínimo existencial, o argumento reserva do possível seria superado (TORRES, R. L.. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 84).

²⁵⁴ *Ibidem*, *idem*.

²⁵⁵ *Ibidem*, *idem*.

pequeno valor. O Relator do recurso, Min. Ricardo Lewandowski observou que a possibilidade de conversão poderia reduzir sobremaneira o tempo de espera para que inúmeros credores recebam o pagamento do respectivo valor, o que poderia, no futuro, inviabilizar o pagamento pelos entes federados, por falta de recursos.²⁵⁶

Outra situação em que o argumento da reserva do possível é acolhido é quando em jogo direitos previdenciários. O STF entende pela inconstitucionalidade de leis que criem ou estendam benefícios previdenciários a servidores ou a seus dependentes, tomando como fundamento no art. 195, §5.º, segundo o qual “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.” A crítica doutrinária aponta no sentido de que seria incoerente o Supremo Tribunal entender pela constitucionalidade da concessão de remédios e tratamentos de saúde (o que, com efeito, integra o sistema de seguridade social) pelo Tribunal, e, já no que toca a direitos previdenciários, adotar postura deferente, dando privilégio à reserva legal.²⁵⁷

Uma resposta para o tratamento distinto dispensado nesses casos é a repercussão dessas decisões sobre os entes políticos, e, por conseqüência, sobre os particulares. Quanto aos direitos sociais, não é difícil reconhecer que as decisões proferidas pelos tribunais podem assumir um matiz pedagógico. Ou seja, reiteradas decisões (re)afirmando a responsabilidade do Estado diante da omissão inconstitucional, quando esta efetivamente se configura, podem levar ao esforço dos agentes políticos no sentido de implementar políticas públicas capazes de dar atendimento às necessidades sociais. E, no que concerne aos precatórios, sabe-se que a dívida pública interna é enorme, e impagável de imediato.²⁵⁸ Além disso, União, Estados e Municípios fixam limites, em seus

²⁵⁶ RE n.º 578.812, consoante www.stf.gov.br/noticias. Acesso em 08 out. 2008.

²⁵⁷ Cf. SCAFF, ob. cit., p. 168-169: “É curioso que o STF adote procedimento diverso quando trata de direitos previdenciários. Nestes, seu comportamento é de exigir fonte de custeio para a concessão do benefício. Pode-se ver isso em vários julgados, todos eles declarando inconstitucionais leis estaduais que criaram ou estenderam benefícios previdenciários a seus servidores ou seus dependentes, sem a correspondente fonte de custeio.” (p. 169)

²⁵⁸ *Ibidem*, *idem*.

respectivos orçamentos, para o dispêndio com o adimplemento dessas obrigações.

Nota-se, pois, que, nos processos que não envolvam, objetiva e diretamente, a tutela de direitos fundamentais sociais, a cláusula da reserva do possível é relevada.

2.2.2 A reserva do possível e os direitos sociais

Há, no entanto, situações em que os direitos sociais aparecem de maneira mais evidente. São os casos em que se postula, perante o Poder Judiciário, a adjudicação de bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais sociais à saúde e à educação. Tratam-se das hipóteses de fornecimento de medicamentos, custeio de tratamento médico e de oferta de vagas em creches e no ensino fundamental. Estas são as situações em que a cláusula da reserva do possível é mais recorrentemente suscitada, sendo ora acolhida pelo órgão julgador, ora afastada.

Interessa, aqui, trazer decisões que *acolheram* o argumento da reserva do possível. O acolhimento do argumento da cláusula traduz o reconhecimento, pelo julgador, das limitações jurisdicionais face à liberdade discricionária do administrador no manejo dos recursos públicos. Contudo, em se tratando da tutela dos direitos fundamentais à saúde e à educação, quando a reserva do possível é *afastada* no caso concreto, tal se deve pela tutela de direito subjetivo assegurado constitucionalmente (no caso, o direito à educação fundamental) ou pela necessidade de prevalência da proteção ao mínimo existencial, quando, então, o direito em jogo assume a feição de direito subjetivo. E esta questão será examinada no item seguinte.

Por ora, no caso do direito à educação, é comum que a demanda tenha por objeto a construção de estabelecimento de ensino (política pública), ou matrícula de criança em creches ou em escolas da rede pública que ofereçam ensino fundamental (obtenção direta da prestação). No período de 2000 a 2006, todos os pedidos que chegaram ao STF tinham por objeto a matrícula de crianças em

creches ou no ensino fundamental.²⁵⁹ Em apertada síntese, pode-se dizer que, nestas situações, alega-se, individual ou coletivamente, que o Estado incorre em omissão inconstitucional ao não providenciar oferta de vagas suficientes à demanda. Fundamenta-se o pedido no direito fundamental à educação, assegurado pela Constituição como direito de todos e dever do Estado, cujo acesso deve ser disponibilizado a todos que dele necessitem, sem qualquer distinção. Aduz-se, ainda, que a Constituição não teria consagrado a garantia a referido direito se este não vinculasse imediatamente os agentes políticos, os quais são os responsáveis diretos pelo cumprimento do comando constitucional. Por fim, remete-se à realização da dignidade humana e ao efetivo exercício da autonomia pública e privada como fins preconizados pela Carta Magna, os quais são inalcançáveis se o sujeito for privado da instrução educacional.

O poder público, por sua vez, justifica a omissão ou a atuação insuficiente, em regra, com base no argumento da reserva do possível. Alega que os recursos de que dispõe para o atendimento das necessidades dos administrados são escassos, e daí a organização do legislador orçamentário no sentido de compor a arrecadação e as despesas do ente administrativo. Também, defendem que o direito à educação é direito sujeito a uma reserva de orçamento para ser satisfeito, pois implica na alocação de recursos para construção das escolas, pagamento do corpo docente e de pessoal administrativo, aquisição de merenda escolar e de material didático, bem como manutenção do estabelecimento de ensino, o que somente pode ser concretizado progressivamente, e não imediatamente. Por fim, sustenta a tese de que ao Poder Judiciário é vedado imiscuir-se nas escolhas do administrador e do legislador, estes sim democraticamente eleitos para atenderem às demandas de seus representados.

Este é um relato bastante abrangente, porém possível de ser feito em relação ao direito à educação. É que, diferentemente do direito à saúde, por exemplo, há apenas uma situação, que é a criança fora da escola, e há apenas uma forma de solver o problema, que é integrá-la no corpo discente escolar. Não há gradações quanto à satisfação do direito à educação. Desse modo, o ônus

²⁵⁹ WANG, ob. cit..

probatório imposto ao autor tem sua complexidade reduzida, de maneira que cabe ao Estado justificar a omissão.

As decisões judiciais sobre casos envolvendo o direito à educação podem variar de acordo com um critério fundamental para casos pragmáticos como o são os que envolvem a teoria da reserva do possível: o ente da administração, demandado na ação, e no intuito de fazer prevalecer sua tese de limitação de caixa para o não fornecimento de vagas em creches e no ensino fundamental, deve comprovar ter envidado esforços orientados à suficiência na oferta de vagas, sob pena de ser responsabilizado e ter de fornecer o bem jurídico em questão. Com efeito, alguma distinção surge quando o julgador é atento à previsão constitucional no sentido de que apenas o direito à educação fundamental configura direito público subjetivo. Nestes casos, em regra, o argumento da limitação de recursos é imediatamente afastado, impondo-se ao administrador o dever de garantir à parte o direito que lhe é assegurado com eficácia plena e imediata pela Constituição.²⁶⁰

Ao decidir dissenso a respeito do fornecimento de vagas para duas crianças em creche da rede municipal, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, nada obstante a previsão constitucional e legal - Estatuto da Criança e do Adolescente - de que o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade é dever do Estado, não se pode impor ao poder público que adote medidas no sentido de cumprir tais normas, sem que haja a devida previsão orçamentária para tanto. A Ministra Relatora disse, também, que o demandante - Ministério Público Estadual - deveria ter apontado meios para a realização de tais obrigações, bem como deveria ter demonstrado a inércia do administrador quanto ao caso em tela:

(...)

Conforme os novos paradigmas do Direito Administrativo, não se pode mais tolerar o entendimento de que ao Poder Judiciário não cabe imiscuir-se nas questões orçamentárias da municipalidade, mas também não é possível impor aos órgãos públicos obrigação de fazer que importe gastos, sem que haja rubrica própria para atender à determinação. É preciso ter o bom senso de entender que os recursos são insuficientes para atender aos deveres municipais, especialmente

²⁶⁰ Neste sentido, SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 357-358.

após a CF/88. Ademais, ainda devem os ordenadores de despesa atender aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Tendo em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a imposição de obrigações de fazer a ser imposta aos diversos poderes nas esferas federal, estadual e municipal exige moderação, a partir do cuidado quando da elaboração das políticas públicas e orçamentárias.

O MINISTÉRIO PÚBLICO mostrou que o município tem obrigação, sendo direito de todas as crianças exigir o cumprimento dela. Entretanto, não demonstrou as condições de realização dessas obrigações, nem se foram elas olvidadas de modo próprio, por desídia, leviandade.

Com esse entendimento, nego provimento ao recurso especial.²⁶¹

Com relação ao direito à saúde, há algumas especificações, em razão da diversidade de circunstâncias ensejadoras da propositura da ação. Desse modo, tanto os pedidos são diversos, quanto as justificativas do poder público para a omissão. De uma maneira geral, pode-se agrupar os pedidos em: *i)* o fornecimento de medicamentos, constantes ou não da lista do SUS; *ii)* tratamento médico, no Brasil ou no exterior, para a moléstia em questão, e que envolvam ou não o fornecimento de medicamentos; *iii)* implementação de políticas públicas destinadas à disposição de mecanismos preventivos e paliativos no tratamento de moléstias; *iv)* concessão de órgãos para transplante. Todos estes bens jurídicos encontram abrigo no art. 196 da Constituição Federal, onde se tem que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção.”

Com efeito, nestes casos, a resposta do poder público também passa pela teoria da reserva do possível. Neste ponto, o argumento recorrente vai no sentido de que o SUS é um sistema cujas políticas de execução são de acesso amplo e universal a todos os cidadãos, e que, por esta razão, enfrenta limitações estruturais e de ordem financeira para que possa atender adequadamente a todos. Também, há pedidos que são exorbitantes em relação às possibilidades oferecidas pelo SUS, de modo que o sistema atua dentro de uma reserva fática e financeiramente possível, além, pois, da limitação decorrente da rubrica orçamentária que lhe é destinada, e dentro da qual deve executar suas políticas.

²⁶¹ STJ, Recurso Especial nº 503.028, Rel. Min. Eliana Calmon, 20 abr. 2004.

Ainda, sustenta que o eventual seqüestro de verbas públicas, para cumprimento das decisões, fere o princípio da legalidade, sendo que o legislador, atento às características dos bens públicos (inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e impossibilidade de oneração) previu, nos arts 100 da CF, 730 e 731 do CPC, a forma pela qual pode ser executada a Fazenda Pública, prevendo a possibilidade de seqüestro de recursos apenas na hipótese de preterição no direito de precedência do precatório ou de preferência do credor. Argumenta-se, ainda, que o atendimento das necessidades individualmente diminui a disponibilidade financeira para realização de ações e serviços na área de saúde de maneira coletiva, e, que, também, a concessão judicial de tais tutelas incrementa o efeito multiplicador dessas decisões.

O fornecimento de medicamentos é pleiteado quando a droga consta da lista do SUS, mas encontra-se em falta, bem como quando o medicamento não integra a RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), estando disponível no mercado. Em casos que tais, a resposta do Judiciário é bastante variável.

O Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, em particular, tem adotado postura bastante interessante a respeito do tema. Uma das primeiras medidas adotadas pelos juízes do Tribunal tem sido verificar se o postulante consegue provar que o medicamento pleiteado tem eficácia comprovada em face da moléstia em questão. Em seguida, a análise gira em torno da imprescindibilidade da droga que se pede. Ou seja, o Tribunal questiona se a droga em questão não pode ser substituída por uma genérica, de custo deveras mais reduzido, e que, por força legal, tem preferência quando da aquisição de medicamentos.²⁶²

Daí, pois, em ações onde se pede o fornecimento de fármacos, os membros do Tribunal terem entendido pela necessidade de ser realizada perícia

²⁶² O art. 3.º, § 2.º, da Lei n.º 9.787/1999, que altera a Lei n.º 6.360/1976, a qual dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências, assim dispõe: “§ 2º Nas aquisições de medicamentos a que se refere o *caput* deste artigo, o medicamento genérico, quando houver, terá preferência sobre os demais em condições de igualdade de preço.”

médica, para aferir se efetivamente o medicamento solicitado é eficaz para o tratamento da doença, e, quando o caso, se é viável sua substituição por genérico bioequivalente ao medicamento de referência. Nesse caminho, imprescindível citar o entendimento desenvolvido pela Juíza Maria Lúcia Luz Leiria, onde menciona a existência de um esforço da comunidade médica orientado à racionalização dos diagnósticos e prognósticos, com base em estudos que procuram auxiliar o médico na definição de tratamentos terapêuticos. Trata-se da “medicina das evidências”:

Este sistema incorpora-se no movimento internacional de "medicina das evidências", que busca conciliar informações da área médica a fim de padronizar condutas que auxiliem o raciocínio e a tomada de decisão do médico. Um levantamento atualizado tem sido realizado pela Associação Médica Brasileira em conjunto com o Conselho Federal de Medicina, baseando-se nas "evidências científicas disponíveis na atualidade", em graus que variam de "A" até "D" (vide o site http://www.projetodiretrizes.org.br/novas_diretrizes.php), de forma a conferir "transparência à procedência das informações, estimular a busca de evidência científica de maior força, introduzir uma forma didática e simples de auxiliar a avaliação crítica do leitor, que arca com a responsabilidade da decisão frente ao paciente que orienta". Nas diretrizes baseadas na "medicina das evidências" estão narrados, também, eventuais conflitos de interesses, em decorrência de eventual vinculação, da informação fornecida, com fabricante, fornecedor ou entidade ou pessoa envolvida no processo de produção e comercialização do medicamento avaliado. Não é demais lembrar que o fornecimento de medicamento para tratamento de enfermidades em desconformidade com os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas vai de encontro à racionalização e organização do sistema, bem como ao próprio direito à saúde.²⁶³

E o parecer médico acerca da moléstia do requerente deve estar de acordo com a sistemática da medicina das evidências:

Daí que se torna necessária a execução de uma perícia médica. Esta, a ser realizada em primeiro grau, deve ter como nortes, portanto, a informação sobre os protocolos clínicos e terapêuticos do Ministério da Saúde, a “medicina de evidências” e a realização de termo, firmado pelo perito e pelo médico subscritor da prescrição, de ausência de conflito de interesses, na esteira da melhor prática clínica e atenta à definição de saúde da Organização Mundial de Saúde- ‘estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença’. Aliás, a OMS define a qualidade clínica como sendo a articulação de desempenho profissional, eficiência no uso dos recursos, gestão de risco (incluindo a segurança do doente) e o índice de satisfação do cliente.

²⁶³ TRF4, AI n.º 2008.04.00.022217-2/RS, Rel. Juíza Federal Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 10 jul. 2008.

Observa-se, nestes casos, um esforço jurisdicional no sentido de identificar pressupostos que permitam analisar a questão com a maior objetividade possível. Tal se justifica pelo acesso universal e igualitário, imprimido constitucionalmente ao direito à saúde:

Disto decorre, portanto, a observação de determinados pressupostos básicos, quais sejam: a) que eventual concessão de liminar ou tutela antecipada não pode causar danos e prejuízos relevantes ao funcionamento do serviço público de saúde, o que implicaria, ao final, em prejuízo ao direito de saúde de todos os cidadãos; b) ‘o direito de um paciente individualmente considerado não pode, a priori e em termos abstratos, ser sempre preferente ao direito de outro(s) cidadão(s), igualmente tutelado(s) pelo direito à saúde ou por políticas sociais diversas, mas também essenciais’ (FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito fundamental à saúde. Porto Alegre: do Advogado, 2007, p. 212), e, simultaneamente, prevalecendo, desproporcionalmente, aos princípios de competência orçamentária e das atribuições administrativas do Poder Executivo, no encaminhamento das políticas públicas; c) que o direito à saúde não pode ser reconhecido apenas pela via estreita do fornecimento de medicamentos, porque envolvendo políticas públicas de maior abrangência, em especial ações preventivas e promocionais, sem predominância de ações curativas. Necessário, pois, fixar determinados parâmetros de forma a compatibilizar os direitos e princípios envolvidos no caso sub judice.²⁶⁴

O mesmo entendimento foi explicitado no julgamento de outros agravos, nos quais foram sugeridos, expressamente, pelo Relator, parâmetros a serem observados pelo juiz singular da causa, durante a instrução processual:

Para tanto, também indico alguns parâmetros, dentre outros que o magistrado processante considerar relevantes para a solução do litígio:

a perícia deve considerar a existência de protocolos clínicos e terapêuticos, no âmbito do Ministério da Saúde, sobre a enfermidade em questão;
o perito deve manifestar suas conclusões à luz da chamada “medicina das evidências”;
tanto o perito como o médico subscritor da prescrição devem prestar termo de ausência de conflito de interesses, deixando claro sua não-vinculação com

²⁶⁴ No mesmo sentido foram decididos os Agravos de Instrumento n.ºs 2008.04.00.012790-4/PR, 2008.04.00.012664-0/RS e 2008.04.00.011413-2/SC, 2008.04.00.030031-6/SC, 2008.04.00.032144-7/SC, No caso do AI n.º 2008.04.00.012427-7/SC, a tutela foi indeferida pelo juiz singular porque *i*) não havia provas de resistência do Poder público em entregar o medicamento; *ii*) a autora não comprovou a eficiência da droga face à doença em questão, pelo contrário; o Estado de Santa Catarina mostrou que o medicamento indicado era eficaz para o tratamento de outro tipo de doença; e *iii*) a receita foi produzida unilateralmente, por médico particular da agravante, e não integrante do SUS.

qualquer fabricante, fornecedor ou entidade ou pessoa envolvida no processo de produção e comercialização do medicamento avaliado;
a observância das diretrizes nacionais e internacionais quanto ao uso racional de medicamentos;
a utilização dos serviços, para esses fins, de instituições públicas de ensino e pesquisa, sempre que possível, tendo em vista seus compromissos institucionais com o atendimento estatal de saúde pública, tais como Hospitais Universitários.²⁶⁵

Contudo, encontram-se decisões onde a solicitação de perícia médica é suplantada, sendo o agravo desprovido desde logo, favoravelmente ao ente estatal:

É preciso, então, que se demonstre: (1) que o medicamento prescrito é adequado ao tratamento da doença; (2) que o paciente tenha buscado tratamento junto à rede pública; (3) que os medicamentos disponibilizados pela rede pública para tratamento da doença sejam inadequados/ineficazes ao paciente; (4) que os medicamentos pedidos sejam necessários, ou seja, os únicos aptos ao tratamento da moléstia.

No caso dos autos, a petição inicial e documentos juntados, todavia, não demonstram integralmente tais circunstâncias.

Quanto aos demais medicamentos, prescritos por médico particular da parte autora, não se encontra nos autos comprovação mínima acerca de sua necessidade.

O deferimento da pretensão de recebimento de medicamento diverso do selecionado pela Administração para distribuição à população, exige, por parte do pretendente, demonstração segura de que o tratamento público é inadequado e ineficaz, bem como que o medicamento requerido é necessário ao tratamento, ou seja, de que seja o único dentre o demais existentes no mercado eficaz ao tratamento da enfermidade.²⁶⁶

Há, ainda, pedidos de tratamento médico que são negados não só em virtude da limitação de recursos, mas, também, pela falta de razoabilidade no pedido do autor. Foi o que ocorreu, por exemplo, no Agravo de Instrumento n.º 2008.04.00.030316-0/RS, no qual se manteve decisão que negara determinado tratamento pós-transplante renal. Neste caso, solicitava o agravante fosse-lhe fornecido medicamento ministrável via oral, uma vez que o Estado fornecia

²⁶⁵ TRF4, AI n.º 2007.04.00.001791-2/SC, Rel. Juiz Jorge Raupp Rios, DE 06 set. 2007. No mesmo sentido, e sob os mesmos fundamentos: AI n.º 2007.04.00.006072-6/PR e AI n.º 2007.04.00.013625-1/SC.

²⁶⁶ TRF4, AI n.º 2008.04.00.032145-9/SC, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 11. set. 2008.

medicamento apenas injetável. Sustentou que a medicação por via oral o permitiria tratar-se em casa, poupando-lhe os gastos de tempo e financeiros para deslocamento até o hospital, bem como implicaria na desocupação de um leito hospitalar.

O relator, contudo, manteve a decisão do juiz *a quo*, reportando-se não apenas ao entendimento desenvolvido pela Desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria, antes mencionado, mas, também, às razões expostas na decisão agravada, em que o juiz conclui pela não razoabilidade do pedido do autor. Na referida decisão, ressaltou que o laudo pericial do autor havia sido produzido por médico particular, não conveniado ao SUS. Além disso, restou comprovado que o tratamento fornecido pelo Estado era igualmente eficaz, apesar de custar praticamente a metade daquele requerido pelo postulante:

Demais disso, em consulta ao site www.consultaremedios.com.br, colhe-se que a medicação requerida pelo autor - Valcyte (valganciclovir) 450mg c/ 60comprimidos, tem custo comercial aproximado de R\$ 8.356,12, enquanto aquela fornecida pelo HUSM - Ganciclovir sódico 500mg c/ 50frs - 10ml, custa cerca de R\$ 4.340,86. Portanto, o mesmo tratamento, na forma vindicada pelo autor, representa dispêndio de valores bem superiores àquele fornecido pelo Estado.

Por fim, o juiz da causa ressaltou ser sensível à pretensão do autor, porém, destacou que, em se tratando da alocação de recursos públicos, não seria possível sobrepor a vontade do autor face aos demais cidadãos, apenas sob a justificativa se não precisar submeter-se às injeções. Veja-se o teor do posicionamento:

Este juízo é sensível à pretensão do autor, pois é inegável que a utilização do medicamento via oral reduz o sofrimento relacionado ao uso da medicação na forma injetável, além de evitar deslocamentos diários à instituição hospitalar. Contudo, reputo desarrazoado compelir os demandados ao fornecimento da medicação em referência, cujo custo é muito mais elevado que a terapêutica franqueada pelo sistema público de saúde, com base somente nessas razões, pois não há quaisquer elementos denotando eventual impossibilidade de o autor realizar o tratamento na forma disponibilizada pelo Estado. Além disso, a utilização da medicação na forma injetável não representa qualquer afronta ao princípio da dignidade humana.

Tratamentos médicos no exterior também esbarram nas limitações decorrentes da escassez de recursos financeiros e da rubrica orçamentária fixada pelo legislador. No Agravo de Instrumento n.º 2003.70.00.025872-9/PR, a autora

sustentava ser portadora de doença degenerativa progressiva, conhecida por MNGIE- Encefalopatia Mioneurogástrica Intestinal- cuja confirmação de diagnóstico e tratamento somente poderia ser feita pelo Departamento de Neurologia da Universidade de Colúmbia, nos Estados Unidos. Informou ser aposentada por incapacidade, não possuindo recursos financeiros suficientes para o custeio de sua viagem à cidade de Nova York. Postulou o pagamento das despesas pelo SUS, alegando incumbir ao Estado assegurar a todos o direito à saúde.

A juíza relatora atentou para a indefinição do diagnóstico da doença em comento, bem como para a existência, no Brasil, de tratamento eficaz para a moléstia que supostamente acometia a reclamante:

A pretensão, portanto, encontra óbice nos seguintes pontos: a um, não se sabe qual é a doença que aflige a parte, tendo sido afastada pelo especialista americano a possibilidade de aquela ser MNGIE. Existe a suspeita que seja uma enfermidade similar à MNGIE, cujo tratamento empírico pode ser feito junto à EPM-USP, ou ainda pelo Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná, conforme as informações prestadas, o que fulmina de plano a pretensão da parte. A dois, não se sabe se há cura ou tratamento para a enfermidade que acomete a demandante, sendo que o que ora está a disposição é apenas um paliativo. A três, não se sabe se a doença é reversível.

Assim, a relatora conclui:

Refira-se que o Sistema Único de Saúde foi criado pela Lei nº 8.080/90 para assegurar à população acesso aos serviços de saúde, através da *formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação* (art.2º).

Consabido que a saúde é um direito assegurado a toda coletividade, dentre tantos outros que também possuem previsão constitucional. Todavia, não se trata de um direito absoluto, mas sim de direito que se submete à chamada reserva do possível. Com efeito, o Estado dispõe de recursos limitados para a implantação e consecução de políticas públicas diversas, realização de investimentos e prestação dos serviços públicos essenciais, dentre os quais está a saúde.

Dessa forma, a Administração Pública, em caráter discricionário, define as metas de atendimento, bem como estabelece suas prioridades, repartindo o orçamento para cada dotação. Ou seja, as carências da sociedade são identificadas e valoradas pela Administração, que, num juízo eminentemente discricionário, define as prioridades a serem atendidas, dentro das possibilidades

financeiras e orçamentárias do Estado. Não cabe, portanto, ao Judiciário imiscuir-se nesse juízo, determinando a aplicação dos recursos de forma diferenciada daquela pautada por critérios técnicos e científicos.

2.2.3 A reserva do possível e o mínimo existencial

São inúmeras as ações que chegam diariamente ao Judiciário, pleiteando a concessão de tutela satisfativa do mínimo existencial. Tratam-se de ações onde o pedido é atendido, em face da Administração Pública, com fundamento no dever estatal constitucionalmente assegurado de proteção à dignidade humana. Daí o pronto afastamento do argumento da reserva do possível: razões de ordem financeira não podem sobrepor-se à necessidade de proteção do bem maior da dignidade humana, que é a vida. E a dignidade humana será entendida não apenas como circunscrita às necessidades atinentes à saúde, mas, também, abrangente de satisfatores capazes de permitir ao indivíduo o alcance da autonomia pública e privada, como é o caso da educação fundamental.

Nota-se, pois, que há demandas onde os argumentos da insuficiência de caixa, da reserva orçamentária, da discricionariedade administrativa, do *déficit* de legitimidade jurisdicional e da universalidade dos direitos fundamentais são afastados para dar lugar à concessão da tutela pretendida e não satisfeita pelo poder público. Deveras, há, aqui, algum ônus probatório por parte do postulante, no sentido de comprovar o nexo de causalidade gerador da demanda, bem como a sua necessidade em vê-la atendida. São mais correntes, também aqui, os pedidos relacionados aos direitos fundamentais sociais à saúde e à educação.

No que toca ao direito à saúde, as questões assumem relevo por envolverem demandas por medicamentos e/ou tratamentos que custam dinheiro para o poder público. Custam dinheiro, seja quando é determinado o fornecimento do medicamento em questão, seja quando determina-se a realização de política pública pelo ente federado em questão. Como visto, a lei orçamentária do ente federativo é que fixará o montante destinado aos investimentos em saúde, e, no que concerne ao SUS, é o próprio sistema, atendendo às normativas do

Ministério da Saúde, que disponibiliza os fármacos e procedimentos integrantes de uma lista previamente elaborada.

Nada obstante, em se tratando de situações que envolvam a tutela do direito à saúde, os tribunais têm rejeitado a tese da reserva do possível. Em regra, o entendimento adotado segue a orientação de que, em situações excepcionais, emergenciais, nas quais os riscos à vida do paciente sejam iminentes, a proteção à vida humana prevalece em face do argumento da limitação de recursos. Para chegar a tal conclusão, a decisão judicial fundamenta-se em: i) ponderação entre a proteção da vida humana e a escassez de recursos para o atendimento universal dos cidadãos, prevalecendo aquele bem em relação a este; ii) a saúde é um direito público subjetivo, assegurado constitucionalmente; iii) o art. 196 da Constituição Federal estabelece ser a saúde responsabilidade de todos os entes da federação, e dever cujo cumprimento não se pode transmutar em “promessa constitucional inconstitucional”; iv) o Estado não conseguiu comprovar a lesão às finanças públicas, em desfavor da tutela pretendida; v) a parte autora logrou comprovar a necessidade da tutela pretendida, bem como sua hipossuficiência, o que lhe assegura a sua satisfação imediata.

O Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, demonstrou alinhar-se ao entendimento de que, em se tratando da concessão de tutela que assegure a proteção do mínimo existencial do indivíduo, fica afastado o argumento da reserva do possível.²⁶⁷ O julgamento do Recurso Extraordinário n.º 393.175, Rel. Min. Celso Mello, onde dois irmãos requeriam do Estado do Rio Grande do Sul o fornecimento de medicamentos para tratamento de esquizofrenia paranóide e doença maníaco-depressiva, é bastante elucidativo acerca das razões de decidir mencionadas anteriormente.

A respeito da hipossuficiência dos autores, ficou assentado que:

Entendo assistir plena razão aos recorrentes, que são irmãos, **pois o desacolhimento** de sua pretensão recursal poderá gerar **resultado inaceitável** sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. É que - **considerada a irreversibilidade**, no momento presente, **dos efeitos danosos** provocados **pelos patologias** que afetam os recorrentes (**que são portadores** de esquizofrenia paranóide e de doença maníaco-depressiva crônica) - **a ausência**

²⁶⁷ Para uma revisão jurisprudencial do STF nesse respeito, WENG, ob. cit..

de capacidade financeira que os aflige **impede-lhes**, injustamente, **o acesso** ao tratamento inadiável e ao fornecimento dos medicamentos **a que têm direito e que se revelam essenciais à preservação** da integridade do seu estado de higidez mental e de sua própria vida, **porque** os seus antecedentes pessoais **registram** episódios de tentativa de suicídio.

E continua, acerca do dever do poder público em implementar políticas concretizadoras do direito à saúde, direito fundamental social:

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à **generalidade** das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade **deve velar, de maneira responsável**, o Poder público, a quem incumbe formular - **e implementar** - políticas sociais e econômicas **que visem a garantir**, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários **todos** os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “**Comentários à Constituição de 1988**”, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - **não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena** de o Poder público, **fraudando** justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, **de maneira ilegítima**, o cumprimento de **seu** impostergável dever, por um gesto **irresponsável** de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, **incide**, sobre o Poder público, a **gravíssima** obrigação de tornar efetivas as **prestações de saúde**, incumbindo-lhe promover, **em favor** das pessoas e das comunidades, **medidas** - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas **idôneas**, tenham por finalidade **viabilizar e dar concreção** ao que prescreve, **em seu art. 196**, a Constituição da República.

O **sentido de fundamentalidade do direito à saúde** - que **representa**, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - **impõe** ao Poder público um **dever de prestação positiva** que **somente** se terá por cumprido, **pelas instâncias governamentais**, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a **satisfação efetiva** da determinação **ordenada** pelo texto constitucional.

Vê-se, desse modo, que, **mais do que a simples posituação** dos direitos sociais - **que traduz estágio necessário** ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como **pressuposto indispensável** à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “**Poder Constituinte e Poder Popular**”, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) -, **recai**, sobre o Estado, **inafastável vínculo institucional** consistente em conferir **real efetividade** a tais prerrogativas básicas, **em ordem** a permitir, **às pessoas**, nos casos de injustificável

inadimplemento da obrigação estatal, **que tenham elas acesso** a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à **realização**, por parte das entidades governamentais, da **tarefa** que lhes impôs a **própria** Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado **meramente** proclame o reconhecimento formal de um direito. **Torna-se essencial** que, **para além** da simples declaração constitucional desse direito, seja ele **integralmente** respeitado e **plenamente** garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - **como o direito à saúde** - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o **poder** do cidadão de exigir, do Estado, a **implementação** de prestações positivas **impostas** pelo próprio ordenamento constitucional.

Finalizando, ao enfatizar o entendimento da Corte:

Todas essas razões levam-me a acolher a pretensão recursal deduzida nos presentes autos, **ainda mais se se considerar** que o acórdão ora recorrido **diverge**, frontalmente, **da orientação jurisprudencial** que o Supremo Tribunal Federal **firmou** no exame da matéria em causa (RTJ 171/326-327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – AI 462.563/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 486.816-AgR/RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 532.687/MG, Rel. Min. EROS GRAU – AI 537.237/PE, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 198.263/RS, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – RE 237.367/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – RE 242.859/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - RE 246.242/RS, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RE 279.519/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM – RE 297.276/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO – RE 342.413/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE – RE 353.336/RS, Rel. Min. CARLOS BRITTO – AI 570.455/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).²⁶⁸

Ao manifestar-se no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada n.º 181, o Ministério Público Federal destacou que tampouco provisoriamente poderá o Estado valer-se da escassez de recursos financeiros, em detrimento da garantia da sobrevivência do paciente:

(...) forçoso será concluir que, a despeito da extrema limitação de recursos, não poderá o poder público eximir-se, ainda que provisoriamente, da obrigação incontestavelmente sua de tornar efetivas as prestações de saúde em favor de cidadãos considerados individualmente, sem prejuízo daquelas devidas à comunidade em geral, dando concretude aos comandos constitucionais pertinentes.²⁶⁹

²⁶⁸ STF, REextr 393.175, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1.º fev. 2006. No mesmo sentido, o AgRg em REextr n.º 271.286-8. Pelo fornecimento de medicamentos, SS 3452, SS 3429 e STA 181.

²⁶⁹ STF, STA n.º 181, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão de 24 dez. 2007.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a competência jurisdicional do Tribunal afasta o exame de questões fáticas²⁷⁰, a concessão ou não da tutela dependerá de um juízo de legalidade. Em se tratando do fornecimento de medicamentos e/ou custeio de tratamentos, todas as decisões encontradas diziam respeito à legalidade do seqüestro de dinheiro público para o respectivo pagamento.²⁷¹ O Tribunal tem entendido pela legalidade do seqüestro judicial de valores para custeio do fornecimento de medicamentos, com base em interpretação ampliativa do art. 461, § 5.º do CPC, no sentido de que, se o dispositivo legal confere ao julgador poderes para determinar “todas as medidas necessárias” à efetivação da tutela específica, ao mencionar, sobre as medidas, a expressão “tais como”, o faz apenas exemplificativamente, e não de maneira taxativa. E tal é o entendimento por se tratar da vida humana, valor fundamental constitucionalmente assegurado e cuja proteção é impostergável. Nesse sentido, é valido citar excerto da decisão dos Embargos de Divergência em REsp n.º 770/969 – RS:

Em situações reconhecidamente excepcionais, tais como a que se refere ao urgente fornecimento de medicação, sob risco de perecimento da própria vida, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é reiterada no sentido do cabimento do bloqueio de valores diretamente na conta corrente do Ente Público.

3. Com efeito, o art. 461, § 5º, do CPC ao referir que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, "determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas ou cousas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial", apenas previu algumas medidas cabíveis na espécie, não sendo, contudo, taxativa a sua enumeração. De tal maneira, é permitido ao julgador, à vista das circunstâncias do caso apreciado, buscar o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela almejada, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses

²⁷⁰ O parâmetro de verificação de legitimidade, no STJ, é legal, e não constitucional. Além disso, há a súmula n.º 7 do Tribunal, a que se referiu anteriormente, e que veda a apreciação de matéria fática naquela instância.

²⁷¹ Ricardo Lobo Torres observa que, de fato, o art. 100, § 2º da Constituição permite ao credor que requeira o seqüestro de bens quando seu crédito preferencial for preterido pela Administração Pública. O problema apontado por Torres é que tal prática acabou sendo transplantada para o mínimo existencial sem que exista previsão nesse sentido na Constituição, na lei ordinária ou no direito comparado, o que estaria levando a uma judicialização das políticas orçamentárias. (Ob. cit., p. 84).

fáticas. É possível, pois, em casos como o presente, o bloqueio de contas públicas.

4. Tal como se evidencia, não há divergência jurisprudencial a ser dirimida, ao contrário, como restou demonstrado, o acórdão embargado está em absoluta sintonia com o entendimento aplicado à questão por este Superior Tribunal de Justiça, que admite, em situações excepcionais, o bloqueio direto de verbas públicas.²⁷²

Diante das reiteradas decisões do Tribunal favoráveis à tutela pretendida, a Min. Eliana Calmon, por ocasião do julgamento do REsp 865.839, proferiu voto-vista manifestando sua preocupação com o número de feitos semelhantes a estes, com decisão desfavorável ao Estado em todos eles. Observa que as decisões proferidas pelo STJ vão de acordo com entendimento que vem sendo adotado pelo STF, no sentido de que, em casos que envolvam a proteção urgente e imediata da vida humana, o dever de agir estatal é impostergável, de modo que fica afastada a teoria da reserva do possível. Assim:

Pedi vista dos autos por preocupar-me com o número de feitos semelhantes ao presente, todos julgados em desfavor do Estado. Também pretendi cotejar a jurisprudência do STJ com o entendimento pretoriano da Suprema Corte, diante da "Teoria da Reserva Possível", ou seja, obriga-se o Estado a cumprir a obrigação de fazer, mediante bloqueio de verbas, sem, entretanto, inviabilizar a atividade estatal, exatamente o motivo da minha preocupação. Verifiquei que o STF, embora venha adotando a "Teoria da Reserva do Possível" em algumas hipóteses, conforme se pode observar no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715-5/SP, em matéria de preservação aos direitos à vida e à saúde não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada.²⁷³

O Tribunal Regional Federal da 4.º Região tem seguido o mesmo entendimento do STJ, quanto à possibilidade de seqüestro de valores da Administração Pública:

A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada, de modo a que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a tutela de seus direitos, entre os quais o direito à saúde, constitucionalmente previsto (art. 196).

²⁷² EREsp n.º 770.969/RS, Rel. Ministro José Delgado, julgamento em 28 jun. 2006. Favoravelmente ao cabimento do bloqueio de valores diretamente na conta corrente do ente público, em situações excepcionais, envolventes da concessão de medicamentos: AgRg em REsp n.º 878.441, AgRg no EREsp 796.509/RS, REsp 770.969/RS, REsp 820.674/RS, AgRg no Ag 723.281/RS, AgRg no Ag 706.485/RS, AgRg no Ag 645.746/RS, REsp 835.687/RS, REsp 857.502/RS, REsp 784.241/RS.

²⁷³ REsp n.º 865.839, Rel. Min. Humberto Martins, julgamento 17 out. 2006.

Em tal perspectiva, em demandas como a deduzida na ação principal, em que o bem maior - vida humana - deve ser tutelada, possível, ainda que em caráter excepcional, o seqüestro de valores, o que vem sendo admitido pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante o seguinte ementa: (...)

Agiu bem o MM. Juízo *a quo*, determinando a providência ora impugnada, eis que tem ela o condão de remover a resistência dos entes federativos envolvidos na prestação do direito assegurado, garantindo a concretização da ordem judicial, e, por via de consequência, a satisfação da pretensão material do autor e o resguardo ao prestígio do Poder Judiciário. Tal poder-dever restou delineado no art. 461, § 5º, do CPC (...) ²⁷⁴

São encontradas, também, decisões contrárias ao entendimento acerca da necessidade de realização de perícia médica, conforme explicitado anteriormente (item 2.2.2). Tratam-se dos casos em que resta comprovado nos autos *i*) a necessidade do tratamento ou medicamento em questão, mediante parecer médico; *ii*) que o SUS não fornece o tratamento ou medicamento pleiteado, sendo possível encontrá-los apenas no mercado; *iii*) o medicamento genérico não é capaz de substituir o bioequivalente para o caso em específico, de modo que o fármaco pretendido é mais eficaz que aquele fornecido pelo SUS para o tratamento da moléstia. Presentes tais requisitos, o Tribunal tem entendido pela desnecessidade de nova perícia médica, e pelo fornecimento imediato pelo Estado do bem pretendido:

Dentre estes princípios e bens jurídicos constitucionalmente protegidos é preciso considerar, junto com o direito à saúde, pelo menos os seguintes princípios: a competência orçamentária do legislador, a reserva do possível e a própria eficiência da atividade administrativa, também norteadora de princípio constitucional da Administração Pública. Tudo, é claro, sem perder de vista a relevância, de primeira ordem, da preservação do direito à vida e o direito à saúde, titularizados pela parte autora que compareceu em juízo e obteve provimento liminar em seu favor.

No caso concreto, mesmo em um juízo de cognição sumária, é possível concluir pelo fornecimento do medicamento, tendo em vista os elementos constantes dos autos. Há laudo médico comprovando a gravidade da doença, a necessidade de utilização da medicação, que não é fornecida pelo SUS, e a inexistência de outro medicamento com efeitos similares (fls. 29/38). ²⁷⁵

²⁷⁴ TRF4, AI n.º 2007.04.00.032814-0/RS, Rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Ligon, *DE* 15 jan. 2008. O mesmo entendimento foi seguido em: AI n.º 2007.04.00.042117-6/RS, 2006.04.00.032447-6/SC, 2007.04.00.016939-6/RS.

²⁷⁵ TRF4, AI n.º 2008.04.00.021143-5/SC, Rel. Juiz Roger Raupp Rios, *DE* 04 set. 2008. Os seguintes processos tratavam de pedido semelhante (reforma de decisão concessiva de

Nestes casos, o laudo do médico perito é de grande relevância para a concessão da tutela. Isso porque o acolhimento da pretensão depende do preciso diagnóstico da moléstia em comento, bem como da constatação de que o medicamento e/ou tratamento requerido é, dentre os já existentes, o mais adequado ao problema do paciente. Daí a necessidade de precisão do laudo técnico, elaborado por *expert* de confiança do juízo, após a apresentação de quesitos por ambas as partes. Trata-se de documento que sintetizará o contraditório das partes, possibilitando a abertura de exceção no caso concreto, para o fim de determinar o fornecimento de medicamento não constante da lista do SUS. Na Apelação Cível n.º 2005.72.05.002091-6/SC, foi concedido medicamento não convencionalmente fornecido pelo SUS, porque comprovadamente mais eficaz ao tratamento da doença, consoante informado pelo parecer ministerial:

Com a finalidade de submeter o diagnóstico trazido aos autos ao contraditório regular, o julgador designou a realização de perícia médica (fl. 96), na qual o expert, em resposta aos quesitos da União e da Fazenda Estadual, estabeleceu um paralelo entre as vantagens e desvantagens do uso do medicamento no caso em voga. Contrariamente à indicação do remédio, referiu: (a) que o uso de Citrata de Sildenafil (Viagra) não é regularmente recomendado para o tratamento da patologia [hipertensão pulmonar]; e (b) que o medicamento não é o único que poderia ser prescrito em casos tais. Favoravelmente à sua prescrição, assentou: (a) o medicamento apresenta uma relação custo-efetividade mais razoável que os demais medicamentos existentes, segundo a literatura específica; (b) trata-se de medicamento cuja aplicação nesta patologia tem entusiasmado muitos especialistas e vários trabalhos científicos demonstram sua eficácia; (c) o medicamento tem sido recomendado por especialistas de renome internacional em decorrência efetividade e praticidade, e (d) para o autor foi de utilidade Ímpar, conforme avaliação em entrevista, uma vez que melhorou sua capacidade de caminhar durante seu uso e seu retrocesso quando foi suspenso.²⁷⁶

Feita esta breve exposição jurisprudencial, é interessante mencionar trecho da decisão objeto de reforma no Agravo de Instrumento n.º 2007.04.00.043332-

medicamento ou custeio de tratamento) e foram decididos da mesma maneira, com fundamentação análoga: AI n.º 2008.04.00.015271-6/RS, AI n.º 2008.04.00.028521-2/RS, AI n.º 2008.04.00.016042-7/SC, AI n.º 2008.04.00.030710-4/RS, AC n.º 2003.72.00.010825-6/SC.

²⁷⁶ TRF4, AI n.º 2005.72.05.002091-6/SC, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, *DE* 12 jun. 2008.

4/PR, onde o juiz singular procurou sintetizar quais os requisitos para que o medicamento e/ou tratamento fosse fornecido ao postulante. Tais requisitos deveriam fazer parte da prova produzida pelo autor, sem descurar, com efeito, do contraditório a ser firmado com a apresentação dos argumentos da Administração Pública:

Assim, para que surja o direito individual a um tratamento de elevado custo suportado pelo Poder público o paciente/autor precisa demonstrar, concomitantemente: (a) **exclusividade do tratamento requerido**: que o tratamento pretendido é o único disponível para curar/controlar a doença que o acomete, não havendo outros de custo inferior capazes de assegurar, ainda que sem a mesma eficácia, resultados satisfatórios. Assim, havendo outra alternativa de tratamento mais barata, não é dado ao autor optar pela mais cara se a anterior lhe traz satisfatórios resultados. Além disso, mostra-se indispensável demonstrar que outras alternativas de tratamento foram tentadas sem êxito, remanescendo apenas a de custo mais elevado pretendida; (b) **gravidade da doença**: é indispensável que o autor demonstre que sua doença é grave, a ponto de, sem o tratamento, lhe causar danos consideráveis a saúde. Com efeito, não se admitiria, por exemplo, uma cirurgia de alto custo para o Estado para simples melhora da estética de uma pessoa de aparência normal; (c) **respeito ao princípio da "reserva do possível"**: é indispensável que o custo do tratamento requerido não seja elevado a ponto de comprometer o direito da coletividade à saúde, ou seja, é necessário vincular-se a decisão judicial às limitações orçamentárias públicas destinadas ao referido direito fundamental, não se admitindo um tratamento de saúde destinado exclusivamente a um único indivíduo se de valores tão exorbitantes que possam comprometer o direito de um sem-número de indivíduos. Em síntese, é indispensável aferir a **razoabilidade quanto ao pleiteado judicialmente pelo autor**; (d) **restrição financeira do autor**: além dos requisitos acima estipulados, para que o autor possa fazer jus a um tratamento de alto custo financiado pelo Estado é indispensável que demonstre não ter condições financeiras de suportar o tratamento, dada a excepcionalidade oriunda do seu elevado valor. [grifamos]²⁷⁷

Finalmente, uma observação. Mesmo quando existentes políticas públicas concretizadoras do direito fundamental em questão, é possível que a tutela pleiteada seja concedida aos postulantes, desde que em circunstâncias especiais. No julgamento de Apelação Cível em face de sentença proferida em Ação Civil Pública, onde restou determinado que União, Estados e Municípios fornecessem, em todo o território nacional, aos portadores do vírus HIV, todos os medicamentos necessários ao tratamento de sua moléstia, mesmo que não

²⁷⁷ TRF4, AI n.º 2007.04.00.043332-4/PR, Rel. Juiz Federal Convocado Loraci Flores de Lima, DE 30 jan. 2008.

integrantes das listas oficiais do Ministério da Saúde, a juíza relatora entendeu pela necessidade de reforma da sentença no que tocava à imposição de fornecimento de medicamentos a sujeitos não integrantes da relação processual – no caso, toda a coletividade. No ponto, a juíza esclareceu que o poder público já havia realizado políticas públicas orientadas ao cumprimento das leis 8.080/90 e 9.313/96²⁷⁸, mediante o fornecimento de medicamentos para o tratamento da moléstia. Assim, não havia omissão do Poder público ensejadora de intervenção jurisdicional. Além disso, não caberia ao Judiciário dizer ao administrador o que fazer, pois a Constituição já o diz. Caberia, sim, ao julgador determinar fosse cumprido o que já se encontra estabelecido na Constituição. E aqui residiria o óbice da reserva do possível.

