

ANA LUCIA PRETTO PEREIRA

A RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Clèmerson Merlin Clève

Co-orientadora: Ana Carolina Lopes Olsen

Curitiba
2006

Dedico este trabalho às pessoas mais importantes de minha vida:

Meus pais, Frutuoso e Maria Luisa, pelo suporte constante, paciência com os humores monográficos, e, ainda assim, pelo chimarrão e chocolates para dar energia aos trabalhos da monografia!

À minha irmã Caca, e ao recém chegado bagual Vacão, cujas visitas típicas de médico alegram a casa e fazem cessar qualquer estudo;

À minha irmã Cris, definição de sagacidade, com quem aprendo todos os dias que ousar e arriscar na vida não fazem mal a ninguém;

E à querida amiga-irmã Lili, minha precursora no Direito e na vida, com quem nunca me canso de brigar, dar risadas, levar broncas, conversar, viver e conviver. Foi ela quem disseminou meu desconhecido apelido de infância, tornando meu nome uma incógnita para todos que me conhecem. Sem ela, minha vida seria um filme mudo, sem *tracking*, e em preto e branco!

Agradeço ao Professor Clèmerson, pelo incentivo à pesquisa e ao diálogo crítico, e cujos preciosos ensinamentos deram-me sempre a segurança de que estava trilhando o caminho certo.

Também, meu grande agradecimento à Professora Ana Carolina Lopes Olsen, pela orientação formal e material neste trabalho, a qual me permitiu redescobrir a reserva do possível.

Aos sinceros amigos e amigas, que colaboram, todos os dias, cada um em sua medida, com a minha formação de vida.

E a Deus, força inexplicável, que dá impulso às nossas vidas.

Dúvida: temos todos os recursos naturais, já possuímos alta tecnologia, e até excesso de ideologias. Por que não conseguimos fazer uma cidadania?

Millôr Fernandes.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. RESERVA DO POSSÍVEL: ORIGEM, FUNDAMENTAÇÃO E CONCEITO	
2.1. A RESERVA DO POSSÍVEL NA ALEMANHA E A SUA IMPORTAÇÃO PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	4
2.2. A RESERVA DO POSSÍVEL COMO ELEMENTO CARACTERÍSTICO DA REALIDADE.....	10
2.3. "DIREITO, ESCASSEZ E ESCOLHA": DISTINÇÃO ENTRE INEXISTÊNCIA DE RECURSOS E ESCOLHAS ALOCATIVAS DE RECURSOS.....	14
2.4. CONCEITO.....	20
3. A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE À EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	
3.1. RELAÇÃO ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	
3.1.1. O Custo dos direitos fundamentais sociais	23
3.1.2. A reserva do possível como limite imanente dos direitos fundamentais sociais.....	27
3.1.3. A reserva do possível como restrição aos direitos fundamentais sociais.....	31
3.2. A RESERVA DO POSSÍVEL NOS TRIBUNAIS.	
3.2.1. Colocação do problema da reserva do possível na jurisprudência pátria	36
3.2.2. A atuação da jurisdição constitucional em face da reserva do possível: ativismo judicial e legitimidade democrática nas decisões alocativas de recursos.....	45
4. LIMITES À APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL	
4.1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA	61
4.2. MINIMO EXISTENCIAL	66
4.3. NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL.....	70
5. CONCLUSÃO	74

RESUMO

A reserva do possível tem origem no ordenamento jurídico alemão, a partir do julgamento do caso *numerus clausus*, onde assumiu a roupagem daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade. Guarda relação com a inconteste escassez dos recursos necessários à satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, levando as autoridades públicas a tomar decisões alocativas de tais recursos, limitando, assim, a plena e imediata resposta às constantes necessidades sociais. Recepcionada no Brasil, a teoria da reserva do possível passou a ser reiteradamente invocada como subterfúgio para o atendimento deficiente das necessidades básicas dos cidadãos, na medida em que, diferentemente do caso alemão, as prestações dos direitos fundamentais sociais eram – e são – pleiteadas perante o Judiciário em razão do não cumprimento ao mínimo satisfatório da norma de direito fundamental social. Partindo do pressuposto de que a efetividade dos direitos fundamentais sociais demanda dinheiro e implementação de políticas públicas, e, também, que referidos direitos são sindicáveis em juízo, a reserva do possível impõe-se como restrição aos direitos prestacionais. Assim é que a questão é levada aos tribunais, onde surge a problemática acerca da legitimidade do Poder Judiciário para imiscuir-se nas decisões alocativas de recursos, discutindo-se acerca da legitimidade democrática dos magistrados e do princípio da separação dos três poderes. Por outro lado, a reserva do possível está sujeita a limitações, notadamente aquelas que dizem respeito à dignidade da pessoa humana e à imperatividade das normas jusfundamentais positivadas na Constituição Federal brasileira.

1. INTRODUÇÃO

Recente estudo do IPEA constatou que a desigualdade, no Brasil, é uma constante. Nesse estudo foi constatado que o Brasil conta com 53 milhões de pobres, cuja renda média está 55% abaixo da linha de pobreza, e 22 milhões de indigentes, dos quais a renda média mantém-se cerca de 60% abaixo da linha de indigência.¹ Referida pesquisa concluiu, após uma análise da situação sócio-econômica do país nos últimos vinte anos, que recursos existem, mas são mal aplicados e/ou distribuídos.

Nesse panorama, torna-se fundamental o estudo de elementos condizentes com a limitação e a distribuição de riquezas, na medida em que influenciam decisivamente a realização de políticas públicas que permitam eliminar da sociedade essa desigualdade que já se mostra endêmica. E a reserva do possível é um desses elementos.

A reserva do possível é teoria desenvolvida no ordenamento jurídico alemão, e recepcionada no Brasil muito recentemente. Trata-se, basicamente, de argumento relacionado à escassez, natural ou artificial, dos recursos necessários ao atendimento das inúmeras necessidades sociais, e que legitima – ou não – as escolhas feitas pelos poderes constituídos no sentido de direcionar recursos a um ou outro segmento social.

Paralelamente, essas necessidades básicas contam com normas imperativas de conduta positiva ao Estado, as quais têm o condão de determinar um *agir* em prol da dignidade dos cidadãos. São as normas constitucionais, notadamente, as que veiculam os direitos fundamentais sociais.

É que os direitos fundamentais sociais têm por objeto uma prestação por parte do Estado, no sentido de que este forneça aos titulares desses direitos as condições necessárias a uma vivência – e não sobrevivência – digna, através de

¹ BARROS, Ricardo Paes de, HENRIQUES, Ricardo, MENDONÇA, Rosane. **A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil**. In: Ricardo Henrique (org). *Desigualdade e Pobreza no Brasil*. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/desigualdadepobreza/capitulo01.pdf>> Acesso em 15 set. 2006.

saúde, educação, moradia e assistência social de qualidade. Assim, tratando-se de uma obrigação de agir, não poderia o Estado furtar-se de tal dever.

Contudo, partindo da premissa de que os recursos são limitados, e que as necessidades básicas dos cidadãos, ao contrário, são infinitas, surge a verdade de que não será possível atender a todos, simultaneamente. Aqui entra a reserva do possível, suscitada pelo Estado, no sentido de que a efetivação das prestações emanadas dos direitos fundamentais sociais está necessariamente sujeita a uma reserva, a reserva do que é financeiramente possível, ou, se o caso, a reserva do que é faticamente possível.

Mas há necessidades que são urgentes, como um transplante de órgão para um paciente em estado terminal, por exemplo, as quais acabam sendo pleiteadas pelos cidadãos perante o Judiciário. Poderá o Judiciário conceder a pretensão invocada, tendo em conta que os recursos destinados ao setor saúde são limitados, e também o são os órgãos disponíveis para doação? Caberia aqui levantar argumentos de ordem orçamentária, como a reserva do possível, para não conceder a tutela demandada?

Também, há outra problemática, no que toca aos pedidos que são feitos ao Poder Público perante os tribunais. Teriam os magistrados legitimidade para se manifestarem acerca das decisões tomadas pelos poderes constituídos, na medida em que são estes, porque democraticamente eleitos, quem possuem legitimidade para decidir pela destinação dos recursos públicos? Até que ponto a atuação ativista do Judiciário, no sentido de fazer valer as normas jusfundamentais, não configuraria ingerência no outro Poder?

Por fim, visto que a reserva do possível configura um limite aos direitos fundamentais sociais, logo, ao atendimento das necessidades sociais, estaria a reserva do possível sujeita, ela mesma, a alguma limitação? Parece que a proteção da dignidade da pessoa humana seria um forte argumento para tanto.

Assim, o presente estudo tem por escopo apenas mostrar sob quais aspectos a reserva do possível aparece no ordenamento jurídico brasileiro, quais as suas implicações, e como a doutrina constitucional posiciona-se a respeito do tema. Não se

pretende, aqui, esgotar o trato científico dispensado à reserva do possível, mesmo porque, sendo esta uma teoria cujos estudos são bastante recentes, ainda há muito que pesquisar. Diante disso, nosso trabalho tenciona contribuir para o fomento da discussão: a reserva do possível, é possível?

2. RESERVA DO POSSÍVEL: ORIGEM, FUNDAMENTAÇÃO E CONCEITO

2.1. A RESERVA DO POSSÍVEL NA ALEMANHA E A SUA IMPORTAÇÃO PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A teoria da reserva do possível tem origem na jurisprudência constitucional alemã, a partir do precursor julgado de 1970, a respeito da colisão entre a regra *numerus clausus*, da legislação infraconstitucional alemã, e normas contidas na Lei Fundamental de Bonn.²

Tratava-se de dois processos, nos quais se requeria o acesso de cidadãos a vagas em uma faculdade de medicina, diante do que as Cortes Administrativas solicitaram à Corte Constitucional Federal uma decisão acerca da compatibilidade entre as leis estaduais que restringiam o acesso ao ensino superior (*numerus clausus*) e as normas da Lei Fundamental alemã.³

A procura dos cidadãos pelo ensino superior aumentava significativamente; contudo, o Estado não lograva oferecer vagas suficientes à demanda, face à falta de estrutura do país durante o período pós-guerra. Diante desse quadro, as escolas passaram a recorrer à *numerus clausus* estadual, uma vez que o acesso ao ensino superior era limitado, e não poderia atender a toda a população.⁴

Assim, a Corte Constitucional Federal, após sucessivas ponderações, concluiu pela compatibilidade entre a regra estadual e a Lei Fundamental, com fundamento na impossibilidade de o Estado atender a integralidade das demandas prestacionais, sob pena de privilegiar interesse individual, em detrimento dos objetivos

² OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006. p. 229. Por conta da acuidade com que a reserva do possível foi tratada pela autora, sua obra será invocada em vários momentos deste trabalho.

