

METODOLOGIA DE ANÁLISE COMPARATIVA DA RESERVA DO POSSÍVEL: EVITANDO- SE A “IMPORTAÇÃO” EQUIVOCADA DO CONCEITO

*Thiago de Oliveira GONÇALVES**

RESUMO

O estudo pretende desenvolver uma metodologia de análise comparativa para que se verifique se há alguma relação entre o conceito da reserva do possível como aplicado no Brasil e na sua origem, na Alemanha, bem como para se evitar a importação do conceito de forma acrítica e em desrespeito ao seu sentido original.

PALAVRAS-CHAVE: Análise comparativa. Reserva do possível. Direitos fundamentais.

1. A identificação da reserva do possível com a escassez de recursos para a concretização dos direitos sociais pela doutrina brasileira

A interpretação liberal clássica afirma que os direitos fundamentais são direitos destinados a assegurar a liberdade dos indivíduos frente à atuação estatal. É nesse sentido que se considera serem direitos de defesa e, portanto, direitos a ações negativas do Estado (ALEXY, 2008, p. 433).

A dogmática atual dos direitos fundamentais tem como uma de suas questões principais e mais discutidas a referente a saber se,

* Aluno do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito stricto sensu do UniCEUB - Direito e Políticas Públicas. Especialista em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central. Procurador Federal. E-mail: thiagotogbr@yahoo.com.br

e em que medida, tais direitos correspondem também a normas que conferem direitos a ações positivas, ou seja, a prestações estatais (ALEXY, 2008, p. 434).

A problemática se torna mais evidente no âmbito dos direitos sociais, típicos direitos a prestações (ALEXY, 2008, p. 434). Utilizando expressão de KRELL (2002, p. 19), esses configurariam direitos “através” do Estado e não “contra” ele, na medida em que dependentes de uma prestação material a ser concedida pelo Estado.

Nesse sentido, na esfera dos direitos fundamentais, incluem-se nos chamados “direitos de segunda geração” (os quais compreendem os direitos sociais, econômicos e culturais), que se desenvolveram após a Revolução Industrial e as primeiras conquistas dos movimentos sindicais (KRELL, 2002, p. 19).

José Afonso da SILVA (2004, p. 176/177) esclarece que a primeira noção de direitos públicos subjetivos adveio do Estado Liberal, estando ligada à concepção individualista do homem. Essa definição, no entanto, tornara-se insuficiente para caracterizar os direitos fundamentais, os quais não dependem somente da vontade do titular, que sequer pode dispor desses direitos livremente, já que irrenunciáveis e intransferíveis. Assim, cunhou-se, no âmbito do direito administrativo, uma noção mais condizente com os direitos fundamentais do homem. Passou-se a considerá-los como situação jurídica subjetiva em relação ao Estado.

A crise do modelo normativista e dedutivo levou a novos modelos de representação do direito, em que as técnicas de legislação e decisão não se baseiam mais exclusivamente em regras, mas também em princípios e objetivos. O direito passou a ser fundado não mais somente sobre condições, segundo o esquema se-então, mas também sobre objetivos, esquema fim-meio (BUCCI, 2002, p. 253).

No entanto, tendo em vista que a concretização dos direitos sociais exige a realização de prestações estatais, não há como ignorar o fato de que necessitam de recursos próprios para o seu financiamento, ou em outras palavras, custam dinheiro. Não há como vislumbrar, assim, um avanço na matéria sem considerações em relação aos gastos que despendem.

A realização de medidas tendentes a satisfazer tais direitos depende, assim, dos recursos disponíveis ao Estado. Diante da escassez natural de recursos, surge a inevitável limitação material de concretização dos direitos sociais, ao mesmo tempo em que se revela uma necessária conexão entre os direitos sociais e a economia.

Essa necessidade de recursos específicos para os direitos sociais revela, em último caso, o problema da possível ilegitimidade do Judiciário na determinação de previsão e aplicação orçamentária, em detrimento da atuação política. Está, portanto, a dar suporte aos princípios que agem de forma contrária à pretensão de efetivação judicial de tais direitos, ao mesmo tempo em que agindo como um limite por si só, de base material. Afinal, de nada vale uma refinada hermenêutica constitucional, ou mesmo a previsão legal, se não houver recursos suficientes para atender aos objetivos propostos (BARCELLOS, 2002, p. 237).

Nesse sentido, BARCELLOS (2002, p. 10) percebe que a tarefa de determinar a eficácia do princípio da dignidade humana é, na realidade, uma tarefa de determinar as prioridades da distribuição dos bens sociais.

É justamente tal limite material para a efetivação dos direitos sociais que é identificado, no Brasil, com o conceito da reserva do possível (MÂNICA, 2007, p. 181).

E, para sua definição, diversos estudos fazem referência à origem do conceito na decisão do Tribunal Constitucional Alemão acerca dos *Numerus Clausus* (BverfGE n.º 33, S. 333).

No entanto, costumam fazer uma simples transposição, sem a devida análise comparativa. Ademais, parte de tais estudos se vale apenas de fontes secundárias, na medida em que se referem somente a outros artigos e estudos, os quais, por sua vez, nem sempre realizaram a devida análise da fonte primária.

Perpetua-se, assim, um ciclo de repetição acrítica do conhecimento acerca do conceito, o qual pode ter se desvirtuado da sua essência, tornando-se algo diverso, sem que se possa fazer a associação entre ambos.

Dessa forma, faz-se necessário esclarecer a metodologia de análise comparativa que deve ser seguida para que se verifique se há alguma relação entre o conceito como aplicado no Brasil e a sua origem na Alemanha.

2. Elucidando a metodologia para um estudo de direito constitucional comparado acerca da reserva do possível

Constatada a necessidade de um estudo de direito constitucional comparado, a primeira preocupação deve ser elucidar, na esteira dos pressupostos adotados por AXEL TSCHENTSCHER (2008, p. 4/6), que a análise dos textos legais constitui apenas o primeiro passo para um estudo aprofundado de um determinado instituto. Isso porque a compreensão do significado completo das palavras necessita do conhecimento do contexto em que cunhado o texto, ou seja, da realidade política e histórica da época.

Em sentido semelhante, ALEX Y (2008, p. 552) defende a existência de um ônus argumentativo a favor de determinada interpretação de uma norma constitucional que se infira a partir da história da gênese de uma Constituição, de forma a serem necessárias razões para uma solução contrária a essa interpretação.

Já PALMER (2007, p. 2) acredita que é a realidade das crenças e comportamentos daqueles que operam a Constituição que revela o conteúdo do que realmente ela configura.

Mesmo que não se adentre na discussão se a Constituição é fruto da atuação das forças reais de poder ou é uma força conformadora da realidade político-social, discussão representada pela contraposição doutrinária das concepções de LASSALE (1998) e HESSE (1991), resta evidente a importância de se atentar ao contexto histórico e às crenças que permearam a origem de determinado instituto jurídico.

Por outro lado, em que pese as imperfeições da análise textual, é inegável que o texto consiste em um ponto de partida para se obter o conhecimento acerca de determinada ordem constitucional. Os textos isolados são, de fato, insuficientes, mas contém a descrição dos elementos fundamentais da ordem política momentânea (AXEL TSCHENTSCHER, 2008, p. 6).