Contudo, haveria situações pontuais em que a medicação constante das listas oficiais poderia não ser a adequada. Portanto, a sentença seria mantida apenas na parte em que concedia a tutela a sujeitos individuais, que a haviam conseguido antecipadamente, sendo reformada quanto à extensão de seus efeitos a todos os cidadãos em território nacional:

Para a sua própria efetividade, é que a Constituição de 1988 oferece além de instrumentos de controle individuais, outros mecanismos, de proteção a direitos coletivos.

Para o não fazer, a omissão inconstitucional, adequadas são as ações coletivas, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental, dentre outros.

No caso presente o Estado agiu. Formulou e implementou políticas públicas, consubstanciadas nas regras da Lei 9313/96.

²⁷⁸ Assim dispõem os arts. 1.º e 2.º da Lei n.º 9.313/96: “Art. 1º Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento. § 1º O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde. § 2º A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado. Art. 2º As despesas decorrentes da implementação desta Lei serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento.”

É verdade que em algumas situações aquela medicação prescrita e constante das listas oficiais pode não ser a adequada. Nessa hipótese, as ações coletivas não se prestam para resolver a questão, que é individual.

Ao particular incumbe pleitear isoladamente em face de sua situação especial, por exemplo, a rejeição ou não tolerância à determinado medicamento.

Para isso também a própria Constituição ofereceu mecanismos de representação. Defensoria Pública, associações representativas e o próprio Ministério Público, em se tratando de direitos individuais indisponíveis são legitimados a postular sob a forma de representação processual.

É o que se vislumbra na presente ação civil pública, o Ministério Público Federal está a pleitear o fornecimento de medicamentos especiais para determinados indivíduos portadores do vírus HIV, como acima nominados.

Em relação a esses particulares a ação é legítima e deve prosseguir, confirmando-se o juízo de procedência.

No entanto, para terceiros, que seriam substituídos processualmente, esta ação civil pública não reúne condições, porquanto não se verifica a omissão.²⁷⁹

Outro bem jurídico recorrentemente pleiteado no Judiciário, e que suscita o debate a respeito da reserva do possível, é a educação. Considera-se que a educação é parte integrante do mínimo existencial na medida em que, sem instrução formal, o indivíduo não é capaz de participar ativamente no âmbito do Estado, exercendo seus direitos de cidadania, e integrando-se ao mercado de trabalho.²⁸⁰ A educação, pré-escolar ou fundamental, integra o núcleo básico da dignidade humana, investindo os poderes constituídos de dever vinculante para com a realização deste direito fundamental. A força normativa constitucional reforça o caráter cogente da norma, atribuindo ao direito por ela protegido a possibilidade de ser exigido em juízo.²⁸¹

Essa é a orientação adotada em grande parte das decisões judiciais sobre pedidos de matrículas de crianças²⁸² em creches públicas e escolas da rede

²⁷⁹ TRF4, AC n.º 2001.72.01.002827-3/SC, Rel. Juíza Vânia Hack de Almeida, D.J.U. 02.08.2006. No mesmo sentido, conforme citado na decisão: TRF4, AI n.º 2004.04.01.050601-3, Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, *DJU* 02 mar. 2005; AI n.º 2005.04.01.016767-3, Rel. Vânia Hack de Almeida, *DJU* 05 out. 2005.

²⁸⁰ BARCELLOS, A **eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, p. 260-261.

²⁸¹ É o que Ana Paula de Barcellos chama de “eficácia simétrica” dos princípios sobre a dignidade humana. *Ibidem*, p. 201-207 e 260-272.

²⁸² Sem ignorar a possibilidade de demandas por educação fundamental para adolescentes e adultos, haja vista o art. 208, I da Constituição assegurar que o Estado deverá oferecer, obrigatoriamente, ensino fundamental gratuito mesmo àqueles que a ele não tiveram acesso na idade própria.

pública fundamental de ensino.²⁸³ Postula-se a obtenção de vaga e posterior matrícula de crianças em instituições de ensino, com fundamento no direito fundamental social à educação, e no dever do Estado em aparelhar-se para dar cumprimento àquela norma constitucional. Entende-se, nessa linha, que há um direito público subjetivo à educação básica e fundamental, sendo lícito ao Judiciário atuar quando a omissão estatal importar em descumprimento da norma constitucional.

O Supremo Tribunal Federal segue essa orientação. Apanhe-se como exemplo o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 384.201-3, onde o Ministro Relator Marco Aurélio deixou assentado que:

Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga.

O recurso não merece prosperar, lamentando-se a insistência do Município em ver preservada prática, a todos os títulos nefasta, de menosprezo àqueles que não têm como prover as despesas necessárias a uma vida em sociedade que se mostre consentânea com a natureza humana.

Tendo complementado, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental interposto pelo Município recorrente em face daquela decisão, que “Ao Poder Judiciário cabe fazer valer, no conflito de interesses, a lei e a Carta Federal. Deficiência orçamentária não tem o efeito de projetar no tempo e, conforme a política em curso, indefinidamente o cumprimento de preceitos constitucionais de importância ímpar, no que voltados à educação.”²⁸⁴

²⁸³ Como se viu no Capítulo 1, não se admite que o Estado seja substituído pelo particular em suas obrigações. Porém, na eventualidade de inexistir vaga na rede pública de ensino fundamental, e o Estado ser condenado a cumprir com a prestação garantindo matrícula em instituição particular, Ana Paula de Barcellos propõe duas soluções, ambas relacionadas a técnicas orçamentárias ou tributárias: o empenho do valor correspondente à despesa, para pagamento imediato à instituição particular, o que seria possível na medida em que a verba deveria, necessariamente, integrar o planejamento orçamentário do exercício seguinte; e a compensação de débito tributário devido pelo particular ao ente público, nos termos do art. 156 e 170 do CTN. Ob. cit., p. 270-271.

²⁸⁴ STF, AgRg em REExt n.º 384.201-3, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 03 ago. 2007.

No mesmo sentido, foi decidido no AgRg em REextr n.º 410.715 que o Município deve providenciar a matrícula de crianças de zero a seis anos em creche, bem como o acesso à pré-escola, por imposição constitucional, “por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil”, tendo sido deixado claro que a oferta tanto do ensino infantil quanto do fundamental é dever a ser cumprido pelo Estado independentemente das restrições decorrentes de circunstâncias fáticas. Na ocasião, o Ministro Relator Celso de Mello ressaltou que:

“A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, **deferida** às crianças, **a estas assegura**, para efeito de seu desenvolvimento integral, **e como primeira etapa** do processo de educação básica, **o atendimento** em creche **e o acesso** à pré-escola (CF, art. 208, IV).

Essa prerrogativa jurídica, em consequência, **impõe**, ao Estado, **por efeito** da alta significação social de que se reveste a educação infantil, **a obrigação constitucional** de criar condições objetivas **que possibilitem**, de maneira concreta, **em favor** das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), **o efetivo** acesso e atendimento em creches **e unidades** de pré-escola, **sob pena** de configurar-se **inaceitável** omissão governamental, **apta a frustrar**, injustamente, **por inércia**, o integral adimplemento, **pelo Poder público**, de prestação estatal **que lhe impôs** o próprio texto da Constituição Federal.

A educação infantil, **por qualificar-se** como direito fundamental **de toda** criança, **não se expõe**, em seu processo de concretização, **a avaliações meramente discricionárias** da Administração Pública, **nem se subordina** a razões de puro pragmatismo governamental. (...)

Embora resida, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo, **a prerrogativa** de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível**, no entanto, **ao Poder Judiciário**, determinar, **ainda** que em bases excepcionais, **especialmente** nas hipóteses de políticas públicas **definidas pela própria** Constituição, **sejam estas implementadas** pelos órgãos estatais inadimplentes, **cujas omissões** – por importar **em descumprimento** dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – **mostra-se apta a comprometer** a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais **impregnados** de estatura constitucional. **A questão pertinente à ‘reserva do possível’.**²⁸⁵

O Superior Tribunal de Justiça segue o mesmo entendimento do STF. Tome-se como exemplo o REsp 575.280, mencionado anteriormente, em que restou assentado que o acesso à educação em creche faz parte da dignidade

²⁸⁵ STF, AgRg em REextr n.º 410.715, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 22 nov. 2005.

humana, sendo sindicável enquanto dever do Estado imposto constitucionalmente:

Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

(...)

Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

(...)²⁸⁶

No julgamento do Recurso Especial n. 510.598, o Tribunal entendeu haver um dever do Estado em providenciar a matrícula em creche por força de disposição legal, no caso, os arts. 54 e 208 da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), e art. 4.º, IV da Lei n.º 9.394/96 (Lei de diretrizes e Bases da Educação Nacional). O art. 54, I, IV e § 1.º da Lei n.º 8.069/90, bem como o art. 4.º, I e IV da Lei n.º 9.394/96, trazem reproduções do art. 208, I, IV e § 1.º da Constituição Federal, onde se estabelece que:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

No caso em exame, o Min. Relator ressaltou, ainda, que o Município de Santo André, recorrido, embora alegasse a falta de vagas nas creches da rede municipal, bem como ter cumprido integralmente com o determinado em lei orçamentária, nada comprovou. Além disso, foi consignado que a matrícula de apenas duas crianças (os postulantes) não implicaria em “entulhamento” de crianças no estabelecimento de ensino.

Nesses termos, ao recurso foi dado provimento, por maioria.

Contudo, em voto-vista, a Min. Eliana Calmon atentou que a Constituição estabelece que o município dará prioridade ao ensino fundamental, este

²⁸⁶ REsp n. 575.280, Rel. p/ ac. Min. Luiz Fux, DJ 25 out. 2004.

obrigatório, gratuito e direito público subjetivo. Quanto à educação infantil, ou seja, de zero a seis anos, viabilizada em creches, esta dependerá de políticas públicas a serem fixadas pelo administrador, o que não lhe permite, contudo, retirar do município o dever constitucional de prestá-lo. E daí a importância da atuação do Ministério Público, no sentido de “exigir que no planejamento municipal sejam traçadas as prioridades e dentro delas as passíveis de atendimento.” A questão gira em torno, fundamentalmente, da deferência à discricionariedade administrativa e da observância do princípio da igualdade, quando em jogo a tutela da educação *infantil*.²⁸⁷

²⁸⁷ Vale a pena transcrever as palavras da Ministra, justificadoras de seu voto:

“Há para o governo obrigação de atender, em qualquer caso e prioritariamente o ensino fundamental, inexistindo tal prioridade para atenção à educação infantil, principalmente porque, nos programas de educação pré-escolar, cabe ao Município atuar com cooperação técnica e financeira da União e dos Estados. A educação básica subdivide-se em: a) infantil; b) fundamental; c) ensino médio; e d) ensino superior. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação prioriza o ensino fundamental, mas não retira do Estado o dever de manter a educação infantil. Em outras palavras, a prioridade de um não deixa ao desabrigo o dever de prestar o ensino infantil, para o qual deve estar direcionada a política educacional do Município.

(...)

Pondero ainda que o recorrente, utilizando-se de um instrumento de proteção a direito coletivo, pretende proteger direito individual de uma só criança, o que não me parece correto. A escolha, além de ter um caráter eminentemente subjetivo, coloca em situação de desvantagem as crianças que, em situação idêntica à da criança substituída, ou quicá em situação social de maior carência, não tiveram acesso ao representante do MP que, ao seu talante, foi a juízo defender uma criança determinada. Entendo, em conclusão a tudo que foi dito, que em ações que tenham conteúdo de defesa coletiva como a que se apresenta, cabe ao “*parquet*”, em primeiro lugar, mostrar ao Judiciário o desatendimento do governante às obrigações decorrentes da execução do programa educacional do município ou a ausência de adequado programa educacional, como exigido constitucionalmente. Em segundo lugar, deve atuar o MP em favor da comunidade à qual serve, em sentido geral, não se admitindo possa priorizar esta ou aquela criança. Afinal, mesmo nas hipóteses em que a lei lhe outorga legitimidade de defender direito individual, via ação coletiva, deve estar provado essa legitimação extraordinária visa defender interesse público.

Quero aqui registrar que outra é a situação em relação à saúde, quando está necessitando um paciente de medicamento específico, porque o estado de saúde do portador da enfermidade não pode aguardar a espera.

(...)

Não quero aqui fazer apologia ao entendimento exposto, mas pondero que, em um Tribunal de precedentes como o STJ, é importante caminharmos na mesma direção. Ademais, preocupo-me sobremaneira com a efetividade do processo, efetividade que não pode estar adstrita a critérios de escolhas subjetivas ou aproveitamento de situações episódicas e circunstanciais, ou seja, mais uma ou mais duas crianças não irão inviabilizar o funcionamento da creche, mas o papel do Ministério Público não é aproveitar brechas, e sim interferir e interceder nas políticas públicas e sociais no seu nascedouro, contando com o aval do Poder Judiciário.”(STJ, REsp n.º 510.598, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 17 abr. 2007.)

O posicionamento da Ministra não retira a fundamentalidade do direito social à educação. Também não minimiza a força normativa da Constituição. Apenas alinha-se aos princípios da igualdade, da universalidade dos direitos sociais, e da razoabilidade da pretensão, todos protegidos constitucionalmente.

O que se entende do voto da Ministra é sua preocupação com o fato da microjustiça do caso concreto importar na não realização da macrojustiça para a coletividade. É possível compreender que a Ministra procura mostrar que a Constituição reconhece uma diferença material entre *educação infantil* e *educação fundamental*. Àquela, a Lei Fundamental atribui a responsabilidade de implementação por parte do Estado. A esta, para além da responsabilidade de implementação, reforça que será *obrigatória* e *gratuita*, constituindo direito público subjetivo. Identifica-se, aqui, uma distinção que não pode ser ignorada quanto ao *grau de excepcionalidade* da tutela para que ela seja concedida pelo Judiciário: como a própria Ministra registra, o atendimento da educação infantil é, sim, urgente, mas, diversamente do direito ao ensino fundamental, a imposição jurisdicional do dever de agir ao administrador deverá decorrer de provocação do Ministério Público em nome da *coletividade*, e não de poucos que tenham tido a sorte do acesso à instância judicial.

2.3 Colocação do problema. A tensão entre constitucionalismo e democracia.

2.3.1 Localização do debate

Como visto, a escassez de recursos, seja aquela decorrente das decisões alocativas, ou a que advém das próprias limitações da natureza,²⁸⁸ é em grande parte responsável pela inefetividade ou efetividade deficiente dos direitos fundamentais sociais. O número de vagas insuficiente nas escolas da rede de ensino público, a falta de medicamentos importantes na lista de fármacos gratuitos do SUS, a cada vez mais crescente quantidade de moradias clandestinas nas grandes cidades, são exemplos da ainda distante universalização dos direitos sociais, no caso brasileiro. Diante desse quadro é que se fala na justiciabilidade

²⁸⁸ Cf. Capítulo 1, *supra*.

dos direitos fundamentais sociais, enquanto direitos públicos subjetivos (e não meras normas programáticas), como forma de concretização das garantias já albergadas pela Constituição, mas que se ainda encontram em estado latente, por ação – ou omissão – dos poderes constituídos.

Dentro desse panorama, o Poder Judiciário é chamado a intervir e assegurar ao cidadão demandante em juízo a prestação consagrada constitucionalmente sob o manto da fundamentalidade. Aqui, além de emergir grande discussão acerca da sujeição dos direitos fundamentais sociais à reserva do possível – em razão de tais direitos serem condutores da garantia da dignidade da pessoa humana, que é núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, conforme preceitua o art. 1º, III, da Constituição²⁸⁹ -, surge, também, a questão acerca da legitimidade dos magistrados para se pronunciarem nas decisões já tomadas pelo administrador e legislador, estes sim investidos de legitimidade democrática para resolverem pela destinação das riquezas públicas.

Vejam-se, então, mais alguns julgados que podem ilustrar a mencionada polêmica.

A seguinte decisão foi proferida em Recurso Extraordinário ajuizado pelo Estado do Rio Grande do Sul, em face de acórdão do Tribunal de Justiça local, que confirmou sentença a qual determinou ao Estado fosse concedido remédio a paciente portador do vírus HIV, a fim de preservar o direito constitucional à vida e à saúde:

Entendo não assistir razão ao Estado do Rio Grande do Sul, pois o eventual acolhimento de sua pretensão recursal certamente conduziria a um resultado trágico. É que essa postulação - considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos gerados pela patologia que afeta o ora recorrido (que é portador da síndrome de imunodeficiência adquirida) - impediria, se

²⁸⁹ Cf. PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas. *In: Direito, Estado e Democracia. Entre a (In) Efetividade e o Imaginário Social. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006. p.112. Robert Alexy atenta para o fato de que, justamente em tempos de crise financeira, quando há pouco o que distribuir, é que parece indispensável uma proteção dos direitos sociais, por mais mínima que seja: “El grado del ejercicio de los derechos fundamentales sociales aumenta en tiempos de crisis económica. Pero, justamente entonces puede haber poco que distribuir. (...) justamente en tiempos de crisis, parece indispensable una protección iusfundamental de las posiciones sociales, por más mínima que ella sea.” (**Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 496.)

aceita, que o paciente, pessoa destituída de qualquer capacidade financeira, merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida.

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa.

...

...entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles, como o ora recorrido, que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.

...

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro [...] não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.²⁹⁰

Infere-se da decisão do Supremo que os argumentos foram os mesmos trazidos na ADPF 45, vista anteriormente. Ressaltou-se que o direito constitucional à vida prevaleceu sobre “um interesse financeiro e secundário do Estado”. Diante do dilema entre garantir a pretensão e preservar os escassos recursos financeiros, de acordo com o ministro, impõe-se “ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde

²⁹⁰ STF, Recurso Extraordinário nº 232.335, Relator Min. Celso de Mello, julg. em 01 ago. 2000.

humana”, tanto pela apontada irreversibilidade do resultado trágico que poderia acarretar o indeferimento da medida, quanto pela incapacidade econômica do indivíduo em arcar com as despesas para a preservação de sua vida.

Também, observa-se do mencionado julgado que o STF atentou para o fato de que a dependência de concretização legislativa, que acompanha os direitos prestacionais, não poderá importar em óbice para a sua efetividade, e igualmente para o cumprimento das obrigações impostas constitucionalmente ao Estado, de criar políticas públicas capazes de atender às necessidades médico-hospitalares dos cidadãos.

Há, ainda, ações que não se limitam ao caso concreto, mas que expandem os benefícios da decisão liminar a outras pessoas que se enquadrem na mesma situação do necessitado. Nesse sentido decidiu a Justiça Federal em 1ª instância, em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, no qual se requeria a antecipação de tutela para que fosse concedido o medicamento Laronidase a criança portadora da Síndrome de Hurler, com extensão a todos os paranaenses portadores da doença, independentemente da necessidade de sua importação, uma vez que o medicamento não constava na lista do SUS. No processo, restou demonstrado pelo MPF que o medicamento Laronidase é a única alternativa para uma vida digna aos portadores da síndrome. Laudo médico anexado à ACP confirma que a falta de um tratamento adequado (que inclui o uso desse medicamento), pode levar os doentes que dele dependem à morte.²⁹¹

Por outro lado, o Tribunal de Justiça de São Paulo manifestou-se no sentido de que a limitação de meios materiais do poder público é um argumento para a negativa da pretensão deduzida em juízo, posto que há muitas necessidades a serem suportadas pelo Estado, as quais sempre resultam “em ônus para o Erário”:

Apelação Cível – Informação da recorrente de que os exames a serem realizados não existem comercialmente no Brasil – A saúde é uma necessidade social da mesma forma que a educação, saneamento básico, erradicação da fome, transporte, segurança, etc. – Cabe ao administrador público atender a todas essas necessidades e muitas outras não visíveis dentro de um universo que

²⁹¹ ACP nº 2006.70.01.002760-2, Juiz Federal Décio Jose da Silva, decisão de 26 jun. 2006.

sempre resulta em ônus para o Erário – É, como se sabe, o Tesouro não tem condições de suportar todo esse peso que lhe é imposto – É a realidade social do nosso país (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil) – É de ser lembrado que deve haver um equilíbrio entre a obrigação constitucional de fornecimento de medicamento e a previsão orçamentária disciplinada pelo art. 167, incisos I, II e V, da Constituição Federal/1988 – Deve ser observado o princípio da reserva do possível que consiste na existência prévia de recursos materiais do Poder público para atendimento das necessidades sociais – Precedente Jurisprudencial – Reexame necessário parcialmente acolhido e apelo da ré provido em parte para arredar a realização pelo Poder público, de exames que não existem comercialmente no Brasil – Apelo adesivo dos autores não provido.²⁹²

Também o Tribunal de Justiça do Paraná já se pronunciou pelo acolhimento da tese de falta de recursos financeiros, argüida, no caso, pelo Município de Nova Londrina, em sede de Agravo Regimental, interposto de decisão que indeferira pedido de suspensão de antecipação de tutela, onde se determinara o fornecimento do medicamento Aripripazol à autora do processo. Contudo, no caso em apreço, nota-se que havia um maior detalhamento nos autos acerca dos recursos repassados pela União Federal ao Município, assim como da distribuição de tais recursos aos habitantes, o que permitiu ao julgador formular o seu convencimento. Ou seja, a cognição do julgador foi ampla e suficiente para que fosse acolhido o argumento da reserva do possível. Outrossim, tal qual consta do teor da decisão, o relator reconhece que a saúde é direito universal de todos, assegurado pela Constituição, porém, o fato de a demandante possuir condições para adquirir o medicamento afasta a exceção do caso. Ainda, conforme relata o desembargador, a ação foi proposta também contra o Estado do Paraná, o qual não se insurgiu contra o comando judicial que lhe impôs o fornecimento do medicamento, assumindo, desse modo, o ônus atribuído pela autora ao Município:

... o Município de Nova Londrina (...) Alega que o Governo Federal, para custeio de farmácia básica, lhe repassou a quantia de R\$ 7.720,44, valor esse que, dividido pelo número de habitantes (13.331), equivale a R\$ 0,58 por habitante. Assim, conclui, se compelido a gastar a importância de R\$ 400,00 por mês, para a aquisição fornecimento do medicamento a uma munícipe, que dispõe de condições financeiras para arcar com tal valor, deixará de prestar assistência para pessoas mais pobres e portadoras de doenças mais graves. (...)

²⁹² TJSP, Apelação Cível nº 184.346-5/0 [on line] – São Paulo – 9ª Câmara de Direito Público – Relator: Geraldo Lucena – 1.º jun. 05 – V.U., *apud*, OLSEN, ob. cit., p. 249.

Consoante dispõe o art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito fundamental social garantido através de políticas públicas implementadas por meio da disponibilidade de recursos provenientes do orçamento estatal. Ocorre que a subjetivação dos direitos sociais fundamentais coloca em causa a necessidade do exame de meios disponíveis para a satisfação dos referidos direitos na dinâmica da realidade social e jurídica. (...) A situação de subjetivação do direito à saúde em relação a uma determinada pessoa não chega a suscitar maiores dúvidas na atual construção da jurisprudência na matéria. Avulta a complexidade quando a subjetivação alcança a esfera do direito à saúde em que a titularidade se materializa numa determinada comunidade de pessoas. (...) o problema do reconhecimento de direitos sociais se encontra intimamente vinculado ao questionamento dos próprios limites do Estado, de modo a estabelecer o alcance da obrigação a eles inerente (...) Ou seja, não é juridicamente possível tratar da efetividade do direito social fundamental à saúde e à vida na realidade jurídica brasileira sem a consideração dos limites legais e constitucionais da administração de recursos orçamentários, bem como da preservação da ordem pública e da ordem econômica. (...) Vale, por fim, observar que a ação ordinária foi, também proposta contra o Estado do Paraná, que não se insurgiu contra a decisão que lhe impôs a obrigação de fornecer o medicamento em questão, podendo, assim, cumpri-la de forma exclusiva. Ante o exposto, reformo a decisão agravada para, deferindo o pedido formulado na petição de fls. 2-7, suspender, na parte referente ao agravante Município de Nova Londrina, a tutela antecipada concedida na ação ordinária (...) ²⁹³

Há outros julgados que relevam a reserva do possível quando da análise do caso concreto, como é o caso de Agravo de Instrumento em que o Município de São Borja pretendia cassar liminar que determinou fosse fornecido o medicamento Eritropoetina Recombinante Humana à agravada. No acórdão do agravo, o desembargador reconhece a limitação de recursos para atender a todos, bem como que as provas quanto à necessidade do medicamento trazidas pela agravada foram bastante restritas. O relator exemplifica, inclusive, os efeitos que a decisão concessiva da tutela poderiam causar a terceiros que também carecessem dos recursos públicos, mas que não recorreram ao Judiciário para obtê-los a fim de satisfazerem suas necessidades. Contudo, feita a ponderação entre a pretensão da agravada e o prejuízo ao patrimônio público, foi entendido que o direito à vida é de todos e é dever do Estado, podendo, portanto, situar-se dentro da reserva do possível:

Impõem-se algumas considerações acerca da questão do fornecimento de medicamentos na órbita do direito público e no seu contexto. Não há dúvida que,

²⁹³ TJPR, Agravo Regimental nº 312754001, Relator: Tadeu Marino Loyola Costa – 28 mar. 2006.

a partir do art. 196 da CF/88, o Estado obriga-se a prestações positivas na área da saúde. No entanto, os recursos orçamentários são escassos e hão de ser harmonizados, de resto, com outras prioridades. Por exemplo, alto e bom som se proclama a prioridade do atendimento aos menores, quanto à educação. Perante problema análogo, embora muito menos grave ante o poderio econômico do País, a prestigiosa Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*) desenvolveu a teoria da “reserva do possível”. Na verdade, trata-se do princípio da realidade, algo esquecido nos dias atuais, segundo o qual não se pode pretender o impossível.

Em tela, bem nota-se a ligeireza que os interesses em conflito foram tratados, descuidando o referido princípio. Não há prova alguma de que a agravada, realmente, necessite dos medicamentos indicados na inicial, e na posologia prescrita, exceto a opinião de seu médico assistente. Mas, qual o valor dessa prescrição? A única lealdade desse médico é com o seu paciente. Daí, para ela pode pretender o impossível: medicamentos não fornecidos pela rede pública, ou de preço muito elevado, ou sequer ainda aprovados pelo Ministério da Saúde. Também pode ter a preferência por algum laboratório em especial, ou em relação a alguma marca, em detrimento do mesmo fármaco genérico, confeccionado no laboratório estatal.

Conceder a antecipação de tutela, com tais questões em aberto, não equaciona, máxima vênua, todos os valores constitucionais envolvidos. O Estado do Rio Grande do Sul não se obrigou apenas perante a agravada, nem a Constituição o obriga a prestar tratamento de excelência somente a ela, e aquinhoá-la com o impossível, olvidando todos os demais cidadãos. É preciso buscar, simultaneamente, dois objetivos convergentes perante a Constituição: o atendimento ao necessitado e a economia de meios. Esta última é essencial para que, resolvido o caso particular da agravada, sobrem recursos para os demais necessitados.

É preciso, neste assunto, o mais delicado equilíbrio, pois se trata de uma questão de direito pública. Em litígios dessa espécie, que envolvem a classificação de alguém em concurso público à concessão de vantagens pecuniárias a um servidor, o acolhimento da pretensão de quem vai a júízo produz efeitos reflexos e colaterais de vulto. Por exemplo, gastar todo o orçamento do Estado com apenas um paciente (simples hipótese) implicará o abandono de todos os demais; arredondar a nota de um candidato para ele alcançar a média do concurso, e, conseqüentemente, aprová-lo, significará a exclusão do último colocado, que obteve a média sem o “arredondamento” do ativismo judicial; conceder uma gratificação ao servidor importará a concessão a todos, em nome do princípio da isonomia, e o aumento dos gastos públicos, em prejuízo dos demais serviços reclamados pela sociedade; e assim por diante. Esses efeitos reflexos precisam ser considerados e resolvidos em qualquer litígio de direito público.

Se parece natural que a Defensoria Pública e os advogados, no desempenho dos seus misteres, não se ocupem dessas questões, veiculando tão-só a pretensão do “cliente”, sem nenhum filtro prévio, já não pode assim decidir o órgão judiciário. Em última análise, cumpre avaliar a prescrição médica no ambiente do contraditório e da prova judicial.

...

Todavia, a despeito da proibição legal, que estimo constitucional e adequada à liberdade de atuação da Administração, no caso, indeferir a antecipação implicaria pôr em risco o direito à vida, que se sobrepõe a qualquer outro direito, conforme estipulou a 1ª Turma do STJ (REsp 127.604-RS, 18.12.97, Relator o insigne Ministro GARCIA VIEIRA, *DJU*, 16.3.98, p.43). É verdade que há risco de irreversibilidade na medida, pois a agravada poderá morrer, em virtude de suas enfermidades e, de qualquer modo, o consumo da medicação já torna impossível o retorno ao estado anterior. Assim, caracteriza-se o *periculum in mora* inverso; mas, é tão grave e contrário o próprio *periculum in mora*, que o primado do direito à vida supera restrições legais.

Convém distinguir a espécie, em que está em jogo o direito à vida e pretensão a ações positivas do Estado, na área da Saúde, consoante o art. 176 da CF/88.

A doutrina brasileira jamais se rendeu ao caráter absoluto de tais proibições, defendendo a aplicação do princípio da **proporcionalidade** e o sacrifício do interesse menos relevante (ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Da antecipação de tutela no processo civil*, nº 45. p.61). É a velha opção entre prover ou perecer, no qual o perecimento afetará a vida humana.

Nesta contingência, nenhuma hesitação é admissível ou razoável. Cabe ao órgão judiciário, tutelando o direito à vida e à saúde (art. 196 da CF/88), sacrificar o direito patrimonial contraposto. Não se cuida de negar vigência àquelas normas legais, que proíbem a antecipação, mas interpretá-las à luz da Constituição.²⁹⁴

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se em sentido oposto a entendimento sustentado algumas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça, acolhendo a reserva do possível quando em jogo vaga em creches, fazendo prevalecer a obrigação constitucional de promover a educação básica infantil, em face da reserva do possível:

Recurso Extraordinário - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu

²⁹⁴ TJRS, Agravo de Instrumento nº 70011342300, Quarta Câmara Cível, São Borja, Relator Des. Araken de Assis, decisão de 25 mai. 2005.

processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.²⁹⁵

Nesta decisão, e nos mesmos termos da decisão do STJ, apontada anteriormente, na qual, por outro lado, não fora concedida a vaga, observa-se que o relator manifestou-se a respeito da provável invasão do julgador na esfera de discricionariedade do administrador, tocante à determinação judicial para que o Poder público cumpra seu dever constitucional de criar políticas públicas que realizem os direitos sociais assegurados aos cidadãos, independentemente de rubricas orçamentárias.

Em que pese no acórdão do STJ esta não tenha sido a razão fulcral para o não provimento do recurso, há julgados que deixam de apreciar a pretensão emanada do direito fundamental social sob o fundamento de que, em casos que envolvam escolhas alocativas de bens escassos, o Judiciário estaria imiscuindo-se na esfera de discricionariedade do administrador e/ou legislador:

CONSTITUCIONAL - OBRIGAÇÃO DE MATRÍCULA DE CRIANÇA EM ESTABELECIMENTO MUNICIPAL PRÉ-ESCOLAR "1. A disponibilização de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades. 2. No âmbito do Município, o direito público subjetivo preconizado no §1º do art. 208 da Lex Mater, consistente no 'poder da vontade

²⁹⁵ STF, Recurso Extraordinário nº 410.715, Relator Min. Celso de Mello, 22 nov. 2005, citado.

humana que, protegido e reconhecido pela ordem jurídica, tem por objetivo um bem ou um interesse' (George Jellinek, apud José Cretella Júnior. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1993. V. 8. p. 4.414), somente pode ser invocado em relação ao ensino fundamental. 3. Ao Poder Judiciário falece competência para interferir na política educacional implementada pelo Poder Executivo, quando esta é derivada de norma programática e não imperativa”²⁹⁶

Igualmente acerca de pedido de matrícula de criança menor de 6 anos de idade em creche da rede de ensino municipal, em outra ocasião o Superior Tribunal de Justiça adotou posicionamento diverso, afastando a tese de discricionariedade, com esboço no valor da dignidade da pessoa humana, assegurado constitucionalmente:

DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

...

4- A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

5- Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.²⁹⁷

...

Bastante visível, pois, é o dissenso jurisprudencial acerca da exigibilidade dos direitos prestacionais em juízo, pelo fato de exigirem, para a sua realização, o gerenciamento do dinheiro público pelos poderes constituídos, com a subsequente implementação de políticas públicas que cumpram as tarefas constitucionalmente impostas ao legislador e ao administrador.

²⁹⁶ TJSC, Apelação Cível n° 2002.006812-3, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luiz César Medeiros, decisão de 24 fev. 2002.

²⁹⁷ STJ, Recurso Especial n° 575280, Rel. p/ acórdão (voto-vista) Min. Luiz Fux, 02 set. 2004.

A escassez de recursos exige a observância do princípio da igualdade em sua distribuição. Parte-se do pressuposto de que os bens públicos serão investidos em ações e políticas destinadas ao desenvolvimento de *toda a coletividade*. Contudo, nota-se, a partir de tais decisões, que o mandamento de igualdade acaba admitindo restrições, ao considerar pessoas distintas que se encontrem em circunstâncias especiais. Nesses casos especiais, (*problemáticos*, como quer Alexy, ou *extremos*, como quer Arango), admite-se que o princípio da igualdade exija um tratamento desigual, quando presentes razões suficientes para tal medida.²⁹⁸ E um dos parâmetros para identificar essa circunstância de tratamento desigual é a *necessidade* do postulante,²⁹⁹ superando-se a problemática das *sentenças aditivas*.³⁰⁰

Franz Hinkelammert observa que os fins perseguidos pelo sujeito atuante (aquele que tem capacidade de retirar o ser vivente da situação de exclusão) devem seguir uma hierarquia correspondente às suas necessidades (e dos demais, em comunidade). O ser vivente tem necessidades, e as mais básicas devem ser atendidas por primeiro: alimentos, vestuário, habitação. E somente “À medida que o sujeito vivo transcende o sujeito prático, as necessidades transcendem as escolhas dos fins.” Por isso, as escolhas ou gostos somente terão lugar na escolha dos fins quando as necessidades já tiverem sido suficientemente atendidas.³⁰¹

²⁹⁸ No mesmo sentido, LEIVAS, **Teoria dos direitos fundamentais sociais**, p. 106.

²⁹⁹ *Ibidem idem*.

³⁰⁰ “Entende-se por ‘sentença aditiva’ aquela que implica em aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado.” SCAFF, **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**, p. 149. Devolução de tributos não entra nessa categoria, uma vez que foram cobrados indevidamente pelo Estado. (ob. cit., p. 149). Também não é sentença aditiva a decisão que condena o poder público a indenizar o particular em decorrência de desapropriação, assim com aquela que garante o exercício efetivo de um direito fundamental [o autor não fala direito *de liberdade*, enquanto fundamental em sentido estrito.], porque não dependente, precipuamente, de alocação de recursos para ser satisfeito. Sentenças aditivas são aquelas que reconhecem que o Estado deveria ter feito e não fez, e condena-o por isso. Exemplo disso são as sentenças que concedem reajustes salariais, benefícios previdenciários. E, mais comum, as sentenças que determinam a implementação de direitos sociais. Cf. SCAFF, ob. cit., p. 149.

³⁰¹ HINKELAMMERT, **Crítica à razão utópica**, p. 266. Mas o sujeito atuante não produz apenas para si próprio, pois não vive sozinho. O sujeito humano sempre vive em sociedade e os fins e projetos de vida aparecem no contexto de relações sociais de determinadas sociedades. Por outro lado, há a possibilidade de determinados grupos sobreporem-se e dominarem os meios de produção da riqueza, desequilibrando a distribuição de renda e reduzindo outros grupos à mera subsistência, e até mesmo à morte. Aqui é que aparece a

Isso significa que, como vem sendo dito, há circunstâncias em que a reserva do possível cederá lugar à concessão jurisdicional da tutela pretendida. A problemática sobre conceder ou não a tutela judicialmente, suplantando a escolha política, foi vista no âmbito dos tribunais. Vejamos, agora, como esta questão da tensão entre a adjudicação individual de bens coletivos e a deferência às escolhas democráticas se coloca no campo da filosofia constitucional.

2.3.2 A tensão entre o constitucionalismo e a democracia³⁰²

O constitucionalismo do século XX foi marcado pela positivação de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais nas cartas constitucionais e pactos internacionais firmados pelos países ocidentais. Atribui-se a este movimento o período pós-guerras, cujas atrocidades conduziram a um esforço das nações orientado a normatizar direitos e garantias contra eventuais novos atentados à dignidade humana. O início do século XX coincide com a transição do modelo liberal de Estado, recolhido frente às liberdades positivas, para o modelo social de Estado, provedor dos meios necessários à satisfação das necessidades dos seus nacionais. Essa transição do modelo liberal para o modelo social foi acolhida pelas constituições ocidentais, cujas pioneiras foram as Constituições do México de 1917, e de Weimar, de 1919.

A influência da transição dos modelos de Estado para as constituições de nossos dias teve como resultado a extensa positivação de direitos e garantias fundamentais. Nesse novo contexto do Estado Social, convivem, ao lado dos clássicos direitos de liberdade (propriedade, livre iniciativa), direitos de

possibilidade de *exploração e dominação*, reciprocamente determinantes, e que acabam por concentrar e retirar dos outros os meios possíveis de vida. Para o autor, existe exploração e dominação justamente quando os meios de vida são extirpados de determinados grupos. Isso porque, aqui, não haverá restrição às *preferências*, apenas, o que faz com que as pessoas tenham uma vida mais ou menos agradável; haverá, sim, restrição às *necessidades*, porque “A dominação equivale a limitar ou retirar a possibilidade de viver através da exploração, vinculando-se, portanto, ao conceito de necessidade.” Ibidem, p. 267.

³⁰² As considerações apresentadas neste item fazem parte do nosso Jurisdição constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e auto-contenção. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia – RDFD**, ano 2007, vol 2, disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>.

igualdade (moradia, educação, saúde), cuja materialidade é considerada fundamental ao desenvolvimento das autonomias pública e privada dos sujeitos. Num contexto de reconstrução dos países devastados pelas duas Grandes Guerras, a população enfrentava dificuldades para obter, no mercado, os recursos necessários à satisfação de suas necessidades básicas, e daí a participação do Estado, neste cenário, como agente provedor dos serviços que dariam concretude àqueles direitos de igualdade assegurados como dever estatal e direitos de todos os cidadãos.

Ocorre que, na segunda metade do século XX, conforme já apontado, viu-se que o modelo social de Estado começou a sentir os efeitos da escassez dos recursos úteis ao cumprimento daquelas promessas constitucionais. A manutenção do Estado provedor sofreu abalos em sua sustentabilidade frente aos efeitos do movimento de liberalização da economia iniciado na década de 70. Paralelamente ao enfraquecimento do Estado provedor, houve um fortalecimento da jurisdição constitucional, a qual, agora privilegiada pela Carta Política de 1988, assume a tarefa de fiscalizar os atos legislativos e administrativos que deixam de atender ou atendem desproporcionalmente aos comandos fixados pelo constituinte originário.

Assim, a nova Constituição vincula Legislativo, Executivo, e, com mais força, também o Judiciário, no dever de sintonizar o exercício de suas competências na frequência autorizada pela Constituição.

Contudo, o novo papel atribuído ao Judiciário³⁰³ tem sido recebido com reservas – e com razão. É que o impulso de proteção à supremacia da Constituição (e à eficácia de suas normas), intensificou a fiscalização de constitucionalidade de leis e atos da administração pelo Poder Judiciário, suscitando, dessa forma, o debate acerca da legitimidade democrática desse poder para posicionar-se sobre questões afetas à esfera de discricionariedade do

³⁰³ Sobre esse novo papel assumido pelo Judiciário, BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 9, mar./abr./mai. 2007, Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: mar. 2007.

legislador e do administrador.³⁰⁴ A abertura normativa da Constituição, o dever de vinculação, e a impaciência da sociedade frente à inoperância dos poderes constituídos fazem com que seja depositada alta dose de confiança no Judiciário, para que interfira definitivamente sobre as escolhas feitas pelos poderes constituídos. E daí a tensão entre constitucionalismo e democracia.³⁰⁵

Agregue-se a isso que, em superação ao constitucionalismo moderno, que se apresentava mais como uma ideologia de limitações ao Estado e de defesa das liberdades individuais³⁰⁶, e dentro do atual constitucionalismo³⁰⁷ em que se insere a Constituição Federal de 88, há uma maior preocupação com a efetividade das prescrições de direitos fundamentais, o que tem levado o julgador a proceder a uma leitura valorativa da Constituição. Essa leitura valorativa significa uma aproximação voluntária do julgador à realidade que o circunda, o

³⁰⁴ Paulo Bonavides destaca que, sem a existência de um efetivo controle de constitucionalidade de leis, que assegure a supremacia da Constituição, as normas definidoras de direitos fundamentais quedariam desprotegidas. Não obstante, o autor não ignora o abalo que o controle de constitucionalidade de leis provoca no equilíbrio entre os poderes do Estado: “O ponto mais grave reside em determinar que órgão deve exercer o chamado controle de constitucionalidade. Sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental. Mas, por outra parte, o controle acarreta dificuldades consideráveis, em razão de conferir ao órgão incumbido de seu desempenho um lugar que muitos têm por privilegiado, um lugar de verdadeira preeminência ou supremacia, capaz de afetar o equilíbrio e a igualdade constitucional dos poderes.” _____, **Curso de Direito Constitucional**, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 296-297.

³⁰⁵ “No moderno Estado Democrático de Direito, busca-se a compatibilização do ideal rousseauiano de um ‘governo de leis’ – expressão da vontade geral – com a plataforma liberal, apropriada pelo constitucionalismo, de limitação do poder político. Eis a configuração, em certa medida até singela, mas inegavelmente utópica, do projeto constitucionalista: erigir um governo que respeite, a um só tempo, a soberania popular, expressa pela regra da maioria, e os princípios consagrados na Constituição.” BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 9-10.

³⁰⁶ Cf. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo. Un análisis metateórico. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Carbonell, Miguel (org.) Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 82.

³⁰⁷ Ao que muitos autores nomeiam *neoconstitucionalismo*. A expressão significa movimento da doutrina constitucional que não implica, necessariamente, em um corte paradigmático com o constitucionalismo moderno, e sim a superação deste apontando para uma verdadeira doutrina de interpretação constitucional. De acordo com a tese neoconstitucionalista, qualquer decisão jurídica, em especial a judicial, deriva, em última análise, de uma norma moral. Segundo Miguel Carbonell, o neoconstitucionalismo ainda não é um modelo pronto, consolidado, em sua formação teórica e aplicação prática. Para se ter uma visão acerca desse movimento, consultar CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

que o faz decidir pragmaticamente, atuando como “legislador negativo”, ou, ainda, conforme Pozzolo, “legislador concorrente”.³⁰⁸ É que, ao buscar a solução no caso concreto, a interpretação judicial pode acabar “criando norma”, criando direito que ainda não existe e que, para vir ao mundo, deveria sê-lo pelas mãos do legislador positivo, democraticamente eleito para tal mister.

Bem por isso, o constitucionalismo está em constante tensão com a democracia. Conceder a tutela de direitos judicialmente, sobrepondo-se à discricionariedade legislativa quanto ao momento próprio para tanto, vai de encontro à democracia no sentido de que tal escolha deve ser feita por quem tenha sido eleito para tanto. Embora se pense que o juiz é isento de influências políticas, não o é de suas convicções pessoais. A Corte não se limita a *aplicar* a Constituição, mas a *reescrevê-la*.³⁰⁹ Além disso, desde há muito os juízes não são mais os únicos intérpretes do direito, tendo esse papel sido estendido a agentes políticos e aos demais operadores jurídicos.³¹⁰ Portanto, é necessário que, a fim de legitimar a soberania de sua decisão sobre a decisão política, seja no controle concreto ou no controle abstrato de constitucionalidade, busque-se uma leitura da Constituição pela qual se possa identificar legitimidade na atividade jurisdicional, pois constituição e democracia não são incompatíveis, mas permeáveis entre si. A colisão entre direitos fundamentais e o princípio democrático é um problema “inevitável e permanente”.³¹¹

Nessa esteira, surge o conhecido debate acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia na jurisdição constitucional. A preocupação, aqui, gira em torno do déficit de legitimidade democrática do Judiciário para

³⁰⁸ Cf. POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 193.