³ *Ibidem, idem.*

⁴ *Ibidem, idem.*

de solidariedade do Estado Social. É o que se depreende do teor da decisão proferida no caso em apreço, transcrita, em parte, a seguir:⁵

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 monopólio do ensino, emerge uma exigência constitucional de prestação social pelo Estado, no sentido de prover suficiente capacidade constitucional 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.

Em análise do conteúdo dessa decisão, Ana Carolina Lopes Olsen⁶ observa que, para o Tribunal Constitucional, a questão fulcral para que o acesso dos cidadãos ao ensino superior sofresse uma restrição não foi propriamente *financeira*, mas *alocativa*. Ou seja, o Estado alemão já havia feito o possível para oferecer as respectivas vagas na escola pública; contudo, teve que optar por limitar os recursos disponíveis para o setor da educação, na medida em que a Constituição previa outros fins igualmente relevantes a serem alcançados. A questão, pois, não se resumia à falta de recursos; havia outros direitos protegidos fundamentalmente, portanto, não se poderia “exigir do Estado um esforço irrazoável”, para atender a um direito individual, se isso importasse em prejuízo à coletividade.⁷

Destarte, a teoria da reserva do possível, no sistema constitucional alemão, assumiu uma roupagem de *ponderação e razoabilidade*, no sentido daquilo que o cidadão pode razoavelmente exigir do Estado.⁸

Contudo, esta não foi exatamente a concepção adotada à mesma problemática de efetividade dos direitos à prestações, no caso brasileiro.

⁵ BverfGE 33, 303 – numerus clausus I, [on line] disponível em <<http://sorminiserv.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintVersion&Name=bv033303>>, trad. OLSEN, A. C. L., *Op. cit.* p. 230/231.

⁶ OLSEN, *ob. cit.*, p. 230.

⁷ *Ibidem, idem.* p. 233.

⁸ Cf. KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des)Caminhos de Um Direito Constitucional Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 52.

Tal qual salienta Andréas J. Krell, a possibilidade desse “transplante” das teorias estrangeiras, de maneira “crua”, no trato específico da efetividade dos direitos fundamentais sociais, tende a diminuir, na medida em que os países dispõem de sistemas políticos e condições econômico-sociais distintos. Salienta o autor que “Devemo-nos lembrar sempre de que os mesmos textos e procedimentos jurídicos são capazes de causar efeitos completamente diferentes, quando utilizados em sociedades desenvolvidas (*centrais*), como a alemã, ou numa *periférica* como a brasileira”.⁹

Nesse passo, Ana Carolina Olsen aponta para o surgimento da reserva do possível, no caso brasileiro, em um panorama de prevaecimento dos ideários neoliberais sobre a essência providencial do Estado Social de Direito, e de abalo nas estruturas estatais realizadoras das prestações determinadas pelas normas jusfundamentais, culminado no recrudescimento do atendimento das necessidades sociais. A autora começa destacando o crucial momento histórico em que os direitos sociais lograram a posição de direitos fundamentais na Carta Política de 1988:

A redemocratização do país, e a convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1986, implicaram a possibilidade de concretização de uma série de esperanças sociais, econômicas e jurídicas que haviam sido sufocadas ao longo dos anos de Ditadura Militar. A Constituição Federal do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988 demonstrou o compromisso com a abertura democrática, e com os direitos fundamentais, inaugurando uma nova ordem para o sistema jurídico brasileiro: a do Estado Social Democrático de Direito.¹⁰

Esta ascensão dos direitos sociais para um título à parte no texto constitucional denota a preocupação do constituinte originário em positivar os anseios da sociedade por igualdade material e justiça social. Entretanto, o qualitativo “Social” ao Estado de Direito, no caso brasileiro, não é igualmente recente.

Aqui, cabe tecer algumas considerações acerca da postura intervencionista que o Estado assumiu no direito Brasileiro, culminando na afirmação da estrutura atual de Estado Social.

Conforme ensina Egon Bockmann Moreira, na década de 30, com a crise do então dominante setor cafeeiro (bem como da economia nacional e mundial), surge a

⁹ KRELL, op. cit., p. 42.

¹⁰ OLSEN, op. cit. p. 184.

necessidade de o país buscar outros caminhos para o desenvolvimento econômico.¹¹ Segundo o autor, esta guinada na economia brasileira demandou uma forte onda de investimentos públicos, preparando, assim, o terreno para o início da industrialização do país, com o fito de reduzir as importações, e aumentar a autonomia interna¹².

Nesse quadro, Moreira afirma que a Constituição de 1934 trouxe, pela primeira vez, um capítulo sobre a “ordem econômica e social”, abrindo espaço à liberdade de empresa, porém fixando, paralelamente, uma atuação formal do Estado na ordem econômica. E esta postura intervencionista foi incorporada pelas constituições posteriores, posto que “a partir de 1934, a carga normativa da atuação do Estado brasileiro no domínio econômico (e da ordem social) passou a ter uma dimensão constitucional. Tratava-se da ordem econômica de um país capitalista que reservava especialmente ao governo federal uma ampla capacidade de intervenção e regulação na economia.”, mantendo-se na atual Constituição de 1988: “A Ordem Econômica da Carta de 1988 não se dissociou do passado constitucional brasileiro” refletindo “a positivação constitucional de um sistema econômico capitalista que se pretende misto, no qual há uma participação simultânea do Estado e dos particulares na atividade econômica produtiva”.¹³

Por conta dessa evolução histórica marcada por governos reguladores e intervencionistas, o Brasil edificou, notadamente durante os longos anos de ditadura militar¹⁴, uma estrutura estatal bastante burocratizada, dotada de instituições centralizadoras dos principais ramos da economia nacional, inobstante houvesse a contida atividade empresarial de particulares¹⁵. Assim, o Estado Social de Direito

¹¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo Contemporâneo e suas Relações com a Economia**. p. 133.

¹² *Ibidem, idem*.

¹³ *Ibidem*, p. 138-139.

¹⁴ Cf. OLSEN, *ob. cit.* passim.

¹⁵ “Como exemplo das diversas formas de intervenção tem-se a queima ou o lançamento ao mar de 80 milhões de sacas de café em oito anos (1931-1939); o Instituto Nacional do Mate (1938); a Comissão de Metrologia (1938); o Conselho Nacional do Petróleo (1938); a Comissão Executiva do Instituto do Açúcar e do Alcool (1938); o Conselho de Águas e Energia Elétrica (1939); o Conselho de Gasogêneo (1940); a Comissão Executiva do Plano Siderúrgico (1940); a Companhia Siderúrgica Nacional (1941); a Companhia Vale do rio Doce (1942) e a Comissão de Planejamento Econômico (1944).” MOREIRA, E. B. *Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte I: 1930-1956)*, in: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. ano 2, n. 6, abr.-jun./2004. Belo Horizonte: Fórum. p.87.

reafirmado em 1988 apresentou-se respeitador da autonomia privada e da liberdade individual, mas também interventor do domínio econômico.

Paralelamente ao momento pós-ditatorial do Estado Social de Direito, Abili Lázaro Castro de Lima mostra o fenômeno da globalização, assim como a teoria econômica do neoliberalismo, na condição de atores principais em um cenário de enfraquecimento daquele Estado Social na década de 90, em virtude da relevância dada às relações comerciais.

Para o autor, a influência da globalização tocou a questão da mitigação das fronteiras entre Estados soberanos, não só em razão da recém abertura política por que passava o Brasil, mas também por conta dos avanços percebidos na tecnologia das comunicações entre os povos.¹⁶ Esse fenômeno social de “integração das sociedades, de encurtamento das distâncias entre os povos, de troca de informações e de relações de mercado” permitiu também o surgimento de uma nova dimensão da globalização, a “globalização econômica”.¹⁷

Já os ventos do neoliberalismo, estes se fizeram sentir através do pensamento dominante no plano internacional, que se pautava em uma nova teoria econômica – o neoliberalismo –, a qual “resgatou valores do capitalismo anterior ao Estado de Bem-Estar Social, consolidando-os a partir dos eventuais fracassos amargados pelas democracias sociais e pelos Estados burocráticos de intervenção no plano econômico”¹⁸. Ou seja, o Estado centralizador e interventor no domínio econômico mostrava-se ineficiente, e havia a necessidade da redução de sua atuação, abrindo mais espaço para o mercado. Essa ideologia neoliberal transformou-

¹⁶ Arno Arnoldo Keller aponta o baixo custo e a rapidez das comunicações como fatores que contribuíram fortemente para o crescimento exponencial dos fluxos comerciais e financeiros, asseverando, também, que “O avanço da tecnologia criou a possibilidade de um número cada vez maior de empresas se projetarem no exterior, abrir filiais ou sucursais, etc.”. (KELLER, Arno Arnoldo. **O Descumprimento dos Direitos Sociais. Razões Políticas, Econômicas e Jurídicas**. São Paulo: LTR, 2001. p. 48.)

¹⁷ LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização Econômica, Política e Direito. Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**. Tese de doutorado: UFPR, 2002. p. 127 e ss.

¹⁸ Cf. OLSEN, *op. cit.*, p. 188.

se em um “pensamento único”, incorporado pelos países como se fosse um “aspecto natural da evolução social, contra o qual não caberia contraposição”.¹⁹

É o que também conclui Arnaldo Keller:

Os Estados Nacionais não têm mais meios de se opor aos mercados flutuantes, especulativos, porque, além da instalação de grandes empresas multinacionais que implantam filiais de suas megaindústrias nos Estados que recebem incentivos fiscais, ocorrem maciças privatizações de grandes empresas públicas, que atuam em diversas áreas, que vão desde a produção, distribuição e serviços (...) De modo que os Estados não possuem meios de frear o fluxo de entrada de capital externo, que entra por meio das subsidiárias ou filiais das grandes empresas globalizadas.²⁰

Esses efeitos da globalização e do pensamento neoliberal fizeram-se sentir sobre o Estado Social de Direito brasileiro, trazendo uma dose de contribuição para a sua crise. Isso porque o intenso processo de privatização de empresas estatais responsáveis pela prestação de serviços essenciais à população colocou o Estado brasileiro diante de um dilema: de um lado, ele mantém-se vinculado aos comandos constitucionais de promoção dos direitos fundamentais sociais, devendo reduzir a desigualdade social; e, de outro, ele perde boa parte de sua estrutura responsável pela prestação de serviços públicos, negligenciando a efetividade dos direitos fundamentais sociais.²¹

Nesse passo, Arno Arnaldo Keller relaciona o neoliberalismo com a inefetividade dos direitos fundamentais sociais, conforme destacado na obra de Ana Carolina Olsen:

...o cidadão brasileiro não chegou a ver cumpridas as normas constitucionais instituidoras dos Direitos Sociais, sendo surpreendido pela transferência do campo de produção do Direito, que está saindo do político para o econômico. E o econômico está sendo mais privilegiado que o social.²²

Dentro deste contexto de inefetividade dos direitos fundamentais sociais é que a reserva do possível chega ao ordenamento jurídico brasileiro, sob a forma de argumento de defesa, por parte do Poder Público, em processos judiciais nos quais os cidadãos pleiteiam a realização das prestações previstas nas normas de direitos

¹⁹ *Ibidem*, p. 189.