A partir da constatação de que se deva atentar tanto ao texto quanto à realidade política e histórica, para legitimar o uso da análise comparativa, conforme elucida VERGOTTINI (2004, p. 1), devem ser enfrentados três problemas básicos:

1. Função – para que se compara?
2. Objeto – o que se compara?
3. Método – como se compara?

De acordo com as especificações de Vergottini acerca de cada um desses problemas, o presente estudo tem como função primária a obtenção do conhecimento em si mesmo, enquanto a secundária é possibilitar a utilização dos resultados obtidos para o alcance de diversos objetivos, como a obtenção de parâmetro de referência para outros estudos, a consolidação de uma determinada ciência, uma comprovação de dados, a elaboração de textos normativos, a harmonização e unificação normativa.

Quanto ao objeto da análise comparativa da reserva do possível, configura-se em uma microcomparação do conceito (comparação de institutos concretos, em detrimento de uma que envolva ordenamentos jurídicos em sua totalidade).

Por fim, em relação ao método, deve-se realizar tanto uma análise histórica (ou diacrônica) quanto uma análise espacial (ou sincrônica).

Traçados tais parâmetros, necessário evidenciar o contexto histórico em que surgiram os elementos que propiciaram o desenvolvimento do conceito em questão para, em um segundo momento, realizar a análise do contexto espacial específico do Brasil no que toca ao entendimento acerca dos direitos sociais e da reserva do possível.

2.1. As fundações e ciclos históricos das Constituições: o surgimento dos direitos sociais no ciclo social do constitucionalismo

Os chamados “direitos de segunda geração”, categoria em que se encontram os direitos sociais, se desenvolveram após a Revolução Industrial e as primeiras conquistas dos movimentos sindicais.

A Revolução Industrial do século XVIII teve como uma de suas consequências a exaltação da questão social, tendo em vista que o surgimento das máquinas, o crescimento da indústria e o surgimento do proletariado desencadearam um processo de exploração da mão-de-obra, estabelecendo condições indignas de trabalho como excessivas jornadas, utilização das mulheres e menores, baixos salários, precariedade dos locais de trabalho e inexistência de leis que amparassem o trabalhador (RAMOS, 2009, p. 1).

Nesse contexto, a partir da Revolução Francesa de 1789, iniciou-se um processo de reconhecimento das novas exigências econômicas e sociais, que logo se espalhou por toda Europa.

Em que pese o cunho liberal e individualista desta Revolução, a Constituição Francesa de 1791 previu a criação de um estabelecimento geral de Assistência Pública¹.

No entanto, nesse momento histórico em que se desenvolviam as fundações do constitucionalismo, a preocupação maior era com o valor da liberdade e o fim do Estado absolutista. Ainda não se podia falar na previsão de verdadeiros direitos sociais, já que o dever estabelecido possuía um sentido fraco, relacionado à benevolência, beirando a uma afirmação exortativa.

Foram os movimentos sociais do século XIX que buscaram aprofundar essa transformação, priorizando o valor da igualdade.

Em 1848, com o descontentamento dos trabalhadores em relação aos excessos do capitalismo, e sob a influência do Manifesto Comunista de Marx e Engels, eclode uma nova Revolução na França.

Nessa conjuntura, a Constituição Francesa de 1848 iniciou o processo que culminaria no surgimento do Estado do Bem-Estar Social, instituindo deveres sociais do Estado para com os trabalhadores e os necessitados (em seu artigo 13)².

¹ “Será criado e organizado um estabelecimento geral de *socorros públicos* para criar as crianças expostas, aliviar os pobres enfermos e prover trabalho aos pobres válidos que não o teriam achado”. Disponível em: < <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf> >. Acesso em: 11/03/2011.

² “A Constituição garante aos cidadãos a liberdade de trabalho e de indústria. A sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho [...]; ela fornece

Sob a influência dos movimentos sociais, inicia-se o chamado ciclo do constitucionalismo social, com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919, já que foi nesse período em que se propôs a inclusão de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos das Constituições.

O Título I da Constituição Mexicana de 1917 confere à liberdade de trabalho a qualidade de garantia individual (em seu artigo 5)³. Já o Título VI regulamentou direitos trabalhistas, como a limitação da jornada de trabalho em 8 (oito) horas, a idade mínima para o trabalho e a proteção da maternidade.

Por sua vez, o Título V da Constituição de Weimar consagrou os direitos trabalhistas e de seguridade social como direitos fundamentais⁴.

assistência às crianças abandonadas, aos doentes e idosos sem recursos e que não podem ser socorridos por suas famílias.” (apud RAMOS, 2009, p. 1)

³ “Ninguém pode ser impedido de exercer profissão, indústria, comércio ou trabalho de sua escolha, desde que lícito. O exercício dessa liberdade só pode ser interrompido por ordem judicial, quando afetar os direitos de terceiros, ou por ordem administrativa, emitida na forma prevista em lei, quando ofenderem os direitos da sociedade. Ninguém pode ser privado dos frutos de seu trabalho, exceto por decisão judicial.” (Tradução Livre). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/mexico/const1917.htm>>. Acesso em: 11/03/2011.

⁴ “Artigo 157

O trabalho está colocado sob a proteção particular do Estado. O Estado criará um direito unitário do trabalho.

(...)

Artigo 161

O Estado organizará, com o concurso adequado dos segurados, um sistema de seguros para a conservação da saúde e da capacidade de trabalho, a proteção da maternidade e a prevenção contra as conseqüências econômicas da velhice, da invalidez e dos acidentes.

(...)

Artigo 163

Todo alemão tem, feita a ressalva de sua liberdade pessoal, a obrigação de empregar sua força intelectual e material de trabalho na forma que o exija o bem-estar coletivo. A todo alemão deve dar-se a oportunidade de adquirir, mediante seu trabalho, o necessário à subsistência. A lei regulamentará os detalhes particulares.” (apud RAMOS, 2009, p. 1).

Desse modo, pode-se considerar ser no ciclo social do constitucionalismo que se desenvolvem os elementos que possibilitarão o surgimento de uma visão dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado.

2.2. Os temas conformadores da concepção dos direitos fundamentais pelos diferentes ordenamentos jurídicos

A partir do momento em que direitos sociais passam a ser entendidos enquanto direitos fundamentais, o modo como esses são tratados pelos diferentes ordenamentos jurídicos ganha relevo para que se consiga uma análise comparativa da reserva do possível, conceito intimamente relacionado ao modo de como se concebe os direitos sociais fundamentais.

Dentre as diversas perspectivas de análise possíveis, interessam ao presente estudo três temas em particular, que conformam o tratamento conferido aos direitos fundamentais pelos diferentes países: a consideração do efeito horizontal dos direitos fundamentais, o poder de sobreposição dos direitos constitucionais concedido aos órgãos políticos do Estado (Executivo e Legislativo) e o modo de se lidar com o conflito entre direitos fundamentais.

2.2.1. O efeito horizontal dos direitos fundamentais

De acordo com estudo desenvolvido por GARDBAUN (2003, p. 61/62), há três questões que, em combinação, determinam o alcance dos direitos fundamentais em determinado ordenamento jurídico:

- 1^a) Quais leis estão sujeitas aos direitos constitucionais (as de direito público, de direito privado, de direito promulgado, de direito comum), e como (completamente ou parcialmente)?
- 2^a) Em quais tipos de litígio se pode alegar que uma lei viola um direito constitucional: somente entre um indivíduo e o Estado ou também entre atores privados no qual ao menos um deles invoca ou se baseia nessa lei?