³⁰⁹ BINENBOJM, **A nova jurisdição...**, p. 68.

³¹⁰ Cf. HONÓRIO, Cláudia; KROL, Heloísa; PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Instrumentos de democratização do controle abstrato de constitucionalidade: proteção e aplicabilidade do princípio democrático**. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília. Anais do CONPEDI, 2008. Ver, também: MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 170.

³¹¹ ALEXY, **Teoría de los derechos...**, p. 447. Para o autor, trata-se de uma questão a ser resolvida mediante a ponderação de bens: “Dentre esses princípios é sempre possível encontrar ao menos um princípio de direito fundamental que milite em favor da proteção da posição como posição de direito fundamental, e sempre também um princípio da democracia que milite a favor da manutenção o mais ampla possível da competência do legislador democraticamente legitimado.” Ibidem, p. 448.

intervir nas escolhas do legislador, e do risco decorrente da subjetividade das decisões judiciais, ou seja, da valoração das normas ao arbítrio do julgador. A discussão ganha força principalmente quando o que está em jogo é o princípio da reserva orçamentária, a competência do legislador por definir a destinação dos recursos públicos escassos, e a intervenção jurisdicional sobre esta escolha, para conceder tutela deduzida em juízo.³¹² É que a abertura do texto normativo e a omissão inconstitucional do agente político abrem portas ao magistrado para que interprete a Constituição da maneira que julgar mais adequada ao caso em exame, podendo, muitas vezes, a aparente legitimidade da decisão judicial encobrir um decisionismo crônico da jurisdição constitucional.

É importante destacar que essa liberdade/discricionariedade do julgador não deve transmutar-se em mera arbitrariedade, reflexo da vontade de um determinado poder, sob pena de se incorrer em uma *barbárie hermenêutica*³¹³. Por conta disso, a decisão judicial precisa ser racionalmente justificada, deve haver um controle racional das decisões. A grande dúvida é como controlar racionalmente decisões que possuem conteúdo moral. Como saber se a decisão é correta, justa? E, na esteira de Carlos Santiago Nino, não é possível solver as abstrações textuais da Constituição sem recorrer a juízos valorativos.³¹⁴

Desse modo, surgem, no cenário jurídico, diferentes teorias de interpretação constitucional, na medida em que o positivismo jurídico já não dá mais conta do moderno Estado Constitucional de Direito.³¹⁵

2.3.2.1. *Constitutionalismo*

³¹² No sentido de que a separação de poderes é o “*topos* argumentativo” das questões que envolvem a discussão jurisdicional sobre a alocação de recursos escassos, GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 21

³¹³ Termo utilizado por Lenio Luiz Streck em palestra proferida no Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, em 29/03/2007, para referir-se a um regresso do Direito aos “primórdios do modelo formal burguês, em que os discursos de argumentação já estão dados não pelo legislativo (democracia), mas pelo judiciário”.

³¹⁴ Cf. NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 189.

Primeiramente, cumpre assinalar que não é tarefa fácil estabelecer uma divisão estanque entre autores mais ou menos favoráveis ao constitucionalismo, pois, por vezes, é possível identificar aspectos de uma teoria ou outra em um mesmo autor. Contudo, pode-se dizer que, dentre aqueles que defendem a legitimidade da atividade criativa do juiz, encontramos a doutrina de Robert Alexy e Ronald Dworkin, os quais, no entendimento de Paolo Comanducci, seriam os principais representantes da ideologia neoconstitucionalista, a qual ressalta a valoração positiva dos sucessos alcançados pelo constitucionalismo, bem como a sua defesa e aplicação, sublinhando, desse modo, a tutela dos direitos fundamentais.³¹⁶

Há um traço comum entre Alexy e Dworkin, que é a atenção dispensada aos princípios. Ambos desenvolvem técnicas que atribuem aos princípios um papel de relevada importância na atividade do intérprete. E essa leitura principiológica da Constituição configura um forte argumento em favor da legitimidade do papel criativo do juiz, na medida em que princípios não possuem um conceito determinado, mas traduzem valorações, positivadas ou não, e que permitem uma larga margem de interpretações.³¹⁷

Na doutrina de Dworkin, é o modelo do direito como integridade que confere legitimidade à decisão judicial, consistindo em uma nova proposta de construção do saber jurídico.³¹⁸ Valendo-se da figura do juiz Hércules, que

³¹⁶ Cumpre destacar que aqui o autor refere-se ao que ele classifica como *neoconstitucionalismo ideológico*, dentro da classificação tripartite que faz do neoconstitucionalismo em *teórico*, *ideológico* e *metodológico*, à semelhança das três acepções de positivismo jurídico bobbianas. Ob. cit., p. 86.

³¹⁷ Mas não só isso, podendo representar, conforme aponta Humberto Ávila, um estado de coisas a ser alcançado, através da realização de determinados meios, de determinados comportamentos: “...os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios relacionam-se a valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento.” _____, **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 80.

³¹⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

dispõe de todo tempo e paciência do mundo para trabalhar, Dworkin defende que o direito não é meramente *descritivo*, mas *construtivo* sobre um sistema de princípios coerentes. O operador do direito não é um mero observador imparcial que descreve as leis, mas constrói a solução dos problemas a partir delas, pois “A letra da lei pode ser diferente da verdadeira lei.”³¹⁹ Ler o direito como integridade significa achar em algum lugar do direito a solução mais adequada para um determinado caso concreto. Em casos difíceis, a decisão do juiz não aludirá a uma regra, mas a um princípio. Pois, para Dworkin, as regras são aplicadas na maneira do *tudo ou nada*.³²⁰ Por isso, Dworkin opõe-se à idéia de um sistema autoregulado (tal qual propõe o positivismo jurídico), pois, para ele, o sistema jurídico é aberto e puro.³²¹

A integridade do direito é materializada através da atividade jurisdicional construtiva, que deverá preocupar-se com o que vem sendo decidido em casos parecidos com o caso em exame, a fim de que se chegue a uma única resposta correta.³²² É a idéia de “cadeia do direito” (*chain of law*), que traça um paralelo entre a atividade jurisdicional e a feitura de um romance escrito a várias mãos. Desse modo, os juízes são, ao mesmo tempo, autores e críticos; introduzem acréscimos nas decisões que interpretam, e o fazem de uma maneira política em parte. É uma atividade de *construção*.³²³ O julgador irá criar *enquanto* interpreta, através da leitura dos precedentes. O julgador não se limita à mera exegese da lei, devendo repelir a tese historicista preocupada com a intenção dos fundadores da Constituição.³²⁴ A particularidade da interpretação na prática jurídica é sua atitude simultânea crítico-criativa.³²⁵ Demais disso, para Dworkin, a jurisdição

³¹⁹ Cf. CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade**. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. São Paulo: JM Editora, 1995.

³²⁰ Cf. DWORKIN. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1989.

³²¹ Cf. CHUEIRI, p. 92.

³²² Para o positivismo jurídico, a segurança jurídica não se encontrava na existência de uma reposta certa, e sim na neutralidade do juiz, por isso a separação entre direito e moral, para aquela corrente doutrinária.

³²³ “... o direito como integridade pede-lhes [aos juízes] que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como a origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.” **O Império...**, p. 273.

³²⁴ *Ibidem*, p. 434.

³²⁵ Cf. CHUEIRI, *ob. cit.*, p. 97.

constitucional não só é compatível com a democracia, como, também, contribui para o seu fortalecimento.

Já Robert Alexy apresenta o modelo da ponderação de bens como método capaz de resolver o problema da legitimidade da decisão judicial criativa, conferindo ao julgador o que Sanchís chamaria de *discrecionalidade débil*.³²⁶ O autor sustenta que, considerando que as normas de direito fundamental têm uma característica principiológica (ao menos em determinado nível³²⁷), deve-se ter em mente que os princípios serão sopesados no caso concreto, na medida em que, justamente por não implicarem na invalidez do princípio colidente, deverão *ceder* em seu âmbito de proteção, sendo que fatalmente um princípio será aplicado no maior grau possível, desde que, por outro lado, afete o menos possível o princípio que a ele se opõe. Essa é a idéia de que as normas de direitos fundamentais são veiculadas por princípios, que caracterizam *mandamentos de otimização*: devem ser realizados na maior medida possível, e com o menor prejuízo em relação ao princípio fundamental com ele colidente. Daí, também, o autor afirmar que direitos fundamentais são *feixes de posições jusfundamentais*: as normas de direitos fundamentais abrigam posições jurídicas apenas *prima facie*, porque restringíveis pelas circunstâncias fáticas e jurídicas em que se

³²⁶ Cf. SANCHÍS, ob. cit., p. 135. Mais adiante, esse mesmo autor destaca que o método da ponderação será útil apenas para a solução de um certo tipo de antinomias, mas não de todas. Em se tratando de um mesmo documento normativo, como é o caso da constituição, a ponderação não poderá ser usada quando se puder resolver a colisão com o uso do critério da especialidade: “por exemplo, na sucessão à Coroa da Espanha se preferirá ‘o varão à mulher’ (art. 57.1 CE) e esta é uma norma especial frente ao mandato de igualdade perante a lei do art. 14, que expressamente proíbe qualquer discriminação em razão de sexo.”. Demais disso, pode acontecer que o resultado da ponderação seja a total prevalência de um dos princípios, o que seria o mesmo que observar o critério da especialidade, sem, contudo, dar ampla margem à discrecionalidade judicial. Tradução livre, p. 137-140.

³²⁷ É que Alexy, quanto à estrutura dos direitos fundamentais, defende o modelo *misto* de normas, o qual considera que toda norma que veicula um direito fundamental possui um *nível* de regras e um *nível* de princípios. No nível de princípios, serão resolvidas questões de hierarquia constitucional, onde se irá verificar, através da argumentação, porque um direito fundamental deve ser melhor realizado que outro. Para solucionar as colisões, essa hierarquia poderia se dar em 1º e 2º graus. Diz-se que haverá hierarquia de 1º grau quando o limite incide sobre um direito fundamental sem reserva. Já a hierarquia de 2º grau ocorrerá quando se tratar de um limite a direito fundamental com reserva expressamente prevista em lei. E quando se fala no nível das regras, quer-se dizer que as disposições constitucionais não são apenas a posituação dos princípios, mas caracterizam a intenção do constituinte de estabelecer limitações frente aos princípios contrapostos. (*Teoría de los derechos...*, p. 129-138.)

insiram no caso concreto, sobretudo pelo fato de dependerem, ora de uma ação estatal, ora de uma omissão.

Os modelos de Dworkin e Alexy têm sua relevância no contexto constitucional brasileiro, em que o Judiciário é recorrentemente acionado para impor ao Estado a realização de tutelas protegidas por direitos fundamentais, ao que se busca, pois, a legitimidade de tal conduta. A teoria dworkiniana ganha relevo por conta da visão global do direito como integridade, da busca pela decisão conformada com o ideal de igualdade, dispensando o argumento historicista de interpretação. Porém, o próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro, sem deixar de proceder uma leitura principiológica da Constituição, já chegou a buscar na teoria historicista razões para decidir, tal qual ocorreu, por exemplo, no paradigmático caso *Ellwanger*, em que, nada obstante ter buscado a *intenção* do constituinte originário quanto ao termo *racismo*, procedeu a uma ponderação de bens (liberdade de expressão e vedação de racismo).³²⁸

Ainda, o juiz Hércules é solitário, fala sozinho, não dialoga para poder chegar à solução do caso concreto, valendo-se apenas de sua própria metodologia³²⁹ para alcançar suas conclusões. A falta de diálogo, certamente,

³²⁸No julgamento do caso *Ellwanger* pelo Tribunal Constitucional brasileiro, em que se discutia a aplicabilidade da norma constitucional de liberdade de expressão em face da também constitucional norma de proibição da prática de racismo, o voto do Ministro Moreira Alves foi no sentido de uma interpretação historicista da Constituição, como se pode inferir do trecho que segue: “O elemento histórico – que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele – converge para dar a “racismo” o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. Com efeito, a Emenda Aditiva 2P00654-0 do Constituinte Carlos Alberto Caó (“A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”), apresentada em 12.01.1998, a qual deu origem ao artigo 5º, XLII, da Constituição, tinha a seguinte justificação: (...)” STF. Habeas Corpus n. 82.424-2/RS. Rel.: Moreira Alves. Rel. Acórdão: Maurício Corrêa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 17 set. 2003.

³²⁹ Como é o caso da teoria das *fontes banidas*, segundo a qual as decisões que tenham por base as preferências de maiorias, e cujas maiorias tenham como fonte algo que é banido pelos princípios, não serão decisões legítimas. Essa teoria veda que a legislação atenda a uma maioria que reflita preferências fundadas em qualquer tipo de preconceito. Há, ainda, o método da *prioridade local*, pelo qual o juiz sobre-humano priorizará a área do direito em que se encontra, mas, em não achando os princípios que procura para fundamentar sua decisão, buscará expandir seus estudos para outros ramos dos direitos, como que em círculos concêntricos, partindo daquele ramo restrito do direito. In: DWORKIN, *O Império do Direito*, p. 459-482.

prejudica a formação de um raciocínio mais apurado do julgador, bem como abala sensivelmente a legitimidade de suas decisões.

Já o modelo da ponderação recebe várias críticas, dentre as quais o fato de que a leitura principiológica da Constituição pode sensivelmente diminuir o grau de segurança do direito.³³⁰ Jürgen Habermas critica o método da ponderação afirmando que este seria uma porta aberta ao decisionismo e à subjetividade judicial, em prejuízo das escolhas feitas pelo legislador.³³¹ O uso desenfreado da ponderação, agregado à abertura normativa da constituição permitiria ao julgador ampla liberdade na análise de constitucionalidade de leis, transformando o Tribunal em uma instância autoritária. Para Habermas, deve-se buscar todas as interpretações possíveis dos princípios em jogo, para que então se escolha o melhor, o mais adequado ao caso concreto, sem necessidade de se recorrer às análises valorativas características da ponderação.³³²

Apesar das críticas, não se pode negligenciar a importância da técnica da ponderação, principalmente no direito brasileiro. A ponderação é usada em casos nos quais o Judiciário deve fazer escolhas dramáticas, como decidir entre conceder um tratamento de saúde a um paciente terminal, ou proteger o Erário de uma despesa não programada, não reservada para aquele fim.³³³ Desde fins da década de 90, o Supremo Tribunal Federal tem-se deparado com inúmeras ações desse gênero, nas quais o julgador deve ponderar entre bens jurídicos - igualmente - fundamentais.³³⁴ E tal ocorre não só tocante a direitos que exigem prestações, mas igualmente em relação a direitos de matriz liberal. Valendo-se do método da ponderação, o julgador não mais aguarda a concretização legislativa do direito fundamental, mas busca resolver racionalmente os problemas que envolvam colisão de bens.

³³⁰ Nesse sentido, COMANDUCCI, P., ob. cit., p. 91.

³³¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 333.

³³² Ibidem, p. 333.

³³³ Nesse sentido, confira-se, dentre tantas outras, as seguintes decisões: STF, REExt 232335; TJRS, AI 70011342300; STF, REExt 410715; STJ, REsp 575280.

³³⁴ Conforme minuciosa pesquisa jurisprudencial feita por Daniel Wei Liang Wang, ob. cit..

2.3.2.2. Democracia

Privilegiar o argumento democrático significa defender postura deferente dos juízes quando estes se depararem com casos que exijam, em algum grau, o exercício criativo da jurisdição.³³⁵ É o que ocorre, por exemplo, quando se vêem decisões que deixam de conceder uma determinada tutela sob o fundamento de que a efetividade do direito em discussão é de competência do legislador e/ou do administrador, porque primeiros destinatários da norma em questão. Essa auto-contenção é, em certa medida, preocupada com a falta de legitimidade democrática do julgador para decidir sobre escolhas feitas pelos poderes constituídos, haja vista que seus representantes foram democraticamente eleitos, por uma maioria, para representarem os interesses da sociedade.

A tese central do argumento democrático é o fato de uma minoria qualificada – os juízes – *criar* e impor normas a toda uma coletividade, sem que esta mesma coletividade os tenha – democraticamente – escolhido para fazê-lo.³³⁶ E, de acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto, o núcleo central da teoria democrática é que as normas somente serão legítimas quando os seus destinatários participarem de sua produção. Em outras palavras, é necessário “identidade entre governantes e governados.”³³⁷

A partir disso, foram desenvolvidas diferentes teorias nesse campo. Um de seus principais defensores é Jürgen Habermas, para quem a jurisdição

³³⁵ De antemão, vale destacar que Sérgio Fernando Moro estabelece uma distinção entre auto-contenção e procedimentalismo, explicando que a auto-contenção, ao contrário do procedimentalismo, não significa estrita a observância jurisdicional dos mecanismos de participação democrática, e sim que casos constitucionais difíceis podem ser decididos em momento posterior, quando a questão já estiver mais amadurecida. _____, **Jurisdição Constitucional...**, p. 172. Contudo, optamos por não utilizar os termos procedimentalismo e substancialismo no presente trabalho, em razão de a distinção desses termos relativamente a ativismo e auto-contenção exigir maior atenção teórica.

³³⁶ O caráter contramajoritário do poder judicial, haja vista os juízes não terem sido eleitos pelo povo, é amplamente discutido por Roberto Gargarella, o qual defende a manifestação das minorias no controle de constitucionalidade, em seu trabalho **La Justicia Frente al Gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

³³⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 40.

constitucional deve garantir o devido processo legislativo, o devido processo constitucional e os direitos fundamentais. É que, para Habermas, uma decisão somente será legítima se tiver origem no consenso de seus destinatários. Esse consenso racional seria alcançado através de uma relação dialógica, do discurso, desde que presentes as *condições ideais de fala*³³⁸, num contexto em que a opinião pública alcança o sistema político, através do controle público dos meios de comunicação formadores de opinião (como as televisões públicas – não estatais –, por exemplo).³³⁹ Por essas razões é que Habermas tanto valoriza o *procedimento* democrático.

E valorizar o procedimento significa defender que o julgador se limite a garantir apenas o *procedimento*, ou seja, o procedimento democrático de produção do direito, o contraditório, iguais oportunidades de participação nos processos de formação de opinião e de vontade públicas. Habermas entende, ainda, que a Constituição não é uma *ordem-macro* que regula a relação do Estado com os cidadãos, mas, diante da pluralidade social e cultural que se impõe, a Constituição *fixa procedimentos políticos* que permitem aos cidadãos perseguirem cooperativamente e com chances de sucesso o projeto de estabelecer formas justas de vida. Por isso, para Habermas, somente as condições procedimentais (tais como a *equal protection* e o *due process*) da gênese democrática das leis asseguram o direito positivo, e não a atividade criadora dos tribunais.³⁴⁰

Roberto Gargarella aponta as vantagens do procedimento dialógico:

conhecer alternativas que por outro modo poderíamos ter dificuldade em conhecer; ajuda-nos, assim, a corrigir nossas próprias posturas; permite-nos entender porque os demais estão de acordo ou não conosco; contribui para que conheçamos pontos de vista que poderíamos ter ignorado simplesmente em razão de prejulgamentos; favorece a consolidação de uma prática conforme a qual as decisões se tomam por consenso, e não como resultado da imposição

³³⁸ HABERMAS, **Facticidad y Validez**.

³³⁹ Cf. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 173.

³⁴⁰ HABERMAS, ob. cit., p. 336-337.

arbitrária de algum grupo. Finalmente, os procedimentos de discussão nos forçam a dar razões acerca de porque defendemos uma posição ou outra.³⁴¹

Como coloca o autor, não interessa que o procedimento dialógico resulte em consenso unânime, mas sim que assegure a ampla participação de todos, de modo que se evite haver grupos excluídos da esfera de deliberação. De fato, não é interessante que haja um “acordo harmônico” das idéias aventadas, mas sim que sejam revelados conflitos de posicionamentos.³⁴²

Nada obstante seja fundamental a proteção ao princípio democrático, pode-se dizer que, no contexto brasileiro, boa parte das decisões políticas tomadas pelos poderes constituídos podem não refletir o sentimento da maioria ou dela decorrerem, não constituindo, da mesma forma que as decisões do Judiciário, um adequado paradigma da democracia representativa. Isso porque a democracia não significa necessariamente governo da maioria, pois a maioria de hoje pode não ser a mesma de amanhã, e diante disso o Judiciário teria o papel de “guardião dessa dinâmica majoritária/contra-majoritária”³⁴³, sendo que a democracia acabaria por chamar o Judiciário a atuar pela guarda da Constituição, não podendo, portanto, ser repellido dessa função. Isso porque “zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura).”³⁴⁴

Ainda, no contexto da Constituição Federal de 88, de inúmeras promessas não cumpridas³⁴⁵, pode-se afirmar que grupos marginalizados na sociedade não recebem a merecida atenção dos legisladores e administradores, estes democraticamente eleitos, ao passo que poderiam lograr a proteção aos seus

³⁴¹ GARGARELLA, Roberto. Constitución y democracia. In: ALBANESE, Susana *et alii* (org). **Derecho constitucional**. Buenos Aires: Universidad, 2004. p. 84. Traduzimos.

³⁴² GARGARELLA, ob. cit., p. 84.

³⁴³ Cf. CLÈVE, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**, p. 36

³⁴⁴ *Ibidem*, *idem*.

³⁴⁵ A começar pelos objetivos da república Federativa do Brasil, arrolados no art. 3º da nossa Carta Política, como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

direitos perante o Judiciário, ao qual teriam amplo acesso. É a diferença de acesso ao *judicial process*, quando obstado o acesso ao *political process*.”³⁴⁶

Há ainda outros modelos teóricos em favor da auto-contenção. Um deles é o de Bruce Ackerman, que defende o reconhecimento dos direitos fundamentais também através de uma perspectiva procedimental, na medida em que os indivíduos devem ter assegurada constitucionalmente a sua participação no processo de formação do conteúdo e do estabelecimento dos destinatários desses direitos fundamentais.³⁴⁷ À semelhança de Habermas, essa participação será feita dialogicamente, discursivamente, em um ambiente que propicie a deliberação popular.

A diferença em Ackerman é que este debate público será feito em um momento de *mobilização popular*, revolucionário. Assim, o fato de a origem da lei revolucionária residir em um intenso movimento de mobilização e deliberação popular seria o aspecto legitimador dessa nova legislação. Destarte, é nesse momento revolucionário que tem nascedouro a idéia de *democracia dualista*, defendida pelo autor.³⁴⁸ Por isso, para Ackerman, o Judiciário, apesar de exercer papel substancial, de defesa da constituição, seria apenas *preservacionista* e, o povo é que seria *ativista*, criador de norma. Caberia, pois, ao Judiciário garantir os instrumentos de deliberação pública. O caso *Brown vs. Board of Education* seria um exemplo disso: o fim da segregação permitindo que as pessoas participem da deliberação pública.³⁴⁹

³⁴⁶ Cf. idéia de Mauro Cappelletti (**Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993. p. 99-100) e que será retomada mais adiante.

³⁴⁷ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Fundamentos de Direito Constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Coord. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

³⁴⁸ A democracia dualista significa que as decisões burocráticas rotineiras ficam a encargo dos representantes eleitos, ao passo que as verdadeiras transformações do sistema constitucional só podem ser levadas a cabo pelo *povo soberano*. Difere da teoria democrática *monista*, segundo a qual o princípio majoritário sobrepõe-se à postura ativista da jurisdição constitucional. Difere, também, da teoria democrática *fundamentalista*, a qual demanda a intervenção judicial, apesar de negligenciar o princípio democrático: a proteção dos direitos está acima da vontade soberana do povo. *Ibidem*, p. 7-21.

³⁴⁹ Em maio de 1954 -- em uma decisão histórica, no caso *Brown Contra a Secretaria de Educação (Brown v. Board of Education)* -- a Suprema Corte norte-americana julgou a inconstitucionalidade das escolas públicas segregadas. O nome dado ao caso, *Brown*, vem de

O trunfo de Ackerman é construir uma história constitucional de progressivo processo de emancipação. Porém, e se o povo não alcançar essa emancipação por si mesmo, notadamente em países como o Brasil, onde a distribuição de renda é considerada a segunda pior do mundo³⁵⁰, caberia responsabilizar os representantes eleitos para tanto? O autor não responde a tal questão. Também, a fim de estabelecer um paralelo entre a teoria ackermaniana e o caso brasileiro, é de se refletir se a Constituinte brasileira de 1987 também foi resultado de grande mobilização e participação popular, nos termos da proposta de Ackerman.³⁵¹

Tem-se também o modelo teórico de Carlos Santiago Nino, da democracia deliberativa.³⁵² Para Santiago Nino, respeitar o processo democrático é respeitar a própria Constituição, e sua justificação reside em respeitar princípios morais que estabelecem direitos. O autor critica Habermas por considerar que este acredita que a validade do discurso não se encontra em seus resultados, mas em seus pressupostos, na garantia do procedimento. Para Habermas, segundo Nino, a verdade será alcançada necessariamente após um processo deliberativo, desde que presentes as condições ideais de fala. Diante disso, Nino propõe um meio-termo: é possível que a reflexão isolada de um indivíduo alcance a verdade moral, mas isso não significa que interlocuções com os demais sujeitos também

Oliver Brown, um negro, que iniciou um processo quando sua filha de sete anos, Linda, teve sua matrícula negada em uma escola primária só para brancos na cidade de Topeka, estado do Kansas, no meio-oeste dos Estados Unidos, onde eles viviam. Fonte: <http://brownvboard.org/index.htm>. Acesso em 10/05/2007.

³⁵⁰ Os dados são do IPEA, obtidos através do coeficiente de GINI, que mede a desigualdade de renda em valores de 0 (igualdade absoluta) a 1 (desigualdade absoluta). Segundo essa pesquisa, o Brasil (índice 0,60) fica atrás apenas de Serra Leoa (0,62). Informação disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u69318.shtml>.

³⁵¹ Da seguinte passagem de **História Constitucional do Brasil**, pode-se sugerir que, para Paulo Bonavides e Paes de Andrade, a resposta é afirmativa: “Com efeito, foi ela [a Constituinte de 1987] a primeira Constituinte brasileira que não se originou de uma ruptura anterior das instituições; esta, portanto, a primeira constatação que a mais superficial análise histórica de nosso passado prontamente descobre. Mas é constatação, sem dúvida, apenas aparente, porquanto (...) nem por isso a ruptura deixa de ser a nota precedente do quadro constituinte instalado em 1987, visto que ela se operou na alma da Nação, profundamente rebelada contra o mais longo eclipse das liberdades públicas (...) [que foi] indubitavelmente um sistema de exceção, autoritarismo e ditadura cuja remoção a Constituinte se propunha fazê-lo, como em rigor o fez, promulgando a Constituição ora vigente.” (Ob. cit., p. 455.)

³⁵² Ob. cit..

não tenham o seu valor. Portanto, ele acredita que a discussão e a decisão intersubjetivas constituem o procedimento mais confiável para ter acesso à verdade moral, contudo, não descarta a possibilidade de o mesmo resultado ser alcançado a partir de uma reflexão individual.

Sobre o problema da legitimidade democrática dos julgadores para declararem a invalidez de leis editadas por agentes políticos democraticamente eleitos, Nino afirma que, se os juízes não possuem legitimidade democrática, suas decisões não gozam de valor epistêmico.³⁵³ Contudo, Nino reconhece que a democracia não deverá ser sempre considerada o último recurso na proteção de direitos individuais, pois há direitos que não poderão ser violados nem por decisões majoritárias. Por isso, segundo Nino, haveria três exceções à negativa do controle judicial de constitucionalidade:³⁵⁴ *i)* o necessário controle do procedimento democrático. Aqui, a preocupação é com quem assegurará as regras do processo democrático. Nino coloca que, nesse caso, os juízes atuariam como árbitros do processo democrático. A missão deste árbitro é velar pela satisfação das regras do procedimento democrático e das condições de discussão e de decisão democráticas; *ii)* a garantia do valor epistêmico da democracia. As leis deverão ser fundamentadas razoavelmente quanto à sua aplicabilidade e constitucionalidade, não podendo pautar-se em “critérios perfeccionistas”; e *iii)* preservar a prática constitucional, ou seja, a constituição histórica, pois a decisão democrática pode não afetar nenhum direito, mas a prática social, abalando, assim, a constituição histórica.

Embora os argumentos de Nino em defesa da democracia deliberativa sejam atrativos para um ideal paradigma de democracia, acrescenta-se que, nas palavras de Alain Touraine, não se quer apenas democracia de participação ou de deliberação; mas de *libertação*.³⁵⁵ Em outras palavras, o controle de constitucionalidade afigura-se importante não só como garantia do procedimento, mas também como garantia de tutelas fundamentais que assegurem ao cidadão alcançar sua própria emancipação, como forma de libertação, pois de nada

³⁵³ Ibidem, p. 269 e ss.

³⁵⁴ Ibidem, p. 273-282.

³⁵⁵ TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 20.

adianta ter os instrumentos jurídicos e constitucionais garantidos, e a vida econômica e social permanecer dominada pelas oligarquias.³⁵⁶

Demais disso, o Brasil passa por uma séria crise de representação política, paira certa desconfiança em relação aos representantes eleitos. Denúncias de corrupção e abuso de poder tomam cada vez mais espaço na mídia, enfraquecendo a confiança nas instituições democráticas e nas decisões que delas advém, por serem suspeitas de proteger interesses de pequenos grupos dominantes. Pois, ao acreditarmos que a lei é a mais fiel declaração do direito, decorrente de um debate racional no âmbito do Parlamento, podemos “nos surpreender com a descoberta de que o legislador, feito exatamente para proteger o cidadão, ele mesmo pode ser o veículo da opressão, ele mesmo pode ser o veículo da quebra dos direitos fundamentais, ele mesmo pode ser o violador da Constituição.”³⁵⁷ Por isso é que negociações coletivas e liberdade de imprensa são avanços consideráveis da democracia.³⁵⁸ Diálogos em situação de menor desigualdade possível são um caminho rumo à emancipação.³⁵⁹

Nesse contexto, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade no processo judicial poderá ter incrementada sua característica democrática, em razão da participação das partes no andamento do processo, e sua influência na decisão final do feito, na medida em que delimitam a lide, são ouvidas e produzem provas.³⁶⁰ Desse modo, esse procedimento pode ser considerado mais democrático que o trabalho dos legisladores, o qual se mostra, muitas vezes, “longínquo e inacessível” à grande maioria da população, produzindo resultados

³⁵⁶ Ibidem, p. 20.

³⁵⁷ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 53.

³⁵⁸ Exemplo disso foi a recente audiência pública realizada pelo STF, em 20.04.2007, para discutir dispositivos correlatos à Lei de Biossegurança. Não obstante a iniciativa democrática do Tribunal, a primeira audiência pública da história do STF foi convocada apenas em 01.10.2004, após 194 anos de existência do Tribunal, para discutir a legalidade do aborto de feto anencéfalo. Fontes: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229606&tip=UN¶m=> e <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u100200.shtml>.

³⁵⁹ TOURAINE, ob. cit., p. 22.

³⁶⁰ Cf. CAPPELLETTI, *Juízes...*, p. 100-106.

que serão recebidos diretamente pelos cidadãos, restando a estes confiar nas decisões proferidas por seus representantes.³⁶¹

Feita esta exposição, cabem, aqui, algumas considerações.

Conforme antes dito, a própria atividade legislativa (e, do mesmo modo, a administrativa), pode ser o veículo das maiores violações à Constituição e aos direitos fundamentais. A preocupação com tal violação encontra fundamento na necessidade de uma sociedade proteger não apenas um documento histórico, legítimo e soberano que controla o poder do Estado, mas também na necessidade de proteger as normas desse mesmo documento e que têm como fim o alcance da igualdade de direitos e da pluralidade de valores entre todos os cidadãos.

Por isso, a jurisdição constitucional, na condição de guardião desse documento histórico, legítimo e soberano, para além da defesa da unidade e coerência da ordem jurídica será também responsável pela proteção dos direitos fundamentais. Pois cada estrada em condições precárias, cada criança fora da escola, cada idoso sem assistência, cada jovem sem trabalho, e cada cidadão sem saúde de qualidade é uma agressão aos direitos fundamentais dessas pessoas (e, paralelamente, uma violação da Constituição). Direitos estes que estão garantidos por toda a Constituição – seja enquanto direitos de liberdade ou prestacionais – como “direito de todos e dever do Estado.”

E é nesse ponto que cresce a importância da jurisdição constitucional no direito constitucional brasileiro. No contexto de um direito constitucional que, nas palavras de Bobbio, tem uma história de promessas não cumpridas.³⁶²

A pergunta que se coloca, portanto, é: até que limite poderá atuar essa jurisdição constitucional? Até que ponto ela poderá *dizer o direito, dizer o que quer dizer a Constituição*, a pretexto de garantir a sua efetividade? É aqui que existe uma verdadeira neblina, uma neblina prática e teórica.

Mas é possível dissipar essa neblina. Pois, por um lado, é urgente concretizar a proposta constituinte de 1987, que tem por objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; livre porque seus sujeitos são autônomos,

³⁶¹ Ibidem, idem.

³⁶² Em seu **Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

justa porque a todos são oferecidas iguais oportunidades de alcançar essa autonomia, os seus direitos, e solidária porque preocupada, coletiva e individualmente, com o próprio progresso.

E, nesse ponto, reconhece-se a importância da participação dos cidadãos no debate público sobre os assuntos que sejam de seu interesse. As pessoas devem buscar agir discursivamente em prol da melhoria de sua própria sociedade.³⁶³ Contudo, não é possível esperar essa consciência cívica de sujeitos que lutam diariamente não para viver, mas para sobreviver, num país ainda tão desigual.

Desse modo, assume importância o papel da jurisdição constitucional enquanto protetora dos direitos fundamentais, através do controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos. Contudo, igualmente importante é a argumentação, a racionalidade dessas decisões. Isto é, a fundamentação oferecida pelos juízes deverá lograr demonstrar que o teor de suas decisões não resulta de “capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis ‘ao sentimento de equidade e justiça da comunidade’”.³⁶⁴

Não se pode ignorar a necessária efetividade dos direitos fundamentais, mas igualmente não se pode ignorar o sistema de freios e contrapesos dos três poderes, e a legitimidade de cada um deles no exercício de suas atribuições. É preciso superar o decisionismo judicial, por um lado; mas, por outro, é preciso

³⁶³ Um exemplo de como Dworkin visualiza esse compromisso dos membros para com a sua comunidade é a sua análise da postura de Anita Hill, funcionária pública norte-americana vítima de assédio sexual por parte do candidato a juiz da Suprema Corte Clarence Thomas, quando a funcionária foi a público oferecer suas declarações a respeito do caso de abuso, à época em que o juiz Thomas estava sendo submetido à sabatina do Congresso para verificação de sua idoneidade para a ocupação do cargo na alta Corte. A respeito dessa atitude de Anita, Dworkin acredita que ela agiu em acordo com o que uma comunidade política espera a partir da concepção de integridade. O autor coloca que Anita, quando foi a público dizer que não poderia ser admissível que um homem que abusou de seu poder e sentiu prazer com o sofrimento alheio participasse de um tribunal em que os juízes devem se valer das suas convicções mais pessoais para fazer valer os direitos dos americanos, estava agindo não em prol de seus próprios interesses ou dos interesses de sua raça, mas sim por “fidelidade à humanidade e aos ideais do direito”. DWORKIN, R. **O Direito da Liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 528.

³⁶⁴ CAPELLETTI, ob. cit., p. 96-98.

“produzir uma espécie de operador jurídico responsável pela sua obra hermenêutica.”³⁶⁵

Portanto, não se trata de ter uma visão meramente *ativista* ou *contida* da jurisdição constitucional, pois a democracia deve ser garante dos *direitos fundamentais*, e não da maioria, simplesmente.³⁶⁶ Conforme ensina Ferrajoli, a legitimidade não está no consenso, mas “em um valor muito mais importante e prévio: a igualdade de todos quanto às liberdades fundamentais e os direitos sociais, ou seja, em direitos vitais conferidos a todos, como limites e vínculos, precisamente frente às leis e aos atos do governo expressados pelas maiorias contingentes.”³⁶⁷

Assim, fica a pergunta: o Judiciário deverá ser mais constitucionalista ou mais democrático? Eis, aqui, a zona nebulosa. Uma resposta possível é que ele poderá ser *ativista* quando demandado a garantir o mínimo *existencial* (e não meramente *vital*), pois só a satisfação desse mínimo permite a participação dos sujeitos no procedimento. Outra resposta é que poderá, por outro lado, não ser *ativista* quando a situação assim permitir, quer dizer, em circunstâncias nas quais se puder identificar que a fiscalização deve incidir apenas sobre o procedimento; ou, ainda, nos casos em que, aclarados e discutidos nos autos todos os dados possíveis ensejadores da inefetividade de um direito fundamental, decidir-se, ao final, que não houve, pelo poder constituído, a violação da norma de direito fundamental.

Assim, constitucionalismo e democracia mantêm uma proximidade porosa. Sem o constitucionalismo há um *déficit* no exercício da democracia, e sem a proteção das mediações democráticas os direitos serão privilégio de uma minoria. Por isso, da mesma forma em que só haverá democracia onde forem respeitados os direitos do homem, também só haverá lugar para a afirmação e efetivação desses direitos em um ambiente democrático.³⁶⁸

³⁶⁵ Cf. CLÈVE, **Controle de Constitucionalidade...**, p. 57.

³⁶⁶ Cf. Ferrajoli, **Derechos y garantías**. La ley del más débil. *Apud*, SANCHÍS, p. 157.

³⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. *In*: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 28.

³⁶⁸ Direitos fundamentais e democracia, nas palavras de Gustavo Binbenjoni, são “faces da mesma moeda” (**A nova jurisdição constitucional brasileira**, p. 118).

3 SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL NO CONTEXTO DA RELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

3.1 Normatividade constitucional.

3.1.1 A supremacia normativa da Constituição

O constituinte fixou no texto constitucional os parâmetros para a arrecadação e despesa de recursos, a serem observados pelos poderes constituídos. Essa normatividade constitucional não se orienta apenas a balizar a conduta dos destinatários da norma constitucional, mas igualmente a determinar o mínimo que deverá ser gasto pelo poder público com a realização das tarefas impostas para a efetivação dos direitos fundamentais sociais positivados na Constituição. Desse modo, a reserva do possível poderá limitar temporalmente o trabalho do legislador em cumprir as obrigações estabelecidas pela Constituição, por causa da escassez de recursos, mas nunca desvinculá-lo dessas tarefas.

É o entendimento de Fernando Facury Scaff, colocado da seguinte maneira:

Existem vários tipos de limites a esta Liberdade do Legislador para utilizar os recursos públicos. Ela é *conformada* pela Supremacia da Constituição.

Existem limitações no âmbito da *receita*, pois não se permite a retirada de recursos da sociedade sem respeito a normas constitucionais (...), tais como o princípio da Reserva Legal Tributária, o da Anterioridade, o da Irretroatividade Tributária, entre vários outros.

Existem também limitações no âmbito da *despesa*, impedindo que o gasto público ocorra ao bel-prazer dos legisladores. Estes limites podem ser *formais*, tais como o Princípio da Não-Afetação (que estabelece algumas vinculações de receitas a despesas; art. 167, IV, da CF), limitações aos gastos com pessoal (art. 169 da CF), obrigatoriedade de gastos com a educação (art. 212 da CF) e com saúde (art. 198, §§ 2º e 3º da CF), entre outros.

Ocorre que as limitações aos gastos públicos também podem ser *materiais*, pois o uso de recursos deve se dar de forma a permitir que os objetivos estabelecidos no art. 3º da Constituição sejam alcançados. (...)

A teoria da Reserva do Possível é condicionada pelas disponibilidades orçamentárias, porém os legisladores não possuem ampla Liberdade de Conformação, pois estão vinculados ao Princípio da Supremacia Constitucional,

devendo implementar os objetivos estabelecidos na Constituição de 1988, que se encontram no art. 3º, dentre outras normas-objetivo.³⁶⁹

A supremacia normativa constitucional denota a idéia de que a Constituição é lei fundamental e suprema do sistema jurídico. É ela que reúne as regras e os princípios limitadores da conduta dos agentes estatais e também dos particulares, nela se encontrando direitos e deveres, e também o fundamento dos poderes e competências que são conferidos aos representantes e entes políticos. Todas as normas do ordenamento jurídico nacional somente serão válidas se emanadas conforme à Constituição, do contrário, serão sujeitas à fiscalização repressiva de constitucionalidade pelos órgãos jurisdicionais.

José Afonso da Silva aponta a supremacia constitucional como conseqüência mesmo da rigidez constitucional, que significa a maior dificuldade de modificação e alteração da Constituição em relação às demais normas do ordenamento jurídico. Nas palavras do autor, a supremacia constitucional

Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.³⁷⁰

O reconhecimento de que a Constituição deve ser elaborada com sinceridade quanto ao que se propõe, e interpretada com seriedade, tendo em vista a eficácia jurídica de suas normas, contou com o esforço da doutrina brasileira, ao longo do final do século XIX e de todo o século XX, em afirmar que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia e veiculam comandos imperativos, que exigem cumprimento.³⁷¹ A Constituição não oferece conselhos

³⁶⁹ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: **Interesse Público**, ano 7, n° 32, julho/agosto de 2005. Porto Alegre: Notadez. p. 220-226.

³⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 45.

³⁷¹ A este movimento do constitucionalismo brasileiro, preocupado com a eficácia das normas constitucionais, Luis Roberto Barroso chama *doutrina da efetividade*, tendo tido início

ou sugestões, mas impõe ordens e mandamentos, vinculantes aos seus destinatários. Nesse sentido, tome-se a definição de Luis Roberto Barroso:

Uma vez investida na condição de norma jurídica, a norma constitucional passou a desfrutar dos atributos essenciais do gênero, dentre os quais a *imperatividade*. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, aconselhar, alvitrar. Normas jurídicas e, *ipso facto*, normas constitucionais contêm comandos, mandamentos, ordens, dotados de força jurídica e não apenas moral. Logo, sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhes a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das conseqüências da insubmissão.³⁷²

No ponto, avulta a questão da vinculação do Estado aos dizeres da Constituição. No que comporta a proteção das normas de direitos fundamentais, o dever de vinculação pressupõe uma atuação positiva estatal, obrigando-o a intervir preventiva ou repressivamente.³⁷³ Pois “tudo o que está na Constituição obriga”³⁷⁴, de uma maneira imediata ou prospectiva, mas sempre com eficácia. No que concerne à efetivação de direitos sociais, tendo em vista que a concessão de prestações pelo poder público depende da realização de despesas, Canotilho anota que o dever de vinculação encontra-se diretamente ligado ao dever de pagar tributos, pois, na medida em que o cidadão cumpre com seu dever de arrecadação, gera ao Estado o dever de eficiente aplicação daqueles recursos em bens que satisfaçam as demandas prestacionais dos cidadãos.³⁷⁵

Mais do que isso, a disponibilidade circunstancial de recursos públicos, bem como a variação histórica acerca do que são necessidades para uma dada sociedade, dentro de seu contexto próprio, não traz qualquer contradição entre o

com os estudos de Ruy Barbosa sobre as normas auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis (*self executing* e *non self executing*), de inspiração norte-americana, e atingido seu ápice com o *Aplicabilidade das normas constitucionais*, de José Afonso da Silva. Esta construção doutrinária firmou o terreno para que, pós-constituente de 88, o constitucionalismo brasileiro passasse a dar atenção à *efetividade* da Constituição (BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 291-307). Cláudio Pereira de Souza Neto propõe a expressão *constitucionalismo brasileiro da efetividade*, para o mesmo movimento. (Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático. *In: A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 288 e 291 e ss.)

³⁷² BARROSO, **O Direito Constitucional...**, p. 298.

³⁷³ Cf. QUEIROZ, **Direitos Fundamentais Sociais**, p. 145.

³⁷⁴ CLÈVE, **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**, p. 32.

³⁷⁵ Cf. CANOTILHO, **Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos”...**, p. 102.

dever de vinculação à normatividade constitucional, e a liberdade de conformação do legislador para estabelecer as políticas de satisfação das necessidades sociais. A Constituição aberta possibilita que o pacto constituinte tenha perenidade no tempo, sem impor amarras às gerações futuras, que escolherão, por meio de seus representantes, qual a melhor maneira de realizar a vontade soberana consubstanciada na Constituição, dentro de um leque de possibilidades da atividade política.³⁷⁶

Há ainda outra perspectiva relacionada à supremacia normativa da Constituição, que passa pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A dimensão objetiva, pontua Clèmerson Clève, “compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais (vinculação).”³⁷⁷ Significa que o poder público deve agir orientado a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, seja através da atividade legislativa, seja mediante a realização de políticas públicas³⁷⁸, o que guarda relação direta com a dimensão subjetiva, ao permitir a sindicabilidade das medidas necessárias à implementação daqueles direitos³⁷⁹. A dimensão objetiva vincula também o Poder Judiciário, no sentido de que a atividade interpretativa deverá ser deferente aos direitos fundamentais, o que implica no exercício de uma filtragem constitucional, que caracteriza a “releitura de todo o direito infraconstitucional à luz dos preceitos constitucionais, designadamente dos direitos, princípios e objetivos fundamentais.”³⁸⁰ Vincula, ainda, os particulares,

³⁷⁶ MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. **La inconstitucionalidad por omisión**. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 19.

³⁷⁷ CLÈVE, A **eficácia dos direitos fundamentais sociais**, p. 33.

³⁷⁸ Ibidem, idem.