²⁰ KELLER, *op. cit.*, p.51.

²¹ OLSEN, *op. cit.*, p.190.

²² KELLER, *op. cit.*, *apud* OLSEN, *op. cit.*, p.191.

fundamentais sociais²³. É que, conforme se verá ao longo deste trabalho, a realização dos direitos fundamentais sociais, na condição de tarefa imposta constitucionalmente aos poderes públicos, se dá através de Políticas Públicas, as quais custam dinheiro, e a reserva do possível está diretamente ligada a questões orçamentárias, tais como a existência de recursos que permitam o atendimento das pretensões sociais, assim como às decisões que irão alocar essas riquezas.

2.2. A RESERVA DO POSSÍVEL COMO ELEMENTO CARACTERÍSTICO DA REALIDADE

Sabe-se que as necessidades humanas são infinitas, e dependem de recursos escassos para satisfazê-las²⁴. São necessidades que sempre existiram, e tendem a se inovar com o passar dos tempos. Nesse caminho, vale observar que, num passado nada distante, não existiam as modernas fotocopiadoras, telefones celulares, computadores, internet e outros aparatos tecnológicos que atingiram o patamar de peças fundamentais no dia a dia dos indivíduos. Da mesma forma, os avanços alcançados na área médica, notadamente no que atine às técnicas de transplantes de órgãos, permitem, nos dias de hoje, salvar um número mais expressivo de doentes que, antes dessa evolução, tinham sua vida seriamente comprometida por conta das limitações enfrentadas nos tratamentos das enfermidades.

Paralelamente a esse crescimento vertiginoso das necessidades humanas, existe a limitação dos meios materiais²⁵ que irão satisfazê-las. No campo tecnológico, os investimentos em pesquisas científicas (seja na esfera acadêmica ou na empresarial) dependem da disponibilidade de recursos majoritariamente financeiros

²³ No ponto, partimos das premissas de que os direitos sociais são fundamentais, e também de que são diretamente sindicáveis em juízo. Em virtude da especificidade do tema desta monografia, não adentraremos no estudo específico da fundamentalidade e da sindicabilidade dos direitos sociais.

²⁴ 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.216.

²⁵ Neste estudo, utilizaremos indistintamente os termos "bens", "meios materiais", "recursos" e "riquezas", posto que traduzem idéias similares no contexto da reserva do possível.

para a sua realização. Já na área da saúde, tomando-se o exemplo específico da doação de órgãos, esta depende fundamentalmente da existência de doadores suficientes, que atendam à demanda dos doentes necessitados.

Portanto, as necessidades humanas existem e sempre existiram, e deverão ser atendidas pelos escassos recursos disponíveis.²⁶

No que toca às necessidades públicas básicas de saúde, educação, habitação, saneamento, etc, no caso de países periféricos como o Brasil, espera-se que estas sejam adequadamente atendidas pelo Estado, na medida em que grande parte da população não teria meios financeiros para obtê-las, caso tais serviços estivessem disponíveis apenas no mercado.²⁷ “Afim, o sistema de mercado atende a quem tem dinheiro para comprar estas mercadorias e serviços, mas é insuficiente para fazê-lo a quem não possui os recursos necessários para tanto.”²⁸

Dentro desse quadro de tantas necessidades humanas coexistentes, e que demandam um dispêndio financeiro do Poder Público para o seu atendimento, é que a reserva do possível mostra-se ligada a ao planejamento orçamentário, no sentido de adequar os recursos disponíveis à sua distribuição para um ou outro setor social, através das decisões políticas. A reserva do possível surge como um argumento reiteradamente invocado, quando se trata da satisfação das necessidades básicas pelo Estado, a partir da idéia de que as políticas públicas que irão veicular a realização dos direitos à saúde, educação, moradia, e outros que caracterizam necessidades sociais básicas, custam dinheiro, o qual, justamente por ser escasso, impõe a tomada de “escolhas”, que acabarão por atender mais adequadamente uma prestação, em desfavor de outra.

Este é o entendimento esboçado por Ana Paula de Barcellos:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. (...) a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista

²⁶ *Ibidem, idem.*

²⁷ *SCAFF, op. cit., passim.*

²⁸ *Ibidem, idem.*

prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.²⁹

Nessa esteira, Giovani Bigolin aponta a escassez de recursos como “barreira fática à efetividade dos direitos sociais”, ou seja, trata-se de uma limitação real, já que “não se pode negar que apenas se pode buscar algo onde algo existe”.³⁰ No mesmo sentido, Andréas Krell atenta para esta necessária conectividade entre a realidade fática e a norma jurídica, a fim de evitar que o texto da constituição resuma-se, tal qual previra Ferdinand Lassale³¹, a uma mera “folha de papel”. De acordo com Krell, “o Direito tem seus próprios limites e por isso não deve normatizar o *inalcançável*; ele se forma com elementos colhidos na realidade que precisam de ressonância no sentimento social. O equilíbrio entre esses dois extremos é que conduz a um ordenamento jurídico eficaz. Sempre será necessário que o texto constitucional tenha respaldo na realidade fático-social existente, para que seja obedecido.”³²

Destarte, Direito e realidade estão intimamente ligados, pois as normas jurídicas são comandos prescritivos, descritivos de uma hipótese; e, quando os fatos da realidade subsumem-se a esta hipótese, fazem incidir a norma jurídica no fato concreto.³³

Transpondo este raciocínio para a esfera jurisdicional, Sérgio Fernando Moro observa que, quando trazidas à análise do juízo questões que tratem de direitos a prestações materiais, estas demandarão especial cautela do juiz, pois o desenvolvimento e a efetivação desses direitos, além de carecerem de meios materiais que os viabilizem, impõem, também, a necessária existência de recursos

²⁹ BARCELLOS, A. P. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.237.

³⁰ BIGOLIN, Giovani. **A Reserva do Possível como Limite à Eficácia e Efetividade dos Direitos Sociais.** In: Revista do Ministério Público. Porto Alegre, n. 53, maio/set 2004. p.67. PEGAR

³¹ Em sua obra *A Essência da Constituição (Über das Verfassungswesen)*.

³² KRELL, *Direitos Sociais...* p.25-26, *apud* OLSEN, *op. cit.* p.213. Mais adiante, o autor coloca a questão de que o texto constitucional não pode se mostrar utópico, idealista, sem levar em consideração a sua exequibilidade na prática. Para tanto, afirma que “promessas constitucionais exageradas mediante Direitos Fundamentais Sociais sem a possibilidade real da sua realização são capazes de levar a uma ‘frustração constitucional’ (*Verfassungsenttäuschung*), o que acaba desacreditando a própria instituição da constituição como sistema de normas legais vigentes e pode abalar a confiança dos cidadãos na ordem jurídica como um todo.” (KRELL, *op. cit.* p.26.)

³³ OLSEN, *ob. cit. passim*.

orçamentários, os quais, tal qual aponta o autor, são escassos.³⁴ Sérgio Moro ressalta o necessário cuidado do magistrado, afirmando que “o atendimento de determinada pretensão a prestações materiais pode esvaziar outras”³⁵. Ou seja, numa demanda judicial individual, ao decidir pela concessão ao requerente de um tratamento médico altamente dispendioso, o juiz estaria determinando a alocação de uma quantia razoável de recursos – escassos – a um caso único, reduzindo, em contrapartida, as possibilidades de uso daquele recurso para a realização investimentos nos serviços de saúde como um todo.³⁶

Inobstante esta especial atenção que se espera do magistrado, no sentido de relevar a reserva do possível, porquanto elemento característico da realidade, imponível em face dos direitos a prestações materiais, Gustavo Amaral chama a atenção para uma tendência da jurisprudência em se esquivar dessa realidade, “seja presumindo que haja recursos, seja tendo por imoral qualquer consideração de ordem orçamentária”.³⁷ O autor ilustra seu entendimento a partir de um julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o qual manteve decisão de primeiro grau que concedia o custeio de tratamento ainda experimental, nos Estados Unidos, de menor vítima da distrofia muscular decorrente da Síndrome de Duchenne, ao custo de U\$ 163.000,00, embora inexistente comprovação científica acerca da eficácia do tratamento da doença.³⁸

No referido julgado, foi asseverado que “Ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário”³⁹ O entendimento do tribunal foi mantido pelo Supremo Tribunal

³⁴ MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 98.

³⁵ *Ibidem, idem*.

³⁶ No ponto, são levantados questionamentos acerca da legitimidade democrática do Poder Judiciário para decidir pela alocação de recursos financeiros, na medida em que esta seria competência exclusiva dos representantes democraticamente eleitos para tanto. Contudo, nos deteremos nesta questão mais adiante, no item 2.2.2.

³⁷ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 173.

³⁸ Fonte: <http://www.tj.sc.gov.br>, *apud* AMARAL, G. *op. cit.*, p. 26.

³⁹ *Ibidem, idem*.

Federal, que adotou nas razões de decidir o fundamento de “respeito indeclinável à vida e à saúde humana”.⁴⁰

Existe, pois, um quadro permanente de escassez de recursos, diante das inúmeras necessidades sociais que surgem a cada dia, ao mesmo momento. Tal realidade 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”⁴¹.

Essas considerações sinalizam a problemática que envolve a reserva do possível, seja nas decisões do administrador, do legislador ou do juiz. Contudo, apesar da constatação genérica de que são escassos os recursos necessários à efetivação das prestações realizadoras das necessidades públicas, é importante diferenciar a verdadeira inexistência natural desses recursos, da inexistência decorrente de decisões políticas, que os alocaram para outras finalidades.