3ª) Os deveres conferidos ao governo pelas previsões de direitos individuais incluem o dever positivo de promover valores constitucionais?

A partir das diferentes combinações entre as respostas conferidas a cada questão, o autor revela as seguintes possibilidades de posições acerca do alcance dos efeitos dos direitos fundamentais:

- **efeito vertical forte:** significa que os direitos constitucionais se aplicam somente ao direito público, não ao privado. Ou seja, regulam somente as relações jurídicas entre o Estado e o indivíduo (como o direito penal, administrativo e tributário), mas não as relações jurídicas entre indivíduos;
- **efeito vertical fraco:** os direitos constitucionais se aplicam ao direito privado (todo ou parte dele), mas somente pode ser declarado em litígios em que uma parte é o Estado e a outra um particular;
- **efeito horizontal indireto fraco:** significa que certos tipos de lei estão diretamente submetidos ao direito constitucional, com o restante apenas indiretamente, através do poder dos tribunais de interpretar, desenvolver e conciliar essas leis em conformidade aos valores constitucionais. Os direitos constitucionais podem, no entanto, ser alegados em litígios entre particulares, ao contrário do que ocorre nas duas posições verticais;
- **efeito horizontal indireto forte:** todas as lei, independente do tipo ou origem, estão diretamente submetidas à Constituição e podem ser contestadas em litígios privados. Isso significa que os direitos constitucionais protegem completamente o indivíduo, seja do governo ou de outro indivíduo, quando esses se valem de uma lei inconstitucional;
- **efeito horizontal direto:** significa que os direitos constitucionais protegem o indivíduo não somente contra

leis (e outras ações do governo ou atribuíveis a ele), mas contra quaisquer ações, as quais podem ser submetidas à revisão constitucional, independentemente de quem as realize ou do fato de o particular que está agindo se apoiar ou não em alguma lei para tanto.

2.2.2. O poder de sobreposição

Ainda com base em estudos de GARDBAUM (2007, p. 33/36), o próximo tema conformador do modo como são tratados os direitos fundamentais pelos diversos ordenamentos jurídicos é o da concessão de um poder às instituições políticas de limitar ou sobrepor um direito constitucional quando este conflita com um objetivo de uma política pública suficientemente importante.

A respeito, faz-se possível um espectro de distintas posições.

A primeira alternativa é a oriunda da rejeição da revisão judicial baseada nos direitos constitucionais, o que significa a desnecessidade do citado poder, já que os órgãos políticos não sofrerão controle judicial fundamentado nos direitos constitucionais. Tipicamente, nesse sistema, não apenas a revisão é rejeitada, como sequer é garantido a determinados direitos o status legal de lei suprema (possuindo apenas o status de estatuto ou de direito comum), nem conferida proteção contra a alteração ou a revogação legislativa ordinária. Essa foi a posição tradicional na maioria dos países antes de 1945.

A posição diametralmente oposta é a de um sistema em que os direitos são reforçados pela garantia da revisão judicial, que configura um poder de declinar a aplicação de estatutos inconsistentes. Isso requer que esses direitos tenham o status de lei suprema. Portanto, essa posição envolve tipicamente a constitucionalização de direitos. A maioria das constituições escritas a partir de 1989 firmemente adotaram esse sistema.

A terceira posição é uma intermediária, que atribui aos tribunais o poder de garantir os direitos constitucionais, mas confere ao legislador a palavra final, na forma de um poder absoluto de sobreposição. Essa é a opção consagrada na seção 33 da Carta Canadense,

apesar de variações dela serem encontradas no Reino Unido e na Nova Zelândia.

Gardbaum ainda defende uma quarta posição, uma derivação da segunda opção que não costuma ser identificada pelo debate acadêmico acerca da revisão judicial, mas que é adotada pela vasta maioria dos sistemas das modernas constituições: uma revisão judicial “forte” com um poder de sobreposição legislativa limitado.

2.2.3. Os conflitos entre direitos fundamentais

O terceiro dos temas que ajuda a revelar a concepção que cada país apresenta acerca dos direitos fundamentais é a posição quanto à análise da interação dos direitos constitucionais entre si, particularmente quando em situação de conflito.

Em dezembro de 2006, em Ghent, na Bélgica, realizou-se uma Conferência Internacional dos conflitos entre os direitos fundamentais, na qual foram desenvolvidos diversos estudos sobre o tema. Um fato de bastante relevo foi a obtenção de um consenso acerca das diretrizes a serem seguidas em tais trabalhos, as quais acabam por expressar as questões que constroem determinada posição acerca do tema. Portanto, interessa ao presente estudo evidenciar tais diretrizes e questionamentos (BREMS, 2008, p. 4/5):

1ª) Eliminar falsos conflitos:

- Como podem esses ser identificados?
- Pode-se afirmar que eles sempre podem ser eliminados optando-se por uma aproximação alternativa que não restrinja os direitos fundamentais?

2ª) Preferência pela conciliação:

- O conceito alemão da “praktische Konkordanz” (concordância prática) parece, em teoria, uma aproximação promissora, por evitar que se dê prioridade de um direito sobre outro. Existem equivalentes dessa aproximação nos direito dos antecedentes e nos métodos legislativos de outros Estados?

- Há como se identificar um critério que indique em cada caso quando a conciliação pode ou não ser alcançada?

3ª) Obtenção de critérios para a priorização:

A respeito dos critérios em si:

- Há como se fazer uma distinção entre o núcleo e a periferia dentro de cada direito, de forma a se priorizar o primeiro em situações de conflito?
- É possível se priorizar determinado direito em razão do envolvimento indireto em outros direitos, de forma a se evitar uma violação que atinja diversos direitos em cadeia?
- Deve-se priorizar a defesa das obrigações negativas em detrimento das positivas, considerando a interferência estatal mais grave que a omissão na garantia de direitos?

Quanto as modalidade de priorização:

- Até que ponto pode um direito restringir outro? É preferível sempre procurar pela “alternativa menos restritiva” ou, ao contrário, se deve usar um critério mais “fluido”, permitindo espaço maior para a discricção política?
- Podem-se utilizar os mesmos critérios para o legislador e os tribunais? Ou devem os tribunais usar critérios estritamente legais, enquanto os legisladores devem se guiar primariamente por considerações políticas?

De todos os trabalhos desenvolvidos na Conferência Internacional, interessa ao presente estudo particularmente o de Lorenzo Zucca (In BREMS, 2008, p. 19/37), por procurar evidenciar três espécies de casos que envolvem conflitos entre direitos fundamentais: 1) aqueles que não podem ser resolvidos pelo apelo a uma racionalidade legal, denominados por ele de dilemas constitucionais; 2) outros que são mais fáceis de si lidar, mas a preço de um forte compromisso; e 3) casos que são apenas conflitos aparentes.

A grande contribuição do autor é evidenciar que, de todos os supostos conflitos entre direitos fundamentais, apenas uma pequena parte não pode ser resolvida mediante o apelo a determinado critério jurídico racional, notadamente a busca de uma solução que não restrinja nenhum dos direitos envolvidos (evidenciando-se um falso conflito) ou a aplicação de um equilíbrio estruturado entre os direitos (critério da proporcionalidade). Tais casos são os que denomina de “dilemas constitucionais”, os quais só são resolvidos mediante a preferência a um dos valores envolvidos, de acordo com a concepção de cada sociedade.