³⁷⁹ A dimensão subjetiva caracteriza uma ordem subjetiva de valores; todas as pessoas encontram-se obrigadas aos direitos fundamentais. Em decorrência dessa dimensão, o Estado pode ser obrigado a adotar políticas públicas para a satisfação desses direitos, mesmo quando eles não sejam capazes de criar direitos subjetivos. A dimensão subjetiva, conforme Clèmerson Clève, “envolve a constituição de posições jusfundamentais quase sempre caracterizadas enquanto direitos subjetivos, que autorizam o titular a reclamar em juízo determinada ação (omissiva ou comissiva).” (Ibidem, idem) *Quase sempre caracterizadas enquanto direitos subjetivos* porque, muitas vezes, o direito fundamental social reclama concretização legislativa para que alcance efetividade. Exemplo disso é o direito fundamental social ao lazer, cuja previsão constitucional não assegura direito subjetivo diretamente exigível em juízo, limitando-se a sua sindicabilidade à imposição, ao Poder público, da adoção de políticas públicas destinadas à implementação progressiva do direito.

³⁸⁰ Ibidem, idem.

mediante a incidência das normas de direitos fundamentais no campo das relações privadas. É a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.³⁸¹

Canotilho associa a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais à sua operatividade prática, relacionando-a a dois imperativos destinados ao Poder público:

(1) *imposições legiferantes*, apontando para a obrigatoriedade do legislador actuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos (...); (2) fornecimento de *prestações* aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjectiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições constitucionais.³⁸²

Nesta esteira, Canotilho propõe que a interpretação das normas constitucionais há de levar em conta: *i*) a unidade da Constituição, de modo que a "Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas"; *ii*) o princípio do efeito integrador, conforme o qual "na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política"; *iii*) a máxima efetividade, de forma que "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê"; *iv*) a conformidade funcional, mais próxima de um princípio autónomo do que de interpretação constitucional, e que "tem em vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida"; *v*) a concordância prática, que "impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação a outros"; e, finalmente, *vi*) o princípio da força normativa da Constituição, segundo o qual se deve dar "prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa) contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental."³⁸³

Regina Ferrari também defende a supremacia da Constituição como preceito capaz de impor aos poderes constituídos o dever de implementar condutas que efetivem as normas protetoras de bens jurídicos fundamentais. Para

³⁸¹ Ibidem, idem.

³⁸² CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 476.

³⁸³ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1223-1225.

a autora, tal dar-se-ia não só pelo caráter supremo da Constituição, mas também pela possibilidade que certas normas admitem de assumir a forma de direito subjetivo, permitindo ao particular “reclamar o seu reconhecimento, tanto diante da Administração como diante da Justiça.” Seria uma “execução forçada do direito.”³⁸⁴

De acordo com Ferrari, dentre as normas constitucionais programáticas, isto é, aquelas que “expressam princípios, fins ou tarefas, sem indicar os meios para alcançá-los”, há algumas³⁸⁵ que permitem a exigibilidade imediata da conduta determinada, sem a necessária intermediação do legislador, por força da imperatividade constitucional. Para a autora, tais normas estariam concentradas notadamente naquelas que cuidam da proteção da educação, saúde, cultura, meio ambiente e até mesmo esporte, elementos estes que reunidos – e garantidos pelo Estado – permitem a autonomia do cidadão dentro de um padrão de dignidade humana, posto que “determinam tarefas/dever para o Estado e se constituem em um direito fundamental para o jurisdicionado”³⁸⁶.

Assim, a autora sustenta que, em se tratando de direitos a prestações, deve-se conciliar seu “máximo de desejabilidade” com a “subordinação de sua eficácia à proclamada reserva do possível”, sem, contudo, minimizar a dimensão subjetiva do direito fundamental, permitindo-lhe a efetiva exigibilidade, tampouco descartar a ordem constitucional destinada ao poder público.

Vale destacar as palavras da autora:

³⁸⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas.** Normatividade, Operatividade e Efetividade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.229. Segundo a autora, sem descartar outras formas de conceituar direito subjetivo, “por direito subjetivo deve-se entender o poder de ação que, com base no direito objetivo, destina-se à satisfação de um interesse.”, *ibidem*. p. 227.

³⁸⁵ No ponto, a autora afasta a possibilidade de exigibilidade imediata das normas que “protegem um interesse geral, mas não conferem aos beneficiários o poder de exigir sua satisfação, pois não delimitam seu objeto, nem fixam sua extensão, e por conseguinte não possibilitam a sua realização antes que o legislador cumpra com o seu dever de completá-las”, como é o caso do art. 170 da Constituição Federal, *verbis*: “a ordem econômica (...) tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social...”, *ibidem*, p. 230-231.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 231.

Tal entendimento não foge à reserva do possível, da efetiva disponibilidade de recursos na hora da prestação, entretanto, mesmo dentro dela, é necessário evitar que a autoridade se furte do dever que lhe é imposto pelo comando constitucional. O que não é aceitável é que, em nome da *reserva do possível*, isto é, sob o argumento da impossibilidade de realizá-lo por questões financeiras, materiais ou políticas, o comando constitucional acabe destituído, completamente, de eficácia.³⁸⁷

Ana Carolina Olsen, também na esteira de imperatividade constitucional como limite às alegações de escassez de recursos, coloca que em vários dispositivos normativos o constituinte fez questão de destacar que a prestação em comento “é direito de todos e dever do Estado”³⁸⁸, existindo, assim, um “dever constitucional de agir” direcionado à autoridade pública. Ana Paula de Barcellos destaca que, em se tratando de um direito de eficácia positiva ou simétrica (ou seja, sindicável em juízo), mesmo que o dispositivo constitucional preveja o atendimento da pretensão “na forma da lei”, isto não poderá importar em óbice ao juiz para a análise da tutela pleiteada, tendo em vista que, dentre as várias interpretações possíveis da norma em questão, deve-se escolher sempre aquela que melhor realiza o princípio, aquela que está em conformidade com a dignidade humana. A autora lembra que se o indivíduo chegou ao Judiciário para pleitear, por exemplo, o direito de cursar gratuitamente o ensino fundamental, é porque este bem já não lhe foi oferecido pela Administração.³⁸⁹ Explica que “Não se cuida aqui de fixar uma política de governo a respeito de educação, mas de tutelar um direito subjetivo constitucionalmente previsto e descumprido. A exigência de lei prévia, portanto, dirige-se ao Executivo, e não ao Judiciário.”³⁹⁰

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 235.

³⁸⁸ OLSEN, *ob. cit.*, p.322. Quando a assertiva não for expressa, também pode ser subentendida: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas...”; “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social...”; “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família...”; “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – ensino fundamental obrigatório e gratuito...”.

³⁸⁹ BARCELLOS, *ob. cit.*, p. 266. A autora cita como exemplo o § 1º do art. 213 da Constituição Federal: “Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: (...) § 1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, ...”

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 266.

Ingo Sarlet vale-se do preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais – aqui entendidos também os sociais – como imperativo de responsabilidade aos poderes constituídos, no sentido de bem aplicar os recursos públicos, levando a sério a reserva do possível, mas não se valendo desta como simples argumento para a inefetividade do comando constitucional. Afirma o autor que

levar a sério a ‘reserva do possível’ (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não desperdício dos recursos existentes.³⁹¹

Novamente Regina Ferrari aduz que a efetividade das normas constitucionais programáticas depende não apenas de uma atuação rápida e eficaz dos Poderes Legislativo e Executivo, mas, principalmente, de um papel ativo do Poder Judiciário, no sentido de respeito e concretude às normas constitucionais.³⁹² As seguintes palavras da autora são conclusivas: “O que não pode ser esquecido é que a supremacia imperativa das normas constitucionais não abre espaço para que, em nome da reserva do possível, sejam desrespeitadas, violadas, ou até caracterizadas como letras mortas.”³⁹³

Não se pode ignorar o livre espaço de conformação do legislador, notadamente no que atine à efetividade dos direitos sociais. Há espaço para conformação em razão do cumprimento das tarefas impostas pelo constituinte depender de escolhas que levem em conta a insuficiência dos recursos públicos necessários à implementação de políticas públicas. Em princípio, o Judiciário não pode intervir nas escolhas políticas, pois a compreensão adequada da Constituição deve orientar-se no sentido de que *todos* têm direito ao atendimento, e não apenas alguns³⁹⁴. Porém, a alegação de violação ao princípio da separação dos poderes não pode justificar a inércia do administrador quanto à sua obrigação

³⁹¹ SARLET, ob. cit., p. 380.

³⁹² FERRARI, ob. cit., p. 240.

³⁹³ Ibidem, idem.

³⁹⁴ Neste ponto, porém, anote-se a ressalva de Andreas Krell: “Um relativismo nessa área pode levar a ‘ponderações’ perigosas e anti-humanistas do tipo ‘por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?’” Ob. cit., p.53.

constitucional. A responsabilidade cabe aos três poderes, cada um em sua medida, de acordo com sua competência.

Os três poderes têm o dever de realizar os direitos fundamentais na maior medida possível, sendo que o limite mínimo a essa atuação é o núcleo essencial desses direitos.³⁹⁵ Juízes, legisladores e administradores estão vinculados à observância dos preceitos constitucionais, em vista da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A *idéia guia* é de que os direitos fundamentais são tão importantes que sua realização não deve ser deixada ao puro arbítrio do legislador.³⁹⁶ Sob a Constituição alemã – mas igualmente válido para o direito brasileiro –, Alexy coloca que admitir a não-vinculação dos direitos fundamentais seria admitir a impossibilidade de controle jurisdicional da omissão administrativa e legislativa.³⁹⁷

Nesse caminho, a supremacia normativa da Constituição é o *ponto de partida* para a análise acerca do cabimento ou não do argumento da reserva do possível. A Constituição de 88 permite que dela se extraiam tanto argumentos favoráveis à reserva, quanto contrários, sem, contudo, tanto em uma situação quanto em outra, descurar dos seus preceitos e do *telos* estatal, que é a realização dos direitos fundamentais. A tensão entre constitucionalismo e democracia é colocada porque extrema duas formas de compreensão da Constituição e das tarefas que ela atribui a cada um dos três poderes. A *porosidade* no ponto de tensão entre constitucionalismo e democracia aparece em razão de os elementos que constituem um lado da tensão serem pressupostos para a constituição dos elementos do outro, de maneira recíproca.

Afastar o argumento da reserva do possível não poderá ser a regra, mas a *exceção*. O elemento fundamental e elo de ligação nesta tensão é o fornecimento

³⁹⁵ BARROSO, *idem*.

³⁹⁶ Embora referindo-se ao contexto da Constituição alemã, que não assegura positivamente direitos fundamentais sociais, Alexy estabelece o seguinte *enunciado geral* para os direitos a prestações, para defender a possibilidade de direitos *prima facie* tornarem-se direitos definitivos demandáveis em juízo: “Em virtude de normas de direitos fundamentais, todos encontram-se em posições de direitos a prestações que são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre elas não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.”

³⁹⁷ Cf. ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 508.

de *prestações materiais que assegurem o mínimo necessário à dignidade humana*. O alcance de um patamar digno de existência humana não pode esperar pela decisão política que resolva quando retirar os cidadãos brasileiros da condição de indignidade. Estas prestações mínimas, quando não fornecidas tempestivamente pelos agentes políticos, terão seu fornecimento determinado pelo Judiciário, que foi acionado justamente em virtude da inércia estatal. A jurisdição constitucional brasileira não poderá deixar de salvaguardar o mínimo existencial em favor da reserva do possível, não enquanto esta for um véu que cobre opções políticas equivocadas quanto às prioridades sociais. A Constituição de 88 não afirma, expressamente, que a proteção da dignidade humana é fundamento de um Estado Democrático de Direito, sem pretender que toda e qualquer ação estatal esteja pautada nesta justificação. Também não assegura a educação fundamental como direito público subjetivo por acaso. Eis aqui a grande diferença em relação à reserva do possível da decisão alemã, ilegítima em nosso contexto por não reconhecer como direito público subjetivo uma fase da formação que, entre nós, ainda depende da efetividade da instrução mais elementar, básica e indispensável à formação dos cidadãos. De verdadeiros cidadãos autônomos, capazes e conscientes de seu lugar e sua importância na sociedade.

3.2 Constitucionalismo e reserva do possível: limites

3.2.1 O papel do julgador: omissão inconstitucional e “ativismo”

Uma vez tendo em mente a necessidade de proteção da supremacia da Constituição, bem como da garantia de efetividade de suas normas, os poderes constituídos aparecem inarredavelmente vinculados ao que lhes prescrevem as normas constitucionais. É que existem normas constitucionais que não são dotadas de executoriedade imediata³⁹⁸, dependendo, desse modo, de

³⁹⁸ Embora não adotemos a proposta de José Afonso da Silva que restringe as normas veiculadoras de direitos sociais como *normas constitucionais de princípio programático*, vale registrar o entendimento de José Afonso no sentido de que não existem normas constitucionais destituídas de eficácia jurídica. Todas elas, quando entram em vigor, alteram o ordenamento

intermediação legislativa para serem concretizadas. E, uma vez que o legislador deixa de agir, no sentido de concretizar aquelas normas constitucionais dele dependentes para alcançar efetividade, poderá ele incorrer em omissão inconstitucional.

Ignacio Villaverde Menéndez bem define a omissão inconstitucional:

O silêncio do legislador somente se transforma em uma omissão contrária à Constituição, (...), se o legislador com seu silêncio substitui o Povo soberano e transforma-se em poder constituinte, vale dizer, se com seu silêncio altera o conteúdo normativo da Constituição. E esta transformação só tem lugar quando a norma constitucional, quer dizer, a vontade normativa do Povo soberano, decidiu que determinada realidade se configure juridicamente de certa forma e o legislador, com seu silêncio, cria situações contrárias ao pretendido pelo soberano. Se ocorrem todas essas circunstâncias o *silêncio do legislador* se converte em uma *omissão inconstitucional*, que pode desembocar em uma *declaração de inconstitucionalidade por omissão*. O silêncio do legislador se transforma em uma omissão inconstitucional se o cumprimento se converte em infração constitucional.³⁹⁹

Aqui, a distinção entre a tão-só inércia constitucional do legislador, e a efetiva omissão inconstitucional reside em uma linha bastante subjetiva, dependendo da análise de cada caso concreto de descumprimento. De início, pode-se dizer que, algumas vezes, a Constituição estabelece um prazo para que determinada norma constitucional dependente de integração legislativa seja concretizada. No entanto, o mais comum é que inexista essa previsão temporal pela Constituição, e é aqui que pode restar caracterizada a omissão inconstitucional. Omissão, porque consiste em um *não agir*; inconstitucional, porque consiste em um *não-agir em face de um dever de agir imposto pela Constituição*.

Quando não previsto tal prazo pela Constituição, pode acontecer de não restar caracterizada omissão inconstitucional, e sim mera lacuna técnica ou legislativa. Isso ocorre quando não se verifica, no caso concreto, o transcorrer de

jurídico em relação ao anterior. O que pode ocorrer é que certas normas não terão a plenitude de seus efeitos alcançados de imediato enquanto não se emitir uma “normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida” A diferença reside, apenas, no *grau* de seus efeitos jurídicos. Por isso, a classificação de José Afonso da Silva considera a eficácia e a aplicabilidade (plena e limitada) das normas constitucionais. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007)

³⁹⁹ MENÉNDEZ, **La inconstitucionalidad por omisión**, p. 4.

um lapso de tempo exorbitante, e que permita concluir que houve, de fato, inércia inconstitucional do legislador. Se consideradas as normas editadas originariamente à época da promulgação da nossa Constituição, em 88, é bem provável que não mais se considere a existência de lacunas técnicas com relação a essas normas. Mas essa situação pode surgir caso hoje sobrevenha norma constitucional, por meio de emenda, e que seja dependente de concretização legislativa. Aí, teremos uma situação de lacuna técnica, porque ainda não transcorrido prazo hábil para caracterizar omissão inconstitucional.⁴⁰⁰

Contudo, em havendo, efetivamente, a omissão do legislador face à norma constitucional dependente de concretização legislativa para ter efetividade, fala-se, sim, em omissão inconstitucional. Aqui, é importante dizer que a omissão poderá ser total ou parcial. Será total se houver completa ausência da norma regulamentadora. Será parcial se a norma regulamentadora editada não atender suficientemente ao comando constitucional, como é o caso, por exemplo, de norma que não estende determinado benefício a todos que, não obstante, se enquadrem na mesma situação. Essa distinção é importante por conta dos entendimentos doutrinários que advogam o não cabimento de ADIN por omissão ou se for o caso, de mandado de injunção quando já houver alguma regulamentação por parte do legislador, mesmo se considerada insuficiente.

De qualquer forma, para os fins aqui visados, interessa a omissão política quanto à execução de programas de dêem cumprimento a normas constitucionais de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, por sua importância para a afirmação dos cidadãos enquanto livres e iguais, não podem ter sua efetividade condicionada ao puro arbítrio dos agentes políticos. Já dizia Barroso que “O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais.”⁴⁰¹ Por isso, a omissão do poder público quanto ao cumprimento das tarefas constitucionais que visam ao atendimento de direitos fundamentais é vista como inconstitucional, e sujeita, portanto, ao exame jurisdicional.

⁴⁰⁰ CLÈVE, Clèmerson M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 327.

⁴⁰¹ BARROSO, **Da falta de efetividade à judicialização excessiva...**, p. 10.

A possibilidade de revisão judicial dos atos administrativos e legislativos passa, necessariamente, pela discussão acerca de qual é o Poder cujos órgãos têm legitimidade para, sob o argumento de defesa da Constituição, interferirem uns nos atos emanados pelos outros. O amparo constitucional do agir ativista do julgador é comumente suscitado nos tribunais, em sede de controle jurisdicional de políticas públicas⁴⁰², e, em especial, nos casos que tenham repercussão imediata sobre o manejo de recursos públicos escassos.⁴⁰³

Assim, em vista da concepção de que os direitos prestacionais são direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, e, em assim sendo, justiciáveis em alguma medida⁴⁰⁴, somada ao questionamento acerca da eficácia de políticas públicas destinadas à efetivação de tais direitos,⁴⁰⁵ e a uma crise de representatividade,⁴⁰⁶ nota-se o crescimento de decisões judiciais que, calcadas

⁴⁰² Usamos a expressão, aqui, em sentido *lato*, sem descer à minúcia proposta por Fabio Konder Comparato, que qualifica a política pública como uma *atividade*, composta de atos administrativos e legislativos. Os atos administrativos e legislativos componentes da política pública é que seriam passíveis de juízo de compatibilidade com as regras postas pela Constituição para sua prática, e não a atividade em si. Daí a tese, defendida pelo autor, de criação da figura da *ação de inconstitucionalidade de política pública*, mediante uma reforma na Constituição Federal. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa – RIL**, Brasília, ano 35, n. 138, abr./ jun. 1998.

⁴⁰³ Um exemplo é a recente alteração de entendimento esposada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.048. Nesta ação, discutia-se a constitucionalidade da Medida Provisória n.º 405/2007, editada com o fim de abrir crédito extraordinário no valor de 5.455.677.660,00 (cinco bilhões, quatrocentos e cinquenta e cinco milhões, seiscentos e setenta e sete mil, seiscentos e sessenta reais), em favor da Justiça Eleitoral e de vários órgãos do Poder Executivo. Acolhendo a tese da parte autora, o Relator Ministro Gilmar Mendes observou que a discussão, no caso em questão, não girava em torno do conteúdo do crédito em si, mas, sim, de sua qualificação como *extraordinário*, nos termos preceituados pela Constituição. Isso permitiu afirmar que se estava diante, sim, de controvérsia constitucional em abstrato, independentemente do objeto da ação ser abstrato ou concreto, individual ou geral. Nesse caminho, o Min. Relator explicou que a Constituição não deixa totalmente em aberto as hipóteses em que autoriza a realização de despesas imprevisíveis e urgentes, por meio de medida provisória. Pelo contrário, o art. 167, § 3.º da Constituição, que prevê a possibilidade de abertura de crédito extraordinário, mediante medidas provisórias, especifica que os requisitos de imprevisibilidade e urgência devem decorrer de situações de guerra, calamidade pública ou comoção interna. E, no caso da MP n.º 4.048, por meio da análise da exposição de motivos da medida, entendeu-se que as despesas autorizadas por aquela medida eram despidas daqueles pressupostos. Fonte: www.stf.gov.br/noticias. Acesso em 20 mai. 2008.

⁴⁰⁴ Cf. ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 452.

⁴⁰⁵ Clèmerson Clève afirma que, “é perfeitamente possível a propositura de ação judicial exigente de definição de política de prestação por parte do Estado que possa atender, em prazo razoável, a imposição constitucional.” CLÈVE, **A Eficácia dos Direitos...**, p. 37.

⁴⁰⁶ Cf. CÁRCOVA, **Estado social de derecho y radicalidad democrática**, p. 105.

no comprometimento com a consecução das diretivas constitucionais, intervêm nas opções dos Poderes Executivo e Legislativo, no sentido de questionar as escolhas efetuadas pelas autoridades públicas, e, até mesmo, impor-lhes a execução de ações positivas e concretizadoras dos direitos fundamentais sociais. A essa postura intervencionista do julgador na esfera discricionária dos demais poderes tem-se chamado de *ativismo judicial*.

Pode-se dizer que o ativismo judicial tem como argumento justificador a máxima promoção e prospecção dos direitos fundamentalmente assegurados. Defende-se, aqui, que a intervenção judicial far-se-ia sempre necessária quando o Estado faltasse com as tarefas que lhe foram impostas pelo constituinte originário.⁴⁰⁷ Tal intervenção, naturalmente, ocorreria quando o Judiciário fosse acionado para tanto, seja através de ações individuais, seja por meio de ações coletivas. Fernando Facury Scaff aponta algumas razões para o ativismo: i) a atividade legislativa exacerbada do Executivo; ii) clamor por reforma política urgente; iii) falta de consenso no Parlamento; iv) escândalos no âmbito dos poderes constituídos.⁴⁰⁸

Andréas Krell é um dos defensores do ativismo judicial, colocando a questão a partir da idéia de necessidade da intervenção do Judiciário nos casos em que “os parlamentos e governos de todos os três níveis federativos (...) não fazem o suficiente para criar as condições materiais adequadas para garantir a efetividade dos direitos sociais e os princípios da dignidade da pessoa humana e da erradicação da pobreza”⁴⁰⁹. Para o autor, ante o atendimento deficiente das necessidades sociais por parte dos poderes públicos, deveria o Judiciário “assumir um papel de *reavaliador*, *legitimador* ou *instância recursal* das decisões políticas.”⁴¹⁰

Prossegue o autor argumentando que caberia ao julgador verificar a conformidade das decisões administrativas e legislativas com os preceitos da Constituição, no que toca às questões ligadas às tarefas sociais, pois, do

⁴⁰⁷ Cf. OLSEN, ob. cit., p. 253.

⁴⁰⁸ SCAFF, **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**, p. 152.

⁴⁰⁹ KRELL, ob. cit., p. 93.

⁴¹⁰ Ibidem, idem.

contrário, os direitos sociais seriam reduzidos a “letra morta”. Aduz, ainda, que concorda com um “novo tipo de Poder Judiciário e de compreensão da norma constitucional, com juízes ‘ativistas’, vinculados às diretivas e diretrizes materiais da constituição, voltados à plena realização dos seus comandos e não apenas apegados aos esquemas de racionalidade formal”⁴¹¹.

Krell ressalta, contudo, que ao Poder Judiciário não caberia “criar” políticas públicas, pois isto estaria fora de seu âmbito de competência, mas poderia impor a execução daquelas já existentes na lei constitucional ou ordinária. No ponto, arrisca indagar se poderia o Judiciário compelir o poder público a realizar uma determinada política pública, ou compelir um governo a executar programas de erradicação da miséria, por exemplo.⁴¹²

Quanto a este questionamento, Sérgio Fernando Moro vale-se da reserva de consistência – que será tratada mais adiante – para legitimar a postura ativa do juiz que indique diretivas que possam servir de norte para a formulação de políticas públicas pelos poderes constituídos, sem que isso configure ingerência na esfera do outro poder. Explica o autor que o juiz deve buscar desenvolver criativamente as suas decisões, valendo-se, para tanto, de elementos não jurídicos, de dados da realidade, ou seja, de recursos empíricos. Pois, se assim procede o legislador ao elaborar a lei, também poderia fazê-lo o julgador, posto que a Constituição não veda tal conduta. Moro afirma que:

O limite da reserva de consistência poderá impedir o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandem a elaboração de políticas públicas de certa complexidade. Faltaria ao Judiciário, por exemplo, capacidade para a elaboração de política habitacional ou de política pública que vise à efetivação do objetivo previsto no inciso VIII do art. 170 da Constituição Federal (“busca do pleno emprego” como um dos princípios da ordem econômica). Todavia, e extensão deste impedimento dependerá da prática judiciária. A criatividade do juiz poderá contribuir para o alargamento do controle judicial, na medida em que ele encontrar caminhos para a elaboração de políticas públicas, mesmo complexas, podendo ser tomado como exemplo o já referido caso Brown.⁴¹³

(...)

⁴¹¹ Ibidem, idem, p. 94 e ss.

⁴¹² Ibidem, p. 102.

⁴¹³ MORO, **Jurisdição Constitucional como Democracia**, p. 225.

O acerto das decisões judiciais a respeito de temas constitucionais relevantes não pode, porém, prescindir das mais amplas informações, vindas, se necessário, de ciências não-jurídicas. Se o legislador não prescinde delas quando do desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais no âmbito de sua função, não pode o julgador ignorá-las, submetido que está à reserva de consistência.⁴¹⁴

Dentre os autores que se posicionam em favor dessa fiscalização sobre o exercício do poder discricionário dos poderes constituídos, alguns destacam que o ativismo judicial traduz a necessidade de um comprometimento com a erradicação da pobreza⁴¹⁵, com a proteção dos mais necessitados, que precisam do Judiciário para ter acesso aos serviços mínimos de saúde⁴¹⁶, educação e assistência social, na medida em que a parcela mais carente da sociedade civil não influencia na formação da vontade política⁴¹⁷, ficando aliados, assim, do processo político democrático.⁴¹⁸

Lênio Luiz Streck entende a função intervencionista do Poder Judiciário não como uma forma de simples judicialização da política e das relações sociais, mas como “cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988.” No que toca à dimensão econômica dos direitos prestacionais, e na necessidade de uma configuração jurídica a ser levada a cabo pelo legislador, o autor afirma que “A ‘reserva do possível’, ‘no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade’, (...) não tem como consequência a sua ineficácia jurídica. Essa cláusula expressa unicamente a necessidade de sua ponderação.”⁴¹⁹

⁴¹⁴ Ibidem, p. 223.

⁴¹⁵ Ibidem, p. 294.

⁴¹⁶ MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad 2001. p. 63.

⁴¹⁷ KRELL, ob. cit., p. 70.

⁴¹⁸ OLSEN, ob. cit., p. 308. Também MORO, **Desenvolvimento e Efetivação Judicial** ... p. 63.

⁴¹⁹ STRECK, Lênio Luiz. O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang [org]. **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 203-204.

João Pedro Gebran Neto, também em favor do ativismo judicial, afirma que “não poderia o Poder Judiciário suprir a omissão legislativa quanto à edição de lei que fixe pena para o crime de racismo (art. 5º, XLII), mas por certo poderia impor programa ao Estado para que as penas fossem cumpridas em estabelecimentos (pelo menos em alas ou pavilhões) distintos, de acordo com a natureza dos delitos, a idade e o sexo (art. 5º, XLVIII).”⁴²⁰

Outros autores seguem esse entendimento favorável à postura ativa do julgador, se esta estiver pautada na proteção dos direitos fundamentais, em defesa da supremacia da Constituição.

Mauro Cappelletti enumera alguns argumentos que podem afastar a tese da falta de legitimidade democrática do julgador para manifestar-se sobre decisões tomadas pelos poderes constituídos, posicionando-se favoravelmente a uma postura ativista do julgador. O primeiro argumento reside no fato de que certamente boa parte das decisões políticas tomadas pelos poderes constituídos não refletem o sentimento da maioria ou dela decorrem, não constituindo, tal qual as decisões do Judiciário, conforme apontado anteriormente, um “perfeito paradigma da democracia representativa”.⁴²¹

O segundo argumento trazido por Cappelletti é que as decisões judiciais representam um contínuo esforço de convencimento do público acerca da legitimidade de suas decisões. Isto é, a fundamentação oferecida pelos juízes deverá lograr demonstrar que o teor de suas decisões não resulta de “capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis ‘ao sentimento de equidade e justiça da comunidade’”.⁴²²

Num terceiro argumento, o autor afirma que grupos marginalizados na sociedade não teriam a merecida atenção dos legisladores e administradores, estes democraticamente eleitos, ao passo que poderiam lograr a proteção aos seus

⁴²⁰ GEBRAN NETO, João Pedro. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais. A Busca de uma Exegese Emancipatória.** Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001. p.173.

⁴²¹ CAPPELLETTI, **Juízes Legisladores?**, p. 94-95.

⁴²² CAPPELLETTI, ob. cit., p. 96-98.

direitos perante o Judiciário, ao qual teriam amplo acesso. No ponto, o próprio autor ressalta que, muitas vezes, esse acesso ao Judiciário é dificultado pelas mais diversas razões, mas, certamente, é um forte argumento de legitimidade do Judiciário para manifestar-se sobre decisões dos poderes constituídos, na medida em que permite “o acesso ao *judicial process* e, assim, dar proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao *political process*.”⁴²³

O quarto argumento de Cappelletti diz respeito à possibilidade de participação das partes no andamento do processo, e sua influência na decisão final do feito, pois as partes delimitam a lide, são ouvidas e produzem provas. Por conta disso, para o autor esse procedimento é mais democrático que o trabalho dos legisladores, o qual se mostra, muitas vezes, “longínquo e inacessível” à grande maioria da população, produzindo resultados que serão recebidos diretamente pelos cidadãos, restando a estes confiar nas decisões proferidas por seus representantes.⁴²⁴

A quinta e última consideração feita por Cappelletti é a conclusão de que somente em sistemas democráticos de governo os direitos do homem podem ser respeitados. E somente podem ser assegurados tais direitos em um sistema que conte com uma jurisdição constitucional comprometida com a proteção das normas de direitos fundamentais. Para o autor, a preservação da liberdade do homem exige que haja uma desconcentração do poder, bem como sua distribuição, dentro de um limite que não fira o sistema de “*checks and balances*”.⁴²⁵

Para João Pedro Gebran Neto, nessa problemática de invasão das atribuições do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, este último é um dos mais democráticos poderes, posto que está sujeito a uma série de controles. Dentre tais controles, estariam os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois possibilitam às partes discutir no processo amplamente os seus argumentos e

⁴²³ Ibidem, p. 99-100.

⁴²⁴ Ibidem, p. 100-106.

⁴²⁵ Ibidem, p. 106-107.

provas. Outro limite ao chamado “juiz legislador” seria o duplo grau de jurisdição, com as diversas modalidades de recurso que ele abrange, permitindo eficaz e satisfatório controle, na medida em que a questão em exame será colocada à apreciação de outra instância, superior, que irá verificar a adequação e a proporcionalidade no caso concreto. Haveria, ainda, como forma de controle da atuação jurisdicional, a necessidade de fundamentação das decisões, em acordo com o art. 92, IX, da Constituição Federal. Também, a própria Constituição imporá limites ao julgador, uma vez que o texto constitucional prevê exceções à completude da norma de direito fundamental, devendo, tais exceções, serem observadas pelo juiz (por exemplo, “a liberdade de crença, que não poderá ser invocada para eximir-se de obrigação legal a todos imposta ou para recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”, conforme artigo 5º, VIII da Constituição.).⁴²⁶

O autor admite que tais limites modulam a atuação máxima do magistrado no caso concreto, que deve respeitar as margens de discricionariedade do legislador, mas buscar a ótima concretização da Constituição Federal.⁴²⁷

Uma outra forma de controle das decisões judiciais que versem sobre alocação de bens escassos, e que acabam por interferir nas escolhas feitas pelo Estado, é a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, tal qual apontado por Gebran Neto e Cappelletti. Mauro Cappelletti disse que toda atividade hermenêutica do juiz é acompanhada de certa dose de criatividade, tornando inevitável a criação do direito. Para o autor, essa criatividade não se confunde com arbitrariedade, na medida em que a atividade do juiz está sujeita a limitações. E essa postura criativa seria, substancialmente, a mesma do legislador.⁴²⁸

⁴²⁶ GEBRAN NETO, *ob. cit.*, p.175-180.

⁴²⁷ *Ibidem*, p.181-182.

⁴²⁸ CAPPELLETTI, *ob. cit.*, p.20-27. Vale destacar algumas palavras do autor: “O intento ou o resultado principal dessa amplíssima discussão [sobre o conceito de interpretação] foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia, etc.” (...) “E até a atividade do juiz vinculado à lei, aos

Nesse passo, Sérgio Fernando Moro apresenta a tese de que as decisões judiciais, para que possam se sobrepôr às interpretações legislativas, demandam a chamada “reserva de consistência”. De acordo com Moro, as decisões judiciais que tratem da alocação de riquezas, justamente por se tratar de área afeta aos poderes constituídos, deverá ser muito bem fundamentada, com recurso a dados empíricos, posto que a Constituição não veda tal conduta por parte do julgador. E, tal qual apontado alhures, esta criatividade também é permitida ao legislador e ao administrador em suas ações concretizadoras nas normas constitucionais. Assim, as decisões judiciais nesse sentido estariam revestidas de legitimidade, podendo afastar o argumento democrático. Para tanto, o julgador poderia requisitar informações às diversas instituições públicas e privadas, a fim de aumentar a instrução processual e fortalecer o fundamento da decisão. Ademais, segundo o autor, inobstante o abarrotamento do Judiciário, agregado, muitas vezes, ao receio em se decidir questões mais complexas sobre alocação de recursos, a reiterada revisão da matéria pelas instâncias superiores seria um auxílio para o amadurecimento necessário à interpretação adequada da norma de direito fundamental.⁴²⁹

Destaca o autor que, no caso dos direitos a prestações, a atividade do juiz requer maior cautela, pois tais direitos dependem de meios materiais que os viabilizem. E tais meios, reconhece o autor, seriam limitados, pelo que, aponta a reserva do possível como uma “faceta” da reserva de consistência. O que quer dizer que, se por um lado, existe a reserva do possível que caracteriza a legitimidade do legislador e do administrador em limitarem a efetividade de um direito social, por outro lado, há a reserva de consistência, que traduz a idéia de necessária *consistência* da decisão judicial - fundamentação com base em dados da realidade -, para que esta possa sobrepôr-se aos argumentos oferecidos pelo Estado, investindo-se, portanto, de legitimidade.

É o que se infere das palavras de Sérgio Moro:

precedentes, ou a ambos dificilmente pode ser diferenciada, do ponto de vista de seus limites substanciais, da do legislador, cujo poder de criação do direito esteja sujeito aos vínculos ditados por uma constituição escrita e pelas decisões da justiça constitucional.”

⁴²⁹ MORO, *Jurisdição Constitucional...*, p. 221-223.

Na interpretação de algumas dessas normas, especialmente das que veiculam direitos a prestações materiais, como direito à educação ou à saúde, o juiz deve agir com redobrada cautela. Ele não pode desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto. Por outro lado, o atendimento de determinada pretensão a prestações materiais pode esvaziar outras. Nessas hipóteses, pode-se falar no limite da “reserva do possível” como faceta especial da “reserva de consistência.”

Não se trata de barreira intransponível. O Judiciário, obviamente, não pode tornar viável o inviável. No entanto, aqui é necessário distinguir o viável do inviável. Não sem dificuldades e mediante recursos a dados empíricos, é possível verificar quais prestações materiais podem ser atendidas, e em que grau.

Cumpra observar que mesmo a competência especial do legislador para a elaboração do orçamento público, comumente colocada como obstáculo à concretização de direitos a prestações estatais, encontra limites na Constituição. Se o juiz entender, consistentemente, que a Constituição contempla direito fundamental dessa natureza, não se discute a liberdade orçamentária do legislador.⁴³⁰

A partir de tais entendimentos, defensivos da postura ativa do julgador, de preenchimento de lacunas e omissões legislativas e administrativas, sugere-se que os magistrados teriam alçado a posição de legisladores e administradores, o que feriria, em tese, o princípio da separação dos poderes, consagrado no art. 2º da Constituição brasileira. Tal fato dar-se-ia porque as decisões que irão optar por qual prioridade será atendida, em razão da escassez de recursos disponíveis, estariam passando do campo da discricionariedade política para o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, na medida em que a questão da escassez de recursos estaria sendo enfrentada não pelos poderes constituídos, mas pelos julgadores. O problema passa a ser de concorrência e conflito de direitos fundamentais; de interpretação de direitos fundamentais. Haveria, pois, uma

⁴³⁰ Em outra obra, o mesmo autor suscita a falta de densidade e o alto grau de abstração e abertura do texto constitucional, sendo amplas, portanto, as possibilidades para seu desenvolvimento e efetivação. Isso, segundo Moro, torna ampla a liberdade de conformação do legislador democrático, notadamente em relação aos direitos fundamentais a prestações materiais, na medida em que estes carecem de regulamentação infraconstitucional. Essa mesma abstração das normas fundamentais sociais seria vista como um obstáculo ao desenvolvimento e efetivação judicial dessas normas. Daí, então, que o forte trabalho hermenêutico do juiz, somado à reserva de consistência em suas decisões, poderiam afastar o argumento de falta de legitimidade do julgador, para decidir os casos que envolvam a alocação de recursos. Aponta o autor, por fim, que “a decisão quanto à alocação dos recursos existentes é das mais importantes nos Estados contemporâneos”, e, portanto, “Não parece coerente deixá-la imune a qualquer controle judicial.” (**Desenvolvimento e Efetivação Judicial...**, p. 224.)

espécie de deslocamento de importantes atribuições do Executivo e do Legislativo, em favor do Judiciário.

3.2.2 Proteção ao mínimo existencial e devido processo legal substantivo

O objetivo do Estado, ao arrecadar recursos, é precisamente destiná-los à realização dos objetivos fundamentais, mediante a realização de obras, prestação de serviços ou qualquer outra política pública. Após definir quais são as prestações materiais necessárias à garantia do mínimo de dignidade do sujeito, é que se poderá discutir qual a destinação dos recursos eventualmente remanescentes.⁴³¹ Daí Ana Paula de Barcellos afirmar que “O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”⁴³²

Embora a jurisprudência fale em mínimo vital⁴³³, está-se a tratar, aqui, do mínimo *existencial*. A doutrina aponta para certa dificuldade em se estabelecer um conceito de mínimo existencial. Isso porque o mínimo existencial seria uma confluência de valores ligados a necessidades sociais, e essas necessidades estariam sujeitas à variação, de acordo com cada contexto histórico. Para Ricardo Lobo Torres:

Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estremá-lo, em sua região periférica, do *máximo de utilidade* (*maximum welfare*, *Nutzenmaximierung*), que é princípio ligado à idéia de justiça e de redistribuição da riqueza social. Certamente esse mínimo existencial, “se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito variável”.⁴³⁴

⁴³¹ BARCELLOS, ob. cit., p. 245-246.

⁴³² Ibidem, p. 246.

⁴³³ Cf. AI n.º 2008.04.00.001503-8/RS, Rel. Juiz Federal João Pedro Gebran Neto. Decisão: 15 jan. 2008.

⁴³⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p.128.

Para Clèmerson Clève, a confluência dos direitos fundamentais sociais com o caráter irradiante do princípio da dignidade da pessoa humana será a base de sustentação da obrigação do Estado consistente em respeitar o mínimo existencial.⁴³⁵ O autor afirma que “não há dignidade humana sem um mínimo necessário para a existência”, e que “o *mínimo existencial* implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima desses direitos sociais.”. Por fim, na mesma linha de Ricardo Torres, aduz que “o definir desse mínimo não é tarefa fácil”.⁴³⁶

Todo modo, Ricardo Torres coloca que alguns “interesses fundamentais” compõem esse mínimo necessário à existência digna dos cidadãos, tais como “Os direitos à alimentação, saúde e educação,” os quais, “embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o *status* daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive”⁴³⁷. Para Gomes Canotilho, a não observância da garantia constitucional do mínimo existencial (direitos sociais), por parte dos poderes constituídos, torna o Estado “infractor das obrigações jurídico-constitucionais impostas”, tendo em vista que um “rendimento mínimo garantido”, prestações de assistência social básica” e “subsídio ao desemprego” integram um *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito.”⁴³⁸ Ana Paula de Barcellos propõe que “o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.”⁴³⁹

Ingo Sarlet alerta, contudo, que, nada obstante a necessidade de despesas para a garantia do mínimo existencial dos cidadãos, o Estado deve oferecer condições não para que o indivíduo meramente sobreviva, ou, em outras

⁴³⁵ CLÈVE, ob. cit., p. 38.

⁴³⁶ Ibidem, idem.

⁴³⁷ TORRES, ob. cit., p.133.

⁴³⁸ CANOTILHO, **Direito Constitucional** ..., p. 470. Também, Ana Paula de Barcellos afirma que há um consenso lógico acerca do tema, no sentido de que “Não há quem possa, com seriedade intelectual, afirmar, por exemplo, que uma pessoa tem sua dignidade respeitada se não tiver o que comer ou o que vestir, se não tiver oportunidade de ser alfabetizada, se não dispuser de alguma forma de abrigo.” (**A eficácia jurídica dos princípios** ... p.254-255.)

⁴³⁹ BARCELLOS, **A eficácia jurídica** ..., p. 258.

palavras, apenas garante a sua existência, mas sim para que o cidadão possa desenvolver a sua própria dignidade autonomamente. Cuida-se, aqui, de assegurar o *mínimo existencial* em lugar do reduzido *mínimo vital*, apenas. Nas palavras do autor gaúcho:

A fixação do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese sua viabilidade é – além de condicionada espacial e temporalmente – dependente do *standard* socioeconômico vigente, na medida em que não se pode negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência evidentemente estará sujeito às flutuações, não apenas na esfera econômica e financeira, mas também das expectativas e necessidades vigentes. Todavia, tem-se como certo que uma existência digna abrange mais do que a mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesse sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.⁴⁴⁰

Assim, chega-se ao entendimento de que o mínimo existencial, porque necessário para atender às necessidades essenciais à dignidade dos indivíduos, não poderá ser objeto de ponderação quando contraposto à proteção de outros bens jurídicos, tais como os recursos financeiros. Ou seja, a reserva do possível não poderia ser argüida pelos Poderes públicos, quando lhes fosse pleiteada determinada prestação necessária à garantia do mínimo existencial do demandante.

É o que afirma Regina Ferrari:

Aqui é que se resolve a reserva do possível, isto é, o direito à saúde como corolário do direito à vida, ao direito a uma vida digna, não pode padecer, sob o argumento da falta de recursos, pois, nesse caso, haveria a caracterização da aplicação de uma pena de morte, sem processo e sem possibilidade de defesa. Portanto, no que tange ao direito à saúde, cabe reconhecer um verdadeiro direito subjetivo público positivo e individual a prestações materiais, deduzidos diretamente da Constituição, ainda que limitado ao mínimo necessário à proteção da vida humana.⁴⁴¹

⁴⁴⁰ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 341.

⁴⁴¹ FERRARI, **Normas Constitucionais Programáticas**, p. 236. No mesmo sentido, João Pedro Gebran Neto é incisivo em afastar o argumento da reserva do possível, quando os efeitos do não atendimento do direito fundamental em jogo puderem ser comparados aos da violação da proibição constitucional à pena de morte, portanto, severamente graves: “É o que ocorre com o direito à amamentação dos filhos conferido às presidiárias, previsto no art. 5º, L, da Carta Magna, ou ainda com o dever estatal de prestar assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos. É patente o dever estatal de ofertar condições mínimas necessárias para que durante o período de amamentação as presidiárias mães permaneçam junto com seus filhos, ou mesmo para a prestação de assistência judiciária. Quanto a esses aspectos, sequer se podem levantar argumentos do tipo ‘reserva do possível’, sob pena

Assim, numa demanda judicial em que se esteja a pedir certa prestação material, a qual configure a garantia mínima da dignidade do indivíduo (seja saúde, educação ou abrigo), não haveria que se falar em indisponibilidade de recursos para atender à finalidade pretendida, pois, do contrário, a própria dignidade do indivíduo estaria violada. Nessa seara, conforme entendimento de Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é uma fração da dignidade da pessoa humana, e, na medida em que deve ser protegido pelo Estado, é passível de “eficácia positiva” ou “simétrica”, a qual permite a sua própria sindicabilidade em juízo.⁴⁴² A posição da autora, que restringe a sindicabilidade dos direitos sociais ao mínimo, recebe críticas tanto por excluir da eficácia simétrica outros direitos fundamentais, como por considerar, esse mínimo, enquanto regra, insuscetível de ponderação.⁴⁴³

Ricardo Lobo Torres defende a possibilidade de superação do princípio da reserva do possível quando houver contradição incontornável com o princípio da dignidade da pessoa humana.⁴⁴⁴ O autor chama a atenção também à necessidade de investigação acerca da impossibilidade de se entregar a prestação, por falta de recursos, mesmo que ela esteja prevista em dotação orçamentária. Aduz Lobo

de negar o próprio direito e ferir tanto o seu núcleo essencial quanto a própria dignidade da pessoa humana, representada por esse direito jusfundamental de aplicabilidade imediata. A imperatividade desses direitos é tão forte quanto a da vedação de pena de morte ou da prisão perpétua (art. 5º, XLVI), por exemplo.” (GEBRAN, ob. cit., p.172-173.)