2.3. “DIREITO, ESCASSEZ E ESCOLHA”: DISTINÇÃO ENTRE INEXISTÊNCIA DE RECURSOS E ESCOLHAS ALOCATIVAS DE RECURSOS

A reserva do possível está ligada à verificação prévia acerca da existência de recursos essenciais ao cumprimento da prestação prevista em um direito fundamental social. Em razão dessa limitação de riquezas existentes, e do necessário atendimento das necessidades sociais básicas cujo atendimento encontra-se previsto no texto constitucional, o constituinte optou por pormenorizar os mecanismos de arrecadação de recursos, bem como os parâmetros para sua despesa.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 27.

⁴¹ “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, Clèmerson Merlin. **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, 2006. p.36.)

É o que ilustramos artigos a seguir:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios: (EC nº 3/93 e EC nº 42/2003)

I – exigir ou aumentar tributo sem que lei o estabeleça;

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

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.

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I – no caso da União:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

e,

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

Como se vê, 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.⁴² 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 ensina 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.⁴³

Cumpra 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,⁴⁴ e de acordo com seus preceitos agir, em respeito ao Estado de direito constitucional e ao princípio da supremacia da Constituição.

Nesse passo, as autoridades públicas têm diante de si uma escolha 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, pois, 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

⁴² BARCELLOS, *op. cit.* 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."

⁴³ 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 ago. 2006.

⁴⁴ BARCELLOS, *op. cit.* p.240.

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 doenças típicas de países tropicais.

Assim, conforme oportunamente sintetizado por Gustavo Amaral, existe o *direito*, impõe-se a escassez e são necessárias as *escolhas trágicas*.⁴⁵

Em razão dessa atuação discricionária do administrador e do legislador, é importante diferenciar a inexistência decorrente da falta propriamente de recursos, e aquela decorrente de escolhas políticas que os alocaram 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:

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 esperma 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.⁴⁶

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 administrador, 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,

⁴⁵ AMARAL, *op. cit.*

⁴⁶ ELSTER, Jon. *Local Justice*. New York: Russell Sage Foundation, 1992, p. 21-22, *apud*, AMARAL, *op. cit.*, p. 134.

poderá haver um esforço dos poderes competentes no sentido de realizar pesquisas para buscar bens 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”. Ou seja, 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. Ou seja, 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.

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, saneamento), 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.⁴⁷

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. É que se vislumbra da seguinte notícia:

⁴⁷ Nesse sentido, BARCELLOS, *op. cit.*, p.242.

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.⁴⁸

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 mesmo direito.

Destarte, torna-se necessário distinguir o argumento da reserva do possível quanto à inexistência de bens que atendam às necessidades sociais, e quanto à "escolha alocativa procedida à revelia das normas constitucionais".⁴⁹ Importa ressaltar que os objetivos fundamentais positivados pelos constituintes de 1988⁵⁰ 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 juízo⁵¹, e sujeitos ao argumento da reserva do possível como um dado da realidade.

⁴⁸ GAZETA DO POVO, 20 de agosto de 2006.

⁴⁹ OLSEN, *op. cit.*, p.224.

⁵⁰ "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."

⁵¹ Cf. BARCELLOS, *ob. cit.*, *passim*.

2.4. CONCEITO

Na doutrina brasileira, ainda não há um consenso que tenha levado a um conceito preciso da reserva do possível, tanto na sua qualificação, quanto no seu conteúdo.

Tocante à qualificação, parte da doutrina trata da reserva do possível como um postulado⁵², outros, como uma cláusula⁵³. Há, também, posicionamentos que se referem à reserva do possível como um princípio⁵⁴.

Diante da controvérsia, interessante observar que Ana Carolina Olsen, fazendo uma análise terminológica desses qualificadores, afasta a concepção da reserva do possível como princípio, inclinando-se mais favoravelmente às expressões “cláusula” e “postulado”, para, por fim, posicionar-se pelo trato da reserva do possível como “condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais sociais.”⁵⁵

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

⁵² Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang 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**, 5. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.290.)

⁵³ 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.

⁵⁴ 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_principiodareseiva.pdf> , acesso em 10 jul. 2006.

⁵⁵ 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”.

ela, em verdade, condiciona, determina a aplicação de normas. (...) Diante desse quadro, parece mais adequado tratar exclusivamente de 'reserva do possível'...⁵⁶

Em relação ao conteúdo, tal qual mostramos até então, a reserva do possível reúne elementos correlatos a limitações orçamentárias, decisões alocativas de recursos, escassez de riquezas e efetividade dos direitos fundamentais sociais. José Joaquim Gomes Canotilho, ao propor uma maior reflexão acerca do discurso constitucional que cuida da efetividade dos direitos sociais, econômicos 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.⁵⁷

⁵⁶ OLSEN, *op. cit.*, p.211.

⁵⁷ 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.

Considerando o conteúdo da reserva do possível, Wálber Araújo Carneiro refere-se a esta como uma “excludente de ilicitude” da conduta estatal, 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.”⁵⁸

Nota-se, pois, que o dissenso é evidente apenas no que tange à qualificação a ser dada à reserva do possível, seja uma cláusula, um postulado, ou até mesmo um princípio. Assim, 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 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*, na medida em que encerra uma variedade de elementos que a caracterizam⁵⁹, tais como a limitação dos recursos necessários à efetivação das necessidades sociais, a imposição de escolhas a serem feitas quanto à destinação e investimento desses recursos, a vinculação das decisões das autoridades públicas às normas de direito fundamental e aos planos orçamentários, bem como, conforme se verá nos capítulos seguintes, as restrições que a reserva do possível pode trazer à realização dessas necessidades básicas, assim como as limitações que a própria reserva do possível está sujeita a receber,

⁵⁸ CARNEIRO, Wálber Araújo. **Escassez, eficácia e Direitos Sociais**. *Apud* OLSEN, *op. cit.*. p.226.

⁵⁹ 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 *claudère* ou *cludère* 'fechar, cerrar, cercar, murar' ... HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p.738.

permitem que se utilize esta expressão também. Tocante à sua qualificação como *princípio*, em razão de boa parte da doutrina e jurisprudência referirem-se à reserva do possível desse modo, parece-nos que também é adequado, ao menos para os fins do presente estudo, que se utilize tal denominação indistintamente das demais, fazendo-se, contudo, uma ressalva argumentativa quanto ao entendimento esposado por Ana Carolina Olsen a respeito, *supra*.

3. A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE À EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

3.1. RELAÇÃO ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

3.1.1. O Custo dos direitos fundamentais sociais

O Estado Social de Direito está pautado, fundamentalmente, na obrigatoriedade de o Estado oferecer aos seus cidadãos condições dignas de vivência, através do fornecimento de educação para todos os cidadãos, assim como de saúde, moradia, lazer e emprego, ao que viemos chamando até então de *necessidades sociais básicas*, as quais se encontram consubstanciadas nos direitos sociais fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988.

A efetivação de tais direitos se dará por intermédio de políticas públicas, elaboradas pelo legislador, responsável por concretizar as disposições constitucionais, e executadas pelo administrador, este incumbido de "desenvolver políticas públicas realizadoras de direitos e criar ou aprimorar os serviços públicos voltados à idêntica finalidade." ⁶⁰ Tudo isso dentro dos parâmetros orçamentários

⁶⁰ CLÈVE, C. M. *A Eficácia...*, p.32.

fixados em planejamento previamente constituído para tanto, e em conformidade com o estabelecido na Constituição.⁶¹

Ingo Wolfgang Sarlet ensina que os direitos fundamentais sociais asseguram aos cidadãos bens jurídicos que dependem de uma postura ativa do Poder Público, ou seja, “têm por objeto precípua uma conduta positiva do Estado (...), consistente numa prestação de natureza fática.”⁶² Por essa razão, os direitos fundamentais sociais são também chamados de direitos prestacionais, porque demandam uma *prestação material* do Estado para a sua efetivação, sendo que, nesse ponto, reside sua fundamental distinção com relação aos *direitos de liberdade*, ou *de defesa*.

Estas prestações materiais constitucionalmente fixadas serão realizadas através de mecanismos vinculados à destinação, distribuição e criação de bens materiais. Ditos mecanismos implicam em arrecadação de recursos e realização de despesas, e, por esta razão, atribui-se aos prestacionais uma “dimensão economicamente relevante”, afetando decisivamente a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Esta é uma constatação, nas palavras de Sarlet, que “pode ser tida como essencialmente correta e não costuma ser questionada”⁶³

Dentro dessa ótica de “custo” dos direitos fundamentais sociais, importante citar a doutrina de Cass Sustein e Stephen Holmes a respeito:

À verdade óbvia de que os direitos dependem de ações do governo, deve ser acrescentado um corolário lógico, que traz suas implicações: direitos custam dinheiro. Direitos não podem ser protegidos ou desenvolvidos sem financiamento e sustento públicos. (...) Tanto os direitos prestacionais quanto os direitos de liberdade têm custos públicos. O direito à liberdade de contrato tem custos públicos tanto quanto o direito à saúde, assim como o direito à liberdade de expressão em relação ao direito à moradia digna. Todos os direitos reivindicam o tesouro público.⁶⁴

⁶¹ Nas palavras de Fernando Facury Scaff, este planejamento abriga “três leis que se sucedem e se completam: a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).” SCAFF, *op. cit.* p.220.

⁶² SARLET, *op. cit.* p.284.

⁶³ *Idem.* p.286.

⁶⁴ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass R.. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes.** New York: W. W. Norton & Company, 1999. p.15. Tradução livre. Ainda, os autores defendem que não se pode ignorar o custo dos direitos, considerando tal fato como uma ofensa às boas maneiras, ou até uma ameaça à sua preservação. A tomada dos direitos como custosos (em maior ou menor medida), significa reconhecer que a sua efetivação implica na renúncia ao atendimento de outro direito; e, ignorar essa dimensão econômica implicaria em colocar, convenientemente, essa preocupação com o

Aqui, vale destacar a tese dos autores de que tanto os direitos de liberdade quanto os direitos prestacionais custam dinheiro. Isso se deve ao fato de que os direitos de liberdade, também chamados entre nós direitos de defesa, demandam gastos públicos para terem assegurada a sua proteção. Por exemplo, o direito de acesso aos tribunais pressupõe uma dimensão de natureza prestacional na medida em que o Estado deve criar meios adequados que possibilitem o acesso à jurisdição, evitando denegá-lo por falta de meios econômicos para tanto. Outro exemplo é o direito fundamental de inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inc. XI da Constituição Federal), que pressupõe, para seu exercício, a existência de uma moradia.⁶⁵

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’”.⁶⁶

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 necessidades humanas são

equilíbrio entre as necessidades à margem da realidade. “Although the costliness of rights should be a truism, it sounds instead like a paradox, an offense to polite manners, or perhaps even a threat to the preservation of rights. To ascertain that a right has costs is to confess that we have to give something up in order to acquire or secure it. To ignore costs is to leave painful tradeoffs conveniently out of the picture.”, *op. cit.* p.24.