2.2.4. Reflexões sobre a concepção brasileira acerca dos direitos fundamentais

A partir dos temas abordados, faz-se possível uma análise acerca da concepção adotada pelo ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição Federal de 1988 acerca dos direitos fundamentais.

Quanto à concessão de efeito horizontal aos direitos fundamentais, nosso ordenamento submete todas as leis à conformação constitucional, o que pode ser discutido em qualquer tipo de litígio, independentemente da presença do Estado. Mais do que isso, não somente as leis devem se submeter às normas constitucionais, como essas, em certa medida, se aplicam a todas as ações, seja de entes públicos ou de particulares, ao menos enquanto princípios e valores a serem observados. Tais constatações são reveladoras da adoção do efeito horizontal direto.

Em relação à previsão de um poder de sobreposição dos direitos fundamentais por parte da atuação do Executivo ou do Legislativo, a única forma reconhecida pela Constituição é a atuação do poder constituinte derivado, mediante a elaboração de emendas constitucionais. Mas, mesmo essa atuação deve ocorrer nos estritos termos do art. 60 da Constituição, que prevê limites materiais e procedimentais para a realização de emendas.

Entretanto, no tocante ao tema da limitação dos direitos constitucionais, é comum aqui que seja tratado em conjunção ao tema dos conflitos entre direitos fundamentais, já que se costuma reconhecer

a existência do conflito não da pura previsão constitucional em abstrato de determinado direito, mas da atuação concreta dos poderes eminentemente políticos, seja na elaboração de uma lei ou na atuação mediante atos do poder público, sem desconsideração, no entanto, de que tais conflitos surgem também da atuação de particulares.

A eventual prevalência de um direito sobre o outro está, portanto, relacionada ao caso concreto.

No entanto, não há um modelo pré-existente para a solução de conflito, sendo aceito pela doutrina e pela jurisprudência a ponderação de valores constitucionais à luz do princípio da proporcionalidade para o deslinde das questões de colisão de direitos fundamentais.

Essa percepção do modo como são concebidos os direitos fundamentais, de acordo com a posição adotada acerca dos questionamentos que se considerou como reveladores dessa concepção, fornecem elementos suficientes para a análise do conceito da reserva do possível no campo dos direitos sociais fundamentais, quando em conjugação com os já citados elementos históricos, o que possibilita, enfim, um estudo comparativo em relação à posição adotada no Brasil.

3. A importação equivocada do conceito da reserva do possível

Com base na realidade histórico-espacial do Brasil e da Alemanha, Andreas KRELL (2002, p. 49/57) constata que os operadores do direito brasileiro importaram a doutrina da reserva do possível de forma acrítica. Aqui, ao contrário da Alemanha, os constituintes consideraram um rol de direitos sociais como direitos fundamentais expressos. São, portanto, direitos fundamentais originários.

A Constituição brasileira traz um rol expresso de direitos sociais (art. 6º)⁵, contidos no título referente aos “Direitos e Garantias Fundamentais” (Título II).

⁵ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Além da expressa previsão de um rol de direitos sociais, o sistema constitucional guarda uma série de disposições que servem como apoios objetivos para uma interpretação condizente com direitos a prestações. Cabe mencionar, principalmente, a obrigação do Estado em proteger a dignidade da pessoa humana, construir uma sociedade justa, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades, promover o bem de todos⁶.

Tais disposições, conjuntamente às máximas gerais de igualdade e liberdade, também derivadas do sistema constitucional, servem como fundamento a direitos prestacionais, ainda que não previstos expressamente enquanto tais.

Assim, a dissociação dos direitos a prestações do respectivo dever enfraqueceria em demasia a obrigatoriedade do Estado em dar cumprimento aos direitos fundamentais prestacionais. Esses se tornariam, dessa forma, um instrumento jurídico completamente inoperante, pouco se diferenciando da corrente que não reconhece a eficácia dos direitos fundamentais, o que contraria a Constituição Federal.

Ou seja, deve-se reconhecer a existência de tal limite, que não deve ser ignorado. Por outro lado, não pode significar uma barreira plena à concretização dos direitos sociais, sob pena de esvaziar a própria existência de tais direitos⁷.

⁶ A primeira obrigação referida é prevista na Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;”

Já as demais obrigações constituem seus objetivos:

“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.”

⁷ Vale, aqui, a advertência de KELSEN (1999, p.8), de que um mínimo de eficácia é condição de vigência de uma norma.

A partir de tais parâmetros, deve-se apontar em que sentido se entende que a reserva do possível é aplicada pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras de forma a tornar o conceito algo distinto do que originalmente previsto pelo Tribunal Constitucional alemão, ao mesmo tempo em que se buscando demonstrar no que precisa ser adequado para melhor corresponder às pretensões do ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição de 1988.

3.1. O sentido original da reserva do possível: análise da decisão do *Numerus Clausus*

Para uma análise comparativa da reserva do possível, faz-se importante esclarecer o seu sentido original, nos termos em que referida e aplicada pelo Tribunal Constitucional Alemão.

A hipótese da reserva do possível foi citada pelo Tribunal Constitucional alemão pela primeira vez em decisão conhecida como *Numerus Clausus* – BverfGE 33, 303 (333), a qual tratou do direito ao acesso ao ensino superior diante do problema da restrição do número de vagas nas Universidades.

Nela, a reserva do possível foi citada na seguinte passagem:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. A ele compete também a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior, devendo se atentar para o fato de que ampliação e novas construções de instituições de ensino superior fazem parte, consoante o Art. 91a GG, das tarefas em prol da coletividade a serem cumpridas em atuação conjunta da União e dos Estados-membros. Junto a tais decisões, os órgãos estatais competentes deverão se orientar, de um lado, pelas reconhecíveis tendências de demanda por vagas no ensino superior, pois uma orientação exclusiva por investigações de necessidade, de qualquer forma difíceis de serem realizadas, poderia provocar direcionamento profissional e exame de necessidade não permitidos, e na qual restaria reduzido o significado da

livre auto-determinação enquanto elemento constitutivo de um ordenamento de liberdade. Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a idéia do Estado social. Como o Tribunal Constitucional Federal repetidas vezes enfatizou em relação ao direito fundamental da liberdade geral de ação (cf. BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351]), a Grundgesetz decidiu a tensão indivíduo-coletividade na acepção de dependência da e vinculação com a coletividade da pessoa (Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit); o indivíduo deve, por isso, tolerar aqueles limites à sua liberdade de ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa. Essas considerações são válidas principalmente no campo da garantia de participação em benefícios estatais. Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. Não se pode, portanto, proibir ao legislador que ele também se oriente pela necessidade urgente de pessoal nas diferentes profissões, contanto que não seja possível cobrir demanda individual e necessidade social geral por meio da orientação estudantil [oferecida a estudantes e candidatos nas universidades]. (MARTINS, Leonardo (Org.), 2005, p. 663/664)

Embora longo, manteve-se a transcrição de todo o parágrafo, por revelar muitos aspectos referentes ao sentido atribuído à reserva do possível.

Em primeiro lugar, percebe-se que o conceito é entendido “no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade”. Ou seja, não se refere diretamente à limitação de recursos orçamentários para atendimento dos direitos sociais, mas das obrigações que a coletividade pode atender em relação ao indivíduo, de uma maneira racional. Ou seja, excluem-se prontamente eventuais pretensões não justificáveis ou desarrazoadas.