⁴⁴² “O direito à educação fundamental é um elemento do *mínimo existencial*, compondo o núcleo da dignidade humana, e portanto, sendo oponível aos poderes constituídos. Imaginar que seu atendimento possa ficar na dependência exclusiva da ação, e dos humores, do Executivo – em equipar sua rede de ensino de maneira conveniente – e do Legislativo – em dispor sobre a concessão de bolsas de estudo em instituições privadas – é tornar totalmente sem sentido tudo o que se expôs até aqui, assim como o próprio estado de direito constitucional. Ao Judiciário compete tutelar o *mínimo existencial* e isso pelos meios substitutivos que forem necessários e aptos para atingir tal fim.” BARCELLOS, ob. cit., p.265-266.

⁴⁴³ É o posicionamento de Paulo Gilberto Cogo Leivas: “Em favor do mínimo existencial falam os princípios da liberdade fática, da dignidade humana, do Estado Social e da igualdade fática. Do outro lado, como princípios que podem restringir esse direito, entre outros, estão o princípio da competência orçamentária do legislador e direitos de terceiros. Para o reconhecimento de um direito fundamental definitivo ao mínimo existencial, os princípios que o fundamentam devem ter um peso maior, no caso concreto, que os princípios colidentes.” (**Teoria dos direitos fundamentais sociais**, p. 133)

⁴⁴⁴ TORRES, R. L. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [orgs]. **Diálogos Constitucionais**: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 456.

Torres que “O Supremo Tribunal Federal já disse que o Executivo não está obrigado a pagar precatório judicial se não houver recursos disponíveis. Mas tal conclusão a nosso ver não poderia ser estendida para a problemática do mínimo existencial (= direitos fundamentais sociais), que tem prevalência sobre eventuais saldos em caixa.”⁴⁴⁵

É importante, porém, fazer aqui uma ressalva presente no pensamento do autor. Para Lobo Torres, se a reserva do possível não prevalece sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, nem por isso o mínimo existencial prevalecerá sobre a reserva orçamentária. Nesse sentido, segundo Torres, não se pode admitir que a omissão do legislador ou a “lacuna orçamentária” seja suprida pela intervenção judicial. Assim é que o autor entende que “a abertura de créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis.”⁴⁴⁶

Ana Carolina Olsen observa que, quanto ao mínimo existencial, apenas na hipótese de a escolha trágica ter sido tomada em razão de uma decisão política, ou seja, decorrente da já apontada escassez *artificial*, é que não se pode conceber a reserva do possível como barreira às prestações necessárias à sobrevivência com dignidade.⁴⁴⁷ Ou seja, na esteira de Emerson Garcia, a autora diz que “a reserva do possível somente poderia prevalecer em relação aos direitos fundamentais sociais – quando em jogo o mínimo existencial – se restasse demonstrada total impossibilidade fática de realização da prestação material (reserva essencial ou natural de recursos).”⁴⁴⁸

Vejamos, pois, as palavras conclusivas da autora, apontando o mínimo existencial como limite à reserva do possível:

...é possível conceber o mínimo existencial como um instrumento jurídico de importante valor quando se trata de refrear a reserva do possível enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais. Ainda que não seja o mais adequado considera-lo como fator determinante da subjetividade (exigibilidade) dos

⁴⁴⁵ Ibidem, p. 465.

⁴⁴⁶ Cf. TORRES, **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**, p. 83.

⁴⁴⁷ OLSEN, ob. cit., p. 356.

⁴⁴⁸ Ibidem, p. 357.

direitos fundamentais sociais, é certo que diante da atuação da reserva do possível, atingindo desvantajosamente o âmbito de proteção da norma jusfundamental, e reduzindo a responsabilidade do estado para com as prestações materiais normativamente previstas, o mínimo existencial, compreendido como condições necessárias à sobrevivência do homem, e como núcleo essencial do direito fundamental num dado caso concreto, em relação direta com a dignidade da pessoa humana, erige-se tal qual verdadeira muralha, que não poderá ser transposta, sob pena de comprometimento de todo o sistema constitucional, e da legitimidade do estado Democrático de Direito.⁴⁴⁹

Para encerrar a revisão doutrinária acerca do mínimo, recorra-se ao posicionamento de Ingo Sarlet que, ao discutir a existência de direitos fundamentais originários à prestações, enumera a seguinte seqüência de questionamentos: *i)* se a sindicabilidade de direitos fundamentais originários limita-se a um mínimo; *ii)* em caso positivo, qual seria o conteúdo desse mínimo; e, *iii)* se mesmo esse mínimo a prestações estaria condicionado à disponibilidade de recursos para ser atendido.⁴⁵⁰ Quanto ao último questionamento, parece que uma resposta negativa não poderia ser meramente vista como ideológica. Com efeito, não se pode cogitar que um indivíduo tenha autonomia e possa exercer plenamente sua liberdade de consciência quando lhe sejam negados os pressupostos elementares à sua existência. Novamente, são elucidativas as palavras de Ingo Sarlet nesse sentido: “não restam dúvidas de que manter o indivíduo sob o véu da ignorância absoluta significa tolher a sua própria capacidade de compreensão do mundo e sua liberdade (real) de autodeterminação e de formatar sua existência.”⁴⁵¹

Anote-se, pois, a possibilidade de reflexão sobre o mínimo existencial através de outra perspectiva. Seria, o mínimo existencial, a partir dos posicionamentos colocados, o restrito conjunto de necessidades humanas *fundamentais*, atendíveis por meio de *satisfatores* cambiantes de acordo com cada comunidade? A partir dessa concepção, pode-se entender que nas demandas judiciais em que se pretende o afastamento da reserva do possível, está-se a pedir a adjudicação de *satisfatores*, que, então, permitirão o

⁴⁴⁹ Ibidem, p. 361.

⁴⁵⁰ **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 351.

⁴⁵¹ Ibidem, p. 353.

atendimento daquelas necessidades fundamentais componentes do mínimo. Daí, então, a concepção de *mínimo existencial* seria a mesma, nos países desenvolvidos, em desenvolvimento ou sub-desenvolvidos.

Por outro lado, se se compreender o mínimo enquanto o conjunto de *satisfatores* daquelas necessidades, daí sim há de admitir a pluralidade de concepções de mínimo existencial, para cada contexto histórico-cultural, quando, então, de fato, é possível afirmar que o mínimo que se demanda aqui não coincide com o mínimo que permite o afastamento da reserva do possível em outros ordenamentos jurídicos.⁴⁵²

Todo modo, uma vez que este trabalho não tem a pretensão de definir o que seja mínimo existencial, parece suficiente, para os fins aqui propostos, tratar o *mínimo existencial* e as *necessidades humanas* (mesmo as fundamentais) como equivalentes. Contudo, e este é o momento oportuno para tanto, ressalte-se que, quando se fala em reserva do possível, o que se está a demandar ao Judiciário não é, precisamente, o mínimo existencial, e sim *os satisfatores daquelas necessidades humanas fundamentais*, independentemente da concepção de mínimo que se adote (enquanto um conjunto de necessidades⁴⁵³, ou enquanto as possibilidades de sua satisfação). Isso porque, com efeito, a necessidade fundamental já existe, e, por esse motivo, é que se está a demandar judicialmente um veículo de satisfação daquela necessidade.

Tratando de proteção da dignidade humana, vejamos, agora, uma ferramenta que legitima a proteção jurisdicional desse princípio.

O ativismo judicial que afasta a cláusula da reserva do possível do caso concreto aproxima-se do manejo do princípio do *devido processo legal substantivo*, não só por recorrer ao conteúdo material da Constituição como

⁴⁵² Daí Neef afirmar: “Um dos aspectos que define uma cultura é sua eleição de satisfatores. As necessidades humanas fundamentais de um indivíduo que pertence a uma sociedade consumista são as mesmas daquele que pertence a uma sociedade ascética. O que muda é a eleição da quantidade e qualidade dos satisfatores, e/ou a possibilidade de ter acesso aos satisfatores requeridos.” Ob. cit., p. 27. Tradução livre.

⁴⁵³ Potyara Pereira concebe os mínimos sociais como “necessidades sociais a serem satisfeitas por políticas sociais.” Ob. cit., p. 21.

razões de decidir, mas, também, por configurar elemento legitimador do controle judicial sobre os atos legislativos e administrativos.

O princípio do devido processo legal substantivo é desdobramento do princípio do *devido processo legal* (*due process law*), construído pela jurisprudência constitucional dos Estados Unidos e positivado na Décima Quarta Emenda à Constituição estadunidense.⁴⁵⁴ Em sua acepção atual, perante a Corte constitucional norte-americana, a aplicabilidade de ambos os desdobramentos (substancial e procedimental) do princípio pode ser assim entendida: é dever do Judiciário assegurar a observância de um *iter* procedimental formal específico quando direitos são reclamados em juízo, sob pena de haver violação, por parte do juiz, ao direito fundamental à vida ou à liberdade (nos termos da Décima Quarta Emenda). Porém, pode ocorrer que, mesmo tendo observado o procedimento formal justo, o Judiciário incorra em privações arbitrárias e desarrazoadas sobre os direitos fundamentais em questão. E tal ocorre porque, embora o julgador tenha aplicado o procedimento formal em acordo com as regras constitucionais, o conteúdo do ato normativo incidente no caso concreto é arbitrário e irrazoável. Logo, a *inconstitucionalidade* ultrapassa o âmbito procedimental da jurisdição e alcança os atos do Legislativo e do Executivo, sujeitando-os, pois, ao controle judicial de adequação constitucional. Ao fim e ao cabo, a aplicação conjugada desses dois desdobramentos do princípio do devido processo, o *procedimental* e o *substancial*, deve servir para “evitar privações dos direitos de vida, propriedade e liberdade arbitrárias e desprovidas de razoabilidade.”⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ Cf. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 289-291. Sem que se deixe de fazer, aqui, a ressalva de Geraldo Brindeiro: “[o princípio do devido processo legal] teve sua origem histórica na Magna Carta de 1215, que se referia inicialmente ao processo *by the lawful judgement of his equals or by the law of the land*, ou, na expressão original em latim *per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae*, o que significa que ninguém pode ser processado ‘senão um julgamento regular pelos seus pares ou em harmonia com a lei do País.’ A *Law of the Land*, no início, era a expressão que equivalia também ao devido processo legal.” (Jurisdição constitucional e o devido processo legal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 425)

⁴⁵⁵ Ibidem, p. 306.

No que toca, especificamente, ao ramo *substantivo* do princípio, este teve uma primeira acepção, *econômica*, antes de assumir a feição atual, *pessoal*. Assim, tem-se que, num primeiro momento, o princípio do devido processo substantivo surge como mecanismo do qual a jurisdição lança mão para a proteção da interferência estatal sobre a propriedade privada e a livre iniciativa, num contexto em que predominava o modelo liberal de Estado, de modo que toda e qualquer intervenção na liberdade contratual poderia ser considerada arbitrária e irrazoável.⁴⁵⁶ Já no período do Pós Segunda Guerra, em meados da década de 50, o novo contexto sócio-econômico dá lugar ao modelo do Estado de Bem-Estar Social, e a Corte constitucional norte-americana percebe essa mudança.⁴⁵⁷ Assim, as intervenções estatais sobre as liberdades econômicas individuais deixam de ser inconstitucionais, quando comprovada sua destinação a evitar restrições a direitos fundamentais. Desse modo, o *substantive process law* assume outro matiz, o de devido processo legal *pessoal*, protetor de liberdades civis de cunho não econômico. Admite-se, pois, que o devido processo legal não deixa de existir, propriamente, mas é preenchido por conteúdo diverso, mais abrangente, e isso somente é possível em virtude de sua *plasticidade* ou de sua *razão abstrata*.

⁴⁵⁶ Aqui nasce o primeiro momento do devido processo legal substantivo, qual seja, o do *devido processo legal substantivo econômico*: “A compreensão da Suprema Corte sobre o devido processo legal substantivo atrelou-se, em grande parte, a uma concepção de Estado, qual seja, a de Estado Liberal, cuja identidade primordial é a não intervenção nas searas econômica e social. (...) Assim, os elementos extraconstitucionais introjetados na cláusula *due process of law* assumiram feições economicistas, cujo carro chefe era a liberdade contratual e negocial, vislumbrada em estreita associação com a possibilidade de aquisição de propriedade. (...) Nessa esteira, várias leis e atos da administração com conotações interventoras na vida social e econômica que cerceavam a liberdade contratual ou a propriedade foram declaradas inconstitucionais, por irrazoáveis, com fundação no devido processo legal substantivo. Iniciava-se a *Era do substantive economic due process of law*, também conhecida como a *Era do mundo livre de Lochner e Coppage*.” MARTEL, ob. cit., p. 155.

⁴⁵⁷ MARTEL, ob. cit., p. 192: “No decurso da *Era Transicional da Judicial Review*, a Corte construiu a cláusula em exame como um anteparo a atos normativos privadores dos direitos de vida, propriedade e liberdade que não fossem fundados no interesse público ou que não guardassem correlação ou adequação entre os fins pretendidos e o meio escolhido. Ela lançou mão da *doutrina* do devido processo legal substantivo prioritariamente para a tutela das liberdades econômicas e da propriedade, fazendo-a carregar em si o ideário do Estado Liberal. Quando esse modelo de Estado entrou em colapso, o agir da Corte baseado no *economic substantive due process of law* estremeceu. Quando o Estado liberal ruiu, cedendo espaço ao Estado de Bem-Estar Social, o devido processo legal substantivo, imbricado que estava com as premissas economicamente liberalizantes, foi declarado *morto*.”

Nesse caminho, Letícia de Campos Velho Martel explica que a razão abstrata do princípio do devido processo legal substantivo torna-o moldável às circunstâncias fáticas, jurídicas, políticas, econômicas, sociais e tecnológicas diversas.⁴⁵⁸ Isso torna o momento histórico determinante para apontar a direção em que serão travadas as discussões judiciais sobre a proteção dos direitos fundamentais. Em outras palavras, a plasticidade do princípio do devido processo faz com que, hoje, restrições outrora consideradas não razoáveis e arbitrárias sejam perfeitamente legítimas, porque relacionadas a circunstâncias fáticas, políticas, econômicas, sociais e tecnológicas diferentes. Foi o que ocorreu, por exemplo, na jurisprudência norte-americana, por ocasião do julgamento do paradigmático *case Roe v. Wade*.⁴⁵⁹

Quando verificada, no caso concreto, a restrição ao direito fundamental, o juiz *deverá* aplicar o princípio do devido processo legal para aferir a razoabilidade ou não da constrição. Daí a autora afirmar que o devido processo (daí tanto em sua acepção substantiva quanto procedimental) cumpre o papel de “condição a ser preenchida nas *privações* dos direitos de *vida, liberdade e propriedade*.”⁴⁶⁰

A partir de tais considerações, compreende-se que o princípio do devido processo legal é legitimador da *judicial review* sobre atos administrativos e

⁴⁵⁸ Ob. cit., p. 295.

⁴⁵⁹ Cf. MARTEL, ob. cit., 317. No caso *Roe v. Wade*, discutiu-se a constitucionalidade de lei do Estado do Texas, a qual tornava crime praticável pela gestante e pelo médico aborto realizado quando não estivesse em risco a vida da mãe. A ação fora proposta por Jane Roe, pseudônimo de uma mulher solteira grávida, que alegava que a lei texana feria o direito de privacidade e de tomar decisões privadas, violando o *due process law* da Décima Quarta Emenda; Hallford, médico, que buscava realizar legalmente abortos e aconselhar suas pacientes para tanto; e, o casal Doe, que pretendia poder realizar legalmente aborto se necessário, uma vez que a esposa do casal enfrentava problemas de saúde, e poderia, caso necessário, precisar interromper eventual gravidez. Preliminarmente, os dois últimos postulantes foram excluídos da ação, por não apresentarem *caso e controvérsia*, diferentemente de Roe, mantida até o julgamento final. No mérito, a Corte norte-americana apresentou um longo inventário histórico da prática do aborto, sob os aspectos jurídico e médico, relatando qual a concepção de tal prática em diferentes períodos históricos. Concluiu a exposição afirmando que a criminalização do aborto foi um costume iniciado ao final do século XIX, sendo que, até antes disso, o bebê era considerado como parte do corpo da mãe até sua primeira manifestação externamente visível – o primeiro chute. Além disso, em face do argumento estatal no sentido de que a lei texana visava a proteger a vida e a saúde da gestante, a Corte esclareceu que as novas técnicas médicas e cirúrgicas permitiam grande redução da taxa de mortalidade por ocasião do aborto, sendo menor, inclusive, em relação ao momento do parto. *Ibidem*, p. 265-267.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 298-300.

legislativos, podendo declará-los inconstitucionais quando comprovadamente arbitrários e irrazoáveis. Trata-se de cláusula aberta capaz de albergar um sem-número de valores societários substantivos, o que se mostra útil à fundamentação da decisão judicial que afasta a cláusula da reserva do possível.

3.2.3 O princípio da proporcionalidade enquanto proibição da proteção insuficiente

O princípio da proporcionalidade é de fundamental importância como parâmetro para a tomada de decisões dos agentes dos três poderes. A proporcionalidade serve como mecanismo utilizado no método de ponderação de bens jurídicos conflitantes, quando da tomada de decisões no caso concreto. Na definição de Luís Roberto Barroso, a proporcionalidade (a qual é empregada indistintamente pelo autor em relação à razoabilidade⁴⁶¹) é “um parâmetro de valoração dos atos do Poder público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.”⁴⁶²

Nessa linha, a proporcionalidade ganha relevo ao ser utilizada na análise da idoneidade das escolhas feitas pelo administrador e pelo legislador, quando suas ações impliquem em restrições aos direitos fundamentais, notadamente os sociais, os quais são, em regra, alvo da reserva do possível, e esta, nos termos em que será apontado mais adiante (nas considerações finais), uma restrição. Assim é que Daniel Sarmiento coloca que “o princípio da proporcionalidade visa, em última análise, a contenção do arbítrio e a moderação do exercício do poder, em favor da proteção dos direitos do cidadão. Nesse sentido, ele tem sido utilizado no Direito Comparado, e, mais recentemente, também no Brasil, como poderosa

⁴⁶¹ Para Abramovich e Courtis, a razoabilidade caminha ao lado da proporcionalidade em matéria restrições aos direitos fundamentais sociais. (**Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 99-103.)

⁴⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 219.

ferramenta para a aferição da conformidade das leis e dos atos administrativos com os ditames da razão e da justiça.”⁴⁶³

Aqui, a proporcionalidade adota um viés legitimador do controle de constitucionalidade de leis e de atos da administração, sem que se configure ingerência do Poder Judiciário na esfera de discricionariedade do agente político.⁴⁶⁴ Isso porque o exame da proporcionalidade, conforme sobredito, permitirá observar se a fundamentação da decisão que causou restrições a direitos foi adequada e justificada pelo interesse público – fator de legitimidade dos atos administrativos em geral –, o que será feito, conforme aponta Gilmar Ferreira Mendes, se constatada a presença de seus três subprincípios de análise: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁴⁶⁵ E o controle judicial mostra-se importante justamente para aferir se os fins perseguidos pelo administrador ou legislador estão em conformidade com os preceitos traçados na Constituição.⁴⁶⁶

De acordo com Martin Borowski, as normas de direitos fundamentais prestacionais são demasiadamente indeterminadas, permitindo que a sua efetivação se dê em diferentes graus de atuação⁴⁶⁷. Assim, haverá o exame da proporcionalidade pelo administrador ou legislador, o qual se dará no chamado *nível de ponderação*, o qual precede o *nível de ação*. É no nível de ponderação

⁴⁶³ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p. 77.

⁴⁶⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 42.

⁴⁶⁵ Ibidem, p. 43.

⁴⁶⁶ Ibidem, p. 42. Também Daniel Sarmento aponta para a necessidade desse controle de constitucionalidade, através do exame da proporcionalidade, afirmando que “Mesmo em um país como o Brasil, em que a Constituição é prolixa e casuística, há um amplo espaço de utilização do princípio da razoabilidade como instrumento de contenção do ímpeto arbitrário que, não infreqüentemente, estigmatiza a prática política brasileira.” Ob. cit., p.232.

⁴⁶⁷ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p.153. “El problema es que cuando se trata de averiguar en qué medida los derechos fundamentales de prestación pueden ser derivados de la literalidad de una Constitución que funda un Estado constitucional democrático, sólo se cuenta con las disposiciones que los tipifican, que por lo general carecen de formas bien definidas y son bastante lapidarias. Tampoco puede derivarse prácticamente nada sobre el contenido de estos derechos de la voluntad del constituyente primario o secundario. Las disposiciones que los tipifican son casi siempre demasiado indeterminadas como para poder aplicarlas sin recurrir a la ponderación.”

que serão sopesados os bens jurídicos em jogo, e, também, é onde será escolhida a conduta a ser adotada pelo Estado para atender à prestação exarada da norma jusfundamental, através da análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* da decisão a ser tomada.⁴⁶⁸

Para o autor, o conjunto desses três subprincípios configura a *proporcionalidade em sentido lato*, ou a *proibição da proteção insuficiente*.⁴⁶⁹ Essa análise da proporcionalidade no sentido de proibição da proteção insuficiente será necessária tendo em vista que, se há a exigência da máxima realização dos direitos fundamentais, deverá haver também a escolha do meio adequado a essa máxima intensidade em favor do princípio, após a ponderação.⁴⁷⁰ E a ponderação é necessária justamente para que haja a escolha do meio que será adotado para a realização do comando constitucional⁴⁷¹. Isso porque, dependendo do meio que for eleito, por conta da ponderação, haverá prejuízo de bem jurídico tutelado constitucionalmente, em favor da otimização de outro bem jurídico igualmente protegido.⁴⁷²

Na esteira da doutrina alemã, Daniel Sarmento traz a definição dos três subprincípios da proporcionalidade.

Segundo o autor, a *adequação* consiste na aptidão da medida administrativa ou legislativa para o atingimento dos fins aos quais ela se destina. É a existência de uma relação congruente entre os meios escolhidos pelo Poder público para realizar uma determinada tarefa, e os fins que ela preconiza.⁴⁷³ Se a conduta escolhida não for apta à realização da prestação inserta no direito fundamental social, então ela estará sujeita ao controle de constitucionalidade,

⁴⁶⁸ Ibidem, p.162.

⁴⁶⁹ Ibidem, idem.

⁴⁷⁰ Ibidem, p.167.

⁴⁷¹ Ibidem, idem.

⁴⁷² O autor ilustra a tese colocando três exemplos de meios para a realização da efetivação do direito prestacional, chamados M1, M2 e M3, graduando a intensidade da colisão em números. O meio M1, enquanto favorecesse um bem jurídico em grau 100, afetaria o direito fundamental contraposto em 90. O meio M2, ao favorecer bem jurídico em 80, afeta o outro em 30. E o meio M3 afeta o bem jurídico contraposto em apenas 3, ao passo que beneficia a proteção em, também apenas, 10. Ibidem, p. 165.

⁴⁷³ SARMENTO, ob. cit., p.87. Cf. BOROWSKI, ob. cit., p.163.

pois viola o princípio da proporcionalidade.⁴⁷⁴ A inadequação tanto pode consistir em uma ação insuficiente, quanto em uma omissão.⁴⁷⁵

O subprincípio da *necessidade* ou exigibilidade impõe uma análise negativa. Significa dizer que o poder público deverá buscar sempre medida que seja a menos gravosa possível para que se atinja o objetivo em tela. Ou seja, se há várias formas para se realizar a prestação, somente será *necessária* aquela conduta que atinja o mesmo fim, mas “que afete com menos intensidade os direitos e interesses da coletividade em geral.”⁴⁷⁶

A análise da *proporcionalidade em sentido estrito* corresponderá, propriamente, à regra da ponderação, servindo para decidir qual medida estatal poderá atender suficientemente à prestação pleiteada no caso concreto.⁴⁷⁷ Nas palavras do autor, “o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade.”⁴⁷⁸ Tem-se, aqui, propriamente, uma análise de custo-benefício entre os meios escolhidos e os fins perseguidos. É o que esclarece Juarez Freitas: “Sem incorrer no simplificador cálculo utilitário ou na mera análise econômica, a proporcionalidade em sentido estrito indaga pelo ‘preço a pagar’. Vale dizer, faz a conta dos ganhos e das perdas, ao apurar se os ônus não são desmensurados.”⁴⁷⁹

Daniel Sarmiento ainda atenta para o fato de que as “restrições aos interesses em disputa devem ser arbitradas mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.”⁴⁸⁰ Ou seja, o exame da proporcionalidade permitirá verificar se a restrição é legítima ou não no caso concreto. Destarte, na esteira de Borowski, tem-se que a proporcionalidade em sua tríplice dimensão pode assumir o papel de proibição da proteção insuficiente. Assim, na medida em

⁴⁷⁴ Cf. OLSEN, **Direitos Fundamentais Sociais:...**, p. 326.

⁴⁷⁵ FREITAS, **Discrecionalidade administrativa...**, p. 68.

⁴⁷⁶ SARMENTO, ob. cit., p. 88.

⁴⁷⁷ Idem, p. 89.

⁴⁷⁸ Ibidem, idem. Cf. Alexy: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.” **Teoría de los derechos...**, p.161.

⁴⁷⁹ FREITAS, **Discrecionalidade administrativa...**, p. 68.

⁴⁸⁰ SARMENTO, ob. cit., p.104.

que se considera a reserva do possível uma restrição, o bem jurídico que ela pretende proteger – as finanças do Estado – deverá ser ponderado com o bem jurídico albergado pela norma de direito fundamental social. E esta ponderação será feita através da proporcionalidade como proibição da proteção insuficiente, a qual implicará, portanto, em limite ao argumento da reserva do possível, na medida em que exigirá que a decisão alocativa seja *adequada, necessária e proporcional em sentido estrito*.

É o que propõe Ana Carolina Olsen:

No caso concreto desta escola, pode-se verificar, por exemplo, que os recursos que deveriam ter sido destinados à rede pública de ensino foram aplicados na construção de praças e ajardinamento dos bairros nobres da cidade, nos quais se encontram pessoas mais politicamente influentes. Ainda que o direito ao lazer seja direito fundamental, é certo que nessas circunstâncias a destinação dos recursos públicos não foi adequada, pois não se voltou para a realização do direito fundamental mais premente para aquela população; não foi necessária, já que o ajardinamento e a construção de praças se deu às custas do direito à educação de pessoas carentes, e também não foi estritamente proporcional, já que os moradores da cidade não perderão sua dignidade se não dispuserem de praças e ajardinamento público, mas por certo terão sua dignidade negada se não forem devidamente instruídos a ponto de poderem votar conscientemente, ou escolher uma profissão.⁴⁸¹

Assim, tendo em vista a possibilidade de o julgador, quando da análise da concessão da prestação pleiteada, poder analisar se a escolha alocativa do legislador ou do administrador foi tomada em conformidade com os ditames da razão e da justiça, através do exame dos três subprincípios da proporcionalidade, tem-se que, atendidos tais requisitos, a proporcionalidade como proibição da proteção insuficiente impõe-se como um limite à reserva do possível. Desse modo, o argumento da escassez de recursos deverá ser profundamente investigado quando em conflito com a realização de um direito fundamental prestacional reclamado concretamente, já que existe um instrumento capaz de permitir a sua relativização: a proporcionalidade como proibição da proteção insuficiente.

Destarte, nesta esteira, Ana Carolina Olsen afirma que a norma de direito fundamental somente pode ter sua eficácia restringida até o limite em que for

⁴⁸¹ OLSEN, ob. cit., p. 332-333.

suficiente a atuação do Estado na proteção do bem jurídico por ela albergada, ou seja, “a Constituição não permitiria que se descesse abaixo de um certo nível de proteção estatal”.⁴⁸² Diante disso, também a garantia desse *mínimo* protegido pode posicionar-se como limite à reserva do possível.

Finalmente, uma observação. É possível falar-se, também, na proibição da proteção *deficiente*, pois a proteção insuficiente existe justamente por conta da reserva do possível. Isso porque a atuação estatal dentro de uma reserva de possibilidade (econômica, jurídica ou política) é que fará com que a proteção do direito fundamental não seja suficiente, no sentido de atender a todos instantânea e simultaneamente.⁴⁸³ Daí a relevância do princípio da vedação à proteção *deficiente*: pois a política de realização do direito fundamental, mesmo que insuficiente para o atendimento de todos os seus titulares, naquilo que for efetivada não poderá ser deficiente, sob pena de suscitar a fiscalização de sua constitucionalidade. A construção precária de um estabelecimento de ensino é um exemplo de proteção deficiente do direito à educação, podendo, inclusive, ensejar a responsabilidade do Estado.

3.3.4 A vedação ao retrocesso

O princípio da vedação ao retrocesso significa que ao Estado é vedado adotar políticas e medidas, ou derrogar direitos, que mudem para pior a situação

⁴⁸² OLSEN, ob. cit., p. 322.

⁴⁸³ É o que se infere de decisão proferida no já citado (item 2.2.1, *supra*) Agravo Regimental em Recurso Especial n.º 970.415, onde o STJ entendeu que o Estado do Mato Grosso do Sul não incorrera em conduta inconstitucional por não indenizar o detento, recorrente, que postulava melhores condições prisionais em vista da superlotação carcerária. Na ocasião, o Min. Francisco Falcão, relator, reafirmou o que decidido no Recurso Especial, no sentido de que “a pretensão do autor, de ver-se indenizado em valor mensal pelo tempo em que permaneceu recolhido no antigo complexo penitenciário, não se mostra razoável, pois a imposição desta indenização equivale a compelir o Estado a destinar mais recursos para o sistema prisional do que o determinado no orçamento, que é insuficiente, porém é o possível.” No caso em exame, restou consignado no relatório que, conforme “noticiado nos autos pelo douto juiz prolator, foi construído e ativado na própria cidade de Três Lagoas ‘um moderno presídio, onde o autor e demais condenados cumprem de maneira satisfatória suas penas’ (f. 301), senão sanando, ao menos amenizando de maneira satisfatória as mazelas expostas pelo apelante em seu recurso.” Desse modo, o Tribunal procedeu a uma composição entre a razoabilidade da pretensão e o princípio da reserva orçamentária. Cf. AgRg em REsp n.º 970.415, citado.

alcançada pelos direitos fundamentais naquele momento.⁴⁸⁴ Também é concebido como obrigação de não regressividade,⁴⁸⁵ ou de não reversibilidade.⁴⁸⁶ A identificação acerca da regressividade de uma norma será feita de maneira *comparativa*: a norma atual, em relação à norma anterior, não poderá limitar, restringir ou reduzir a extensão e o sentido de um direito fundamental, ou impor condições que não seriam sustentáveis sob a vigência da norma anterior.⁴⁸⁷ Trata-se de não suprimir uma lei ou ato administrativo favorável à realização de direitos, sem colocar-lhe no lugar alternativas compensatórias.

Defende-se, nesse contexto, uma inversão do ônus probatório em desfavor do Estado, ao adotar a medida retrocessiva.⁴⁸⁸ O ônus probatório é alto e, em caso de dúvida, defende-se que o juiz poderá pronunciar-se pela inconstitucionalidade da norma.⁴⁸⁹ A tese assumiu a forma do princípio *in dubio pro justitia socialis* na Suprema Corte argentina, pela qual se adota a interpretação que atribua maior alcance à efetividade do direito fundamental social.⁴⁹⁰ Tratando-se de restrição a direitos fundamental constitucionalmente assegurado, o ônus probatório do Estado, orientado a comprovar a *imperiosa*

⁴⁸⁴ Pode-se entender a idéia da vedação ao retrocesso social como um postulado decorrente do que Potyara Pereira entende por *encadeamento negativo para trás* da política social. A esse respeito, ver: **Necessidades humanas**, p. 29.

⁴⁸⁵ ABRAMOVICH, COURTIS, **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 94. Para estes autores, o princípio da vedação ao retrocesso, presente em vários documentos internacionais de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, significa, contrariamente, uma limitação à atuação jurisdicional, e não uma abertura para seu ativismo: “A obrigação de não regressividade constitui justamente um dos parâmetros de juízo das medidas adotadas pelo Estado em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais que resulta diretamente aplicável pelo Poder Judiciário.” *Ibidem*, p. 95.

⁴⁸⁶ QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006.

⁴⁸⁷ Cf. ABRAMOVICH, COURTIS, **Los derechos sociales...**, p. 112.

⁴⁸⁸ Nesse ponto, Víctor Abramovich e Christian Courtis (**Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 102-105) falam que, criada norma que apresente *suspeita* de restrição indevida sobre direito fundamental, diminuindo sua proteção em relação à situação atual, haverá um ônus argumentativo, por parte do Estado, no sentido de comprovar porque a norma, apesar de regressiva, é justificável. Tal será verificado mediante a análise da *razoabilidad* da decisão estatal: “o demandando possui, portanto, o ônus de demonstrar inicialmente o caráter regressivo da norma, defendendo que o grau de proteção oferecido pela nova norma constitui um retrocesso quanto ao existente com a norma anterior. Provado isso, a norma se presume inválida, e corresponde ao Estado o ônus de defender que, apesar de regressiva, a norma é justificável.” (Ob. cit., p. 105. Tradução livre.)

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 106.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 111.

*necessidade*⁴⁹¹ da restrição, ganha mais peso. A restrição, para que seja necessária, dependerá de satisfazer um interesse público coletivo.⁴⁹²

No que concerne aos direitos sociais, as opções legislativas ou medidas administrativas não poderão, arbitrariamente, suprimir conquistas já alcançadas para a proteção daqueles direitos. Reconhece-se que eventuais ajustes na implementação de direitos são necessários, permitindo a compatibilidade das políticas públicas com a realidade econômica e social vigente, tanto no sentido de identificar quais são as necessidades dos sujeitos de uma comunidade, num determinado período histórico, quanto à forma como elas serão satisfeitas pelos poderes constituídos. Contudo, a proteção ao mínimo existencial deve ser garantida, no sentido de que as condições materiais mínimas à existência digna dos sujeitos não poderá ser suprimida pela ação estatal. Eventuais modificações impostas pelas transformações da própria realidade social poderão acontecer, mas a proteção da dignidade humana é o limite até onde podem incidir tais alterações, sendo precisamente *neste ponto* que se posiciona a vedação ao retrocesso.⁴⁹³

A vedação ao retrocesso encontra-se ligada ao direito constitucional à segurança jurídica. A segurança, em gênero, assim como a segurança jurídica, conforme coloca Ingo Sarlet, apoiando-se em Barroso, não consta expressamente da Constituição brasileira de 88, mas nela acha-se implicitamente, em especial a partir de alguns dispositivos do art. 5.º, garante dos direitos e deveres individuais

⁴⁹¹ Ibidem, idem.

⁴⁹² Segundo Abramovich e Courtis, assim tem decidido a Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento de casos que envolvam a restrição à liberdade de expressão, e a Corte Suprema argentina, nos julgamentos de hipóteses de discriminação de estrangeiros. (Ibidem, p. 107-109). E acrescentam: “As Observações Gerais n.º 3, 13 e 14 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais fixam os limites do possível marco argumentativo do Estado: por um lado, a medida regressiva só se justifica se o Estado demonstra que considerou cuidadosamente medidas alternativas e que existem razões de peso para preferir aquela. (...) o Comitê também estabelece as condições e conteúdo da possível justificação: a medida ‘deverá ser justificada plenamente *com referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto de aproveitamento pleno do máximo dos recursos de que dispõe.*” (Ibidem, p. 109. Tradução livre.)

⁴⁹³ Cf. CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 479; SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: **Revista Latino-americana de estudos constitucionais**. Belo Horizonte, n. 6, p. 320-369, jul./dez. 2005, em especial p. 359-360.

e coletivos.⁴⁹⁴ Para J. J. Gomes Canotilho, a segurança jurídica é assegurada constitucionalmente porque “o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas normas.”⁴⁹⁵ Para além disso, Luis Roberto Barroso lembra que cada domínio do Direito possui um conjunto de normas voltadas à segurança jurídica,⁴⁹⁶ denotando a importância de tal instituto para o nosso ordenamento jurídico. A esse respeito, o autor observa, ainda, que a não-retroatividade sempre constou de todas as Constituições brasileiras, desde a Carta de 1824, excetuada, porém, a Constituição de 1937.⁴⁹⁷

Segundo Ingo Sarlet, a segurança jurídica é princípio mais abrangente que a vedação ao retrocesso, mas com este se relaciona por comportar preceitos que darão fundamentação à vedação da ação retrocessiva. Tratam-se dos preceitos da confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do Poder público,

⁴⁹⁴ Vale a pena reproduzir a síntese formulada pelo autor: “a Constituição Federal de 1988, após mencionar a segurança como valor fundamental no seu Preâmbulo, inclui a segurança no seletivo elenco dos direitos ‘invioláveis’, arrolados no *caput* do art. 5.º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Muito embora em nenhum momento tenha o nosso Constituinte referido expressamente um direito à segurança jurídica, este (em algumas de suas manifestações mais relevantes) acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5.º, inciso II), passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (artigo 5.º, inciso XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e da anterioridade em matéria penal (de acordo com o artigo 5.º, inciso XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (artigo 5.º, inciso XL), até chegar às demais garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (artigo 5.º, incisos XLV e XLVIII), das restrições à extradição (art. 5.º, incisos LI e LII), e das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5.º, incisos LIV e LV), apenas para referir alguns dos mais relevantes, limitando-nos aqui aos exemplos extraídos do art. 5.º, que, num sentido amplo, também guardam conexão com a noção de segurança jurídica.” (SARLET, **Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**, p. 326).

⁴⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 377.

⁴⁹⁶ **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 52.

⁴⁹⁷ Cf. BARROSO, ob. cit., p. 55.

assim como, objetivamente, um mínimo de continuidade de tais atos.⁴⁹⁸ Para o autor gaúcho, há duas manifestações da eficácia e da efetividade do princípio e direito fundamental à segurança jurídica, e que são a proteção da pessoa, e a vedação do retrocesso. Assim, concebe a segurança jurídica enquanto direito à proteção da pessoa contra o retrocesso em matéria de direitos fundamentais.⁴⁹⁹

Nessa linha, a vedação ao retrocesso atua como princípio informador da atuação política concretizadora dos direitos fundamentais. Assume expressividade no âmbito dos direitos sociais, quando estes já se acharem concretizados por atividade legislativa ou administrativa. Impõe que os ajustes necessários na implementação de direitos não impliquem numa reforma *in pejus* da proteção vigente, suprimindo direitos, revogando legislações, desconstruindo instituições, interrompendo políticas públicas. Ao considerar a vedação ao retrocesso como um princípio, impõe-se uma ponderação entre o bem jurídico já protegido de maneira derivada, e a restrição decorrente da atuação política, sem que se perca de vista a proteção do mínimo existencial. “Com base na proteção da confiança, eventual intervenção restritiva no âmbito de posições jurídicas sociais exige, portanto, uma ponderação (hierarquização) entre a agressão (dano) provocada pela lei restritiva à confiança individual e a importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade.”⁵⁰⁰

Assim, admitindo-se a vedação ao retrocesso como um princípio, não poderá ser tomado em termos absolutos,⁵⁰¹ mas sim como um *mandado de otimização*, no sentido de que, por um lado, destina-se a assegurar um grau mínimo de proteção de determinado bem jurídico, e, por outro, é “corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito a segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.”⁵⁰² Neste ponto, José Carlos Vieira de Andrade anota que considerar a

⁴⁹⁸ **Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica...**, p. 332. O autor ressalta, todavia, que o princípio da segurança jurídica aplica-se não apenas em relação aos atos do poder público, mas, também, às violações decorrentes dos particulares. (Ibidem, p. 327-328).

⁴⁹⁹ SARLET, **Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica...**, p. 322.

⁵⁰⁰ SARLET, **Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica...**, p. 366.

⁵⁰¹ É o posicionamento de SARLET, **Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica...**, p. 357.

⁵⁰² SARLET, **Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica...**, p. 357.

vedação ao retrocesso em termos absolutos significa restringir a autonomia do legislador, tornando-o mero executor da Constituição, sobretudo em matérias tão vastas como o são as de direitos sociais.⁵⁰³ Para o autor, a Constituição é um quadro normativo aberto, onde os preceitos valorativos de direitos sociais não poderão restar constitucionalmente determinados, e sim definíveis mediante “escolhas democráticas entre alternativas.”⁵⁰⁴ Ingo Sarlet concorda que a vedação ao retrocesso não pode ser vista como uma regra geral, mas acrescenta que a radicalização da liberdade de conformação do legislador levaria “a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste”⁵⁰⁵

Cristina Queiroz anota que as Cortes Constitucionais alemã e italiana referiram-se não ao princípio da vedação ao retrocesso, mas à cláusula da reserva do possível, ao tratar da irreversibilidade dos direitos sociais.⁵⁰⁶ Para evidenciar essa similitude, no caso alemão cita o *BVerfGE* 33, 303, 330, já apresentado no Capítulo 1, *supra*, e no caso italiano faz referência à *Sentenza* n.º 349/1985. Ao tratar da decisão italiana⁵⁰⁷, Cristina aponta que a decisão relaciona os argumentos justificadores da atuação estatal regressiva com a escassez de recursos, e daí a autora distinguir a *reversibilidade fática* da *reversibilidade normativa*. À primeira vista, pode-se entender que o julgado tenha trazido fundamentos da vedação ao retrocesso, e os aplicado à teoria da reserva do possível. Pelo contrário, a decisão levou em conta tanto um quanto a outra individualmente, embora não explicitamente, senão vejamos.

⁵⁰³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. (reimp. 2. ed.). Coimbra: Almedina, 2006. p. 408.

⁵⁰⁴ VIEIRA DE ANDRADE, ob. cit., p. 410.

⁵⁰⁵ SARLET, **Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica...**, p. 357. Vieira de Andrade não vê problemas nessa “transformação”, ao que chama, juntamente com Canotilho, de *constitucionalização material*: “Por nossa parte, aceitamos mesmo um processo de transformação constitucionalizante de normas de direito legal, baseado na “consciência jurídica geral”, pois entendemos a Constituição susceptível de evolução, incluindo aí a possibilidade de , ao nível constitucional, se vir a densificar e determinar o conteúdo dos preceitos.” (**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa...**, p. 408).

⁵⁰⁶ QUEIROZ, **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais...**, p. 67-76.

⁵⁰⁷ A autora não deitou atenção específica à decisão alemã, pelo que se deixa de a ela referir, neste tópico.

Na *Sentenza* n.º 348/1985, de 15 de dezembro de 1985, da Corte Constitucional italiana, foi reconhecida a constitucionalidade da redução de benefícios previstos em lei, em virtude da limitação de recursos. O trecho a seguir da sentença, também citado por Queiroz, é bastante elucidativo: “No nosso sistema constitucional não é vedado ao legislador emanar disposições que modifiquem desfavoravelmente a disciplina de relações de duração, mesmo se tenham por objeto direito subjetivo perfeito”, sendo que tais disposições, “assim como qualquer outro preceito legal, não podem transformar-se em regulamento irracional e incidir arbitrariamente sobre situações substanciais criadas por lei antecedente, frustrando, assim, a confiança dos cidadãos na segurança jurídica, que constitui elemento fundamental e indispensável no Estado de Direito”⁵⁰⁸

Mais adiante, a Corte deixa claro que reconhece a constitucionalidade da medida restritiva por suas razões: a necessidade de se evitar uma crise das finanças públicas, bem como o caráter temporário da reversibilidade:

Mas esse sacrifício, por um lado, está intimamente ligado, conforme uma avaliação legislativa que não pode ser irracional, à necessidade econômico-social de se evitar um momento de grave crise econômica, causando sensível disparidade entre as diversas categorias de pensionistas, com as tensões sociais decorrentes de tal fato; enquanto, por outro, como se explicará a seguir, encontra-se sensivelmente contido em suas dimensões quantitativa e temporal, uma vez que o legislador teve o cuidado de substituir, de maneira célere, o sistema referido por outro, mais atento às necessidades dos pensionistas, tendo, ainda, providenciado compensar, ainda que parcialmente, a falta de aumento patrimonial percebida durante o período de vigência da norma.⁵⁰⁹

Assim, olhando mais de perto, parece que a distinção reside precisamente no *locus* de aplicação de cada cláusula. A reserva do possível será aplicada como argumento justificador quando o Estado tiver que regredir em relação ao fornecimento de determinada prestação *não considerada essencial*, e em *específicas e restritas hipóteses*. Tal se daria, por exemplo, quando necessário proceder à suspensão do repasse de verbas a museus, restringindo o acesso ao direito fundamental à cultura, ou quando tiverem de ser interditados centros desportivos, para manutenção ou construção de outros, cerceando o acesso ao

⁵⁰⁸ Fonte: www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza.