⁶⁵ É o que Clèmerson Clève chama de “duplo papel do poder público”, posto que este deverá abster-se por um lado, mas, por outro, agir para assegurar a promoção desses direitos de liberdade.

⁶⁶ CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.480.

infinitas, conforme esposado no item 1.2 acima, 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.⁶⁷

Destarte, é importante adiantar o teor do item 3.3 *infra*, salientando que legislador e administrador estão vinculados à normatividade constitucional, devendo ser relevado que a norma de direito fundamental social existe no ordenamento jurídico para ser cumprida, garantindo, pois, seu fim último de oferecer bem-estar social a todos os cidadãos.

Nesse quadro de dependência econômica dos direitos fundamentais sociais, e, portanto, da necessidade de recursos que viabilizem a sua realização, a reserva do possível surge como argumento de limitação à efetividade desses direitos. Isso porque, se à efetivação dessas necessidades básicas impõe-se a utilização de riquezas, e essas riquezas são insuficientes, há a necessidade de serem feitas escolhas que irão decidir por priorizar o atendimento a uma ou outra necessidade. Assim, a reserva do financeiramente possível limitará a efetividade plena do direito fundamental social.

Portanto, é fato que a reserva do possível apresenta-se como limite à efetividade dos direitos fundamentais sociais. Cabe, agora, analisar se este limite é

⁶⁷ CLÉVE, A *Eficácia ...*, p. 32.

característico e inseparável da norma de direito fundamental social, ou se é externo, alheio à norma.

3.1.2. A reserva do possível como limite imanente dos direitos fundamentais sociais

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.”⁶⁸ Diante disso, prossegue o autor dizendo que “As dúvidas 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.”⁶⁹

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*

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Versão em espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Revisão de Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.269. “Según ella, no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido.”

⁶⁹ “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*.

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”.⁷⁰

Referido autor aborda a teoria interna de restrições como “limites imanentes”⁷¹ 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.”⁷²

Disso, infere-se que a convivência de bens e valores constitucionalmente assegurados também pode explicar a existência de um limite próprio, imanente dos direitos fundamentais. José Carlos Vieira de Andrade, ao concordar que a teoria dos limites imanentes estabelece que há limites do próprio objeto do direito fundamental, ou seja, fronteiras que são definidas 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.⁷³ 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.”⁷⁴

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

⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 312-313.

⁷¹ Ou “restrições imanentes”, cf. ALEXY, *op. cit.*, *passim*.

⁷² NOVAIS, *op. cit.*, p.312.

⁷³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998. p.216.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 217.

reserva do possível poderia ser enquadrada como um limite imanente 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.⁷⁵ Num momento inicial, a autora chama a atenção para o fator “custo” dos direitos fundamentais sociais. Conforme tratado alhures, 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”.⁷⁶

Assim, a escassez de recursos, tomada como condição da realidade⁷⁷, 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 pela autora de influência do econômico sobre o jurídico.⁷⁸ 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

⁷⁵ Em seu **Eficácia dos Direitos...**

⁷⁶ OLSEN, *op. cit.*, p.194.

⁷⁷ Conforme item 1.2.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 198.

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.⁷⁹

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 eficácia 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.

Seguem as palavras do autor:

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 dos limites demarcados, por aquela relação de imanência, qualquer intervenção é lesão, violação do direito fundamental e não restrição.⁸⁰

Assim, os bens jurídicos que a reserva do possível excluisse do âmbito normativo do direito não estariam protegidos juridicamente, pelo que, não poderiam ser exigidos judicialmente. Ainda, considerando que os limites imanentes 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.⁸¹ Isso causaria, portanto, um *déficit* na protecção aos direitos fundamentais sociais.

⁷⁹ *Ibidem, idem.*

⁸⁰ NOVAIS, *op. cit.*, p.314.

⁸¹ "...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 imanentes 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, *op. cit.*, p. 319). No mesmo sentido: ANDRADE, *op. cit.*, 232-233.

Portanto, 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”⁸². Isso porque a reserva do possível como limite à efetividade dos direitos sociais pode decorrer de decisões políticas, conforme exposto no item 1.3 acima. E, a partir disso, 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.

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.⁸³

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.

3.1.3. 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*.

⁸² OLSEN, A Eficácia dos Direitos.... p.202.

⁸³ 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.124.

No intuito de tecer as considerações necessárias ao enquadramento da reserva do possível enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais, nos valeremos dos ensinamentos dos mesmos autores citados no item 2.1.2 acima, 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 *dereito em si*, que não está restringido, e, segundo, o que resta do direito quando se lhe adicionam as restrições, quer dizer, o *dereito restringido*.”⁸⁴ 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.⁸⁵

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*.”⁸⁶

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*

⁸⁴ “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.

⁸⁵ *Ibidem, idem*.

⁸⁶ NOVAIS, *As restrições aos Direitos*..., p.301.

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”⁸⁷, ou seja, estar-se-ia aqui diante de um núcleo essencial do direito fundamental, intransponível, ao que Vieira de Andrade chama, no caso dos direitos fundamentais sociais, de “conteúdo mínimo”.⁸⁸

Esses contornos jurídicos dos direitos fundamentais, para Novais, 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.⁸⁹

Assim é que Novais 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.”⁹⁰

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

⁸⁷ *Ibidem*, p. 299.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ NOVAIS, *op. cit.*, p. 295.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 296.

podendo, diante disso, “em caso algum diminuir a extensão e o alcance do *conteúdo essencial* dos preceitos constitucionais.”⁹¹

Nesse quadro, conforme ensina Jorge Novais, mostra-se necessária uma delimitação prévia do conteúdo do direito fundamental, a fim de definir seu âmbito de proteção, no qual, aí sim, incidirão as restrições, no sentido de “intervenções 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 desse 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 proteção*) que intervêm as restrições, no sentido de intervenções estatais que afectam desvantajosamente o bem de proteção do direito fundamental. O que resta do *âmbito de proteção* 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 proteção, deduzida a ocorrência, efetiva ou potencial, de restrições legítimas, chega-se, finalmente, ao *âmbito definitivo de proteção* ou *âmbito de garantia efectivo* relativamente ao qual toda a intervenção estatal desvantajosa será já configurada como restrição ilegítima, como violação de direito fundamental.⁹²

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 sociais fundamentais 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, a reserva do

⁹¹ ANDRADE, *op. cit.*, p. 232-233.

⁹² NOVAIS, *op. cit.*, p. 304.

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, enquanto condição da realidade, poderá reduzir mais ou menos o âmbito normativo do direito, estando, ainda, sujeita ao controle de constitucionalidade, através do exame da proporcionalidade.⁹³

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.

Este entendimento vai de acordo com o que preceitua Robert Alexy, o qual adota os direitos fundamentais sociais como princípios, e, como tal, devem ser realizados na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. É o que o autor chama de *mandados de otimização*.⁹⁴

Remetendo-nos ao que foi dito por Jorge Novais, que as restrições configuram “intervenções estatais que afetam desvantajosamente o bem de proteção do direito fundamental”, entendemos ser correto enquadrar a reserva do possível dentro da teoria externa de restrições. Isso porque, conforme apontado até então, a reserva do possível é efetivamente um dado da realidade que, com efeito, traz prejuízo 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.

Assim, primeiramente, prima-se pelo mais amplo alcance da norma jusfundamental, quando da definição de seu conteúdo; depois, analisa-se a

⁹³ Cf. OLSEN, *op. cit.* p. 204. A própria proporcionalidade, em seu sentido de proibição da proteção insuficiente, poderá ser considerada um limite à reserva do possível, conforme se verá no Capítulo III.

⁹⁴ ALEXY, *op. cit.* p.86.

possibilidade de restrição da norma com base em dados da realidade, no caso, a escassez de recursos.

A partir disso, vale finalizar com 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.⁹⁵

3.2. A RESERVA DO POSSÍVEL NOS TRIBUNAIS

3.2.1. Colocação do problema da reserva do possível na jurisprudência pátria

A escassez de recursos, seja aquela decorrente das decisões alocativas, ou a que advém das próprias limitações da natureza,⁹⁶ 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, fala-se na justiciabilidade 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.

⁹⁵ Cf. OLSEN, *op. cit.* p.206-207.

⁹⁶ Cf. item 1.3, *supra*.

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 viabilizarem a garantia da dignidade da pessoa humana, que é núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, conforme preceitua o art. 1º, III, da Constituição⁹⁷ –, aparece também a questão 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. E a problemática se torna ainda mais delicada quando cuida do direito fundamental a saúde, o qual, na hipótese de ver-se frustrado quando demandado em juízo, pode chegar ao extremo de acarretar a morte daquele que o invoca.

Vejamos, então, 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 que 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 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 imposterabilidade 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

⁹⁷ Cf. PIOVESAN, *op. cit.* p.112.

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 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.⁹⁸

Inferre-se da decisão do Supremo Tribunal 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 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 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

⁹⁸ STF, Recurso Extraordinário nº 232335, Relator Min. Celso de Mello, 01/08/2000. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/dj>>, acesso em 15/09/2006.

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, uma vez que o medicamento não consta na lista do SUS, independentemente da necessidade de sua importação. 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.⁹⁹

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Paraná 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 na visíveis dentro de um universo que 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.¹⁰⁰

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 indeferiu o pedido de suspensão de antecipação de tutela, a qual determinou 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

⁹⁹ ACP nº 2006.70.01.002760-2, Juiz Federal Décio Jose da Silva, decisão de 26/06/2006. Disponível em <www.jfpr.gov.br>, acesso em 15/09/2006.

¹⁰⁰ TJSP, Apelação Cível nº 184.346-5/0 [on line] – São Paulo – 9ª Câmara de Direito Público – Relator: Geraldo Lucena – 01.06.05 – V.U., *apud*, OLSEN, A. C. L., *op. cit.* p.249.