Para além dessas pretensões, a decisão se encarrega de deixar evidente a quem cabe determinar o que um indivíduo pode esperar da sociedade: “Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade”. A própria decisão sinaliza os motivos, ao indicar caber ao legislador o dever de atender também a outros interesses da coletividade, considerando as exigências da harmonização econômica geral.

No entanto, não descarta de que essas orientações devem ser observadas por todos os órgãos estatais competentes, embora primariamente pelo legislador.

Ademais, evidencia uma série de parâmetros que devem ser observados, destacando-se os seguintes: a) a liberdade pessoal não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo; b) não se deve conferir pretensões subjetivas ilimitadas à custa da coletividade, por incompatível com a ideia do Estado social; c) o indivíduo deve tolerar os limites à sua liberdade de ação prescritos para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, desde que permaneça protegida a sua individualidade; d) não se pode beneficiar apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, por afronta ao mandamento de justiça social, concretizado no princípio da igualdade; e) a tensão indivíduo-coletividade deve ser decidida pela aceitação de dependência da e vinculação com a coletividade da pessoa.

Verifica-se, portanto, que a decisão, ao recorrer à reserva do possível, elucida uma concepção geral do conceito (aquilo que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade), para, logo em seguida, preenchê-la substancialmente, segundo uma concepção material da sociedade e do Estado alemães.

3.2. Concepção da doutrina brasileira: a reserva do financeiramente possível

Acima, elucidou-se que, de acordo com a concepção original do Tribunal Constitucional Alemão, a reserva do possível consiste naquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da

sociedade. Ou seja, procura impedir exigências acima de um certo limite básico social.

No entanto, de forma diversa o conceito é referido no Brasil, a partir do qual se seguem diferentes concepções acerca da possibilidade de controle judicial dos direitos sociais.

Em geral, associa-se a reserva do possível com a sujeição do implemento dos direitos sociais à condição de disponibilidade de recursos orçamentários (KRELL, 2002, p. 52). Portanto, aqui, a teoria parece ser aplicada apenas como uma “teoria da reserva do *financeiramente* possível” (MÂNICA, 2007, p. 181).

Mafra LEAL (1998, p. 108/117) afirma que políticas públicas só podem ser implementadas através da atuação judicial no caso de não implicarem despesas orçamentárias, como ocorre, por exemplo, em relação às políticas de ação afirmativa.

Vieira de ANDRADE (1987 Apud LEAL, 1998, p. 116) adota a concepção de que os direitos sociais são imediatamente aplicáveis somente quando veiculados como direitos de defesa, ou seja, apenas em relação aos seus efeitos negativos. Para o autor, a alocação de recursos públicos para o atendimento de programas que concretizem direitos sociais exige representatividade política.

Gustavo AMARAL (2001, p. 106/130) defende que os direitos fundamentais são direitos a que não correspondem deveres correlatos, pois tal equivalência direito-dever decorre de postulados do direito civil, fundado numa lógica de autovinculação, inaplicável aos direitos em questão. Acredita que mesmo o critério de ponderação seria insuficiente no caso de conflito por pretensões positivas, nos quais se está a decidir pela aplicação de recursos escassos de forma a atender alguns indivíduos em detrimento de outros. Assim, conclui que ao Judiciário cabe apenas o controle do discurso e das condutas adotadas pelo Executivo e Legislativo.

Em que pese fazer referência ao sentido original da reserva do possível, a posição de KRELL (2002, p. 52) acaba por se situar no outro extremo dentre os espectros de posições acerca do controle judicial das políticas públicas, quando em comparação aos citados juristas. A sua resposta ao questionamento de Amaral, referente

à escolha disjuntiva entre ter que tratar os milhares de doentes da pobreza ou alguns poucos com doenças raras, seria tratar a todos. Segundo defende, se os recursos não são suficientes, dever-se-ia retirar de outras áreas que são menos essenciais (que a vida, a saúde e a integridade em questão).

Afirma que um relativismo nessa área poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas, como o questionamento do dever de se gastar dinheiro com doentes terminais ou incuráveis, sob a justificativa de configurar recurso desperdiçado.

BIGOLIN (2004, p. 49/70) também analisou a questão levantada por Amaral. Afirma que mesmo em se tratando de escolhas disjuntivas, a escassez não inibe a intervenção judicial. Considera que a situação de ameaça à vida dos interessados integra o parâmetro existencial mínimo, permitindo a tutela imediata do juiz, que poderá reconhecer que o critério adotado pela Administração pode ser topicamente superado.

Outro autor com posicionamento ligado ao mínimo existencial é CLÈVE (2009, p. 160).

Assim como Krell, também afirma que, como a reserva do possível foi concebida na experiência constitucional alemã, não pode ser transposta automaticamente à realidade brasileira.

Acredita que, aqui, não se trata, ainda, de obter o máximo possível, mas de garantir o mínimo. Nesse particular, a reserva do possível não deveria configurar um obstáculo a esse mínimo, ainda que imponha uma cláusula de prudência e de responsabilidade à atividade judicial.

Adere, dessa forma, a um padrão mínimo de segurança material a ser garantido por meio dos direitos fundamentais, já que o Estado não pode ser compelido a assegurar um padrão “ótimo” de bem-estar social, frente à escassez material.

Clève faz referência a uma interessante metáfora, que relaciona o orçamento a um cobertor curto: “o orçamento é um cobertor insuficiente para cobrir todas as partes do corpo” (CLÈVE, 2009, p.158). A metáfora revela a impossibilidade de se “cobrir” todos os gastos necessários aos direitos sociais, mas, ao mesmo tempo,

demonstra a necessidade de se acobertar o mais essencial. De qualquer forma, ressalta a importância de se manejar os recursos da melhor forma possível, ou seja, em atendimento prioritário ao essencial.

Sob esse prisma, a indisponibilidade seria uma falácia, já que significa apenas a disponibilidade para outra coisa não tão essencial. A resolução da questão trata, portanto, de se colocar as prioridades de acordo com o que é verdadeiramente essencial.

Mas, o problema permanece em se saber se o Judiciário é competente e legitimado, e em que medida, para influenciar essa tarefa de determinação de prioridades.

COSTA (2005, p. 50) acredita na necessidade de dois parâmetros que devem ser observados na atividade judicial perante os direitos sociais: a garantia de um “padrão mínimo social” aos cidadãos e o razoável impacto da decisão sobre os orçamentos públicos. Quanto ao impacto no orçamento público, a razoabilidade deve ser efetivamente demonstrada à luz do caso concreto, podendo ser adotadas saídas criativas, como a fixação de prazos flexíveis e compatíveis com o processo de elaboração orçamentária.

No entanto, SARLET (2001, p. 324) elucida que mesmo em relação ao mínimo existencial pode o Estado não possuir os recursos necessários ao seu atendimento, inclusive sendo capaz de provar essa situação. Prossegue, portanto, a existência do problema da escassez material.

Dada a característica de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais⁸, conferida constitucionalmente, BARCELLOS (In BARROSO, 1996, p. 111) defende que os direitos fundamentais sociais só podem ter o seu cumprimento negado diante de uma impossibilidade material evidente e comprovável.

Todavia, entendida e aplicada com base unicamente em considerações acerca da disponibilidade de recursos materiais, a reserva do possível implica, necessariamente, numa escolha de prioridades de alocação de tais recursos, o que não configura tarefa precípua do Judiciário.

⁸ Cf. art. 5º, §1º, da Constituição Federal: “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A respeito da realocação de recursos orçamentários que o Estado pode ser obrigado a realizar em razão de decisões que determinam o atendimento imediato a uma prestação, são necessárias algumas considerações.