⁵⁰⁹ *Ibidem*.

direito fundamental ao lazer. Cuidam-se, aqui, de *relações de duração*, sem pretensão de perenidade no tempo, e é o exemplo da Corte italiana. Já a cláusula da vedação ao retrocesso será argüida mais além, quando a atuação estatal regressiva, como que em uma atividade contínua, ultrapassar os fundamentos da reserva do possível (impossibilidade econômica, política e jurídica) e alcançar o núcleo essencial do direito fundamental em questão. Ou seja, a reserva do possível permite uma atuação regressiva do poder público, desde que se mostre efetivamente proporcional e útil a uma melhor distribuição dos recursos escassos para o efetivo atendimento das necessidades vigentes. Porém, nos termos colocados por Ingo Sarlet, a necessidade de haver um retrocesso social impõe, paralelamente, que sejam ponderados a restrição a ser realizada, e o bem jurídico que se visa proteger. Desse modo, tem-se que a reserva do possível também pode atuar “para trás”, autorizando uma ação regressiva; contudo, não poderá servir de justificativa para que a intervenção restritiva viole prestações materiais já existentes, assecuratórias do mínimo existencial, garantidoras da realização do postulado da dignidade humana. Logo, a regressividade com fundamento na reserva do possível poderá ocorrer, mas alcançará um limite, e neste limite reside a vedação de retrocesso.⁵¹⁰

A vedação ao retrocesso, portanto, configura limite à incidência da reserva do possível na medida em que, embora presentes limitações de razão econômica, política ou jurídica, o Estado não poderá deixar de fornecer prestações, sob o fundamento da reserva orçamentária, quando atingido o limiar em que a proteção dos direitos não pode retroceder. A medida retrocessiva não poderá violar o princípio da vedação ao retrocesso, ao suprimir o conteúdo essencial do direito fundamental em questão, o que equivale a suprimir as prestações materiais

⁵¹⁰ Muito embora refira que a cláusula da reserva do possível, tal qual colocada nas decisões em comento, bem da verdade denota a idéia de não reversibilidade, parece que, mais adiante, Cristina Queiroz reconhece a distinção entre a reserva do possível e a vedação ao retrocesso social: “Mas haverá aí fundamentalmente que distinguir entre uma ‘reversibilidade fática’, relativa a recessões e crises econômicas, da ‘proibição de retrocesso social’, propriamente dito, isto é, a reversibilidade dos ‘direitos adquiridos’ como ocorre, v. g., quando se reduzem os créditos da segurança social, o subsídio desemprego ou as prestações de saúde.” (O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais, p. 74)

indispensáveis à garantia da dignidade da pessoa.⁵¹¹ Adotar tal posicionamento não fere a liberdade de conformação do legislador, que, como bem observa Ingo Sarlet, “nunca foi e nem poderia ser ilimitada no contexto de um Estado constitucional de Direito”⁵¹²

3.3 Democracia e reserva do possível: possibilidades

3.3.1 Os papéis do legislador e do administrador: uma escolha política

Tendo como ponto de partida esta tarefa concretizadora que se entende atribuída aos juízes, surge o questionamento acerca da legitimidade do Poder Judiciário para pronunciar-se sobre questões cuja competência constitucional seja dos Poderes Legislativo e Executivo, notadamente no que tange à alocação de recursos públicos. É que legisladores e administradores, em razão de serem democraticamente eleitos pelo povo, seriam investidos de legitimidade para decidir pela destinação dos bens escassos, afinal, foram escolhidos, pela maioria popular, para representar os interesses da coletividade (e a universalidade do alcance dos direitos fundamentais sociais está inserida neste campo dos anseios da generalidade). E esta legitimidade democrática faltaria aos magistrados, tendo em conta que o juiz, de acordo com tal raciocínio, não representaria a vontade da maioria popular,⁵¹³ além do fato de gerar incongruência entre quem financia os serviços e quem acaba estabelecendo as prioridades.⁵¹⁴ Faltaria, também,

⁵¹¹ SARLET, **Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica...**, p. 363.

⁵¹² *Ibidem*, *idem*.

⁵¹³ Para García de Enterría, a questão da falta de legitimidade democrática da jurisdição constitucional não é relevante, pois os juízes possuem, sim, legitimidade, a qual é extraída da própria Constituição. Segundo o autor, o que não seria admissível é um governo de juízes, pois o Poder Judiciário não estaria estruturado e nem teria competência para governar, mas tão-só para dar efetividade ao Direito: “um governo de juízes como alternativa ao sistema democrático de governo seria, simplesmente, uma catástrofe, e não apenas pelo possível argumento de que os juízes não tenham sido designados por eleição do povo, que é um argumento impróprio (os juízes têm a legitimidade do Direito que são chamados a aplicar; sua independência é a expressão mesma da objetividade deste Direito; nada acrescentaria à sua função uma designação eletiva, que mais colocaria em risco este valor essencial de sua função, que é a independência, e, desde logo, o da competência, também exigência desta mesma independência) (...)”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administracion**. 4. ed. Madrid: Civitas, 1998. p. 34.

⁵¹⁴ SCAFF, **Sentenças aditivas...**, p. 170.

habilidade técnica e pessoal especializado ao juiz e ao Judiciário para lidar com questões que envolvem a administração de recursos escassos.⁵¹⁵ Além disso, as decisões concessivas da tutela pleiteada poderiam acabar retirando recursos de outras prioridades.⁵¹⁶ Finalmente, há o argumento da necessidade de preservação do princípio da separação de poderes.⁵¹⁷

Neste ponto, entende-se pela possibilidade do argumento da reserva do possível, por conta de sua deferência em relação às escolhas políticas. No que diz respeito ao legislador, a cláusula seria válida por relevar a escolha legislativa pela destinação dos recursos escassos para uma área, em lugar de outra. Dá-se privilégio à opção legislativa não só por conta do argumento democrático, mas, também e em grande medida, por entender-se que o legislador é mais bem aparelhado para identificar quais são os setores que carecem de investimento, e incorporar tais necessidades no orçamento, reservando-lhe uma dotação. Ainda, há a competência constitucional atribuída aos órgãos legislativos para a composição do orçamento. É o princípio da reserva de lei orçamentária, assim definido por Ricardo Lobo Torres:

O subprincípio da reserva de lei significa que apenas a lei formal pode aprovar os orçamentos e os créditos especiais e suplementares. Tem por objetivo a segurança dos direitos fundamentais e o controle político da Administração. O art. 167, em seus itens, cuida exaustivamente da matéria sujeita ao princípio da reserva de lei.⁵¹⁸

A reserva orçamentária permite acolher o argumento da reserva do possível na medida em que dela depende a satisfação das necessidades sociais, ou

⁵¹⁵ Cf. TIMM, ob. cit., p. 64.

⁵¹⁶ AMARAL, **Há direitos acima do orçamento?**, p. 105.

⁵¹⁷ “...Não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevailecimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu...” (AI 42.530-5/4, TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Alves Bevilacqua, julgado em 11 nov. 1997.)

⁵¹⁸ TORRES, **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**, p. 313.

seja, “da arrecadação dos ingressos previstos nos planos anuais e plurianuais.”⁵¹⁹ O fornecimento das prestações de educação, saúde, seguridade e transportes depende da receita fiscal e patrimonial, sendo que a redistribuição desta renda será feita através do planejamento, consubstanciado no plano plurianual, na lei de diretrizes orçamentárias ou na lei orçamentária anual.⁵²⁰ A atividade administrativa dependerá da realização da receita orçamentária resultante da atividade legislativa, pois a realização de políticas públicas satisfadoras das necessidades sociais depende do dispêndio de dinheiro.

Após a formalização do limite de gastos, cabe ao administrador promover a execução do orçamento, realizando as tarefas constitucionalmente determinadas, através de políticas públicas.⁵²¹ A prestação estatal que dará cumprimento aos direitos fundamentais sociais será veiculada por políticas públicas, através do manejo, pela Administração, dos meios colocados à disposição do Estado, “de forma a harmonizar as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”⁵²² Desse modo, defende-se que a implementação de direitos fundamentais sociais seria tarefa reservada constitucionalmente ao administrador, mediante a aplicação dos recursos especificamente destinados nas rubricas orçamentárias. Trata-se de uma questão de competências que não poderia ser ignorada pelo Judiciário.⁵²³

⁵¹⁹ TORRES, **Tratado...**, p. 79.

⁵²⁰ TORRES, **Tratado...**, p. 77-78.

⁵²¹ O conceito de política pública utilizado aqui é amplo, pois envolve, inclusive, o de serviços públicos, na medida em que “contempla também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes privados.” Cf. BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea**. Dissertação de mestrado. Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2006. p. 190.

⁵²² BREUS, ob. cit., p. 191.

⁵²³ Nesse sentido, ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

A satisfação dos direitos assegurados constitucionalmente é o fundamento mesmo das políticas públicas⁵²⁴, o que não lhe retira a nota de progressividade na sua implementação. Conceber os direitos sociais enquanto direitos de satisfação progressiva significa considerar a discricionariedade administrativa quanto à oportunidade e conveniência para sua efetividade. É o administrador quem elegerá as prioridades nos gastos públicos. Eis o posicionamento de Luciano Timm a respeito:

De modo que as políticas públicas devem ser conduzidas em regra pelo Poder Executivo, tendo em conta o lastro tributário instituído pela via fiscal. É ela que decidirá se o melhor será a instituição de bolsas família, investimento em educação, etc. (...) [Este] é o modo mais democrático, pois as escolhas de emprego dos recursos escassos obtidos dos agentes privados serão alocados para aquelas necessidades sociais prioritárias, não aos olhos de uma pessoa (juiz, promotor, governante), mas aos olhos da sociedade que votou naqueles representantes que estão conduzindo as políticas públicas.⁵²⁵

Nessa linha, o autor continua afirmando que “A realidade orçamentária não pode ser considerada uma peça de ficção,”⁵²⁶ defendendo que a melhor maneira de o Estado cumprir o papel que lhe foi atribuído pela Constituição é através de políticas públicas, pautadas sobre a realização de gastos mais eficientes, atingindo o maior número possível de pessoas,⁵²⁷ e não por meio do ativismo judicial.

Para Gustavo Amaral, resgatando a idéia de que a peça orçamentária deve ser levada a sério, registra que o controle da sociedade sobre a eficiência e transparência das decisões políticas alocativas de recursos é deveras relevante para que se identifique na política pública a realização do fim a que se destina, que é a satisfação dos direitos fundamentais. Cita como exemplo os

⁵²⁴ Como sintetizado por Gilberto Bercovici: “O próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando a harmonizando todas as demais. O desenvolvimento econômico e social, com a eliminação das desigualdades, pode ser considerado como a síntese dos objetivos históricos nacionais.” BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e dirigismo Constitucional. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba, ano 2003, vol. 4. p. 174.

⁵²⁵ TIMM, ob. cit., p. 64.

⁵²⁶ Ibidem, p. 65.

⁵²⁷ Ibidem, p. 67.

investimentos realizados pelo Governo na quebra de patentes, observando que esta política se deu apenas em relação aos remédios de quem pode por eles pagar. Para as doenças “negligenciadas”, segundo Amaral, não há pesquisa, logo, não há medicamentos genéricos. Questiona, ademais, de onde viriam os recursos para arcar com os custos das medidas impostas judicialmente aos Estados, para atendimento dos pedidos ligados à saúde.⁵²⁸

Fernando Facury Scaff reforça o entendimento de que é por meio do sistema orçamentário que serão definidas as prioridades a serem implementadas em “curto e médio prazo” (pois os objetivos de longo prazo estão previstos na Constituição). À discricionariedade legislativa soma-se a discricionariedade administrativa, que realizará os gastos públicos na forma e nos limites fixados em lei. Defende que o Judiciário não pode substituir-se aos demais poderes, nem quando encontre diante de si situações difíceis, e que causem grande comoção social. Nesse caminho, Scaff afirma que:

Proferir sentenças aditivas sob o impacto da pressão dos fatos, mesmo que dos fatos sociais mais tristes, como a possibilidade de perda de uma vida ou de falta de recursos para a compra de remédios, não é papel do Judiciário. Este não cria dinheiro, ele redistribui o dinheiro que possuía outras destinações estabelecidas pelo Legislativo e cumpridas pelo Executivo – é o “Limite do Orçamento”, de que falam os economistas, ou a “Reserva do Possível” dos juristas.⁵²⁹

Flávio Galdino defende a tese de que a satisfação de direitos de liberdade, assim como de direitos sociais, não está imune ao dispêndio de recursos públicos, pelo que os custos dos direitos passam a integrar a estrutura normativa do direito fundamental, restringindo-lhes a sindicabilidade.⁵³⁰ O autor coloca que a realidade fática dos custos na implementação de direitos não pode ser ignorada, de modo que somente será reconhecido um direito subjetivo quando houver disponibilidade orçamentária⁵³¹, nunca aprioristicamente. Daí ser necessário, segundo Galdino, buscar um *conceito pragmático de direito fundamental*: “só se

⁵²⁸ AMARAL, **Há direitos acima...**, p. 104-105.

⁵²⁹ SCAFF, **Sentenças aditivas...**, p. 171.

⁵³⁰ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 143.

⁵³¹ GALDINO, ob. cit., p. 343, nota 40.

reconhecerá um *alegado direito subjetivo* como sendo um direito subjetivo fundamental, quando, dentre outras condições, houver possibilidade real de torná-lo efetivo, ou seja, quando a análise dos respectivos custos e benefícios autorizar o reconhecimento do direito em questão.”⁵³²

Finalmente, Gustavo Amaral afirma que, por conta da sobreposição do Judiciário acima daqueles que efetivamente foram eleitos por um processo democrático, no caso, os membros dos Poderes Legislativo e Executivo, estar-se-ia diante de uma “sobrevalorização dos meios judiciais de controle e uma subvalorização dos meios não judiciais, como a opinião pública, as manifestações populares e, principalmente, o voto.”⁵³³, confirmando, portanto, a ilegitimidade dos julgadores para disporem sobre os recursos públicos, quando instados a se manifestarem sobre as decisões alocativas realizadas pelas autoridades públicas.

Amaral argumenta, ainda, que não se pode colocar os direitos subjetivos como direitos absolutos, tendo em vista que a escassez de recursos existe, e que não é possível atender a todos. O autor ilustra seu entendimento colocando que as questões individuais trazidas à análise do Judiciário, como, por exemplo, a pretensão de se “furar” fila para transplante de determinado órgão, em razão de urgência da necessidade, são casos concretos isolados, que resolvem apenas um problema individual, sem, no entanto, atender a todos que estão ou possam vir a estar em igual situação. Assim, estaria sendo realizada apenas uma microjustiça, a justiça do caso concreto.⁵³⁴ A macrojustiça somente poderia ser realizada pelos poderes constituídos, na medida em que estes não necessitam de impulso particular para efetivar os direitos fundamentais sociais expressados na Constituição, e poderiam garantir a amplitude generalizada das duas escolhas, por meio das políticas públicas.⁵³⁵ Diante disso, aponta o autor para um conflito entre microjustiça e macrojustiça, pois aquela ofende o princípio da isonomia,

⁵³² Ibidem, idem.

⁵³³ AMARAL, **Direito, escassez e escolha**, p. 22.

⁵³⁴ Ibidem, idem.

⁵³⁵ Cf. OLSEN, ob. cit., p. 308-309.

posto que “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar”.⁵³⁶

O exemplo da fila para doação de órgãos é um dos mais delicados quando se trata da escassez de recursos para atender a todos que deles necessitem. É que se parte do pressuposto de que a fila existe porque não há órgãos suficientes para atender a todos. Trata-se de uma escassez natural, nos termos do quanto apontado anteriormente. Assim, todos aqueles que aguardam na fila de transplantes teriam o mesmo direito ao órgão em questão, e seria ofensivo aos princípios da isonomia e da universalidade dos direitos fundamentais sociais garantir a preferência ao órgão para a pessoa que logrou obter uma liminar que lhe foi favorável, porque teve a idéia ou a oportunidade de recorrer ao juízo para realizar seu transplante. Isso traria, ainda, dificuldades de ordem orçamentária para o planejamento a médio e longo prazo para a aprovação das políticas públicas elaboradas pelos poderes constituídos.

Esse é o entendimento trazido por José Reinaldo de Lima Lopes. Seguem as palavras do autor:

Além disso, a prestação do serviço depende da real existência de meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço, o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial a abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social.⁵³⁷

Diante dessa problemática transferida para o Judiciário, no sentido deste ser compelido a resolver se dará ou não a prestação deduzida em juízo, e, para tanto, acabar, no entender de Amaral, interferindo na esfera discricionária dos poderes constituídos, estes sim competentes para lidar com os recursos escassos, é que o autor propõe uma metodologia específica para a tomada de decisões

⁵³⁶ Ibidem, p. 38-39.

⁵³⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo [org]. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998. p.131.

judiciais nesses casos que implicam em escolhas trágicas, sem que haja a ingerência ilegítima de uma esfera de poder na outra.

Para tanto, Amaral começa sustentando a necessidade de um grande esforço interpretativo por parte do aplicador na norma constitucional.⁵³⁸ O autor coloca que o intérprete deve pressupor tanto a real limitação de recursos, quanto que a decisão alocativa tomada pelo Estado é legítima. Isso porque o atendimento das necessidades depende de uma gama de diversos fatores, e apenas o Legislativo e o Executivo estariam aparelhados para desempenhar tal tarefa, através das leis orçamentárias e das políticas públicas:

...Não há um critério único que possa ser empregado para todas as decisões a serem tomadas. Há, sim, um leque de critérios e considerações que podem ser utilizados e combinados entre si. Essa característica dá à decisão teor nitidamente discricionário e político, devendo ser sindicável enquanto decisão política. O controle político se dá pelo *voto popular* e pela atuação da sociedade civil organizada.

Ora, o Judiciário é construído pela Constituição com garantias para que julgue o justo independentemente de pressões. [...]

Além de questões de essência, há empecilhos funcionais que não recomendam a atuação destacada do Judiciário. Todo o modo de funcionar da judicatura, a iniciativa por provocação, o impulso oficial, a linearidade do procedimento e as regras de preclusão não constituem procedimentos apropriados para lidar com a dinâmica das decisões alocativas. Tais decisões são sempre mutáveis em função da evolução dos fatos, do conhecimento que deles se tenha e da percepção aí advinda.⁵³⁹

O autor defende, destarte, a tese de que, diante de um caso concreto de atendimento da pretensão oriunda de uma norma de direito fundamental social, o juiz deve analisar apenas a conduta adotada pelos poderes constituídos, e não a subsunção fato-norma, quer dizer, a simples adequação do demandante na condição de destinatário da norma constitucional. Assim, caberia ao magistrado, primeiramente, “projetar o conteúdo da pretensão positiva em que está investido o particular”, para depois “contrastando o teor dessa pretensão com a realidade fática, verificar se há violação *potencial*. Havendo a violação potencial, cabe ao

⁵³⁸“através da interpretação é possível superar diversos conflitos entre normas”. Isso porque “a superação da tensão entre pretensões positivas deve principiar pela interpretação das normas que geram tais pretensões”. AMARAL, **Direito, escassez & escolha**, p.189.

⁵³⁹ Ibidem, p. 206-207.

magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal.”⁵⁴⁰

Ou seja, haveria dois momentos de interpretação no caso concreto: no primeiro, o julgador projetaria a pretensão do demandante na realidade fática, para averiguar se a conduta comissiva ou omissiva do Estado violaria, em potencial, o direito constitucionalmente assegurado. Em caso negativo, a decisão estatal seria legítima. Em caso positivo, chegar-se-ia a um segundo momento interpretativo, onde o julgador deveria ponderar a essencialidade da pretensão pleiteada, e a excepcionalidade da situação, que desse preferência ao atendimento do demandante em relação aos demais. E o grau de essencialidade deveria ser sempre maior que o de excepcionalidade, pois a essencialidade está ligada à necessidade, que é amplamente variável entre as pessoas. Assim, presentes essas duas variáveis, a decisão estatal seria afastada, e a prestação, entregue. Caso contrário, a decisão política seria legítima.⁵⁴¹

Em conclusão, Amaral acredita que a atuação do juiz não tocaria o mérito da decisão política, “com o Judiciário guardando-se para o controle não do conteúdo, mas da forma e de eventuais excessos.”⁵⁴²

3.3.2 Os princípios da eficiência, universalidade e progressividade na realização dos direitos sociais

A eficiência, originariamente, trata de beneficiar alguém sem, minimamente, prejudicar outrem.⁵⁴³ Foi alçada expressamente a princípio

⁵⁴⁰ Ibidem, p. 208.

⁵⁴¹ Ibidem, p. 210-217.

⁵⁴² Ibidem, p. 217.

⁵⁴³ Vasco Rodrigues anota que a Economia procura valer-se de instrumentos teóricos que proporcionem uma solução eficiente para a composição entre a demanda e os recursos disponíveis para seu atendimento, sem que esta decisão seja influenciada pelas convicções pessoais do julgador. Segundo o autor, os conceitos que mais se aproximam desse desiderato são os de *melhoria de Pareto* e de *ótimo de Pareto* (ou, este último, também *Pareto-eficiente*), que variam desde beneficiar pelo menos uma pessoa até o maior número possível de pessoas, tendo em comum trazer o mínimo de prejuízo a outrem. No entanto, mais adiante, alerta o autor

constitucional pela primeira vez através da Emenda Constitucional n.º 19/98, tendo sido acrescentada ao *caput* do art. 37 da Constituição brasileira. Embora amplamente concebida como princípio reitor da atuação administrativa⁵⁴⁴, também é reconhecida no âmbito jurisdicional; em outras palavras, impõe-se sobre a atuação de todo servidor público, o que foi consagrado por meio da Emenda Constitucional n.º 45/2004, quando acrescentou ao rol de direitos e deveres individuais e coletivos o inciso LXXVIII, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.⁵⁴⁵

No que concerne à eficiência enquanto elemento que legitima o argumento da reserva do possível, interessa a sua ocorrência no campo da Administração Pública. Nesse caminho, a eficiência pode ser concebida como o melhor exercício das tarefas de interesse coletivo, visando a sua maior realização prática, com o menor ônus, seja financeiramente, para o Estado, seja para a liberdade dos cidadãos.⁵⁴⁶ “O *princípio da eficiência*”, ensina Hely Lopes Meirelles, “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”⁵⁴⁷, sendo que o autor refere-se à eficiência enquanto *dever* da Administração, e não mero princípio a ser observado.⁵⁴⁸ Guarda relação com o aspecto econômico do agir estatal, no sentido de que a escolha política deve

que “Como as circunstâncias em que é possível beneficiar alguém sem minimamente prejudicar outrem são raras, os conceitos de Pareto não são particularmente relevantes. A solução normalmente utilizada pelos economistas para ultrapassar esta dificuldade é recorrer a alguma forma do chamado *princípio da compensação*.” (**Análise económica do direito**, p. 26-29).

⁵⁴⁴ Sem que tal configure qualquer redundância, por eventualmente entender-se a eficiência como intrínseca ao agir administrativo. Cf. FRASCATI, Jacqueline Sophie Perito Guhur. O princípio da eficiência como valor apto a contribuir para a eficácia dos direitos sociais a prestações concretizadas: análise das funções do princípio da eficiência nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. *In: Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n.º 9, p. 227-278, jan./mar. 2006, p. 228.

⁵⁴⁵ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 96-97.

⁵⁴⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. *In: Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 237, jul./set. 2004, p. 1.

⁵⁴⁷ Ob. cit., p. 96.

⁵⁴⁸ O poder administrativo de agir é atribuído constitucionalmente à autoridade para que remova os interesses particulares que se oponham ao interesse público. E daí o poder, no Direito Público, e diferentemente do que ocorre no Direito Privado, não constituir-se em *faculdade*, mas sim em *dever* de agir do agente público. O dever de eficiência, conforme antes apontado, viria do dever do Poder público em promover uma razoável duração do processo, conforme impõe o art. 5.º, LXXVIII da Constituição Federal (Cf. MEIRELLES, ob. cit., p. 106-107).

pautar-se pela melhor relação custo/benefício, mas não exclusivamente. Há outros conceitos correlatos à eficiência, como a eficácia, a efetividade, a racionalização, a produtividade e a celeridade.⁵⁴⁹ É uma faceta de princípio mais amplo, o da *boa administração pública*.⁵⁵⁰

A concepção de eficiência pode ser considerada *ampla*, característica do Estado *pós-moderno*, porque decorrente do condicionamento entre duas idéias-força desse novo modelo de Estado: a *competição* e a *eficiência*.⁵⁵¹ Dentro desse contexto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto explica:

Observe-se, porém: não mais uma *competição entre Estados*, adscrita à *eficiência bélica* e à dominação de mercados coloniais, outrora tão importantes na era das grandes potências, mas, distintamente, uma *competição entre sociedades*, muito mais voltada à *eficiência econômica*, coadjuvada pela *eficiência política* da atuação estatal nas relações internas e externas, bilaterais e multilaterais, a *eficiência administrativa*, na execução das políticas públicas e, ainda, sob outro ângulo, até mesmo uma qualificada *eficiência social*, que consiste em eliminar a exclusão econômica e em resguardar e em promover a qualidade dos bens e serviços, sejam públicos ou privados.⁵⁵²

A escolha do meio adequado para a realização do fim almejado pela norma é o que permite visualizar o agir eficiente da Administração Pública. Em outras palavras, será eficiente a decisão estatal que optar pelo meio que realize o fim almejado pela norma da maneira mais célere, menos onerosa, e mais eficaz em relação aos fins pretendidos, sem descurar da legalidade, pois a eficiência não poderá servir de justificativa para uma atuação à margem da lei.⁵⁵³ Nas palavras de Vladimir França, “Há respeito à eficiência quando a ação administrativa

⁵⁴⁹ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 100.

⁵⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 122-123.

⁵⁵¹ De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no Estado pós-moderno, a *competição* não é travada entre Estados, com fins belicosos, mas entre sociedades, e este conceito de eficiência aplica-se às sociedades em parceria com o Estado. Daí defender-se que a satisfação das necessidades humanas dependerá não apenas da exclusiva atuação estatal, mas de particulares também. Surge, então, o novo papel do Estado na economia, que deixa de ser *conformativo do mercado* (“próprio das regulamentações diretas e indiretas”) e *substitutivo do mercado* (“próprio das intervenções concorrenciais e monopolísticas”), vindo a tornar-se *regulador do mercado, alocador de recursos, parceiro econômico e fomentador econômico*. Cf. MOREIRA NETO, **O Novo Papel do Estado na Economia**, p. 106-107.

⁵⁵² Ibidem, idem.

⁵⁵³ BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 122.

atinge materialmente os seus fins lícitos, e por vias lícitas.”⁵⁵⁴ Nesse contexto, Alexandre de Aragão observa que essa concepção de eficiência traz uma mudança em relação à idéia de legalidade, que deixa de imprimir legitimidade aos atos administrativos apenas pelo critério da instrumentalidade (observância da *forma*) para fazê-lo, também, pelo critério finalístico (observância do conteúdo *material* da norma). Ou seja, é o resultado prático alcançado que legitima a atuação estatal, dizendo qual das formas de realização do objeto normativo é a melhor.⁵⁵⁵ Nessa linha, surgem discursos constitucionais que, inclusive, preferem o termo *eficácia* em relação ao termo *eficiência*, por significar o “cumprimento dos objetivos e princípios superiores que devem reger as relações internas e externas da administração pública.”⁵⁵⁶

Segundo Aragão, não se quer mais, tão-somente, respeitar a lei, mas, igualmente, diminuir o desemprego, promover o crescimento econômico.⁵⁵⁷ Não há uma mitigação da legalidade, mas se lhe atribui uma nova lógica: a da legalidade finalística e material.⁵⁵⁸ Prestigiam-se os objetivos em face da instrumentalidade, traçando uma “espécie de hierarquia imprópria.” Essa concepção de eficiência denota a ampla relação que o princípio guarda com o poder de discricionariedade administrativa:

Não se trata de descumprir a lei, mas apenas de, no processo de sua aplicação, prestigiar os seus objetivos maiores em relação à observância pura e simples de suas regras, cuja aplicação pode, em alguns casos concretos, se revelar antitética àqueles. Há uma espécie de hierarquia imprópria entre as meras regras contidas nas leis e os seus objetivos, de forma que a aplicação daquelas só se legitima enquanto constituir meio adequado à realização destes.⁵⁵⁹

Nesse sentido, tem-se que não é possível conceber um agir eficiente sem admitir a idéia de discricionariedade.⁵⁶⁰ De acordo com Jacqueline Frascati, apenas há sentido de falar em eficiência no âmbito do poder discricionário, pois somente se pode exigir a escolha do meio mais adequado quando esta escolha

⁵⁵⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *In: Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 220, abr./jun. 2000, p.165-177.

⁵⁵⁵ Ob. cit., p. 2.

⁵⁵⁶ FREITAS, *Discricionariedade administrativa...*, p. 68-69, nota 28.

⁵⁵⁷ ARAGÃO, ob. cit., p. 3.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, *idem*.

⁵⁵⁹ ARAGÃO, ob. cit., p. 5.

⁵⁶⁰ FRASCATI, ob. cit., p. 252.

realmente puder ser feita, e não estiver previamente determinada em lei.⁵⁶¹ Os critérios que nortearão a escolha política (interesse público, eficiência, razoabilidade) são conceitos abertos e de pouca objetividade, mas nem por isso poderão decorrer de mera convicção pessoal do agente, e sim da experiência da coletividade, que entende o que é mais adequado para si.⁵⁶² Assim, defende a autora que a discricionariedade não deve ser vista como um mal em si, de modo que mais proveitoso do que laborar pela vinculação do ato administrativo é partir para o controle sobre a razoabilidade e a justificabilidade das decisões.⁵⁶³

No que concerne à realização dos direitos fundamentais, e em especial dos direitos sociais, por conta de sua expressividade econômica, a eficiência ganha relevo por ser mecanismo cujo manejo adequado possibilita que os direitos assegurados constitucionalmente a todos tenham seu acesso universalizado. De acordo com Jacqueline Frascati, a eficiência é um meio idôneo para a satisfação dos direitos sociais sob três aspectos: *i*) impõe à Administração o dever de adequação dos meios empregados para a realização dos fins almejados; *ii*) habilita à Administração que escolha criativamente o meio que entender mais adequado, fazendo uso da discricionariedade; e, *iii*) a eficiência seria um critério a ser utilizado para controle jurisdicional sobre as escolhas estatais, orientadas à realização de direitos sociais já regulamentados por lei.⁵⁶⁴

Em se tratando de uma Constituição *welfarista*, como a brasileira de 1988, compromissária com a satisfação das necessidades humanas pelo Estado, defende-se que a melhor forma de cumprimento das obrigações veiculadas através dos direitos sociais é aquela que se apresentar a mais eficiente. Este é o posicionamento de Luciano Timm, para quem a melhor promoção e implementação de direitos sociais somente pode ficar a cargo do Executivo e do Legislativo, sendo que qualquer controle judicial nesta área deve ser realizado

⁵⁶¹ Ibidem, p. 252-253.

⁵⁶² Ibidem, p. 250.

⁵⁶³ Ibidem, p. 257.

⁵⁶⁴ Ibidem, p. 229. Ainda, a autora considera, para os fins de seu estudo, apenas os direitos sociais já regulamentados, por considerar que aqueles que ainda não o foram trazem consigo uma discussão precedente, que é a sua eficácia jurídica, e daí, pois, tratar da eficiência apenas no agir do administrador público. (Ob. cit., p. 237-238).

sobre as políticas públicas, apenas (via controle do orçamento⁵⁶⁵, pela atuação do Ministério Público). Para o autor, o serviço público (prestado diretamente pelo Estado ou mediante concessão) é a melhor forma de realização dos direitos fundamentais sociais.⁵⁶⁶

Nesse sentido, a eficiência surge como uma opção democrática de realização dos direitos fundamentais sociais, aliada aos princípios da universalidade e da progressividade na satisfação daqueles direitos, admitindo-se, pois, que sua efetiva aplicabilidade legitime o argumento da reserva do possível. A administração eficiente dos recursos escassos seria um argumento forte em favor da reserva do possível, pois a ação política – leia-se, dos representantes eleitos – eficiente seria a pedra de toque para a maximização dos bens limitados. Uma política pública eficiente é capaz de estender a fruição dos recursos públicos para um número muito maior de destinatários, com muito mais eficácia. A correta aplicação das riquezas públicas, de forma transparente, com o uso de instrumentos de participação dos cidadãos interessados na política pública a ser executada, evitará o desperdício de recursos escassos, centralizando a sua destinação de maneira objetiva aos setores que exigem prioridade.⁵⁶⁷

O bom aproveitamento dos recursos escassos conduz à maximização de sua distribuição, permitindo ao Estado legitimamente afirmar já ter feito tudo que estivesse a seu alcance para a satisfação de direitos, sem que lhe pudesse ser exigida qualquer atuação a maior. Somente uma aplicação rigorosamente eficiente (no mais amplo sentido: eficaz, racional, célere, produtiva) dos recursos públicos daria verdadeiro cumprimento aos deveres constitucionalmente impostos ao Estado para com os postulados do Estado Democrático de Direito. Esta seria uma oportunidade correta para o argumento da reserva do possível, tal

⁵⁶⁵ José Reinaldo de Lima Lopes assevera que o controle sobre a lei orçamentária, que deve ser elaborada a partir de critérios constitucionalmente definidos, mostra-se deveras mais transparente e simples, além de trazer a vantagem de minimizar os tratamentos desiguais (Ob. cit., p. 191).

⁵⁶⁶ TIMM, ob. cit., p. 62-63.

⁵⁶⁷ No ponto, Juarez Freitas anota que a discricionariedade administrativa encontra limite na legitimidade democrática, na medida em que o princípio da participação integra o conceito de direito fundamental à boa administração pública. (**Discricionariedade administrativa...**, p. 43.)

qual originariamente concebido, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir do Estado.

Outro princípio assegurado constitucionalmente, capaz de possibilitar a cláusula da reserva do possível é a universalidade na prestação dos direitos fundamentais sociais.

O princípio da universalidade, no âmbito dos direitos fundamentais, e em especial dos direitos sociais, pode ser considerado um desdobramento do princípio da reserva legal,⁵⁶⁸ juntamente ao princípio da generalidade.⁵⁶⁹ Esses princípios exigem, respectivamente, que a lei não exclua, de forma injustificada, a determinadas classes ou grupos de pessoas, e que não esteja dirigida, arbitrariamente, a sujeitos particulares ou determinados.⁵⁷⁰ O favorecimento de grupos particulares somente será admissível quando necessário para a realização do postulado da igualdade⁵⁷¹, como é o caso, por exemplo, das ações afirmativas para minorias discriminadas ou desfavorecidas socialmente. Defende-se que justamente por serem sociais é que os direitos sociais não podem ser implementados individualmente.⁵⁷²

Rodolfo Arango, embora admita a sindicabilidade individual de direitos fundamentais sociais em situações excepcionais, por considerá-los, na esteira de Alexy, feixes de posições jusfundamentais *a priori* (o que o excluiria da análise empreendida neste tópico) adota ampla concepção acerca dos titulares de direitos fundamentais sociais. Com base no argumento de dissolução dos Estados nacionais, e na interdependência econômica de todos os Estados em um mundo globalizado, o autor defende que titulares de direitos fundamentais sociais seriam não apenas grupos de pessoas ou cidadãos considerados dentro de uma nacionalidade, e sim *todos* considerados em um nível mundial. Alega que, se os

⁵⁶⁸ Reserva *legal* no sentido de que a tutela do direito depende da existência de norma prévia para a sua realização, e não reserva *de lei*, o que seria a existência de âmbito normativo reservado ao domínio exclusivo ou privativo da lei.

⁵⁶⁹ PISARELLO, **Los derechos sociales y sus garantías...**, p. 118.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, *idem*.

⁵⁷¹ Trata-se do *conteúdo social do princípio isonômico*, que objetiva evitar restrições aos particulares – ou grupos – no exercício da oportunidade de acesso ao sistema prestacional já existente. (SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 321)

⁵⁷² TIMM, *ob. cit.*, p. 66; SCAFF, **Sentenças aditivas...**, p. 153.

pactos internacionais consideram os direitos fundamentais como direitos humanos, a sua titularidade deve ser estendida a todos em escala mundial. Toma como exemplo decisão tomada pela Corte Suprema suíça, que reconheceu, em sentença proferida em 29 de setembro de 1995, um direito fundamental inominado de todos a que seja assegurada sua existência. Na decisão, a Corte registrou que “se um direito fundamental está justificado como direito humano, ele corresponde tanto a suíços como a estrangeiros”, tendo acrescentado que “A vigência pessoal de um direito fundamental ao mínimo existencial não está limitada a cidadãos suíços; abarca também estrangeiros, independentemente de qual seja seu estatuto jurídico de residência.”⁵⁷³

No entanto, por mais que se concorde com o caráter universal dos direitos prestacionais, admite-se a sua sindicabilidade. Tratando dos direitos derivados a prestações⁵⁷⁴, Ingo Sarlet anota que a obstrução injustificada do acesso isonômico a tais direitos pode ensejar direito subjetivo derivado à prestação. Ou seja, a atividade legislativa que arbitrariamente impedisse o particular do exercício de determinado direito seria causa para a propositura de demanda que exigisse, judicialmente, fosse impedido o tratamento discriminatório, e viabilizado o acesso à prestação pretendida.⁵⁷⁵ Nesse caminho, contudo, anota observação da doutrina alemã no sentido de que a reserva do possível assumiria relevo no âmbito do acesso isonômico – e, desde logo, universal – a tais direitos, pois “não haveria como se contornar o limite fático representado pelo esgotamento dos recursos ou da capacidade das instituições existentes.”⁵⁷⁶ Assim, não haveria ofensa ao princípio da isonomia quando a atuação estatal fosse restrita aos recursos disponíveis.

De qualquer sorte, a pretensão de universalidade dos direitos fundamentais sociais faz com que sua exigibilidade judicial seja deveras restringida. O acesso universal preconizado para aqueles direitos privilegia a sua sindicabilidade de maneira coletiva, e não individual. Quando a Constituição assegura que direitos

⁵⁷³ ARANGO, ob. cit., p. 68-69.

⁵⁷⁴ Seriam os direitos sociais já regulamentados por atividade do legislador.

⁵⁷⁵ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 319-320.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 323.

sociais são direitos de todos, deles não exclui aqueles que não tiverem oportunidade de exigí-los judicialmente. Por isso, a exigibilidade coletiva de direitos é favorável ao seu acesso universal, e também o é para o argumento de otimização e maximização dos recursos escassos, que é um dos objetivos da atuação estatal dentro da reserva do possível.

Finalmente, a progressividade. O planejamento econômico é crucial para a satisfação de necessidades humanas num contexto de escassez de recursos. A realização de políticas públicas exige sejam traçados projetos que levem em conta a demanda social por um determinado bem, e os recursos de que se dispõe para assegurá-los aos cidadãos. Uma vez que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais sociais abrange, em maior ou menor medida, bens jurídicos essenciais ao exercício da cidadania, recebem prioridade na formulação de políticas públicas. Porém, não poderão ter sua satisfação maximizada concomitantemente, ao mesmo tempo.

Daí falar-se que os direitos fundamentais, e em especial os direitos sociais, pela relevância de seu aspecto econômico, são *direitos de satisfação progressiva*. A afirmação de que são direitos de satisfação progressiva é legítima porque acompanha a realidade da limitação de recursos em relação às necessidades subjetivas. A concretização dos direitos fundamentais sociais depende do progresso alcançado no âmbito social, no sentido de que, quanto mais pobre o país, mais presente será esse princípio da progressividade, porque menos recursos haverá para atender às mais numerosas e primárias necessidades. Daí o argumento da reserva do possível ser recorrentemente afastado na jurisprudência brasileira, ao contrário do que em países de desenvolvimento avançado. O princípio da progressividade, assegurado enquanto *dever de progressividade* está presente também no art. 26 do Pacto de San Jose da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, e também no Protocolo de San Salvador, art. 1.º

Cristina Queiroz apresenta a progressividade como “graduabilidade” da realização dos direitos fundamentais sociais, e afirma que tal princípio traz três argumentos favoráveis à reserva do possível:

- os direitos fundamentais sociais concretizam um ‘objecto social’ (*Sozialziel*) pelo que fortalecem a ‘força integrativa’ da Constituição;
- os direitos fundamentais sociais concretizam-se em ‘expectativas não realizáveis’;
- como ‘tarefas constitucionais’ (*Verfassungsaufträge*) os direitos fundamentais sociais não se apresentam como ‘direitos a’ (*Rechte auf*), antes como ‘deveres objectivos’ do Estado, não podendo, conseqüentemente, deles derivar nenhuma pretensão subjectiva.⁵⁷⁷

A omissão dos poderes públicos em relação ao dever de vinculação à Constituição não poderá, anote-se, travestir-se do argumento da progressividade da realização dos direitos fundamentais sociais. Progressividade denota a idéia de gradualidade para mais, para maior, progresso mesmo, ascensão da realidade atual para uma realidade melhor, promissora. O *dever de progressividade* resulta da obrigação de respeito à vedação ao retrocesso, no sentido de que não poderão ser adotadas políticas ou medidas que piorem a situação dos direitos sociais alcançada em virtude daquela progressividade.⁵⁷⁸ O Estado tem deveres a cumprir, e a omissão interrompe este processo, sendo incompatível com os objetivos da Constituição Federal de 88.⁵⁷⁹

Paralelamente à satisfação progressiva dos direitos sociais, o cidadão caminha em direção ao *ótimo de participação*; não no sentido de máximo, porque “este é um objetivo constantemente ‘em fuga’”,⁵⁸⁰ e sim no sentido de que a aquisição de bens, serviços e direitos permitirá ao indivíduo alcançar patamares mais altos de inclusão e de participação na sociedade, propiciando aos sujeitos “capacidade de escolha e de decisão, no âmbito de sua própria cultura, bem como condições de acesso aos meios pelos quais essa capacidade pode ser adquirida.”⁵⁸¹

Por isso, o argumento da satisfação progressiva dos direitos fundamentais sociais legitima a cláusula da reserva do possível apenas nas circunstâncias em que se verifique uma efetiva atividade estatal orientada à satisfação daqueles

⁵⁷⁷ QUEIROZ, *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 99.

⁵⁷⁸ Cf. ABRAMOVICH, COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 94.

⁵⁷⁹ Objetivo igualmente estampado, é importante lembrar, no pavilhão nacional.

⁵⁸⁰ PEREIRA, Potyara, ob. cit., p. 31, sendo que a expressão *ótimo de participação* é de Doyal e Gough.

⁵⁸¹ *Ibidem*, idem.

direitos. A progressividade no atendimento dos direitos sociais somente pode ser suscitada quando restar comprovado que o Estado vem empregando os recursos escassos de maneira eficiente para o acesso universal àqueles direitos. O cumprimento do princípio da progressividade dos direitos sociais será verificado mediante o alcance de resultados práticos, aferíveis através do atingimento de certos objetivos, tais como erradicação do analfabetismo, tratamento das enfermidades endêmico-epidêmicas, redução da mortalidade infantil ou dos acidentes de trabalho.⁵⁸² É a identificação da congruência entre o conteúdo expresso normativamente e a atuação estatal, tal qual exposto anteriormente, como um *plus* sobre a aceção instrumental do princípio da eficiência.

3.3.3 Deveres de solidariedade

O dever de solidariedade tem como ponto de partida o reconhecimento dos sujeitos enquanto iguais.⁵⁸³ A esse propósito, Franz Hinkelammert acredita que o reconhecimento intersubjetivo dos sujeitos como iguais, aliado ao dever de responsabilidade pela melhora nas condições de vida do próximo, é a semente para que as vítimas analisem criticamente sua situação de exclusão e partam para uma *práxis* de libertação: “A partir desse reconhecimento surgem as emancipações e a impossibilidade de tolerar as opressões, discriminações e explorações.”⁵⁸⁴ Essa emancipação faz emergir na sociedade quais são as necessidades básicas por que os sujeitos estão lutando, levando a uma mudança nas bases das próprias instituições, que deverão adequar-se àquelas demandas

⁵⁸² Cf. ABRAMOVICH, COURTIS, **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 91.

⁵⁸³ Hinkelammert dá exemplos de situações em que há reconhecimento dos sujeitos entre si sem necessidade de qualquer tipo de diálogo específico, que fale do sujeito objetivamente. O primeiro exemplo desse tipo de situação é o do bom samaritano, em que o samaritano ajuda a um completo desconhecido por vê-lo em situação degradante, sem qualquer interesse em troca, e pelo simples fato de ajudar alguém em necessidade. O samaritano faria aquilo por qualquer pessoa que se encontrasse naquela situação. O outro exemplo é o da alegria em uma festa. Uma festa em que, numa determinada altura dos acontecimentos, todos os padrões e regras sociais são dispensados, e as pessoas perdem toda e qualquer distinção em razão de sua classe social, divertindo-se juntas.

⁵⁸⁴ **Crítica à razão utópica**, p. 295.

sociais.⁵⁸⁵ Assim é que o autor acredita que a “história humana nasce da satisfação das necessidades, pensada em relação à imaginação transcendental de sua plena satisfação.”⁵⁸⁶

A Constituição Federal de 88 não deixou de considerar a responsabilidade social como fator indispensável à promoção do desenvolvimento da sociedade brasileira. Em primeiro lugar, impõe como um dos objetivos da República, sob o qualitativo de princípio fundamental, a construção de uma sociedade livre, justa e *solidária* (art. 3.º, I). Mais adiante, no capítulo em que cuida da educação, da cultura e do desporto, estes integrantes da Ordem Social, destaca, no art. 205, que a educação é “direito de todos e dever do Estado e da *família*, será promovida e incentivada *com a colaboração da sociedade*, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (sem destaque no original)

Também, no capítulo em que trata da família, da criança, do adolescente e do idoso, ressalta o dever de participação da sociedade na proteção e prospecção dos direitos de todos. O art. 229 traz um dever familiar, cujo cumprimento traz reflexos não só na individualidade do ente familiar, mas, também, no convívio social saudável: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” O art. 227 é bastante elucidativo ao repisar e aprofundar este dever:

É dever *da família, da sociedade* e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (sem itálico no original)

⁵⁸⁵ Ibidem, p. 296. “Trata-se de uma conformação do sistema político que corresponda aos direitos básicos que, institucionalmente, precisam apoiar as emancipações que surgem a partir das relações entre os sujeitos que se reconhecem.”

⁵⁸⁶ Trata-se, aqui, da idéia do autor antes apontada, no sentido de que o homem, primeiramente, procura imaginar alcançar o impossível, para que, então, possa descobrir qual é o âmbito de possibilidade dentro do qual será possível satisfazer as suas necessidades. Pois a satisfação plena dessas necessidades é impossível, e a satisfação das necessidades básicas, mais restrita, deve encontrar-se dentro do faticamente possível.