União Federal ao Município, assim como da distribuição de tais recursos aos habitantes, o que permitiu ao julgador formular o seu convencimento. 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:

... 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 numero 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.* (...) 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 (...)¹⁰¹

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

¹⁰¹ TJPR, Agravo Regimental n° 312754001, – Paraná – Relator: Tadeu Marino Loyola Costa – 28/03/2006. Disponível em <www.tj.pr.gov.br> Acesso em 15/09/2006.

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, 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, descurando 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, sobre 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 juízo 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.¹⁰²

Ao decidir dissenso a respeito do fornecimento de vagas para duas crianças em creche da rede municipal, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, inobstante 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

¹⁰² TJRS, Agravo de Instrumento nº 70011342300, Quarta Câmara Cível, São Borja, Relator Des. Araken de Assis, decisão de 25/05/2005. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo> Acesso em 15/09/2006.

deveres municipais, especialmente 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.¹⁰³

Interessante observar que, acerca de pedido idêntico, ou seja, de colocação de criança menor de 6 anos de idade em creche municipal, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se em sentido oposto ao da outra Corte, 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 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 mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de

¹⁰³ STJ, Recurso Especial nº 503.028, Rel. Min. Eliana Calmon, 20/04/2004. Disponível em <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200201736542&dt_publicacao=16/08/2004> Acesso em 15/09/2006.

direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.¹⁰⁴

Nestas duas últimas decisões, observa-se que ambos os relatores manifestaram-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 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"¹⁰⁵

Igualmente acerca de pedido de matrícula de criança menor de 6 anos de idade em creche da rede de ensino municipal, o Superior Tribunal de Justiça afastou 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

¹⁰⁴ STF, Recurso Extraordinário nº410715, Relator Min. Celso de Mello, 22/11/2005. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=RE&PROCESSO>> Acesso em 15/09/2006.

¹⁰⁵ TJSC, Apelação Cível nº 2002.006812-3, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luiz César Medeiros, decisão de 24/02/2002, disponível em <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/Pesquisa.do?query=matricula+crianca+municipal>> Acesso em 15/09/2006.

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 pétreia.

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.¹⁰⁶

...

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. Destarte, uma vez observada essa problemática dentro da jurisprudência brasileira, cabe agora analisar o posicionamento da doutrina a respeito do tema, que não é, igualmente, uniforme.

3.2.2. A atuação da jurisdição constitucional em face da reserva do possível: ativismo judicial e legitimidade democrática nas decisões alocativas de recursos

Em vista da concepção de que os direitos prestacionais são direitos fundamentais constitucionalmente protegidos como direitos individuais, e, em assim sendo, protegidos sob a forma de direitos subjetivos¹⁰⁷, resultando na sindicabilidade de tais direitos em juízo, somada à falta – ou à deficiência – de políticas públicas

¹⁰⁶ STJ, Recurso Especial nº 575280, Rel. p/ acórdão (voto-vista) Min. Luiz Fux, 02/09/2004. Disponível em <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301432329&dt_publicacao=25/10/2004> Acesso em 15/09/2006.

¹⁰⁷ Cf. ALEXY, p. 452.

capazes de efetivar tais direitos,¹⁰⁸ vislumbra-se o crescimento de decisões judiciais que, calcadas no comprometimento com a consecução das diretivas constitucionais, intervêm nas decisões 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.¹⁰⁹ Tal intervenção, naturalmente, ocorreria quando o Judiciário fosse acionado para tanto, seja através de ações individuais, seja por meio de ações coletivas.

Andréas Krell é um dos defensores do ativismo judicial, colocando a questão a partir da idéia de necessidade da intervenção do Terceiro Poder 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”¹¹⁰. Par ao 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.”¹¹¹

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 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

¹⁰⁸ 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.

¹⁰⁹ Cf. OLSEN, *op. cit.* p.253.

¹¹⁰ KRELL, *op. cit.* p.93.

¹¹¹ *Ibidem, idem.*

'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"¹¹².

O autor 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.¹¹³

Quanto a este questionamento, Sérgio Fernando Moro vale-se da reserva de consistência – da qual trataremos 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, velando-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, a 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.¹¹⁴

...
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-

¹¹² *Ibidem, idem*, p. 94 e ss.

¹¹³ *Ibidem*, p. 102.

¹¹⁴ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.225. O "caso Brown", conforme aponta o autor à página 223 de sua obra, refere-se ao caso Brown v. Board of Education, no qual a Corte Constitucional valeu-se de estudos psicológicos (portanto, de ciências não-jurídicas) para decidir que a segregação escolar implicava em desigualdade.

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.¹¹⁵

Dentre os autores que se posicionam em favor de um Judiciário atuante, que não se limita apenas a julgar, mas vai além, examinando o exercício do poder discricionário dos poderes constituídos, alguns destacam que o ativismo judicial traduz a necessidade de um comprometimento com a erradicação da pobreza¹¹⁶, com a proteção dos mais necessitados, que precisam do Judiciário para ter acesso aos serviços mínimos de saúde¹¹⁷, educação e assistência social, na medida em¹¹⁸ que a parcela mais carente da sociedade civil não influencia na formação da vontade política¹¹⁹, ficando alijados, assim, do processo político democrático.¹²⁰

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.”

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

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 223.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 294.

¹¹⁷ MORO, **Desenvolvimento e Efetivação Judicial...**, p.63.

¹¹⁸ STRECK, Lênio Luiz. **O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais**. In: Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado, org. Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.203-204.

¹¹⁹ KRELL, *op. cit.*, p.70.

¹²⁰ OLSEN, *op. cit.*, p. 308. Também MORO, **Desenvolvimento e Efetivação Judicial...** p.63.

menos em alas ou pavilhões) distintos, de acordo com a natureza dos delitos, a idade e o sexo (art. 5º, XLVIII).”¹²¹

A partir de tais entendimentos, direcionados à 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 Constituição brasileira. Tal fato dar-se-ia porque, tal qual propõe Ernst Böckenförde, 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. A questão passa a ser de concorrência e conflito de direitos fundamentais; de interpretação de direitos fundamentais. Haveria, pois, um deslocamento de importantes competências do Executivo e do Legislativo, em favor do Judiciário.¹²²

Tendo como ponto de partida esta transferência de competências, atribuindo aos juízes grande concentração de poder, surge o questionamento acerca da legitimidade do Poder Judiciário para imiscuir-se nas questões cuja atribuição constitucional é dos Poderes Legislativo e Executivo, notadamente no que tange à alocação de recursos públicos. É que os 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.

¹²¹ 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.

¹²² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Teoría e Interpretación de Los Derechos Fundamentales**, in: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993, *apud* AMARAL, *op. cit.*. p.64.

Importante, pois, esposar os posicionamentos doutrinários acerca do tema.

Gustavo Amaral mostra-se contrário ao ativismo judicial, bem como à intervenção do Poder Judiciário na esfera discricionária das escolhas políticas feitas pelos poderes constituídos. Inicialmente, o autor entende que a legitimação do Judiciário, a bem da verdade, é uma legitimação popular. Tal se deve por conta da evolução histórica da política brasileira, permeada por escândalos de corrupção por parte dos representantes eleitos, o que teria gerado um intenso descrédito nos poderes constituídos. O Judiciário, portanto, seria visto como o “campeão da cidadania”, porque guardião dos direitos dos cidadãos, em detrimento dos outros dois Poderes, gerando um “pré-conceito de que as decisões governamentais, executivas ou legislativas, não tinham a coisa pública e o bem comum em tão elevada conta quanto deveriam”.¹²³

Nessa linha, prossegue o autor afirmando 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.”¹²⁴, 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 absolutos, tendo em vista que a escassez de recursos existe, 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

¹²³ AMARAL, *op. cit.*, p.20-21.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 22.

concreto. 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. Diante disso, aponta o autor para um conflito entre microjustiça e macrojustiça, pois aquela ofende o princípio da isonomia, 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”.¹²⁵

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 dele 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 no item 1.2, *supra*. 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 orçamentárias 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.¹²⁶
[...]

¹²⁵ *Ibidem*, p. 38-39.

¹²⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito**, In *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, org. José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 1998. p.131.

Mais ainda, a contradição básica a que podemos chegar em muitos desses casos é a de considerar que o Estado (encarnado no Executivo para a maioria dos leigos) deve se responsabilizar por todos os prejuízos, deve comportar-se como uma agência seguradora geral de cidadãos e instituições, enquanto fica impedido de tomar providências no exercício de seu poder de polícia, ou mesmo na aprovação de políticas públicas, planejando a médio e longo prazo.¹²⁷

Em se tratando de situações que envolvam o transplante de órgãos, Giovanni Bigolin, por sua vez, defende o dever do Judiciário de proteção aos direitos fundamentais, se comprovado que é a vida do interessado que está em jogo:

Mesmo em se tratando de escolhas disjuntivas, em que está em conflito o mesmo bem jurídico a ser tutelado, como é o caso de uma fila de pacientes aguardando um órgão a ser transplantado, a escassez natural de recursos não inibe a intervenção do Poder Judiciário sob o argumento da 'reserva do possível'. É que a situação de ameaça à vida dos interessados enquadra-se no parâmetro existencial mínimo, permitindo a tutela imediata do Juiz que poderá reconhecer, acaso devidamente demonstrado, que o critério adotado pela administração (cronológico) pode ser topicamente superado, em face da comprovada urgência de atendimento de um paciente, mesmo em detrimento de outro que esteja em situação estável no aguardo da transferência do órgão.

Ao Juiz incumbe a tarefa de efetivação dos direitos fundamentais, ainda que não seja exclusiva, preservando sempre os princípios da unidade da Constituição, sob o postulado da proporcionalidade.¹²⁸

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, na doutrina 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 judiciais nesses casos que implicam em escolhas trágicas, sem que haja a ingerência ilegítima de uma esfera de poder na outra.

Para tanto, o autor começa sustentando a necessidade de um grande esforço interpretativo por parte do aplicador na norma constitucional. Apoiando-se em Daniel Sarmiento, Amaral afirma que "através da interpretação é possível superar diversos conflitos entre normas".¹²⁹ Isso porque "a superação da tensão entre pretensões

¹²⁷ *Ibidem*, p. 136.

¹²⁸ BIGOLIN, G., *op. cit.*, p.68.

¹²⁹ AMARAL, *op. cit.*, p.189.

positivas deve principiar pela interpretação das normas que geram tais pretensões”.