O nosso ordenamento jurídico possui regras orçamentárias constitucionais que vedam o início de programas não incluídos na lei orçamentária anual, a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários e o remanejamento de recursos de uma categoria de programação para outra sem prévia autorização legislativa (art. 167 da Constituição)⁹.

A partir dessas regras, pode-se rebater o argumento utilizado na defesa do protagonismo judicial que postula a possibilidade de atendimento a determinadas prestações diante da existência de recursos destinados a atender outras áreas menos essenciais¹⁰. Como visto, o remanejamento de recursos orçamentários sem prévia autorização legislativa é expressamente vedado pela Constituição.

Do mesmo modo, é constitucionalmente vedado o início de novos programas, o que milita contra eventual decisão judicial que determine a realização de obras ou o atendimento de uma prestação que necessite do desenvolvimento de uma política pública, bem como o gasto ou a assunção de obrigação diante da ausência de créditos orçamentários, o que aponta pela impossibilidade de determinações judiciais de cumprimento imediato a uma prestação sem que seja certificada a existência de disponibilidade orçamentária.

⁹ “Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;
II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

(...)

VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;”

¹⁰ Argumento utilizado por KRELL (2002, p. 52), ao afirmar que, se os recursos forem insuficientes, devem ser buscados em outras áreas, como transporte, fomento econômico e serviço de dívida, não intimamente ligadas aos direitos mais essenciais do homem: vida, integridade física e saúde.

Todavia, não é essa a prática observada na jurisprudência brasileira, que costuma determinar a realização de determinada prestação sem qualquer preocupação com a disponibilidade orçamentária e mesmo diante da ausência de uma política pública que possa atender à prestação demandada.

SCAFF (In SARLET, 2010, p. 133/153) demonstra que a questão da possibilidade de se limitar a efetividade de uma decisão judicial por falta da indicação da fonte de receita foi objeto de muito debate pela doutrina e pela jurisprudência italiana, diante da existência de norma semelhante à nossa na Constituição italiana. A posição prevalente foi a de que a necessidade de determinação da fonte de recursos é uma obrigação aplicável somente ao Legislativo, não ao Judiciário.

No entanto, escapa ao autor que, aqui, a questão sequer parece ter sido levantada. Não se pode concluir que eventual debate levaria à mesma conclusão que se chegou na Itália, a não ser diante da descrença de que a doutrina e a jurisprudência pátrias sejam capazes de produzir um entendimento próprio, baseado na nossa realidade sócio-jurídica, ao invés de importar de forma acrítica posição estrangeira.

Conforme apontado, a Constituição brasileira prevê mais do que a simples indicação da fonte dos recursos que sustentarão o gasto público. Ainda que se entenda não precise o Judiciário indicar a fonte dos recursos necessários para custear a prestação concedida, não se pode tão facilmente admitir que force ao Estado a cumprir tal decisão de forma inconstitucional. É exatamente o que ocorre diante de uma decisão que, por exemplo, ignore a necessidade de desenvolvimento de um novo programa ou de remanejamento de recursos para o seu cumprimento.

Essas normas não impossibilitam a eficácia jurídica dos direitos prestacionais, apenas apontam para a necessidade de que os magistrados determinem medidas que sejam com elas compatíveis, seja no curso do processo (certificando-se da existência de recursos orçamentários disponíveis e de programas que possam sustentar a prestação demandada), seja na elaboração de sua decisão (determinação de cumprimento no exercício financeiro seguinte ou, ao menos, a

concessão de um prazo razoável para que o Estado possa se adaptar à exigência).

Ademais, ainda que se possa chegar a conclusões diferentes a essa, bem como até se adotar entendimento idêntico ao que Scaff apontou como a posição italiana, não se deve simplesmente ignorar a existência dessas regras, mas enfrentá-las, elucidando um posicionamento a respeito¹¹.

Outro aspecto relevante que não pode ser relegado é o fato de os direitos fundamentais de primeira geração também apresentarem custos elevados ao Estado.

HOLMES e SUNSTEIN (1999) procuram desfazer a distinção extremada entre direitos positivos e negativos e demonstrar os custos dos chamados “direitos de primeira geração”. Afirmam que todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para a sua implementação. Gastos públicos com polícia e bombeiros são necessários para proteção da vida e da propriedade, por exemplo. Para eles, nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados pode ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às conseqüências orçamentárias.

Assim, nesse aspecto, a diferença entre os direitos de defesa e os prestacionais pode ser de grau, não de natureza (KRELL, 2002, p. 47/48). Os direitos sociais podem até demandar maiores recursos, mas os direitos individuais e políticos também possuem gastos, apesar de já se estar acostumado com eles, ao ponto de não serem facilmente percebidos.

Dando suporte a esse argumento, não se pode perder de vista que inúmeras decisões não referentes diretamente aos direitos sociais trazem um grande gasto como reflexo. Como exemplo, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar determinado tributo inconstitucional pode

¹¹ Curiosamente, Scaff aponta que o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade de algumas leis estaduais que criaram ou estenderam alguns benefícios previdenciários sem a indicação da correspondente fonte de custeio, enquanto nos casos em que ele próprio determina a concessão de um direito social não há qualquer preocupação com a fonte de custeio.

acarretar grande perda da arrecadação, interferindo significativamente no orçamento da União. Algumas vezes, inclusive em favor de setores socialmente mais fortes. Tal fato demonstra como o Judiciário pode interferir no orçamento, o que desmente a impossibilidade de atuação no controle da omissão estatal com base no argumento de interferência orçamentária. No caso dos direitos fundamentais sociais, a limitação orçamentária de fato revela um limite às prestações possíveis, mas não as impossibilita.

Todavia, lembra-se que não se pode associar a reserva do possível exclusivamente com a disponibilidade de recursos orçamentários para atendimento de determinado direito.

Álvaro Ricardo de Souza CRUZ (2007, p. 370) elucida que grande parte da doutrina brasileira fecha os olhos à conexão da economia com o Direito, o que tem levado ao despreparo dos profissionais para lidar com a escassez de bens. O autor deixa claro que esses bens não podem ser entendidos como sinônimos de recursos financeiros ou orçamentários, ligando-se, também, a noções de “mão-de-obra qualificada, de tecnologia, de recursos naturais, de energia, de matéria-prima, de leitos de hospital, vagas para o ensino, desde o infantil até o universitário, de órgãos para transplantes, fertilidade dos solos etc”.

E justamente essa conexão revela que a questão da concretização dos direitos sociais é um problema de justiça distributiva¹².

Trata-se, no fundo, de se estabelecer regras de apropriação individual de recursos comuns, garantindo-se uma alocação equânime dos resultados do esforço coletivo de produção de riqueza (FREITAS FILHO e CASAGRANDE In LAGO, 2008, p. 425/448).

Assim, à luz dos parâmetros originais em que enunciada a reserva do possível pelo Tribunal Constitucional alemão (aquilo que o indivíduo racionalmente possa exigir da sociedade), não se

¹² Considera-se justiça distributiva a articulação dos interesses particulares para que uma forma de produção de vida com liberdade seja possível, tendo por objeto próprio o bem comum. Diz respeito, portanto, à alocação ou apropriação individual de recursos comuns. (LOPES, 2006, p. 125).

vislumbra como se possa considerar racional que uma sociedade que tem a igualdade como um dos seus ideais (Art. 5º da Constituição)¹³ e a promoção do bem de todos como um de seus objetivos (Art. 3º, inciso IV, da Constituição)¹⁴ confie a um indivíduo a obtenção de uma prestação social em detrimento dos demais indivíduos.