Essa é uma mostra evidente de que “A cultura de direitos é sempre, também, uma cultura de responsabilidades.”⁵⁸⁷ Não se trata de exigir da sociedade o financiamento dos direitos abrigados na Constituição. Cuida-se de incentivar o empenho pessoal para que o núcleo familiar, célula da sociedade, seja formador de cidadãos de caráter e honestos, conscientes de sua importância e influência no meio em que vivem. O pacto constituinte não exige que cada um tome para si a responsabilidade pelo sustento dos demais cidadãos, mas permite entender que alcançar as metas colocadas logo no preâmbulo da Carta depende, também, do esforço comunitário, e não da espera passiva pela ação estatal. Defende-se o auxílio no desenvolvimento de sua comunidade, contribuindo seja mediante serviço voluntário, seja através de doações – ou adoções. Até mesmo no exercício da profissão, adotar conduta coerente e idônea resultará, sem dúvida, eficaz aos seus propósitos, e exemplar para os que dela participam.

É, portanto, na interação com outras pessoas que o indivíduo aprende a viver em sociedade, a obedecer regras como expressões da vontade coletiva e a manter e reforçar objetivos e crenças. Tais regras constituem o parâmetro tanto de seu senso de pertencimento, como pessoa e como cidadão, como de reconhecimento, de sua parte, dos direitos e deveres dos outros. Assim, a possibilidade de o indivíduo expressar a sua autonomia requer muito mais do que a *liberdade negativa* de ser deixado sozinho para cuidar de si próprio, e vai exigir experiências e responsabilidades compartilhadas, que se identificam com as liberdades positivas.⁵⁸⁸

Impõe-se a superação da idéia de “revalorização da subjectividade em detrimento da cidadania.”⁵⁸⁹ Em termos de reserva do possível, a distribuição dos recursos escassos é questão que deve assumir relevância especial na agenda política nacional. A participação popular nas decisões definidoras de políticas públicas, através dos procedimentos institucionais pertinentes, imprime maior transparência e legitimidade no processo de decisão. A melhoria das instituições e da prestação dos serviços públicos depende do interesse dos particulares pelas

⁵⁸⁷ Ibidem, p. 156.

⁵⁸⁸ PEREIRA, Potyara. **Necessidades humanas:...**, p. 73.

⁵⁸⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996. p. 255. Segundo o autor, “A aspiração de autonomia, criatividade e reflexividade é trasmutada em privatismo, dessocialização e narcisismo, os quais, acoplados à vertigem produtivista, servem para integrar, como nunca, os indivíduos na compulsão consumista.” (Ibidem, idem).

questões de interesse público⁵⁹⁰. E uma das questões fundamentais de interesse público parece ser, justamente, a destinação dos recursos arrecadados pelos particulares.

A escolha política pela destinação dos recursos, de fato, é um problema que deve ser enfrentado. A transparência e a seriedade nas decisões políticas são aspectos fundamentais, que não podem ser descartados quando manejados recursos públicos, escassos e imprescindíveis à satisfação das necessidades dos seus titulares originários. Mas a responsabilidade social caminha paralelamente à responsabilidade política. Vale dizer, é fundamental também, para a eficiência do sistema, que os sujeitos tenham consciência do seu dever de responsabilidade como forma de realização dos objetivos fundamentais da República. Isso porque, por exemplo, deficiente ou inexistente a arrecadação tributária, assim o será também a prestação estatal em questão. É uma consequência direta da tese de que os direitos têm custo,⁵⁹¹ e que assume especial importância na seara de realização de direitos prestacionais.

A responsabilidade social encontra-se ligada à idéia de *obrigação impossível* estatal, trazida por José Reinaldo de Lima Lopes. Segundo o autor, não se pode obrigar o Estado a realizar o impossível. Há um dever de responsabilidade dos particulares para que as coisas funcionem bem:

As ruas estão sujas pela maneira como os particulares a tratam? A solução é pedir que o Estado crie um programa qualquer para resolver o problema. Os

⁵⁹⁰ Sobre a apatia política, Emerson Gabardo consigna que os cidadãos até tomam conhecimento do que se passa em seu país, mas sobre isso não se interessam, pois as decisões, de um modo ou de outro, são tomadas fora do alcance do indivíduo. “Crentes em que, não importando o regime, seu futuro está definido, não se interessam mais pela política, principalmente no tocante ao sistema de representação” (GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 95). Tal desinteresse pela política pode ser exemplificado por notícia trazida por Gabardo: “No Brasil, é interessante mencionar a reportagem transcrita no jornal Gazeta do Povo, que aponta uma pesquisa de um Instituto privado chileno, afirmando: ‘Pesquisa realizada pela Corporação Latino-barômetro, instituição privada chilena que realiza pesquisas em países da América Latina revela que dois entre cada três jovens brasileiros com idades entre 16 e 24 anos se mostram indiferentes quanto à maneira como a escolha dos políticos que governam é feita.’” (Ob. cit., p. 96).

⁵⁹¹ “Porque os direitos têm custo, eles jamais poderiam ser protegidos ou ter eficácia se os cidadãos, no mínimo, não fossem responsáveis o suficiente para pagar suas taxas, e os agentes públicos, como um todo, também não fossem responsáveis o suficiente para usar as receitas para seus propósitos públicos em vez de embolsá-las para enriquecimento pessoal.” SUNSTEIN, HOLMES, **The Cost of Rights**, p. 155.

motoristas não respeitam a sinalização e as regras de trânsito provocando acidentes ou engarrafamentos? A solução é sempre um programa estatal qualquer, mas não a responsabilização de quem quer que seja. [...] o discurso é sempre de transferência para o Estado de uma obrigação que seria de todos.⁵⁹²

O dever de pagar tributos também é relacionado ao financiamento dos direitos fundamentais sociais. Nas palavras de José Casalta Nabais, “os actuais impostos são um preço: o preço que todos, enquanto integrantes de uma dada comunidade organizada estado (moderno), pagamos por termos a sociedade que temos. Ou seja, por dispormos de uma sociedade assente na liberdade, de um lado, e num mínimo de solidariedade, de outro.⁵⁹³” De acordo com Paulo Caliendo, o manejo dos recursos escassos, por meio do sistema tributário, é fundamental para que sejam alcançados os objetivos de justiça social, de justiça distributiva.

Ressalte-se, desse modo, a importância de um sistema tributário eficiente e justo; da correta aplicação dos recursos orçamentários, da luta contra a sonegação, a economia informal, a concorrência desleal e a pirataria, bem como todas as formas de incertezas que rondam o sistema de regulação dos serviços concedidos e os desmandos governamentais na gestão da moeda, das medidas econômicas e da atuação governamental.⁵⁹⁴

Nesse caminho, propõe o autor que a tributação pode permitir o “alargamento” da reserva do possível, uma vez que a arrecadação compulsória forneceria recursos para que os direitos fundamentais fossem realizados. E aduz que haverá uma diminuição do argumento da reserva nas situações em que a arrecadação for desviada dos fins destinados constitucionalmente.⁵⁹⁵ Aqui, parece importante conferir certo matiz ao entendimento. Esse alargamento e diminuição da reserva do possível são considerados no âmbito da demanda judicial onde se pleiteiam bens jurídicos fundamentalmente protegidos. Porém, em sentido mais amplo, o aumento ou diminuição da reserva do possível pode ser compreendido de maneira inversa. Quer dizer, quanto mais eficaz a prestação

⁵⁹² LOPES, Em torno da “reserva do possível”, p. 178.

⁵⁹³ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out./dez. 2007. p. 168.

⁵⁹⁴ CALIENDO, Paulo. Reserva do Possível, direitos fundamentais e tributação. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 198.

⁵⁹⁵ SUNSTEIN, HOLMES, ob. cit., p. 206.

estatal pela satisfação das necessidades sociais, menor o número de demandas nesse sentido, e menor, portanto, seria a ocorrência do argumento da reserva nos tribunais. Assim, a realização dos direitos sociais, através do manejo da arrecadação compulsória, ensejaria não o aumento da reserva do possível, mas a sua diminuição.

A crise do Estado Social Fiscal está intimamente ligada ao princípio da solidariedade social. Neste ponto, Ricardo Lobo Torres coloca que:

Alguns autores, como Habermas, chegam a falar em uma nova dimensão estatal, a do Estado de Segurança (*Sicherheitsstaat*) fundado no princípio da solidariedade (*Solidarität*); o filósofo alemão expõe a convicção de que o mundo vital (*Lebenswelt*) – das instituições jurídicas e da comunicação intersubjetiva – pode se compatibilizar com a esfera da ação administrativa e com a do dinheiro por intermédio da afirmação do princípio da solidariedade, com o que ficará superada a “colonização” do *Lebenswelt* operada pelo paternalismo financeiro e burocrático observado no Estado Social de Direito.⁵⁹⁶

Ainda, os cidadãos dispõem de outros instrumentos institucionais, garantidos por direitos de cidadania e que não constituem, propriamente, deveres, mas cujo exercício é manifestação de um sentimento de solidariedade social, por seu efetivo exercício ser capaz de trazer resultados que beneficiam toda uma coletividade.⁵⁹⁷ O primeiro deles é o direito de voto. A possibilidade de eleição dos sujeitos responsáveis pelo gerenciamento dos recursos públicos, e pela conseqüente realização das políticas públicas que darão satisfação às necessidades sociais, deve ser encarada como uma potente ferramenta de garantia de direitos. Os agentes políticos são escolhidos para trabalhar na tutela de direitos, notadamente, de direitos fundamentais, e essa importante tarefa não pode ser negligenciada. Ao indivíduo não é possível desenvolver-se senão em sociedade, e viver em sociedade traz o dever de laborar pela melhoria na qualidade de vida geral, de uma maneira recíproca. Daí o direito de voto constituir-se em um dever de voto, de voto consciente, um dever de solidariedade.

⁵⁹⁶ TORRES, *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*, p.289-290.

⁵⁹⁷ Nesse sentido, MOTTA, Daniel Réche da; MOTTA, José Reinaldo da. **O conceito de “reserva do possível” como limitador do controle social da qualidade das rodovias: o caso da BR 452/Minas Gerais**. Disponível em: www.ibraob.org.br. Acesso em: 07 set. 2008.

Outro exemplo que pode ser extraído da Constituição é a participação dos cidadãos em audiências públicas. A participação de sujeitos e organizações da sociedade civil em questões políticas permite, é importante destacar, que os próprios representados tenham participação decisiva na discussão acerca da adequação das decisões políticas tomadas por seus representantes, bem como das decisões judiciais de relevante interesse para a sociedade. Arrisca-se dizer que há, aqui, uma espécie de *controle popular* dos atos legislativos, administrativos e mesmo jurisdicionais. Afinal, a audiência pública é um *espaço público*, plural, dialógico e democrático⁵⁹⁸. No âmbito estritamente político, o art. 58, §2º, II da Constituição atribui às comissões parlamentares, em razão da matéria de sua competência, realizar audiências públicas recebendo queixas da sociedade civil. O art. 204, II, prevê a participação da população nas políticas de saúde. O art. 31, §3º, prevê a disponibilidade das contas dos municípios por 60 dias, para exame e apreciação do contribuinte, que poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.⁵⁹⁹ Paralelamente ao direito de participação em audiências públicas, há o

⁵⁹⁸ Apanhe-se, como exemplo, as audiências públicas realizadas em sede de controle abstrato da constitucionalidade. A afirmação pode ser feita com tranquilidade em vista da carga política de que se revestem as decisões em sede de controle abstrato. Saliente-se, no ponto, que o *espaço público* assume a conotação de espaço de ampla e aberta deliberação dos sujeitos, sem a intermediação de representantes eleitos, tendo em vista alcançar objetivo comum, no caso, declaração definitiva da Corte acerca da constitucionalidade do ato em questão. Não se trata de espaço público que se conforma estritamente ao contexto da democracia representativa, mas, forçoso reconhecer, com ela se identifica justamente em virtude da *liberdade* de expressão e da *igualdade* de condições que deve pautar o procedimento orientado ao fim último da satisfação do interesse público. Eis a similitude, quando Paulo Bonavides refere-se ao espaço público como elemento de construção dos sistemas participativos da democracia direta: “Espaço público, espaço público estatal, espaço público social, espaço comunitário, espaço social, enfim, a indefinição terminológica, a incerteza, as flutuações de autor a autor, a impropriedade ou a imprecisão eventual de termos, designadamente propostos para estabelecer e configurar esse conceito, para onde confluem posições e interesses, direta ou indiretamente relacionados com o estado, e passíveis de sujeição, contraposição ou autonomia diante doutros poderes que concatenam o público com o estatal.” BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 278. Também: HONÓRIO, KROL, PEREIRA, **Instrumentos de democratização do controle abstrato de constitucionalidade...**, cit.

⁵⁹⁹ Nada obstante o percuciente contraponto levantado por Regina Ferrari a respeito: “...a falta de preparo, de desenvolvimento educacional, da população em relação aos atos do Poder público: não adianta a Constituição Federal prever, no art. 31, § 3º, que as contas do Município ficarão, durante 60 dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, a fim de que possa questionar-lhes a legitimidade, de o cidadão comum, indivíduo contribuinte, não tem condições para entende-las, tal a complexidade técnica com que

dever estatal de dar ampla publicidade à realização da sessão, o que pode ser manifestação do direito à informação. E a participação popular no processo da decisão política assume relevância ao poder ser exercido, também, na definição de prioridades em matéria de financiamentos de políticas públicas.

Para além disso, qualquer cidadão, partido político, sindicato ou associação tem legitimidade para comunicar ao Tribunal de Contas irregularidades na aplicação de recursos pela Administração Pública, conforme previsão do art. 74, §2º da Constituição. Outra função do Tribunal de Contas é a de receber demandas para a realização de obras que a população entende serem necessárias.⁶⁰⁰ Também, embora com os percentuais exigidos imponham obstáculos procedimentais relevantes, a Constituição assegura a iniciativa popular para projetos de lei (art. 61, § 2.º). A liberdade de associação e de expressão também são instrumentos de organização popular e que podem desembocar no pleito de políticas públicas mais eficazes (art. 5.º, IV, IX, XVI e XVII). Estas são prerrogativas que tratam do homem não apenas como observador, mas como *realizador*, e é isso que constitui as ciências empíricas, porque o possível somente é possível em função da ação humana.⁶⁰¹

O cumprimento das obrigações sociais pelos cidadãos permite que o Estado Social execute as suas tarefas-fim.⁶⁰² No caso do pagamento de tributos, por exemplo, esse cumprimento poderá ser verificado mediante o exercício do poder de polícia pela Administração Pública. Apanhe-se como exemplo a identificação de fraudes tributárias mediante inspeção fiscal, controle de

são elaboradas.” FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação Democrática: audiências públicas. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 339.

⁶⁰⁰ MOTTA; MOTTA, **O conceito de “reserva do possível” como limitador do controle social da qualidade das rodovias: o caso da BR 452/Minas Gerais**.

⁶⁰¹ HINKELAMMERT, **Crítica à razão utópica**, p. 255.

⁶⁰² HESSE, Konrad. **Elementos...**, p. 175: “O Estado da Lei Fundamental é Estado que planifica, guia, presta, distribui, possibilita primeiro vida individual como social e isso é posto para ele, pela fórmula do estado de direito social, por causa da Constituição, como tarefa. Essa tarefa fundamenta não só uma obrigação social, assistência vital e satisfação social, mas também obrigações sociais dos membros da coletividade entre si, assim como diante da coletividade: deveres de proteção, ajuda, assistência e deveres de auto-auxílio coletivo, vinculação da propriedade, obrigações tributárias e deveres de prestação, que põem o Estado primeiro em condições de cumprir as suas tarefas sociais.”

qualidade sobre serviços sanitários e de educação, sanção a empresas privadas por contaminação ambiental, entre outros.⁶⁰³

Reconhece-se que o argumento da solidariedade social não está imune a críticas. É fato que, muitas vezes, os cidadãos que contribuem não coincidem com os cidadãos que usufruem dos benefícios.⁶⁰⁴ Não se ignora que ao dever de pagar tributos corresponde o dever do Estado de bem distribuir e aplicar os recursos arrecadados, de maneira proba, imparcial, transparente e eficiente. O Estado fiscal, tal qual concebido por Casalta Nabais, tem como razão de ser “a realização da pessoa no respeito pela sua eminente dignidade humana, o estado fiscal não pode deixar de se configurar como instrumento dessa realização. Porventura o instrumento que historicamente se revelou e continua a se revelar como o mais adequado à materialização desse desiderato.”⁶⁰⁵ É o que se pode chamar, com Juarez Freitas, de *direito fundamental à boa administração pública*.

É que o estado da discricionariedade legítima, na perspectiva adotada, *consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração pública*, que pode assim ser compreendido: *trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.*⁶⁰⁶

O exercício de direitos, ou a exigência do cumprimento de deveres, não depende apenas do cidadão, mas da atividade estatal nos termos a que se propõe a mesma Constituição que impõe o dever de solidariedade social. Nesse ponto, é importante registrar o posicionamento de Potyara Pereira, no sentido de que, em relação aos pobres, somente se pode exigir o dever se, antes, foram atendidos os seus direitos fundamentais:

sem a titularidade dos cidadãos àquilo de que essencialmente precisam para desempenhar suas obrigações, eles não podem ser cobrados pelo descumprimento delas. [...] O básico é direito indisponível (isto é, inegociável) e incondicional de

⁶⁰³ PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías...*, p. 120.

⁶⁰⁴ Nesse sentido, CANOTILHO, *Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos”...*, p. 102.

⁶⁰⁵ NABAIS, *ob. cit.*, p. 167.

⁶⁰⁶ FREITAS, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p. 20.

todos, e quem não o tem por falhas do sistema socioeconômico terá que ser ressarcido desse déficit pelo próprio sistema.⁶⁰⁷

A emancipação do cidadão, isto é fato, somente será alcançada mediante a garantia de condições materiais que lhe permitam alcançar autonomia.⁶⁰⁸ Essas condições materiais deverão ser asseguradas pelo Estado, mas isso não significa a isenção de responsabilidade dos cidadãos. O cumprimento do dever de solidariedade social é capaz de promover a melhor satisfação das necessidades humanas. Num primeiro momento, isso pode significar retirar um ônus do Estado, e, desde logo, retirar-lhe a prerrogativa de argumentar a reserva do possível, haja vista os particulares estarem suportando uma parte do dever que lhe cabe de proteção e prospecção dos direitos fundamentais.

Contudo, voltemos, aqui, à relação entre solidariedade social e *obrigação impossível*, nos termos acima colocados, com base em José Reinaldo de Lima Lopes. A responsabilidade social não “reforça” o argumento da reserva do possível, tal qual ocorre com os princípios da eficiência, universalidade e progressividade dos direitos. Não faz parte da atividade estatal, exigindo-lhe a otimização da satisfação das necessidades humanas. A responsabilidade social, por outro lado, é vista *fora* da atuação administrativa, e corrobora a existência mesmo dos elementos que dão fundamento à reserva, e que são a *possibilidade econômica, jurídica e política*, tal qual apontado no Capítulo 1. O fato da Constituição partilhar, guardadas as devidas proporções, entre sociedade civil e Estado, a responsabilidade pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária mostra, justamente, que não é dado exigir do Estado aquilo que efetivamente não possa ser fornecido. A relevância que a Constituição brasileira atribui à solidariedade social é a expressão de que não se pode esperar única e exclusivamente do Estado o alcance da igualdade material, demonstrando, pois, que é permitido aos poderes constituídos, quando cabível, levantar o argumento da reserva do possível.

⁶⁰⁷ Ob. cit., p. 35.

⁶⁰⁸ Conforme o sugestivo título de trabalho de Millôr Fernandes: “Uma democracia começa com três refeições diárias”. *Apud* AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 110.

3.3.4 Instrumentos processuais de tutela coletiva

A omissão inconstitucional, ou a atuação deficiente dos agentes políticos quanto à satisfação dos direitos fundamentais é um dos principais argumentos para a propositura de demandas orientadas à obtenção da tutela protegida pelo direito fundamental. Quando se busca judicialmente bem jurídico abrigado por direito fundamental social, a questão assume relevo, em vista da satisfação de tais direitos implicar, em relação aos direitos de liberdade, numa alocação deveras mais considerável de recursos, imprescindíveis ao custeio das despesas para a implementação desses direitos. Em termos de reserva do possível, por estar em jogo a destinação individual de recursos escassos cuja titularidade pertence a toda coletividade, ganham destaque os instrumentos processuais que permitam a tutela coletiva dos direitos, que têm um custo, notadamente os sociais.⁶⁰⁹ É uma possibilidade que guarda relação com o devido processo adjetivo.⁶¹⁰

O silêncio da Constituição quanto à indicação expressa de instrumentos processuais compatíveis com a tutela de direitos fundamentais sociais levou a

⁶⁰⁹ De acordo com Mário Lúcio Quintão Soares, o uso de mecanismos processuais, no âmbito jurisdicional, orientados à promoção dos direitos fundamentais, integra o chamado *processo constitucional*: “O processo constitucional, consoante o paradigma constitucional Estado democrático de direito, pressupõe a compreensão dos princípios democráticos, como substrato para a concretização dos direitos fundamentais.” *Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 405.

⁶¹⁰ Abramovich e Cortis visualizam o princípio do devido processo legal como uma das formas de justiciabilidade indireta dos direitos fundamentais sociais. A exigibilidade indireta seria válida quando ausentes, ou incabíveis, no ordenamento jurídico, mecanismos de justiciabilidade direta desses direitos (ações específicas, declaração de omissão estatal, imposição de obrigação de fazer), os quais seriam amparados quando aproveitados mecanismos de tutela dos direitos de liberdade. Exemplo disso seriam a garantia de acesso à justiça, a exigência de recursos processuais efetivos para a tutela dos direitos sociais e as garantias processuais. Assim, a proteção dos direitos sociais se dá mediante a justiciabilidade daqueles direitos procedimentais. (Ob. cit., p. 168 e 179-180). Para Gustavo Amaral, O controle judicial sobre o procedimento seria a forma do Judiciário fiscalizar os excessos e omissões do Poder público quanto à realização dos direitos fundamentais, sem causar surpresas ao Erário: “é preciso privilegiar o controle das políticas públicas, **controlar o procedimento** e dar transparência não só quanto a quem decidiu atender, mas também quanto a quem se decidiu não atender, verso e reverso da moeda quando se trata de decisões alocativas.” (**Há direitos acima do orçamento?**, p. 107)

doutrina e a jurisprudência a admitirem, para a proteção coletiva de tais direitos, o mandado de injunção,⁶¹¹ a ação direta de inconstitucionalidade por omissão,⁶¹² a ação civil pública⁶¹³, a ação popular⁶¹⁴ e o mandado de segurança coletivo.⁶¹⁵ Tais instrumentos seriam compatíveis com o postulado de acesso à proteção dos direitos sociais por toda a coletividade de destinatários. São favoráveis ao argumento da reserva do possível, porque se orientam à maximização dos escassos recursos disponíveis, distribuindo-os e aplicando-os proporcionalmente e universalmente aos seus titulares. Fazem-no a partir de premissas extraídas diretamente da Constituição, e nela encontram legitimidade.

O mandado de injunção é ação constitucional prevista no art. 5º, LXXI da Constituição. Será manejado na hipótese de a omissão⁶¹⁶ impedir o exercício de direito ou liberdade constitucional, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O direito já existe, constitucionalmente assegurado; o que se encontra obstado é o seu exercício, em virtude da falta de norma regulamentadora.

Os legitimados para a propositura do MI são todos os detentores do direito abstratamente conferido pela Constituição e cujo exercício encontre-se inviabilizado em virtude da falta de norma regulamentadora. O Supremo Tribunal Federal reconhece também a possibilidade de interposição de mandado de injunção coletivo pelos legitimados para o mandado de segurança coletivo⁶¹⁷.

⁶¹¹ DANTAS, Ivo. Jurisdição constitucional e a promoção dos direitos sociais. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 443.

⁶¹² DANTAS, ob. cit., p. 443.

⁶¹³ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 137; KRELL, **Direitos sociais e controle...**, p. 103.

⁶¹⁴ BARROSO, **O direito constitucional e a efetividade...**, p. 137.

⁶¹⁵ BARROSO, **O direito constitucional e a efetividade...**, p. 136.

⁶¹⁶ Conforme apontado anteriormente, para Clèmerson Merlin Clève, não há prazo para que se configure a mora integradora. Seria possível impetrar mandado de injunção no dia 06.10.88, um dia após a promulgação da Constituição. O MI volta-se a qualquer tipo de omissão: seja constitucional (lacuna técnica) ou inconstitucional. (**A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. p. 364)

⁶¹⁷ STF, MI 361-RJ, Rel. Min. Neri da Silveira, *DJ* 17 jun. 1994.

Os legitimados passivos, de acordo com entendimento do STF, são os órgãos, entidades e autoridades responsáveis pela produção da norma.⁶¹⁸

O mandado de injunção é modalidade de fiscalização de constitucionalidade em sede de controle concreto, incidental. A impetração sempre terá como pano de fundo um direito público subjetivo reclamado pelos sujeitos em juízo. O STF tem admitido a impetração de mandado de injunção coletivo, por sindicato ou entidade de classe.⁶¹⁹ Tratando-se de fiscalização de constitucionalidade em caso concreto, os efeitos da decisão judicial operarão efeitos apenas *inter partes*. No entanto, é importante ressaltar que há entendimento diverso, segundo o qual seria mais adequado que os efeitos fossem *erga omnes*, uma vez que a Constituição estabelece o direito para todos, e todos deveriam aproveitar a decisão de eventual provimento do *mandamus*.⁶²⁰

⁶¹⁸ Cf. MEIRELLES, **Mandado de segurança**, p. 251.

⁶¹⁹ *Ibidem*, *idem*.

⁶²⁰ Essa discussão é importante e deságua em outra problemática muito característica do mandado de injunção, que é justamente qual a espécie de provimento judicial a ser operado no caso concreto. Há três posicionamentos distintos a respeito: *i*) primeiro deles, no sentido de que ao juiz caberia apenas declarar a mora do impetrado, e a ele dar ciência para que procedesse à regulamentação viabilizadora do exercício do direito; *ii*) o segundo posicionamento defende que ao julgador seria permitido produzir a norma, desde logo, em lugar do legislador; *iii*) o terceiro posicionamento preconiza que o julgador decida o caso concreto, permitindo, desde logo, ao impetrante, o exercício do direito impedido por conta da omissão. O primeiro posicionamento era o que vinha sendo assumido pelo STF nos últimos anos. Posicionamento este altamente criticado, justamente pelo fato de minar completamente com o desiderato do constituinte originário, que era garantir a efetividade da Constituição por meio dos mecanismos processuais adequados. Essa concepção do STF começou a sofrer mudanças com o julgamento do MI 232-1 (sobre imunidade de contribuição para a seguridade social às entidades beneficentes de assistência social) e do MI 283-5 (sobre reparação econômica aos cidadãos que foram impedidos de exercer profissão específica em razão das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5 e n. S-285-GM5). O segundo posicionamento também foi criticado pelo fato de representar manifesta ingerência do Poder Judiciário na esfera de competência do Poder Legislativo. Ao Judiciário não caberia, por conta do princípio da separação dos poderes, expedir normas gerais vinculantes a toda coletividade, pois a regulamentação formal decorre de processo legislativo específico estabelecido constitucionalmente. Por fim, o terceiro posicionamento, concretista, é o mais amplamente aceito na doutrina (SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não regulamentadas**. Instrumentos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 79-127; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões inconstitucionais do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 509-537). O Supremo, muito recentemente, optou pela postura concretista, como foi o caso do julgamento dos Mandados de Injunção n.ºs 670, 708 e 712, sobre o direito de greve de servidores públicos de determinados setores. Nesses processos, o Supremo entendeu que a ausência de regulamentação legislativa configurava impedimento ao pleno exercício de liberdade constitucionalmente assegurada, diante do que decidiu pela aplicação aos servidores

No campo dos direitos sociais, Fernando Facury Scaff acredita que o Judiciário pode proferir sentenças aditivas, mas desde que nos limites fixados na Constituição. Ou seja, pelo uso de figuras processuais constitucionalmente previstas, como é o caso do mandado de injunção. Por isso, não é que o autor entende que não possam haver sentenças aditivas (que onerem o Erário), mas defende que essas decisões não devem surtir efeitos *imediatos*, como ocorre com a maioria dos casos que tratam de direitos sociais.⁶²¹ Admitindo-se este posicionamento restritivo em relação ao mandado de injunção, no sentido de que a decisão judicial determine a expedição da norma regulamentadora ao órgão competente, “quando o pedido requer um programa inexistente ou a inclusão de um procedimento de saúde nos programas públicos, não haverá o perigo do tratamento desigual (ou estará muito minimizado), pois a decisão se aplicará não a uma pessoa, mas a todas que se encontrarem nas circunstâncias tipificadas.”⁶²²

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão encontra-se prevista no parágrafo 2º do art. 103 da Constituição Federal. Trata-se de modalidade de ação constitucional destinada a declarar a inconstitucionalidade da mora da autoridade competente em colmatar a lacuna constitucional.⁶²³

Os legitimados para a propositura da ADIN por omissão são aqueles previstos nos incisos I a IX do art. 103, os mesmos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Os legitimados para responderem pela ADIN são o órgão, entidade ou autoridade responsável pela edição da norma legal ou ato normativo respectivo. Aqui, entende-se a regulamentação em sentido amplo, abrangendo, pois, lei,

da legislação válida para a iniciativa privada, no que toca ao direito de greve, enquanto não sobrevir legislação específica a respeito. Cf. www.stf.com.br. Acesso em: 14 abr. 2007.

⁶²¹ O autor adota, portanto, visão restritiva dos efeitos da decisão do mandado de injunção. SCAFF, **Sentenças aditivas...**, p. 171.

⁶²² LOPES, José Reinaldo de Lima, ob. cit., p. 192. Nada obstante a ressalva apontada na nota 173, *supra*.

⁶²³ Segundo alguns autores, não se trata, a ADIN por omissão, se outra espécie de ação direta, e sim de modalidade de provimento da já conhecida ação direta de inconstitucionalidade. Essa concepção é importante para que se possa advogar pela fungibilidade entre ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade fundada em omissão parcial. Pois, se não for acolhido, pelo STF, o argumento de inconstitucionalidade por omissão parcial, poderá ser dado provimento no sentido de inconstitucionalidade por ato comissivo, propriamente.

regulamentos, decretos, tudo de que depender a concretização da norma constitucional.

Nesse sentido, a ADIN por omissão, em tese, pode ser instrumento hábil para a determinação, aos poderes constituídos, da edição da norma cuja inexistência dá fundamento à omissão inconstitucional, e que enseja a frustração à satisfação do direito fundamental. Admitir que direitos sociais sejam sindicáveis em alguma medida não exclui a necessidade, em outros aspectos, de intermediação legislativa para sua concretização.

Daí a controvérsia da ação quanto ao objeto da ADIN por omissão, problema semelhante ao que se passa com o mandado de injunção. O objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é a declaração de mora do legislador, com a respectiva ciência, ao órgão responsável pela edição do *ato legislativo* ou da *medida administrativa de cunho normativo*. Poderá ou não ser fixado prazo, pelo julgador, para cumprimento da decisão que noticia a mora. Aqui é que reside o principal problema no manejo da ADIN por omissão. É que, estando o juiz adstrito à tão-só ciência ao órgão responsável acerca de sua mora, não se tem qualquer segurança acerca do cumprimento dessa decisão, pois não se pode compelir o Legislativo a legislar, pelo princípio do equilíbrio entre os poderes. Há autores que entendem que o Judiciário poderia dispor da medida normativa, a qual teria caráter provisório, mas eficácia *erga omnes*.⁶²⁴

A ação civil pública é instrumento processual regulamentado pela Lei n.º 7.347/85, e destina-se a reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e infrações à ordem econômica, protegendo os interesses difusos da

⁶²⁴ A similitude entre a ADIN por omissão e o mandado de injunção gera controvérsia acerca de qual norma constitucional é passível de uma ou outra modalidade de ação. A doutrina fala que a ADIN por omissão serve para dar integridade, completude à Constituição. Completar o que ficou apenas “começado” pelo legislador constituinte. Já o mandado de injunção serviria para viabilizar o exercício de direitos, de imediato, no caso concreto. Desse modo, citam-se os seguintes exemplos: para o mandado de injunção, os artigos 5º, VI, VII, L; 7º, I, XI, XIII, XXV, XXVII; 150, § 5º; 192, § 3º; 226, §1º; 245. Para a ADIN por omissão, os artigos 153, VII; 173, § 5º; 182 da Constituição.

sociedade.⁶²⁵ A sentença é preponderantemente condenatória, em dinheiro ou obrigação de fazer ou não fazer.⁶²⁶ São legitimados para sua propositura o Ministério Público, as pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais, assim como as associações destinadas à proteção do meio-ambiente e do consumidor, entendendo-se que a independência institucional e as atribuições funcionais colocam o Ministério Público em melhor posição para o ajuizamento desta ação.⁶²⁷ Quando proposta no intuito de determinar a realização de políticas públicas, pode ensejar condenação pelo juiz, que, após o trânsito em julgado da sentença, remeterá as peças à autoridade competente para que o agente público culpado seja responsabilizado civil e penalmente.⁶²⁸

Interessante observar que, se por um lado a determinação para que sejam implementadas políticas públicas é favorável ao argumento da reserva do possível, na medida em que estende o acesso de direitos a uma coletividade, por outro lado, pode ser resultado do afastamento do argumento estatal da escassez de recursos. Por maioria, a 2.º Turma do TRF4 deu provimento aos embargos para determinar à FUNAI e FUNASA a implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul, com base no direito fundamental à saúde. O Ministério Público Federal formulou pedido no sentido de que fosse imposta ao poder público a obrigação de, em um ano, providenciar a infraestrutura que desse efetividade ao direito fundamental social à saúde. O relatório acerca do pedido do *parquet* traz um bom resumo da demanda:

(...) pretende o MPF obter determinação para que a *FUNAI promova a ampliação e recuperação da infra-estrutura física dos serviços de saúde, CONSTRUÍNDO, dentro do prazo de um ano, a contar do deferimento da liminar, Postos de Saúde (adequados ao atendimento) nas áreas (terras) indígenas (Unidades Diferenciadas de Atendimento à Saúde do Índio abrigando as equipes de saúde formadas, no mínimo, por um médico, um dentista, um auxiliar de enfermagem e um laboratorista, em condições de albergar pacientes e acompanhantes), ou seja, em Barra do Ouro, Cacique Doble, Carreteiro, Guarita, Inhacorá, Iraí, Ligeiro, Rio da Várzea, Votouro, Acampamento*

155. ⁶²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 2007. p.

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 161.

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 164-165.

⁶²⁸ *Ibidem*, p. 194.

Caseiros, Acampamento Ventarra e Acampamento Serrinha (fls. 27). O pleito, sob o aspecto jurídico, albergou-se no direito fundamental à saúde, cuja eficácia imediata compele o administrador a concretizar as políticas públicas de saúde, sendo tal prestação direito subjetivo do cidadão e da coletividade.⁶²⁹

O voto vencedor deu provimento aos embargos defendendo a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, bem como a interpretação que lhes confira máxima efetividade. Sobre o argumento estatal no sentido de que o direito à saúde somente pode ter efetividade frente aos seus titulares dentro de uma reserva do possível, o relator para o acórdão arremata:

A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais.⁶³⁰

A ação popular é ação constitucional cuja legitimidade ativa compete a qualquer cidadão (regularmente portador de título eleitoral), sendo assegurada constitucionalmente no art. 5.º, LXXIII para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual e municipal ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas financiadas por dinheiro público,⁶³¹ à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. O binômio ilegalidade-lesividade pode não importar em prejuízo patrimonial, apenas, mas, também, a outros valores protegidos constitucionalmente.⁶³²

José Afonso da Silva posiciona a ação popular como garantia de direitos coletivos. “Ela [a ação popular] há de visar a defesa de direito ou interesse público. O qualificativo *popular* prende-se a isto: *defesa da coisa pública, coisa*

⁶²⁹ TRF4, Eb. Inf. em AC n.º 1999.04.01.014944-9/RS, Rel. p/ ac. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, *DJU* 11 mai. 2005.

⁶³⁰ *Ibidem*, *idem*.

⁶³¹ MEIRELLES, **Mandado de Segurança**, p. 123-124.

⁶³² *Ibidem*, p. 128.

do povo (publicum, de populicum, de populum).”⁶³³ Para o autor, esta ação constitucional tem o mérito de permitir que qualquer cidadão provoque a atividade jurisdicional visando a tutela de interesses coletivos, por meio da defesa de coisa pública. Atua não em favor de um interesse individual, mas de toda a coletividade. Exemplo de correção judicial de ato ou omissão política lesiva ao patrimônio público, e que tenha reflexos sobre direitos sociais, é a tutela do meio ambiente saudável. Uma vez que ação a popular é hábil à invalidação de ato lesivo ao patrimônio econômico⁶³⁴, ou seja, à forma como são aplicados os recursos públicos, é instrumento idôneo para a fiscalização da destinação adequada do dinheiro público pelas autoridades, e, desde logo, meio que fiscaliza, em favor de todos os seus titulares, e não apenas de alguns, a distribuição de riquezas para o atendimento dos direitos sociais.

Finalmente, o mandado de segurança coletivo, previsto constitucionalmente no artigo 5.º, LXX, pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano. Ressalte-se que o mandado de segurança coletivo não se destina à proteção de direito individualmente considerado ou de apenas alguns filiados, mas sim de toda a categoria.⁶³⁵ O mandado de segurança coletivo será impetrado contra ato ou omissão de autoridade, ilegal ou abusivo, contra direito coletivo líquido e certo:

há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.⁶³⁶

No ponto, Barroso registra que a Constituição de 88, ao prever o mandado de segurança coletivo, tratou de ampliar o rol de legitimados para patrocinar a tutela de direitos alheios.⁶³⁷ Segundo o autor, a vantagem trazida pelo mandado

⁶³³ SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 462.

⁶³⁴ MEIRELLES, *Mandado de Segurança*, p. 131.

⁶³⁵ MERELLES, *Mandado de Segurança*, p. 29.

⁶³⁶ MEIRELLES, *Mandado de Segurança*, p. 38.

⁶³⁷ BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade...*, p. 136.

de segurança coletivo é que “os direitos e interesses protegidos não pertencem a um único indivíduo, mas a uma pluralidade deles, que em lugar de agirem cada um *de per se*, são substituídos no plano processual pela entidade respectiva.” Desse modo, o *writ* “poderá ser direcionado à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.”⁶³⁸ No que toca aos direitos passíveis de proteção pelo mandado coletivo, admite-se, por exemplo, que partidos políticos, por sua finalidade estatutária, a tutela de direitos fundamentais.⁶³⁹ Ainda, sindicatos poderão pleitear a tutela de direitos sociais de titularidade dos seus associados.

⁶³⁸ *Ibidem*, p. 200-201.

⁶³⁹ *Ibidem*, p. 203.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A RESERVA DO POSSÍVEL ENQUANTO RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ÔNUS ARGUMENTATIVO- DECISIONAL

A dependência econômica dos direitos fundamentais sociais faz com que sua realização progressiva e universal esbarre no limite fático da escassez de recursos disponíveis. A escassez de recursos para a satisfação das necessidades humanas é um dos fundamentos da reserva do possível, o que enseja a circunscrição das possibilidades de atendimento daquelas necessidades por meio de regras jurídicas, que serão o instrumental normativo basilar para as ações políticas orientadas ao manejo daqueles recursos escassos. Trata-se da implicação recíproca entre as possibilidades econômica, jurídica e política, tal qual apontado no início deste trabalho.

Nesse caminho, considerando aquelas possibilidades como justificadores da reserva do possível, e, ainda, tendo em conta que aquelas possibilidades restringem o âmbito de garantia efetivo dos direitos fundamentais sociais, tem-se como certo que a reserva do possível se apresenta como limite à efetividade daqueles direitos. Se este limite for intrínseco e inseparável da norma de direito fundamental, não se poderá admitir sua sindicabilidade, em nenhuma medida. Por outro lado, se o limite for considerado externamente à estrutura normativa do direito fundamental, é possível trabalhar pela sua relativização, dando lugar à exigência judicial de uma prestação social mínima, resultante de um processo de ponderação entre os bens jurídicos que a reserva do possível visa proteger (universalidade e progressividade das prestações, recursos públicos escassos) e o bem jurídico que se busca mediante a tutela do direito fundamental argüido em juízo.

Ocorre que considerar a possibilidade de adjudicação individual de prestações materiais, *a priori*, fere o princípio de igualdade, formal e material, protegido constitucionalmente. O princípio geral é o de que todos devem ter o direito à obtenção daquelas prestações, por meio das decisões políticas alocativas que realizarão a justa distribuição dos recursos escassos. Desse modo, adotando a

tese⁶⁴⁰ de que a reserva do possível configura restrição – limite externo – aos direitos fundamentais, notadamente os sociais, impõe-se que haja um ônus argumentativo da decisão que concede a tutela individual em desfavor da tutela coletiva. A partir da possibilidade de a reserva do possível ser afastada no caso concreto, a decisão judicial assume um ônus argumentativo destinado a justificar as razões que a levam a privilegiar interesses privados, em desfavor dos bens coletivos. Trata-se da precedência, *em abstracto* (portanto, restringível), do princípio da igualdade. A seguir, serão feitas algumas considerações em torno desta proposta.

4.1 A reserva do possível como limite imanente dos direitos fundamentais sociais⁶⁴¹

A colocação da reserva do possível como limite imanente dos direitos fundamentais sociais parte da teoria das restrições aos direitos fundamentais. Segundo essa teoria, os direitos fundamentais, no âmbito de sua efetividade, estariam sujeitos a limitações, que poderiam, basicamente, ou partir da própria estrutura interna da norma – ao que se nomearia “teoria interna” – ou advirem do mundo exterior – ao que se chamaria “teoria externa”.

Robert Alexy, ao tratar da teoria interna, é bastante objetivo em sua conceituação. Aduz o autor que “Segundo ela [a teoria interna], não existem duas coisas, o direito e suas restrições, mas apenas uma: o direito com seu conteúdo determinado.”⁶⁴² Nesse caminho, prossegue o autor dizendo que “As dúvidas

⁶⁴⁰ Originariamente proposta por Ana Carolina Olsen, em seu **Direitos Fundamentais Sociais: eficácia frente à reserva do possível**.

⁶⁴¹ As considerações aqui feitas acerca do enquadramento da reserva do possível na teoria das restrições aos direitos fundamentais foram anteriormente trazidas em PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A reserva do possível como restrição aos direitos fundamentais sociais. **Revista Eletrônica Direito e Política da UNIVALI – REDP**, ano 2007, vol 2, n. 3, disponível em www.univali.br/direitoepolitica.

⁶⁴² ALEXY, **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 269. “Según ella, no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido.”

acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre se o direito deve ou não ser limitado, e sim sobre qual é o seu conteúdo.”⁶⁴³

Ou seja, direito e restrição são um elemento só, a restrição não existe exteriormente ao direito, mas está nele inserida. Assim, eventual intervenção legislativa sobre o direito fundamental não configuraria propriamente uma restrição, e sim, atuaria como determinante do conteúdo dos direitos fundamentais, através da reserva de conformação do legislador para com a Constituição.

É o que explica Jorge Reis Novais, ao afirmar que “As normas ordinárias através das quais o legislador conforma os direitos fundamentais enquanto institutos não seriam restrições (...), mas antes *concretização, revelação ou especificação do seu conteúdo.*” (grifamos), o que significa dizer que “os direitos fundamentais são intrinsecamente consagrados sob uma reserva abrangente de lei geral (...), ou seja, de possibilidade ou necessidade de conformação e delimitação legal do seu conteúdo por lei que realize bens ou interesses que, do ponto de vista da Constituição, apresentem valor igual ou superior”.⁶⁴⁴

Referido autor aborda a teoria interna de restrições como “limites imanes”⁶⁴⁵ dos direitos fundamentais, explicando tratar-se, nessa teoria, de limites não externos dos direitos, mas próprios de sua estrutura jurídica, na medida em que “a própria Constituição acolhe no conteúdo essencial dos direitos fundamentais a ideia da ponderação e da eventual cedência ou compressão dos direitos fundamentais por força da sua necessária convivência com outros valores tão ou mais dignos de protecção constitucional.”⁶⁴⁶

Disso, infere-se que a convivência de bens e valores constitucionalmente assegurados também pode explicar a existência de um limite próprio, imane dos direitos fundamentais. José Carlos Vieira de Andrade, ao concordar que a

⁶⁴³ “Las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho debe o no ser limitado sino acerca de cuál es su contenido.” Ibidem, idem.

⁶⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra, 2003. p. 312-313.

⁶⁴⁵ Ou “restrições imanes”, cf. ALEXY, **Teoría de los derechos...**, *passim*.

⁶⁴⁶ NOVAIS, ob. cit., p.312.

teoria dos limites imanentes estabelece que há limites do próprio objeto do direito fundamental, ou seja, fronteiras que são acolhidas pela Constituição, cita como exemplo que não se poderá invocar o direito de sair do país para não cumprir o serviço militar, ou a liberdade artística para legitimar a morte de um ator no palco.⁶⁴⁷ Isso porque, conforme afirma o autor, “é o próprio preceito constitucional que *não protege* essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa esse tipo de situações.”⁶⁴⁸

Diante do exposto, partindo do pressuposto de que também os direitos sociais estão sujeitos a restrições, na condição de fundamentais que são, vale analisar se a reserva do possível poderia ser enquadrada como um limite imaneente dos prestacionais, e suas implicações.

O raciocínio de transporte da teoria dos limites imanentes à teoria da reserva do possível foi desenvolvido por Ana Carolina Lopes Olsen, em seu trabalho sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais em face da reserva do possível. Num momento inicial, a autora chama a atenção para o fator “custo” dos direitos fundamentais sociais. Conforme antes tratado, chegado à constatação de que os direitos fundamentais sociais têm um custo, tem-se que esses direitos dependem de reservas financeiras para a sua realização. Assim, essa “dimensão economicamente relevante”, nas palavras de Ingo Sarlet, passaria a integrar o próprio conceito do direito, “de modo que diante da escassez de recursos disponíveis, não haveria que se falar em direito a ser defendido”.⁶⁴⁹

Assim, a escassez de recursos, tomada como condição da realidade, passa a ser considerada como dado necessário para a definição do âmbito normativo do direito, implicando em “condição de possibilidade de reconhecimento do direito”, traduzindo a idéia trazida por Ana Carolina Olsen de

⁶⁴⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 216.