130

Amaral afirma 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. Vale reproduzir as palavras do autor:

...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.¹³¹

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, que 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 magistrado, então,

¹³⁰ *Ibidem, idem*. Também Cláudia Honório, em artigo que trata sobre o custo dos direitos prestacionais, atenta para a importância da reflexão acurada do intérprete nos casos que incidam sobre escolhas alocativas de recursos, afirmando que “Frente à constatação de que certas demandas não podem ser simples atividade subsuntiva, o método hermenêutico clássico revela-se insuficiente nos casos que envolvem óbices metapositivos impostos aos direitos prestacionais.” HONÓRIO, Cláudia, **O Custo dos Direitos Prestacionais**, In: *A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, jul./set. 2006 (no prelo). p.10.

¹³¹ *Ibidem*, p. 206-207.

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.”¹³²

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 do demandante, que faça com que ele seja atendido em preferência dos demais. E o grau de essencialidade deveria ser sempre maior que o de excepcionalidade, pois a essencialidade está ligada ao valor da dignidade da pessoa humana, 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.¹³³

Assim, o autor 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.”¹³⁴

Ana Carolina Olsen vê com reservas a tese defendida pelo autor.

Para a autora, mostra-se acertado o entendimento de que é temerário deixar a encargo do Judiciário o controle das políticas públicas realizadas pelo Executivo, assim como o das escolhas alocativas de recursos. Contudo, em que pese a necessária observância do princípio da separação do poderes¹³⁵, e também da dose

¹³² *Ibidem*, p. 208.

¹³³ *Ibidem*, p. 210-217.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 217.

¹³⁵ O qual alguns defendem (apesar de não pretendermos aqui nos deter no tema) não mais se aplicar à realidade moderna, a partir da proposta inicial de Montesquieu. Nesse sentido, CLÈVE, C. M. **Atividade legislativa do poder executivo**, 2. ed., rev., atual. e ampl. do livro *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2000. p.44. “Montesquieu criou para sua época um sistema de equilíbrio do poder (que não corresponde necessariamente a um equilíbrio entre poderes), oferecendo as bases para a constituição de um governo misto, moderado pela ação das forças dinamizadoras do tecido societário. A missão atual dos juristas é a de adaptar a idéia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo.

de discricionariedade no agir do administrador, há outras questões a serem consideradas. Por exemplo, sustenta que, é verdade, o Judiciário não pode agir sem que tenha sido acionado. Contudo, se houve tal impulso do particular (ou do Ministério Público) é porque se verificou uma omissão do Estado, o qual não estaria a cumprir as tarefas que lhe foram atribuídas pela Constituição. E não se pode confiar exclusivamente na atuação dos poderes públicos para que haja a concretização dos direitos fundamentais sociais, sob o risco de a prestação constitucionalmente assegurada, e não satisfeita, vir a significar “a exclusão social de seu titular”.¹³⁶

Ademais, defende a autora, quando se trata da realização dos direitos fundamentais sociais, parece que o conceito a ser enfraquecido deve ser o de discricionariedade política na alocação de recursos, e não o de controle jurisdicional. Pois a ponderação entre essencialidade e excepcionalidade pode ser adequada, mas pode também se mostrar insuficiente. Assim ela diz:

Não basta ouvir as razões do Estado para o descumprimento da norma jusfundamental, pois a omissão não pode ser a regra a ser justificada. A questão deve ser invertida: a Constituição Dirigente determina o cumprimento da norma, de modo que este cumprimento seve ser a premissa, para a qual somente a escassez natural de recursos, devidamente comprovada, pode ser aceita como exceção que exonera o cumprimento da norma. A escassez artificial, fruto de uma escolha política, não pode ser oposta ao cumprimento dos direitos fundamentais.¹³⁷

Assim, a autora coloca que não deve haver a conversão do julgador em legislador ou administrador, mas igualmente não deve haver o outro extremo, do Poder Judiciário mantendo-se passivo ante as questões que envolvem direitos fundamentais, em razão de seu reflexo econômico¹³⁸. Aduz, por fim, que se a Constituição previu normas de caráter fundamental, protegendo-as de eventuais alterações via emenda constitucional (art. 60, § 4º, IV), é porque estas normas

Nesse sentido, aceita-se aparelhar o Executivo, sim, para que possa, afinal, responder às crescentes e exigentes demandas sociais. Mas cumpre, por outro lado, aprimorar os mecanismos de controle de sua ação, para o fim de torná-los (tais mecanismos) mais seguros e eficazes.”

¹³⁶ OLSEN, *op. cit.*, p.310.

¹³⁷ *Ibidem*, p.310-311.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 318-319.

fundamentais traduzem a essência da Carta Política, e de pouca valia será esta “essencialidade” se não houver um órgão capaz de assegurá-la.¹³⁹

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 Capelletti enumera alguns argumentos que podem afastar a tese da falta de legitimidade democrática do julgador, para manifestar-se sobre decisões tomadas pelos poderes constituídos. 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, um “perfeito paradigma da democracia representativa”.¹⁴⁰

Aqui, também Clèmerson Merlin Clève atenta para o fato de que 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”, sendo que a democracia acaba 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).”¹⁴¹

O segundo argumento trazido por Capelletti 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

¹³⁹ *Idem*, p. 295.

¹⁴⁰ CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993. p.94/95.

¹⁴¹ CLÈVE, A **Eficácia dos Direitos...**p. 36.

empenho em se manterem fiéis 'ao sentimento de equidade e justiça da comunidade'".¹⁴²

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 o acesso e a proteção aos seus 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*."¹⁴³

O quarto argumento de Capelletti 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.¹⁴⁴

A quinta e última consideração feita por Capelletti 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*".¹⁴⁵

Para João Pedro Gebran Neto, nessa problemática de invasão das atribuições do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, afirma que o Poder Judiciário é

¹⁴² CAPELLETTI, *op. cit.*, p.96-98.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 99-100.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 100-106.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 106-107.

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 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.).¹⁴⁶

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.¹⁴⁷

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 Capelletti. Mauro Capelletti 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.¹⁴⁸

¹⁴⁶ GEBRAN NETO, *op. cit.*, p.175-180.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p.181-182.

¹⁴⁸ CAPELLETTI, *op. 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

Nesse passo, Sérgio Fernando Moro apresenta a tese de que as decisões judiciais, para que possam se sobrepor 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.¹⁴⁹

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 sobrepor-se aos argumentos oferecidos pelo Estado, investindo-se, portanto, de legitimidade.

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 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."

¹⁴⁹ MORO, *Jurisdição Constitucional...*, p.221-223.

É o que se infere das palavras de Sérgio Moro:

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.¹⁵⁰

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 (tal qual defendido por Gustavo Amaral), 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.”¹⁵¹

Por fim, parece que a proteção dos direitos fundamentais sociais é o postulado que deve ser observado, pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário,

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 224.

¹⁵¹ MORO, **Desenvolvimento e Efetivação Judicial**.... p.88-100. Também Clèmerson Merlin Clève adgova que a reserva do possível não pode ser considerada como uma *cláusula obstaculizadora*, mas deve, sim, impor “cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.” (**A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**. p.38-39.)

como forma de garantia de existência digna aos cidadãos, posto que tais direitos, na condição de fundamentais que são, são dotados de aplicabilidade imediata, conforme infere-se do art. 5º, § 1º da Constituição, não devendo, portanto, esperar pela iniciativa do legislador ou do administrador democrático. A ponderação dos bens jurídicos em questão, quando da tomada das decisões alocativas, mostra-se como a segurança maior para que se evite a supressão da dignidade humana, a violação do princípio da isonomia, e a tão discutida ingerência dos poderes entre si.

É nesse sentido que Clèmerson Clève parece sinalizar um caminho para solucionar o impasse das decisões alocativas:

Entre os que pretendem que no controle da omissão inconstitucional não haja papel a ser desempenhado pelo juiz e aqueles que entendem que o Poder Judiciário tudo pode fazer, é necessário encontrar um lugar de equilíbrio, sensível à percepção de que o juiz, apesar de comprometido com a efetividade da Constituição, não pode ultrapassar certos limites sob pena de colocar em risco os postulados do Estado Democrático de Direito.¹⁵²

4. LIMITES À APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL

4.1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA

O princípio da proporcionalidade é de fundamental importância como parâmetro para a tomada de decisões dos agentes dos três poderes. A proporcionalidade é 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 razoabilidade) 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.”¹⁵³

¹⁵² CLÈVE, A Eficácia..., p. 36.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*, 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p.219.

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 do item 2.1.3, 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 ferramenta para a aferição da conformidade das leis e dos atos administrativos com os ditames da razão e da justiça.”¹⁵⁴

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.¹⁵⁵ 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 - o que representa 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.¹⁵⁶ 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.¹⁵⁷

De acordo com Martin Borowski, as normas de direitos fundamentais prestacionais são demasiadamente indeterminadas, permitindo que a sua efetivação

¹⁵⁴ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p.77.

¹⁵⁵ 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.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 43.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 42. Também Daniel Sarmiento 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.” *Op. cit.* p.232.

se dê em diferentes graus de atuação¹⁵⁸. 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 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.¹⁵⁹

Para o autor, o conjunto desses três subprincípios configura a *proporcionalidade em sentido lato*, ou a *proibição da proteção deficiente*.¹⁶⁰ 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.¹⁶¹ E a ponderação é necessária justamente para que haja a escolha do meio que será adotado para a realização do comando constitucional¹⁶². 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. 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

¹⁵⁸ 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."

¹⁵⁹ *Ibidem*, p.162.

¹⁶⁰ *Ibidem*, *idem*.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 167.

¹⁶² *Ibidem*, *idem*.

contraposto em apenas 3, ao passo que beneficia a proteção em, também apenas, 10.¹⁶³

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.¹⁶⁴ Se a conduta escolhida não for apta à realização da prestação inserta no direito fundamental social, então ela estará sujeita ao controle de constitucionalidade, pois viola o princípio da proporcionalidade.¹⁶⁵

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.”¹⁶⁶

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.¹⁶⁷ Nas palavras do autor, “o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade.”¹⁶⁸

Daniel Sarmento 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

¹⁶³ *Idem*, p. 165.

¹⁶⁴ SARMENTO, *op. cit.* p.87. Cf. BOROWSKI, *op. cit.* p.163.

¹⁶⁵ Cf. OLSEN, *op. cit.* p.326.

¹⁶⁶ SARMENTO, *op. cit.* p.88.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 89.