Tal pretensão não atenderia à razoabilidade, já que, em último caso, não teria como ser estendida a todos os outros indivíduos que se encontrem na mesma situação sem prejudicar outras pretensões de igual patamar.

Assim, no campo dos direitos sociais, considerando que esses configuram direitos sobre coisas comuns e que dependem de recursos escassos para a sua concretização, não há como se ignorar a existência de um terreno exclusivo da atuação política, ou seja, esfera em que a atuação judicial não deve incidir.

Portanto, em primeiro lugar, não se deve perder de vista que a ausência de recursos materiais constitui uma barreira fática à efetividade dos direitos sociais, esteja a aplicação dos recursos na competência do legislador, do administrador ou do juiz (BIGOLIN, 2004, p. 65).

E, mesmo que o Estado disponha da capacidade e dos recursos necessários, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável (SARLET, 2001, p. 265).

Por fim, cumpre importante papel o chamado princípio da proibição de retrocesso (Cf. CRUZ, 2007, p. 374/375), que aponta a necessidade de que se atente a discursos estratégicos de esvaziamento dos direitos sociais conquistados, evitando-se retrocessos sociais. Embora o manejo desse princípio não seja suficiente para propiciar a concretização dos direitos sociais, não há dúvida de que constitui ferramenta indispensável para assegurar uma proteção de tais direitos contra a sua supressão e erosão pelos poderes constituídos,

¹³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”

¹⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

o que é igualmente relevante para o desenvolvimento de um direito constitucional inclusivo, solidário e altruísta (SARLET, 2008, p. 36/37).

Acredita-se que uma concepção baseada em tais parâmetros guarda sintonia com a concretização dos valores supremos objetivados pela sociedade brasileira ao instituir o Estado Democrático inaugurado pela Carta de 88¹⁵.

Também se entende ser essa a chave para a superação do suposto paradoxo existente no questionamento quanto à interpretação de um direito social como um direito individual ou coletivo: se entendido como um direito individual, atua como um poder egoísta que desconsidera a possibilidade de exercício do mesmo direito pelos demais membros da sociedade; se concebido como um direito coletivo, torna-se difícil visualizar a sua exigibilidade por um indivíduo¹⁶.

Supera-se a oposição pessoa/sociedade, típica da teoria liberal-burguesa dos direitos do homem, por se estabelecer uma interdependência entre pessoa e sociedade, entre auto-realização e bem comum, tornando a igualdade um elemento constitutivo do direito subjetivo (Cf. BARZOTTO, 2005, p. 239/280).

¹⁵ Cf. o Preâmbulo da Constituição de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

¹⁶ SARLET (2010, p. 13-50) defende que não se pode agasalhar a tese de que os direitos sociais são direitos coletivos que, por essa razão, não podem ser objeto de postulação individualizada em Juízo. Por outro lado, SCAFF (In SARLET, 2010, p. 133/153) afirma que um direito social não pode ser aplicado de forma a gerar benefícios apenas a um indivíduo ou grupo de indivíduos, não devendo ser tratado como um direito que possa ser usufruído de forma individual e até mesmo coletiva, em desrespeito ao conjunto dos cidadãos que dele necessitam.

3.3. Aplicação do conceito pela jurisprudência brasileira: a reserva do impossível

Vista de uma forma geral, a reserva do possível, em sua concepção original, indica que, em razão da escassez de recursos e da infinidade de possíveis pretensões, não há como se compelir o Estado a atender a todas as prestações que se pode relacionar aos direitos sociais, configurando uma aplicação dirigida ao Estado da máxima jurídica “*nemo tenetur ad impossibilia*”¹⁷.

Reforça, portanto, o argumento de não ingerência judicial no campo político de elaboração e execução orçamentária, segundo as escolhas consubstanciadas nas políticas públicas.

O curioso é que a referência à reserva do possível pela jurisprudência brasileira costuma ser em sentido inverso, para possibilitar a determinação ao Estado de fornecimento de uma prestação em respeito a um direito social.

WANG (In SARLET, 2010, p. 349/371), ao analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do direito à saúde, apontou que diversas decisões proferidas antes do ano de 2007 tratavam as questões dos custos dos direitos e da reserva do possível como problemas de menor importância ou como de interesse secundário do Estado, diante do direito fundamental à saúde. Defende que essa ponderação abstrata entre direito à saúde e questões financeiras representa uma dicotomia falsa entre eles, já que a relação é, na realidade, de dependência do direito aos recursos financeiros. Após 2007, entende ter havido maior preocupação com a análise do caso concreto e com reflexões sobre as conseqüências econômicas das decisões, embora ainda não se possa concluir por uma uniformidade de tratamento das questões, bem como ainda haja decisões que expressam o antigo entendimento.

No entanto, recorre-se à reserva do possível, sem grandes divergências quanto à sua conceituação teórica, mas muitas vezes se considera possível o atendimento à prestação demandada sem que essa

¹⁷ “Ninguém é obrigado a fazer coisas impossíveis”.

possibilidade tenha restado comprovada nos autos, sob o fundamento de que a reserva do possível não deve se sobrepor ao direito em questão ou de que é ônus do Estado comprovar a ausência de recursos¹⁸.

Assim, passa-se a impressão de que a situação normal é a possibilidade de atendimento à prestação demandada em face do Estado, sendo a exceção a impossibilidade. Sob essa forma de aplicação, a denominação correta do instituto deveria ser “reserva do impossível”, pois entende que o Estado deve fornecer toda prestação associada a um direito social, reservado aquilo que comprovadamente demonstrar ser impossível.

Já no sentido original, de “reserva do possível”, o Estado não deve fornecer uma prestação, salvo aquela que lhe for possível. Ressalva-se o possível diante da impossibilidade, não o contrário.

Embora ambos comportem o significado de que o Estado não possa ser obrigado ao impossível, representam duas perspectivas distintas, que fazem diferença ao menos em dois aspectos:

- ônus probatório: é o Estado quem deve comprovar a impossibilidade de atendimento à prestação, sem a qual deve ser obrigado judicialmente a atender a prestação demandada? Ou é o demandante quem deve caracterizar a possibilidade, ainda que seja através da solicitação de uma prova técnica ou de determinação judicial para que o Estado forneça alguma prova sob seu domínio¹⁹?

¹⁸ Não é difícil encontrar decisões judiciais que adotam uma dessas posturas, o que pode ser constatado com breve pesquisa através da ferramenta de busca “Jurisprudência Unificada”, disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 11/03/2011. A título de exemplo, podem-se citar os seguintes julgados:

- STF, RE-AgR 410715, **Relator:** Celso de Mello, **Órgão julgador:** Segunda Turma, **Fonte:** DJ 03.02.2006;
- STJ, RESP 200301540807, **Relator:** João Otávio de Noronha, **Órgão julgador:** Segunda Turma, **Fonte:** DJE 06.11.2008;
- STJ, RESP 200200699966, **Relator:** Herman Benjamin, **Órgão julgador:** Segunda Turma, **Fonte:** DJE 24.09.2010;
- STJ, RESP 200600123528, **Relator:** Luiz Fux, **Órgão julgador:** Primeira Turma, **Fonte:** DJ 04.06.2007.