⁶⁴⁸ Ibidem, p. 217.

⁶⁴⁹ OLSEN, ob. cit., p.194.

influência do econômico sobre o jurídico.⁶⁵⁰ É que, estando a reserva do possível ligada à insuficiência de riquezas, e sendo os direitos fundamentais sociais dependentes do dispêndio de bens escassos para sua concretização, a reserva do possível passa a configurar elemento intrínseco aos direitos fundamentais, influente na delimitação do seu âmbito normativo. E, sendo a reserva do possível um argumento que limita a ótima efetividade dos direitos sociais, ela seria, de acordo com a teoria interna de restrições, um limite imanente dos direitos fundamentais sociais.

Ana Carolina Olsen oferece um exemplo prático para essa constatação:

Uma pretensão a um medicamento capaz de fornecer a cura definitiva para a AIDS mostra-se como flagrantemente impossível. Logo, esta pretensão não se encontra dentro do âmbito normativo do direito à saúde, de modo que não seria juridicamente exigível. Não há este direito, assim como não haveria o direito de o pintor pintar um quadro em um cruzamento de ruas, interrompendo o trânsito, no exemplo fornecido por Friedrich Muller.⁶⁵¹

Para a autora, o risco de se tomar a reserva do possível como elemento característico do direito fundamental social, ou seja, como um limite imanente, reside na grande discricionariedade que o poder público dispõe em decidir pela destinação do bem escasso. E, conforme observa Jorge Reis Novais, a definição do âmbito normativo do direito fundamental, no caso da teoria interna, é que acabará definindo quem será atendido ou não, diminuindo, assim, a efetividade da norma. Ademais, tudo aquilo que ficasse alheio ao âmbito da norma, por força da escolha alocativa do recurso escasso, estaria desprotegido juridicamente, ficando, ainda, imune ao alcance do controle de legalidade e de constitucionalidade.

É o que se retira do pensamento do autor, quando afirma que “No exterior dessas fronteiras não é activada a protecção jusfundamental porque não há já, aí, direito fundamental; em contrapartida, no seu interior, ou seja, dentro

⁶⁵⁰ Ibidem, p. 198.

⁶⁵¹ Ibidem, idem.

dos limites demarcados, por aquela relação de imanência, qualquer intervenção é lesão, violação do direito fundamental e não restrição.”⁶⁵²

Assim, os bens jurídicos que a reserva do possível excluísse do âmbito normativo do direito não estariam protegidos juridicamente, pelo que, não poderiam ser exigidos judicialmente. Ainda, considerando que os limites imanes não seriam propriamente restrições (no sentido de figuras externas ao direito), mas elementos constituintes da estrutura do direito fundamental, não estariam, esses limites, sujeitos a cumprir os requisitos formais que a Constituição prevê, por outro lado, para a incidência das restrições.⁶⁵³ Isso causaria, portanto, um *déficit* na proteção aos direitos fundamentais sociais.

Nesse passo, é de se concluir que se mostra inadequado considerar a reserva do possível como limite imanente dos direitos fundamentais sociais. Conforme afirma Ana Carolina Olsen, “Não se pode afirmar que o direito fundamental já nasce com a limitação da reserva do possível”⁶⁵⁴. Isso porque a reserva do possível como limite à efetividade dos direitos sociais pode decorrer de decisões políticas, conforme exposto no Capítulo 1, acima. E, quando esta limitação é observada numa demanda judicial por prestação estatal, pode-se dizer que o próprio Poder Judiciário tem atuação determinante na reorganização das despesas efetuadas pelas autoridades públicas, no sentido de que, após proferir reiteradas decisões quanto a uma certa demanda, acabe obrigando o poder público a tomar medidas que melhorem a efetividade do direito fundamental em questão.

⁶⁵² NOVAIS, ob. cit., p. 314.

⁶⁵³ “...do ponto de vista da protecção dos direitos fundamentais, a efetividade do controlo operado nos quadros da teoria interna é, à partida, amputada da chamada ‘protecção formal’ que o *pensamento de intervenção e limites* [teoria externa] garantia: é que, em coerência, se os limites imanes dos direitos fundamentais não são verdadeiras restrições, então não lhes é exigível que preencham os requisitos formais que a Constituição prescreve para as restrições, desde a autorização expressa, à reserva de lei parlamentar, à proibição de lei individual e concreta ou retroactiva. Por outro lado, os mesmos pressupostos, quando integralmente assumidos em todas as suas conseqüências lógicas, conduzem a igual dispensa de cumprimento dos requisitos materiais, desde o princípio da proporcionalidade à garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.” (NOVAIS, ob. cit., p. 319). No mesmo sentido: ANDRADE, ob. cit., p. 232-233.

⁶⁵⁴ OLSEN, *A Eficácia dos Direitos...* p. 202.

Nesse sentido, o destaque de Flávia Piovesan:

... em razão da larga jurisprudência que condenava o Poder Público a oferecer gratuitamente medicamentos às pessoas portadoras do vírus HIV, foi aprovada a Lei nº 9.313, de novembro de 1996, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS, cabendo ao Sistema Único de Saúde fornecer toda medicação necessária ao seu tratamento.⁶⁵⁵

Destarte, tem-se que a tomada da reserva do possível como elemento característico dos direitos fundamentais sociais dificulta não só a ótima efetividade desses direitos, mas também o controle judicial sobre a atividade de alocação de recursos pelos poderes constituídos.

4.2 A reserva do possível como restrição aos direitos fundamentais sociais

Assim como a reserva do possível pode configurar elemento característico dos direitos fundamentais, conforme apontado no item anterior, ela também pode se posicionar externamente ao direito, ao que não mais será denominada *limite*, e sim, *restrição*.

No intuito de tecer as considerações necessárias ao enquadramento da reserva do possível enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais, nos valeremos dos mesmos autores citados no item anterior, iniciando, também, por Robert Alexy.

Conforme ensina o autor alemão, diferentemente do conceito de limite, “O conceito de restrição de um direito sugere a suposição de que existem duas coisas – o direito e suas restrições – entre as quais se dá uma relação de tipo especial, quer dizer, a da restrição. (...) existe, primeiro, o *direito em si*, que não está restringido, e, segundo, o que resta do direito quando se lhe adicionam as

⁶⁵⁵ PIOVESAN, **Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil**, p.124.

restrições, quer dizer, o *direito restringido*.”⁶⁵⁶ Esta seria a essência da teoria externa das restrições.

O autor observa, ainda, que, em relação à teoria externa, não necessariamente os direitos caminham juntamente com as restrições, pois o sistema jurídico admite a existência de direitos não restringidos. Ou seja, não existe, aqui, nenhuma relação necessária entre o conceito de direito e o conceito de restrições.⁶⁵⁷

Nota-se, pois, que para a teoria externa de restrições aos direitos fundamentais, diferentemente da teoria interna, as limitações advêm de um ambiente alheio ao direito, e, por isso, externo. Não integram o seu âmbito normativo.

Também Jorge Reis Novais aponta para esta distinção entre direitos fundamentais e limites aos direitos fundamentais, característica da teoria externa. Para o autor, uma vez apurados os contornos jurídicos de um direito fundamental (qual seja, seu âmbito de proteção), neles pode-se inserir ou não limitações. Esses limites e restrições “são construtivamente colocados *de fora*, são *externos* ao conteúdo do direito fundamental *em si* e, daí, a designação de *teoria externa*.”⁶⁵⁸

Novais destaca, ainda, a distinção entre *âmbito de proteção* e *âmbito de garantia efetivo* da norma de direito fundamental. De acordo com o autor, o *âmbito de proteção* seria toda a “esfera da vida” onde o direito fundamental irá desenvolver a sua função de proteção, e também o campo onde poderá incidir a restrição, desde que atendidos os requisitos formais e materiais constitucionalmente impostos, sob pena de ilegitimidade da intervenção. Já o *âmbito de garantia efetivo* seria um “núcleo mais restrito e não susceptível de quaisquer intervenções estatais”⁶⁵⁹, ou seja, estar-se-ia aqui diante de um núcleo

⁶⁵⁶ “El concepto de restricción de un derecho sugiere la suposición de que existen dos cosas – el derecho y sus restricciones – entre las cuales se da una relación de tipo especial, es decir, la de la restricción.” (...) existe, primero, el *derecho en si*, que no está restringido, y, segundo, lo que queda del derecho cuando se le añaden las restricciones, es decir, el *derecho restringido*. (ALEXY, *Teoría de los derechos ...*, p. 268.)

⁶⁵⁷ Ibidem, idem.

⁶⁵⁸ NOVAIS, *As restrições aos Direitos...*, p. 301.

⁶⁵⁹ Ibidem, p. 299.

essencial do direito fundamental, intransponível, ao que Vieira de Andrade chama, no caso dos direitos fundamentais sociais, de “conteúdo mínimo”.⁶⁶⁰

Esses contornos jurídicos dos direitos fundamentais, para Novais, no caso da teoria externa, não seriam definidos pela lei – esta um elemento externo – ou seja, não é a lei infraconstitucional que determina o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais, mas sim estes que determinam o seu próprio conteúdo e constituem os padrões de aferição da legitimidade da lei, com o que, os direitos fundamentais acabam constituindo uma defesa contra o próprio legislador.⁶⁶¹

Jorge Reis Novais, embora se posicione pela teoria dos limites iminentes, apresenta um conceito de restrição aos direitos fundamentais, como “uma acção estatal que afecta, primariamente, o bem jusfundamentalmente protegido, cuja extensão e delimitação foram apuradas através da interpretação jurídica da norma de direito fundamental.”⁶⁶²

Nota-se, pois, que tendo em conta que as intervenções no âmbito normativo do direito, no caso da teoria externa, aparecem como restrições estranhas ao conteúdo do direito fundamental, estas deverão apresentar uma justificação constitucional, ou seja, preencherem os requisitos constitucionais para que se possa legitimar a sua verificação. Esses requisitos, para Vieira de Andrade, seriam a necessidade de carácter geral e abstrato da lei restritiva, vedação de retroatividade da lei, limitação da restrição ao estrito necessário para salvaguardar outros direitos, não podendo, diante disso, “em caso algum diminuir a extensão e o alcance do *conteúdo essencial* dos preceitos constitucionais.”⁶⁶³

Nesse quadro, conforme entendimento de Jorge Novais, mostra-se necessária uma delimitação prévia do conteúdo do direito fundamental, a fim de definir seu âmbito de protecção, no qual, aí sim, incidirão as restrições, no sentido

⁶⁶⁰ ANDRADE, **Os Direitos Fundamentais na Constituição...**, p. 250. Para o autor, apenas haveria restrição no caso dos direitos fundamentais sociais se houvesse violação positiva – ou omissão legislativa – que afetasse esse *conteúdo mínimo*. Exemplo de violação positiva, conforme mostra o autor, seria o caso de lei que condicionasse a frequência do ensino básico ao pagamento de propinas.

⁶⁶¹ NOVAIS, ob. cit., p. 295.

⁶⁶² Ibidem, p. 296.

⁶⁶³ ANDRADE, ob. cit., p. 232-233.

de “intervencões estatais que afetam desvantajosamente o bem de proteção do direito fundamental.” O que restasse do âmbito de proteção após esta intervenção restritiva legítima configuraria, pois, o já mencionado âmbito de garantia efetivo. E, qualquer intervenção estatal para além deste âmbito de garantia efetivo configuraria não mais uma restrição, possivelmente legítima, mas sim violação à norma de direito fundamental.

É o que explicita o autor:

Após esta delimitação prévia de conteúdo, que permitiu distinguir entre âmbito de vida não protegido e âmbito de proteção do direito fundamental, é possível, então, descrever os diferentes tipos de situações, posições ou comportamentos jusfundamentalmente protegidos. É nesse domínio protegido (*âmbito de protecção*) que intervêm as restrições, no sentido de intervenções estatais que afectam desvantajosamente o bem de protecção do direito fundamental. O que resta do *âmbito de protecção* após a intervenção das restrições legítimas ou deduzida a possibilidade da activação das correspondentes reservas é o *âmbito de garantia efectivo*.

Assim, no âmbito de protecção, deduzida a ocorrência, efetiva ou potencial, de restrições legítimas, chega-se, finalmente, ao *âmbito definitivo de protecção* ou *âmbito de garantia efectivo* relativamente ao qual toda a intervenção estatal desvantajosa será já configurada como restrição ilegítima, como violação de direito fundamental.⁶⁶⁴

Reportamo-nos, novamente, à análise levada a cabo por Ana Carolina Olsen, desta feita no sentido de enquadrar a reserva do possível como restrição dos direitos fundamentais sociais. Surge, pois, a reserva do possível como um elemento externo, separado na norma de direito fundamental, logo, não mais determinante do seu conteúdo.

Nesse passo, tomando os direitos fundamentais sociais como posições jurídicas *prima facie* as mais amplas possíveis, tal qual propõe Alexy, ou seja, com seu conteúdo determinável a partir da ponderação entre os bens jurídicos constitucionalmente protegidos, e não como posições definitivas,⁶⁶⁵ a reserva do

⁶⁶⁴ NOVAIS, ob. cit., p. 304.

⁶⁶⁵ Cf. ALEXY, **Teoría de los derechos...**, p. 497-501. “Ya más arriba se refutó la objeción general según la cual las normas de derecho fundamental primeramente protegen algo *prima facie* y luego, a través de restricciones, lo excluyen definitivamente de la protección. Por lo que respecta al hecho de que esto debe extenderse también a los derechos fundamentales sociales, es instructiva la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el numerus

possível incidirá até o ponto em que puder tornar os direitos sociais posições definitivas dedutíveis em juízo. Uma vez que circunstâncias fáticas, reais serão analisadas, em cada caso concreto, para que seja estabelecida a posição definitiva do direito fundamental social, a reserva do possível, por colher fundamentos da realidade, poderá reduzir mais ou menos o âmbito normativo do direito, estando, ainda, sujeita ao controle de constitucionalidade, através do exame da proporcionalidade.⁶⁶⁶

Destarte, a partir do momento em que a decisão política que irá fazer incidir a reserva do possível sobre o direito fundamental estiver sujeita ao controle de constitucionalidade, e à análise da sua ponderação e fundamentação, haverá uma maior elasticidade do âmbito normativo do direito social, com o que, poder-se-á laborar pela sua maior efetividade. Tal entendimento vai de acordo com a idéia de que direitos fundamentais sociais assumem uma feição principiológica e que, como tal, devem ser realizados na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. É o que Alexy chama de *mandados de otimização*.⁶⁶⁷

Remetendo ao que foi dito anteriormente, no sentido de que as restrições configuram “intervenções estatais que afetam desvantajosamente o bem de proteção do direito fundamental”, parece ser correto enquadrar a reserva do possível dentro da teoria externa de restrições. Isso porque, conforme apontado até então, a reserva do possível, de fato, traz limitações à efetividade do bem fundamental constitucionalmente protegido, e, em assim sendo, poderá incidir em maior ou menor grau no âmbito normativo do direito fundamental, garantindo-lhe a possibilidade de elastecer o alcance da sua efetividade. Porém, o argumento maior é o fato de que, tal qual propõe a teoria externa, as restrições estariam sujeitas ao controle de constitucionalidade, segurança esta não encontrada nos limites imanentes aos direitos fundamentais.

clausus. (...) Pero, la propiedad de derecho vinculante prima facie significa que la cláusula restrictiva de este derecho, la ‘reserva de lo posible en el sentido de aquello que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad’, no tiene como consecuencia la ineficacia del derecho. Esta cláusula expresa simplemente la necesidad de ponderación de este derecho.”

⁶⁶⁶ Cf. OLSEN, ob. cit., p. 204.

⁶⁶⁷ ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 86.

Assim, primeiramente, prima-se pelo mais amplo alcance da norma jusfundamental, quando da definição de seu conteúdo; depois, analisa-se a possibilidade de restrição da norma com base em dados da realidade, no caso, a escassez de recursos. O princípio da competência orçamentária não é absoluto, admitindo restrições decorrentes da necessidade de proteção do bem maior da vida.

A partir disso, eis as palavras de Ana Carolina Olsen, que encaixa a reserva do possível na condição de restrição:

...verifica-se que a reserva do possível pode assumir uma posição exterior ao direito, que não determina seu conteúdo, não influencia na sua existência jurídica (no sentido de vigência), mas pode, eventualmente, comprometer a sua eficácia. Nestas condições, afirmar que um direito pode ser exigível na medida em que houver disponibilidade dos meios materiais necessários à sua realização significa estabelecer, num primeiro momento, o amplo alcance da norma de direito fundamental, e num segundo, a possibilidade da restrição deste alcance com base em elementos da realidade empírica. A escassez de recursos poderia impedir a exigibilidade de um direito fundamental social, mas, para tanto, o Judiciário, perante o qual esta exigibilidade foi reclamada, terá ao seu alcance o mecanismo da ponderação, a partir da proporcionalidade, a fim de averiguar que escassez de recursos é esta, se é contornável ou não, se as razões que determinaram a escolha alocativa de recursos em prejuízo deste direito são efetivamente adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.⁶⁶⁸

4.3 O ônus argumentativo-decisional

A vinculação do Estado aos objetivos fundamentais fixados na Constituição conduz a um dever de fundamentação dos atos legislativos e administrativos eventualmente restritivos a direitos fundamentais. Independentemente de tais atos serem comissivos ou omissivos, quando submetidos à revisão jurisdicional deverão lograr demonstrar, racionalmente, as razões que conduziram ao não cumprimento do comando constitucional. Em termos de reserva do possível, esta justificação deverá pautar-se sobre as possibilidades que dão fundamento à cláusula. A fiscalização acerca da legitimidade dos argumentos apresentados pelo poder público passará pelo crivo da razoabilidade e da proporcionalidade, podendo o Estado ser compelido à

⁶⁶⁸ Cf. OLSEN, ob. cit., p. 206-207.

realização de políticas públicas,⁶⁶⁹ ou ao fornecimento mesmo da prestação demandada.

O que é válido sobretudo para a defesa da Administração em juízo, esta responsável pelo gerenciamento das dotações orçamentárias:

Então, nessa época marcada por agudas transformações de parâmetros e conceitos, o reconhecimento do peso decisivo dos direitos fundamentais acarreta a intensificação da **cobrança do dever de bem motivar**. Em outras palavras: saindo da zona de conforto, importa extrair os efeitos da premissa de que *o poder existe para os direitos fundamentais, e não o contrário*.

Nesse passo, sobre a ênfase para o dever de motivação, que não se deixa aprisionar em **manifestações lacônicas e mutiladoras**, como sói acontecer nas criticadas posturas reducionistas e identificadoras de direitos e leis. (...)

(...) a autoridade administrativa deve expor, na motivação, os fundamentos da observância da lei e do sistema. Indispensável reter, ao fim e ao cabo, que o controle das motivações passa a ocorrer nesse patamar mais alto, isto é, no atinente à vinculação ao sistema (rede de princípio, regras e valores), seja ao tratar da indeterminação dos conceitos normativos (inclusive nos atos vinculados), seja na escolha das conseqüências (nos atos discricionários), apenas em abstrato igualmente válidas.⁶⁷⁰ (sem negrito no original)

A proteção à dignidade humana não pode ser deixada à mercê de um discurso meramente técnico, silenciador do debate intersubjetivo acerca das melhores opções para a satisfação das necessidades humanas. A cláusula da reserva do possível será legítima apenas quando o Estado comprovar que empregou, efetivamente, todos os recursos disponíveis para proteger o direito em jogo, sem recorrer a argumentos genéricos de ordem financeira ou relativos à competência discricionária. Recorde-se que a cláusula será afastada quando a restrição incidir sobre bens destinados a assegurar a satisfação de níveis essenciais dos direitos protegidos constitucionalmente. É por isso que se admite a

⁶⁶⁹ Para o caso de inclusão de medicamentos na lista do SUS, por exemplo, há os critérios já apresentados no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, no Capítulo 2, e cuja linha é seguida por Luis Roberto Barroso: i) que o Judiciário determine a inclusão na lista apenas dos medicamentos que tenham sua eficácia comprovada, excluídos os experimentais e os alternativos; ii) que sejam privilegiados os medicamentos produzidos no Brasil, tendo em vista permitir o acesso universal e igualitário dos cidadãos à saúde; iii) que sejam privilegiados medicamentos genéricos, de produção menos custosa e igualmente eficiente; iv) que o medicamento solicitado seja indispensável à manutenção da vida do postulante, e não apenas à melhoria de sua qualidade de vida. Cf. BARROSO, **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**, p. 32-34.

⁶⁷⁰ FREITAS, **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**, p. 54-55.

presença do Estado na área distributiva como forma de assegurar as condições mínimas para o exercício da liberdade.⁶⁷¹

Daí a importância da argumentação, como meio de justificação racional das escolhas pela destinação de recursos escassos. Eis a advertência de Plauto Faraco de Azevedo:

Não podendo a reflexão sobre as instituições ignorar os sistemas econômicos, tampouco pode render-se à contingência de suas circunstâncias atuais, desprezando o passado e recusando-se a antever e planejar o futuro. O processo histórico é demasiado importante para ser deixado ao alvedrio do técnico, notadamente do técnico em economia e, muito menos, do especialista da finança. Para buscar influir no rumo da história, em favor da dignidade humana, é indispensável um pensamento complexo e penetrante, capaz de tudo discutir e ponderar, na certeza de que a argumentação é o meio idôneo para avaliar a gradação infinita do erro e do acerto nas opções humanas.⁶⁷²

O Estado está vinculado como um todo à realização dos direitos fundamentais. Trata-se, em gênero, da supremacia normativa constitucional apontada anteriormente, e, em espécie, da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que está ligada à idéia de eficácia irradiante desses direitos sobre todos os ramos do Direito, sobre todo o ordenamento jurídico. Aos atores políticos é imposto um dever de fundamentação sobre suas decisões, em matéria de direitos fundamentais, exatamente em razão da importância com que a proteção de tais direitos é acolhida pelo sistema jurídico pátrio.

Considerar a reserva do possível como um limite externo ao direito fundamental, ou restrição, significa admitir seu afastamento, pelo juiz, quando a tutela pleiteada corresponder à parcela da dignidade humana sem a qual o sujeito não será capaz de *produzir, reproduzir-se e desenvolver-se*⁶⁷³ em sua comunidade, que é representativo do mínimo existencial. A partir desse ponto, interessa, neste tópico, ressaltar que também o Poder Judiciário está vinculado à eficácia objetiva daqueles direitos, e, desde logo, a justificar racionalmente

⁶⁷¹ NUSDEO, *Curso de Economia*, p. 215.

⁶⁷² AZEVEDO, *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*, p. 133.

⁶⁷³ Os termos em itálico são emprestados de DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lucia M. E. Orth. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

decisões eventualmente lesivas ao tratamento *isonômico* dos titulares de direitos fundamentais.

Eis o alerta de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.⁶⁷⁴

O princípio da igualdade ocupa posição privilegiada em nosso ordenamento jurídico. É amplamente protegido na Constituição, sendo fundamento mesmo dos direitos fundamentais sociais. Os princípios da progressividade, da universalidade, da eficiência, da justa distribuição de recursos, da solidariedade social, dentre outros, veiculam a concepção de que as prestações materiais requeridas pelos direitos fundamentais sociais são direitos de todos e de cada um, sem que a alguns seja concedido o privilégio de obtê-las do Estado em prejuízo dos demais.

Contudo, haverá situações em que o tratamento desigual será imposto para que a realização mesma do postulado da igualdade seja alcançada. Trata-se, em termos bem abrangentes, de “tratar igualmente os iguais, e tratar desigualmente os desiguais”, para que estes atinjam a igualdade em relação aos demais. É uma espécie de interpretação favorável ao *mais débil*: a “Previsão de regras de interpretação ou de proteção em favor daqueles que ocupam uma posição de sujeição e dependência, e, portanto, de vulnerabilidade, frente àqueles que sustentam qualquer tipo de poder, seja público ou privado.”⁶⁷⁵

Sendo a igualdade um princípio fundamental, basilar no ordenamento jurídico, somente poderá ser restringido mediante argumentos razoáveis, proporcionais e convincentes para a generalidade das pessoas. No âmbito dos direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais, apenas poderá ser afastado, em favor da tutela individual de bens coletivos, se presentes razões suficientemente fortes para tanto. Os casos em que são concedidos

⁶⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 16. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 9.

⁶⁷⁵ PISARELLO, **Los derechos sociales y sus garantías...**, p. 118.

medicamentos, tratamentos de saúde, moradia, ou vagas em creche são emblemáticos dessa situação de desigualdade, em termos de reserva do possível.

Nesse caminho, a adjudicação individual de bens coletivos exige que a decisão judicial correspondente apresente argumentos racionais, como forma de controle sobre sua justificação. A dignidade humana assume importância na Constituição brasileira, de modo que deve ser protegida tanto individual quanto coletivamente. Os direitos fundamentais de liberdade, assim como os direitos sociais, repousam a sua nota de fundamentalidade sobre a proteção jurídica da dignidade humana.⁶⁷⁶ A realidade fática da escassez dos recursos necessários ao atendimento das necessidades sociais, aliada ao princípio democrático, impõe que se dê preferência às opções políticas que privilegiam os princípios da universalidade, da progressividade e da eficiência na realização dos direitos fundamentais. Mas essas opções, quando excluem alguns sujeitos de sua própria dignidade, sujeitam-se à fiscalização jurisdicional.

Dessa forma, quando, em casos problemáticos, for privilegiada a garantia em favor da vida e dos interesses privados, impõe-se um *ônus argumentativo* judicial, destinado a justificar, racionalmente, a escolha feita pela prevalência dos interesses privados sobre os bens coletivos. O tratamento desigual, ou seja, a concessão jurisdicional da tutela pleiteada individualmente, deve ser devidamente fundamentado de modo que conduza à realização do postulado da igualdade. Em outras palavras, “o enunciado geral da igualdade estabelece um ônus argumentativo para o tratamento desigual” (...) “em favor do tratamento igual”.⁶⁷⁷

O ônus argumentativo foi desenvolvido por Robert Alexy no âmbito da teoria da argumentação em matéria de direitos fundamentais⁶⁷⁸. Ao admitir a restrição do princípio geral da igualdade, Alexy propõe seja imposto um ônus

⁶⁷⁶ Conforme pontua Ana Paula de Barcellos: “A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência.” (*A eficácia jurídica ...*, p. 245.)

⁶⁷⁷ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 409 e 411.

⁶⁷⁸ Cf. ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 543 e ss.

argumentativo que explique e justifique a admissibilidade daquela discriminação. A restrição é permitida justamente porque considerado, o princípio da igualdade, em abstrato, um mandamento de otimização:

A assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado geral de igualdade como um *princípio geral da igualdade*, que *prima facie* exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos.⁶⁷⁹

Nesse caminho, Alexy começa explicando a relevância da teoria da argumentação em matéria de direitos fundamentais. Coloca que, em primeiro lugar, há de se considerar a característica de irradiação das normas de direitos fundamentais a todos os ramos do direito, o que traz três consequências para o sistema jurídico como um todo. A primeira delas seria “a limitação dos possíveis conteúdos do direito ordinário”. Isso significa que, uma vez que as normas de direitos fundamentais previstas na Constituição “excluem alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários”, tornam-se vinculantes à determinação do conteúdo do direito infraconstitucional, o que faz do sistema jurídico um sistema *substancialmente determinado pela Constituição*.⁶⁸⁰

A segunda consequência é que, em virtude de um sistema jurídico que dá privilégio a direitos fundamentais, este sistema torna-se aberto. As normas que veiculam direitos fundamentais são abertas, abstratas e carregam profunda carga ideológica. Por isso, o próprio processo de sopesamento entre princípios acabará sendo aberto, o que dificulta o controle sobre sua racionalidade.⁶⁸¹ E a terceira consequência diz respeito ao tipo de abertura do sistema, que é uma abertura em

⁶⁷⁹ ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 411. Conforme Alexy, a norma de tratamento igual tem estrutura assimétrica em relação à norma de tratamento desigual. Confirma-se o enunciado geral de igualdade: “Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento igual, então, o tratamento igual é obrigatório.” Já a norma de tratamento desigual preceitua: “Se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório.” (Ibidem, p. 408 e 410).

⁶⁸⁰ Ibidem, p. 543.

⁶⁸¹ Ibidem, idem.

face da moral. E daí surgir o problema acerca do controle sobre decisões judiciais de conteúdo moral.⁶⁸²

Diante disso, o autor pontua que, com efeito, as decisões judiciais acham-se restritas por uma série de condições, as quais se resumem à *lei*, ao *precedente* e à *dogmática*. Alexy reconhece que casos problemáticos envolvem valorações que não podem ser deduzidas diretamente desse instrumental normativo existente, o que faz com que a racionalidade do discurso jurídico, em matéria de direitos fundamentais, dependa do controle sobre as valorações que exorbitam aquilo que se pode extrair do material normativo de que se dispõe. Mas não descarta o controle racional sobre a fundamentação judicial a partir do exame daquelas três condições.

Desse modo, Alexy propõe que a lei, o precedente e a dogmática de direitos fundamentais têm papel deveras relevante como base no processo de argumentação da decisão que privilegia direitos individuais em desfavor de bens coletivos. Assim, a decisão judicial que privilegia interesses privados em face de bens coletivos acaba carregando um ônus de argumentação, que deve partir daquelas três condições. Alexy coloca cada uma delas nos seguintes termos: “por vinculação da argumentação ‘à lei’ deve ser compreendida uma vinculação ao *texto* das disposições de direitos fundamentais e à *vontade* do legislador constituinte.”⁶⁸³ Daí o autor utilizar, para esta condição, a expressão *texto e vontade*. No ponto, anota que a interpretação semântica e a interpretação genética também assumem relevância, mas, tratando o texto de direitos fundamentais, haverá uma vinculação sobre o seu teor, criando um ônus argumentativo a seu favor, caso haja uma pretensão de dele afastar-se.

Além do texto, também a argumentação sobre os precedentes e a dogmática vinculam a fundamentação das decisões discriminatórias. Com relação aos precedentes, segundo Alexy, “interessa apenas a força geral das decisões do Tribunal Constitucional Federal, enquanto precedentes, para a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais,” considerando, ainda, que, na prática, a

⁶⁸² Ibidem, p. 544.

⁶⁸³ Ibidem, p. 552.

interpretação da Constituição é aquela conferida pelo Tribunal.⁶⁸⁴ O autor reconhece que novos casos sempre apresentam novas características, mas cada nova decisão contribui para dar maior densidade à jurisprudência. A dogmática diz respeito ao esforço doutrinário em matéria de direitos fundamentais, formulando teorias materiais, ou seja, que tenham um grau de abstração relativamente alto, de modo a adequarem-se ao maior número de situações concretas possíveis.⁶⁸⁵

Finalmente, o autor pontua que, embora se procure apoiar o controle de racionalidade sobre a lei, o precedente e a doutrina, sobrarão espaços para valorações pelo magistrado, o que é provocado pela abertura dos sistemas de direitos fundamentais.⁶⁸⁶ Neste ponto, seria necessário o recurso a regras de argumentação prática geral, além da consideração de que a insegurança quanto aos resultados das questões em matéria de direitos fundamentais leva, necessariamente, a uma decisão. A decisão, no âmbito de direitos fundamentais, não poderá ser arbitrária em razão do controle sobre sua racionalidade nos termos apontados anteriormente, e é necessária simplesmente pelo fato da necessidade de ser colocado um “ponto final” e uma questão. Nesse aspecto, Alexy anota que:

Se a maioria parlamentar não deve controlar a si mesma, o que significaria ser juiz em causa própria, sobra apenas a alternativa de alguma forma de jurisdição constitucional. O fato de um tribunal constitucional não apenas argumentar, mas também decidir, nada tem de irracional. De forma geral, vale a idéia de que a razão prática pode ser realizada apenas no âmbito de um sistema jurídico que vincule, de forma racional, argumentação e decisão. À luz dessa reflexão, a institucionalização de uma jurisdição constitucional cujas decisões sejam passíveis e carentes de fundamentação e crítica em um discurso racional no âmbito dos direitos fundamentais é algo inteiramente racional.⁶⁸⁷

O modelo teórico do ônus argumentativo tem sua contribuição ao oferecer critérios racionais destinados a reduzir o risco de arbitrariedade na decisão jurídica. Isso porque, persuadir racionalmente a comunidade de intérpretes (e

⁶⁸⁴ Ibidem, p. 554-555.

⁶⁸⁵ Ibidem, p. 560.

⁶⁸⁶ Ibidem, p. 574.

⁶⁸⁷ Ibidem, p. 574.

essa comunidade deve ser entendida de uma maneira ampla, como propôs Häberle), também é uma forma de conferir legitimidade às decisões públicas.⁶⁸⁸

O dever de motivação das decisões administrativas impõe ao Estado o ônus de demonstrar porque está deixando de conceder a prestação tempestivamente, tendo dado ensejo à demanda judicial. Afinal, admitir a discricionariedade das escolhas administrativas tem uma compensação, que é o alargamento do horizonte de controlabilidade sobre a motivação.⁶⁸⁹ Ocorre que, nas situações em que a omissão estatal deixa de conceder as prestações materiais indispensáveis à realização da dignidade humana, não haverá outra escolha que não o Judiciário conceder a tutela pretendida, em favor da garantia de sobrevivência digna do demandante, e em detrimento da coletividade. Esta atividade jurisdicional é excepcional e depende de uma justificação racional, donde se extrai a importância da tese do ônus argumentativo-decisional. Significa, sim, uma absolutização da vida, mas isso nada tem de ilegítimo, quando se tem em conta que este é o *telos* mesmo do Estado constitucional de Direito, na relação vertical Estado-cidadão.

Em arremate, e tendo em vista as mediações trazidas neste trabalho, pode-se extrair do princípio da igualdade o elo de ligação na tensão entre constitucionalismo e democracia. A supremacia normativa da Constituição, em seu todo, vincula os agentes de poderes em suas funções, e os cidadãos em sua comunidade, no sentido de prestar observância aos seus preceitos e agir orientados à sua máxima efetividade. Por um lado, se o princípio da igualdade exige que haja uma justa e igualitária distribuição dos recursos, para o que se faz uso dos princípios da eficiência, universalidade, progressividade e solidariedade social, respeitando-se as escolhas dos poderes constituídos e manejando ações coletivas, destinadas à universalização do acesso aos bens coletivos, por outro lado, o princípio da igualdade, por vezes, pode admitir um tratamento discriminatório, em favor do resgate do sujeito excluído do mínimo de proteção a que tem direito. Essa discriminação é legitimada por outros princípios, também

⁶⁸⁸ Cf. CAPPELLETTI, ob. cit., p. 96-98, citado no item 3.2.1, *supra*.

⁶⁸⁹ Cf. FREITAS, **Discricionariedade administrativa...**, p 35.

previstos na Constituição, como a proporcionalidade, a vedação ao retrocesso e a proteção ao mínimo existencial, assim como pela revisão judicial das omissões inconstitucionais.

Nesse caminho, Roberto Gargarella pontua que a nota comum ao constitucionalismo e à democracia é, justamente, a idéia de igualdade (tributária, reconhece, a Ronald Dworkin), no sentido de que cada um deve ser tratado não *de maneira* igual, mas *como* um igual; ou seja, as pessoas devem ser tratadas, individualmente, com igual consideração e respeito. Assim exemplifica Gargarella: “Falharia em meu compromisso com a igualdade, por exemplo, se não provesse um tratamento especial à mulher no âmbito do trabalho, em consideração à sua gravidez, ou se não tomasse medidas especiais para assegurar, *v. g.*, a proteção dos interesses da comunidade afroamericana, depois de séculos de indevida postergação alentada e mantida pelo Estado.”⁶⁹⁰

E continua: “Uma maneira de modelar os devastadores efeitos desta tensão entre constitucionalismo e democracia pode ser a seguinte: explorar as notas que reúnem ambas as idéias, antes daquelas que as diferenciam.”

⁶⁹⁰ GARGARELLA, Roberto. **Constitución y democracia**. p. 77. Tradução livre. *Ibidem*, p. 78.

CONCLUSÃO

Finalmente, cabe aqui retomar, resumidamente, as conclusões alcançadas ao longo do trabalho:

1. A reserva do possível é argumento recepcionado, no Brasil, em contexto diverso daquele que lhe deu origem, na Alemanha, tendo sido levantada nos tribunais pátrios, desde então, e na maioria das vezes, sem maiores considerações acerca de sua significação e suas implicações, ocultando omissões inconstitucionais.

2. Os recursos necessários ao atendimento das necessidades humanas são limitados, devendo ser gerenciados pelos agentes políticos dentro das limitações fixadas legalmente. Estes são os fundamentos que dão suporte à reserva do possível, que somente poderá ser argüida na relação Estado-cidadão, e quando comprovadamente os recursos escassos já tiverem atendido à prévia destinação legal para a satisfação das necessidades em questão. Desse modo, o argumento apenas servirá para reafirmar a progressividade da satisfação daquelas necessidades, e não a exclusão da responsabilidade estatal.

3. A possibilidade das prestações de direitos sociais serem exigidas em juízo leva à propositura massiva de demandas nesse sentido. A reserva do possível tem atuado como limite à entrega de tais prestações, no intuito de ser prestada deferência às escolhas do legislador e do administrador. Contudo, em algumas situações o argumento é afastado, sendo determinado ao poder público ora a implementação de política pública, ora a entrega imediata da prestação exigida, em situações ainda mais restritas.

4. Determinar, judicialmente, a concessão ou não da tutela pleiteada forma uma tensão entre o discurso favorável à tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, e o outro inclinado à proteção do princípio democrático. A reserva do possível encontra lugar nos dois lados da tensão, de modo que, sendo privilegiado, no caso concreto, o argumento constitucionalista, ela será afastada. E sendo privilegiado, por outro lado, o argumento democrático, é aqui que a reserva encontrará legitimidade.

5. A Constituição de 88 permite uma leitura dos casos concretos à luz de argumentos constitucionalistas e democráticos. Em um contexto no qual a escassez de recursos determina a distribuição dos bens, de modo que as necessidades humanas sejam atendidas na maior medida possível, dá-se preferência à escolha dos representantes eleitos – e elegíveis – para tal mister. Determinadas situações problemáticas, porém, exigirão que alguns pedidos sejam atendidos isoladamente, desequilibrando a sustentação do princípio da igualdade. As decisões isoladas que procedam a essa discriminação deverão ser racionalmente fundamentadas, para que a sociedade de intérpretes possa proceder ao controle sobre a correção de tais escolhas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Fundamentos de Direito Constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Coord. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Há direitos acima do orçamento? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. *In*: **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 237, jul./set. 2004, p. 1-6.

ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Caracas: Legis, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Público e Direito Privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. *In*: **Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica**

Contemporânea. Evento promovido pelo Centro Acadêmico Hugo Simas. Curitiba: UFPR, 19 set. 2008.

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

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática transformadora. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Temas de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 9, mar./abr./mai. 2007, Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: mar. 2007.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2008.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e dirigismo Constitucional. *In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.* Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba, ano 2003, vol. 4. p. 173-183.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira.** Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil.** Brasília: OAB, 2002.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa.** Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno *et alii.* **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative.** 16. ed. Paris: Dalloz, 2007.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea.** Dissertação de mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

BRINDEIRO, Geraldo. Jurisdição constitucional e o devido processo legal. *In:* SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CALIENDO, Paulo. Reserva do Possível, direitos fundamentais e tributação. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. *In:* **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. *In:* **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CÁRCOVA, Carlos María. Estado social de derecho y radicalidad democrática. *In*: BRANDÃO, Paulo de Tarso; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZARROBA, Orides e outro. **Constituição e Estado Social**: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo/Coimbra: RT e Coimbra, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e Democracia. *In*: **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *In*: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 14, n. 54, jan-mar/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. **O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441>, acesso em 25/08/06.

_____. **A Constituição brasileira completa 20 anos**. Gazeta do Povo, Curitiba, p. 02 - 02, 05 out. 2008.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo. Un análisis metateórico. *In*: **Neoconstitucionalismo(s)**. Carbonell, Miguel (org.) Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade**. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. São Paulo: JM Editora, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa – RIL**, Brasília, ano 35, n. 138, abr./ jun. 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões inconstitucionais do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DANTAS, Ivo. Jurisdição constitucional e a promoção dos direitos sociais. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **Teoría de las necesidades humanas**. Trad. José Antonio Moyano y Alejandro Colás. Barcelona: ICARIA, FUHEM, 1994.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lucia M. E. Orth. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1989.

_____. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **O Direito da Liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELSTER, Jon. **Local Justice**. How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens. New York: Russel Sage Foundation, 1992.

FACHIN, Luiz Edson. Constituição e relações privadas: questões de efetividade no tríptico vértice entre o texto e o contexto. *In*: BRANDÃO, Paulo de Tarso; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZARROBA, Orides e outro. **Constituição e Estado Social**: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo/Coimbra: RT e Coimbra, 2008.

FARIA, José Eduardo [org]. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. Prólogo. *In*: ABRAMOVICH, Victor. COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

_____. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. *In*: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas**. Normatividade, Operatividade e Efetividade. **São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001**.

_____. Participação Democrática: audiências públicas. *In*: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *In*: **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 220, abr./jun. 2000, p.165-177.

FRASCATI, Jacqueline Sophie Perieto Guhur. O princípio da eficiência como valor apto a contribuir para a eficácia dos direitos sociais a prestações concretizadas: análise das funções do princípio da eficiência nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. *In: Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n.º 9, p. 227-278, jan./mar. 2006.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri, SP: Manole, 2003.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARGARELLA, Roberto. Constitución y democracia. *In: ALBANESE, Susana et alii (org)*. **Derecho constitucional**. Buenos Aires: Universidad, 2004.

_____. **La Justicia Frente al Gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**. 4. ed. Madrid: Civitas, 1998.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais. A Busca de uma Exegese Emancipatória**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001.

GOUVÊA, Marcos Maselli, **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HABERMAS, Jurgen. **Facticidad y validez**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HINKELAMMERT, Franz. **Crítica à razão utópica**. Trad. Álvaro Cunha. São Paulo: Paulinas, 1988.

_____. La caída de las torres. **Revista Crítica Jurídica**: Revista Latinoamericana de política, Filosofía y Derecho. n. 20, jan-jul/2002.

HONÓRIO, Cláudia; KROL, Heloísa; PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **ADPF 130: A proteção dos direitos fundamentais à liberdade de imprensa e de expressão por meio do controle jurisdicional de normas pré-constitucionais.** *In:* XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. Anais do CONPEDI, 2008.

_____. **Instrumentos de democratização do controle abstrato de constitucionalidade: proteção e aplicabilidade do princípio democrático.** *In:* XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília. Anais do CONPEDI, 2008.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Holmes. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes.** New York/London: W. W. Norton & Company, 1999.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LEDUR, José Felipe. **O Contributo dos Direitos Fundamentais de Participação para a Efetividade dos Direitos Sociais.** Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LUDWIG, Celso. Da Ética à Filosofia Política Crítica na Transmodernidade: Reflexões desde a Filosofia de Enrique Dussel. *In:* FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). **Repensando a Teoria do Estado.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 16. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. **La inconstitucionalidad por omisión**. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Novo Papel do Estado na Economia. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 99-120, jan./mar. 2003.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad 2001.

_____. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOTTA, Daniel Réche da; MOTTA, José Reinaldo da. **O conceito de “reserva do possível” como limitador do controle social da qualidade das rodovias: o caso da BR 452/Minas Gerais**. Disponível em: www.ibraop.org.br. Acesso em: 07 set. 2008.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 153-181, out./dez. 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

NEEF, Max. **Desarrollo a Escala Humana: una opción para el futuro**. Santiago: CEPAUR/Fundación Dag Hammarskjöld, 1986.

NETTO, Sérgio de Oliveira. **O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais.** Disponível em: <[https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano V agosto 2005/sergio_principiodareserva.pdf](https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_V_agosto_2005/sergio_principiodareserva.pdf)> , acesso em 10/07/06.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra, 2003.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia:** introdução ao Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. *In:* SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. Jurisdição constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e auto-contenção. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia – RDFD**, ano 2007, vol 2, disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>.

_____. A reserva do possível como restrição aos direitos fundamentais sociais. **Revista Eletrônica Direito e Política da UNIVALI – REDP**, ano 2007, vol 2, n. 3, disponível em www.univali.br/direitoepolitica.

PEREIRA, Potyara A. P.. **Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais.** 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas. *In:* Direito, Estado e Democracia. Entre a (In) Efetividade e o Imaginário Social. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.** Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías.** Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho.** Fondo de Cultura Económica. México: 1998.

POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. *In*: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006.

RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conceito, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Direito e Democracia**, v. 3, n 1, 1º semestre 2002.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In*: **Revista Latino-americana de estudos constitucionais**. Belo Horizonte, n. 6, p. 320-369, jul./dez. 2005.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *In*: **Interesse Público**, ano 7, n° 32, julho/agosto de 2005. Porto Alegre: Notadez.

_____. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHULMAN, Gabriel. **Direito Fundamental no Plano de Saúde: Do Contrato Clássico à Contratualidade Contemporânea**. Mimeografado.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não regulamentadas**. Instrumentos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático**. *In*: **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang [org]. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. *In*: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [orgs]. **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**, vol. 5: o orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. (reimp. 2. ed.). Coimbra: Almedina, 2006.

ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, como exigência para a conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2006. Disponível em: www.sbdp.com.br. Acesso em: 10 abr.2008.