¹⁶⁸ *Ibidem, idem*. Cf. Alexy: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de um principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. *Teoria de Los Derechos...* p.161.

proporcionalidade em sentido estrito.”¹⁶⁹ 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 assume o papel de proibição da proteção insuficiente. Assim, na medida em que a reserva do possível pode ser considerada 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.¹⁷⁰

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,¹⁷¹ 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

¹⁶⁹ SARMENTO, *op. cit.*, p.104.

¹⁷⁰ OLSEN, *op. cit.* p.332-333.

¹⁷¹ Cf. BARROSO e SARMENTO, *supra*.

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, a autora afirma que a norma de direito fundamental somente pode ter sua eficácia restringida até o limite em que for 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”.¹⁷² Diante disso, também a garantia desse *mínimo* protegido pode posicionar-se como limite à reserva do possível. É o que se verá no tópico a seguir.

4.2. 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 elementares, 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 estimá-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”.¹⁷³

Para Clèmerson Merlin Clève, as a confluência dos direitos fundamentais sociais e o caráter irradiante do princípio da dignidade da pessoa humana serão a base de sustentação da obrigação do estado consistente em respeitar o mínimo existencial.¹⁷⁴ 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

¹⁷² OLSEN, *op. cit.* p.322.

¹⁷³ TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p.128.

¹⁷⁴ CLÈVE, *op. cit.* p.38.

mesma linha de Ricardo Torres, aduz que ¹⁷⁵ o definir desse mínimo não é tarefa fácil”.

Todo modo, Ricardo Torres estabelece 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, adquirem o *status* daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive”¹⁷⁶. Para Gomes Canotilho, a inobservância 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.”¹⁷⁷ 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.”¹⁷⁸

Ingo Sarlet alerta, contudo, que, inobstante 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 palavras, apenas garanta a sua existência, mas sim para que o cidadão possa desenvolver a sua própria dignidade autonomamente. 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 abrande mais do que a mera sobrevivência física, situando-se

¹⁷⁵ *Ibidem, idem.*

¹⁷⁶ TORRES, *op. cit.* p.133.

¹⁷⁷ 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.)

¹⁷⁸ BARCELLOS, **A eficácia Jurídica**..., p.258.

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.¹⁷⁹

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.¹⁸⁰

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

¹⁷⁹ SARLET, *A Eficácia...*, p. 324.

¹⁸⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade*. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2001. 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 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, *op. cit.* p.172-173.

que deve ser protegido pelo Estado, é passível de “eficácia positiva” ou “simétrica”, a qual permite a sua própria sindicabilidade em juízo:

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 tomar 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.¹⁸¹

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.¹⁸² 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 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.”¹⁸³

Por fim, 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.¹⁸⁴ 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).”¹⁸⁵

¹⁸¹ BARCELLOS, *op. cit.* p.265/266.

¹⁸² TORRES, R. L.. **O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível**. In: Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. António José Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.456.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 465.

¹⁸⁴ OLSEN, *op. cit.* p.356.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 357.

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 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.¹⁸⁶

4.3. NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL

Conforme apontado no item 1.3 *supra*, o constituinte fixou no texto constitucional os parâmetros para a arrecadação e despesa de recursos, a serem observados pelos poderes constituídos. Contudo, essa normatividade constitucional não serve apenas para orientar a conduta dos destinatários da norma constitucional, mas igualmente para determinar o mínimo que deverá ser gasto pelo poder público com a realização das tarefas impostas por meio dos direitos fundamentais sociais positivados na Constituição. Assim, 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.

¹⁸⁶ *Ibidem*, op. cit., p.361.

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.¹⁸⁷

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 a autora, tal dar-se-ia não só pelo caráter supremo da Constituição, mas também pela possibilidade que certas normas admitem de assumir um caráter de direito subjetivo, permitindo ao particular “reclamar o seu reconhecimento, tanto diante da Administração como diante da Justiça.” Seria uma “execução forçada do direito.”¹⁸⁸

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 algumas¹⁸⁹ 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 Estado e se constituem em um direito fundamental para o jurisdicionado”¹⁹⁰.

¹⁸⁷ SCAFF, *op. cit.* p.220-226.

¹⁸⁸ FERRARI, *op. cit.* 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.

¹⁸⁹ 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.

¹⁹⁰ *ibidem*, p. 231.

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:

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 realiza-lo por questões financeiras, materiais ou políticas, o comando constitucional acabe destituído, completamente, de eficácia.¹⁹¹

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 questão “é direito de todos e dever do Estado”¹⁹², 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. Segundo a autora, 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.¹⁹³

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 235.

¹⁹² OLSEN, *op. 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...”.

¹⁹³ BARCELLOS, *op. 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

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.”¹⁹⁴

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.”¹⁹⁵

Por fim, voltando aos ensinamentos de Regina Ferrari, a autora 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.¹⁹⁶ As palavras finais da autora encerram o que se pretendeu expor neste item:

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.¹⁹⁷

este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, ...”

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 266.

¹⁹⁵ SARLET, *op. cit.* p.357.

¹⁹⁶ FERRARI, *op. cit.* p.240.

¹⁹⁷ *Ibidem, idem.*

5. CONCLUSÃO

Pelo quanto que foi exposto, pode-se dizer que a reserva do possível não mais é um instituto desconhecido, pura e simplesmente “transplantado” para o ordenamento jurídico brasileiro. Um “mote mágico”, nas palavras de Ana Paula de Barcellos.¹⁹⁸

Isso porque doutrina e jurisprudência têm revelado importância crucial para desvendar os aspectos que envolvem a reserva do possível. O trabalho dos magistrados, os quais vêem o problema da ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo na prática, através das demandas judiciais, e a contribuição doutrinária, que permitirá oferecer argumentos científicos para a formação do convencimento do juiz, deram luz à reserva do possível, antes obscurecida pela falta de argumentos que pudessem relativizá-la.

E falamos em relativizá-la justamente porque não é prudente defender o total afastamento da reserva do possível quando suscitada nos tribunais. Conforme afirmamos alhures, os direitos fundamentais sociais, mormente pelo fato de custarem dinheiro, e este recurso ser limitado, são direitos de satisfação progressiva, logo, inevitável é que alguns cidadãos acabem esperando para terem atendidas as suas pretensões. Situações emergenciais irão existir, e ao Judiciário caberá, no caso concreto, decidir com base na essencialidade da pretensão invocada e na excepcionalidade da situação, conforme propõe Amaral, e, também, fundamentar suas decisões com o máximo de argumentos possíveis, sejam eles jurídicos ou colhidos da realidade, tal qual defende Sérgio Moro. Assim, poderá ser aberta uma exceção legítima para a satisfação da pretensão.

O que não se pode admitir, ressalte-se, é que esta postura ativista do Judiciário incremente a inércia das autoridades responsáveis pela implementação de políticas públicas. Ou seja, na medida em que as pessoas sentem-se insatisfeitas quanto às suas necessidades básicas, deverão pedir ao Judiciário que as resolva.

¹⁹⁸ “Na ausência de um estudo mais aprofundado, a *reserva do possível* funcionou muitas vezes como um mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais.” (BARCELLOS, *op. cit.*, p.237.)

Deve-se lembrar que nem todos têm instrução ou até mesmo condições físicas suficientes para chegarem ao Judiciário, o que, em termos brasileiros, onde uma assustadora parcela da população é completamente excluída da participação do seu contexto político e social, é uma realidade. Ademais, é obrigação inafastável dos Poderes Legislativo e Executivo realizarem as prestações insertas na norma de direito social, que é constitucional e fundamental. Diante disso, mostra-se salutar que a reserva do possível não se transmute em cláusula geral, mas seja devidamente estudada e relativizada, ponderada em cada caso concreto.

Assim é que Ingo Sarlet fala em “maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível”. Para o autor, não apenas os direitos sociais, mas principalmente a reserva do possível deverá ser vista com reservas; e, também suas limitações não são uma falácia, tendo em conta que, nas palavras do autor, “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.”¹⁹⁹

Destarte, afigura-se imperioso encarar a reserva do possível como condição imposta pela realidade, e investigar se as circunstâncias que levaram o administrador ou o legislador a não cumprir a norma de direito fundamental social são legítimas. Ademais, deve-se ter em mente que os poderes públicos têm o dever, constitucionalmente imposto, de promover os direitos fundamentais sociais (“É direito de todos e dever do Estado”), nos termos da própria Constituição. E somente oferecendo uma existência digna aos cidadãos é que estes poderão exercer sua autonomia, e contribuir para o desenvolvimento do país. Assim é que se alcançarão os objetivos almejados na Constituição, notadamente, o de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais.”

¹⁹⁹ SARLET, *op. cit.*, p. 357.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Versão em espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Revisão de Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.
- BARCELLOS, A. P. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Ricardo Paes de; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. **A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil**. In: Desigualdade e Pobreza no Brasil, org. Ricardo Henriques. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/desigualdade/pobreza/capitulo01.pdf>> Acesso em 15/09/2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora**, 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BIGOLIN, Giovani. **A Reserva do Possível como Limite à Eficácia e Efetividade dos Direitos Sociais**. In: Revista do Ministério Público. Porto Alegre, n. 53, maio/set 2004.
- BONAVIDES, Paulo, ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 4 ed. Brasília: OAB Editora, 2002.
- BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: Estudos Sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **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.** In: _____ Mundo Jurídico, <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441> Acesso em 25/08/2006.

_____. **Atividade legislativa do poder executivo**, 2. ed., rev., atual. e ampl. do livro Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2000.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade.** São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2001.

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.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HONÓRIO, Cláudia, **O Custo dos Direitos Prestacionais**, In: A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, jul./set. 2006 (no prelo).

KELLER, Arno Arnoldo. **O Descumprimento dos Direitos Sociais. Razões Políticas, Econômicas e Jurídicas.** São Paulo: LTR, 2001.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des)Caminhos de Um Direito Constitucional Comparado.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 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.
- LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização Econômica, Política e Direito. Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**. Tese de doutorado: UFPR, 2002.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito**, In *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, org. José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 1998.
- 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.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo Contemporâneo e suas Relações com a Economia**.
_____. **Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte I: 1930-1956)**, in: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. ano 2, n. 6, abr.-jun./2004. Belo Horizonte: Fórum.
- 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.
- 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_o_principiodareserva.pdf>, acesso em 10/07/2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

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.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 5. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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, nº 32, julho/agosto de 2005. Porto Alegre: Notadez.

STRECK, Lênio Luiz. **O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais.** In: Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado, org. Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia.** Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. **O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível.** In: Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. António José Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.