¹⁹ É assim que se procede em casos de mandado de segurança, por previsão do §

- a definição das situações de normalidade e de exceção tem impacto no convencimento do juiz.

A respeito de tais pontos, entende-se que a concepção correta da reserva do possível exige que não somente as partes, mas o próprio julgador deva velar pela caracterização da possibilidade de atendimento ou não da prestação, adotando todas as medidas processuais possíveis, ainda que por iniciativa própria. Afinal, o fator contrário à pretensão não é verdadeiramente o interesse de uma parte do processo, no caso o Estado, mas o conjunto de direitos fundamentais, portanto, indisponíveis, de todos aqueles que concorrem pelos mesmos recursos.

Diante da não comprovação da possibilidade de atendimento, não há como se obrigar o Estado, da mesma forma que não se obrigaria judicialmente alguém a fazer algo sem a certeza de que fosse possível o cumprimento.

Portanto, a configuração da possibilidade de atendimento do Estado a uma determinada prestação precisa ser uma preocupação do próprio magistrado, que deve se atentar às conseqüências da sua decisão.

Ainda que se entenda não deva o juiz pautar sua decisão pela busca da medida que trará o maior bem-estar comum (argumento de política), isso não impede que considere a conseqüências dela advindas, em termos de respeito aos direitos concorrentes. Ou seja, não resta impossibilitado o apelo à escassez de recurso como razão para restringir um direito abstrato, desde que a decisão se pautar pela consideração dos direitos concorrentes daqueles cuja justa parte do recurso será ameaçada no caso de concessão do direito (Cf. DWORKIN, 2007, p. 156).

1º do art. 6º da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009:

“§ 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.”

4. Considerações Finais

É certo que a reserva do possível entendida como aquilo que se possa racionalmente exigir da sociedade traz uma série de questionamentos e possíveis problemas acerca da sua aplicação, especificamente por constituir uma expressão semanticamente aberta.

Não se pretendeu no presente artigo afirmar que o conceito da reserva do possível deva ser aplicado com o mesmo conteúdo em que previsto originalmente na Alemanha. Antes, ao contrário, procurou-se demonstrar que é um conceito cujo conteúdo, desde o início, surgiu atrelado à realidade social do ambiente histórico-espacial em que deva ser aplicado.

No entanto, ao se atentar para a importação do conceito da reserva do possível de forma acrítica e sem respeito a uma metodologia de estudo de direito comparado, pretende-se atacar o mito da não ingerência judicial no orçamento, sustentado por outro mito, o da reserva do possível entendida unicamente em termos econômicos ou financeiros, com suporte em suposta ausência de recursos para atendimento a uma prestação integrante de um direito social.

Daí a importância de se considerar o sentido original da reserva do possível, enquanto aquilo que o indivíduo, de maneira racional, possa esperar da sociedade, garantindo-se um limite básico social, sem que ao juiz seja conferida a tarefa de escolha de prioridades de alocação dos recursos à disposição do Estado, o que só pode ser feito com base em argumentos de política.

A abordagem da questão exclusivamente em termos de limites de recursos é inoperante, já que estes são relativos, moveáveis, indefiníveis. Se há limites, eles só podem ser societários ou culturais. O verdadeiro objeto de interrogação deve ser a própria sociedade, mais especificamente, a forma como o Estado compõe e decompõe o social, como ele organiza as relações entre os indivíduos (Cf. ROSANVALLON, 1997, p. 17).

São os valores entendidos por uma sociedade como fundamentais que qualificam uma escolha como trágica. Portanto, são através dos valores que são abandonados e daqueles que são

preservados a altos custos é que se conhece o caráter de uma sociedade (CALABRESI e BOBBIT, 1978, p. 17).

Entende-se ser justamente com esse viés voltado à sociedade que deva ser tratado o problema do limite material à efetivação dos direitos sociais. O preenchimento substancial do que se possa esperar da sociedade, do que se deve entender por razoável, depende de uma concepção de Estado e de sociedade.

Logicamente, nos termos evidenciados anteriormente, pode-se considerar a existência de um limite financeiro às pretensões sociais, mas que é dado pela conformação social de determinada comunidade.

Nesse sentido, não parece haver um limite natural de gastos que o Estado possa realizar, mas sim um limite decorrente do acordo que a sociedade realizou para saber até onde suportar estes gastos.

O tratamento que o Judiciário confere à questão é importante nessa definição, já que, segundo se sustentou em momento anterior, a concepção do ordenamento jurídico brasileiro acerca dos direitos fundamentais submete todas as leis e ações, seja de entes públicos ou privados, à conformação constitucional, o que pode ser discutido em qualquer tipo de litígio, cabendo ao Poder Judiciário a palavra final em relação à constitucionalidade do ato (ressalvada a possibilidade de alteração constitucional através do poder derivado).

Portanto, o Judiciário tem o poder de conformar a atuação dos demais Poderes, valendo-se da ponderação de valores constitucionais à luz do princípio da proporcionalidade para o deslinde das questões de colisão entre direitos fundamentais, embora não possa (de uma maneira plena) e não deva desrespeitar o papel da atuação política na definição do que pode o indivíduo esperar da sociedade, principalmente diante de um regime democrático de governo.

Daí a importância de que, diante de casos concernentes a direitos sociais, o juiz volte o seu olhar à sociedade, ainda que esteja se baseando primariamente na efetivação de direitos e não na busca do bem-estar comum.

A questão não é puramente matemática (quanto de recurso existe para distribuir), mas sociológica, política, ideológica, moral (saber que tipo de sociedade e de Estado temos e queremos ter).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: Malheiros, 2008.

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

AXEL TSCHENTSCHER, LL.M. **Comparative Constitutional Law**. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/law/icl/comacons.html>>. Acesso em: 10/09/2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 237.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARZOTTO, L. F. Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos - Da dogmática jurídica à ética. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**, Porto Alegre, v. I, n. I, p. 239-280, 2005.

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. **Revista do Ministério Público / Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, n.53, p.49-70, maio/set. 2004, p. 65 e ss.

BREMS, Eva (Ed.). **CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS**, Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1154528>>. Acesso em: 15.10.2009.

BUCCI, M. P. D.. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALABRESI, Guido e BOBBIT, Philip. **Tragic choices**. New York: Babbitt, W.W. Norton and Co., 1978.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_constitucional.htm>. Acesso em: 08/10/2009.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. A função realizadora do poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Revista CEJ**. Brasília, vol. 9, n. 28, p. 40-53, jan.-mar. 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate**: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GARDBAUN, Stephen. **The ‘Horizontal Effect’ of Constitutional Rights**. Michigan Law Review, Vol. 102, pp. 388-459, 2003; UCLA School of Law Research Paper No. 03-14. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=437440>>or~~doi~~doi:10.2139/ssrn.437440>. Acesso em: 15/10/2009.

_____. **Limiting Constitutional Rights**. UCLA Law Review, Vol. 54, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=971024>. Acesso em: 15/10/2009.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R.. **The cost of rights**. New York: W. W. Norton & Co., 1999.

KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.

LAGO, Gustavo Ponce de Leon (Org.). **Constituição de 1988**: o Brasil 20 anos depois. O Exercício da Política - Volume II. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro, 2008.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-STIFTUNG, 2005. Disponível em: <http://www.kas.de/db_files/dokumente/7_dokument_dok_pdf_7738_4.pdf>. Acesso em: 09/03/2011.

PALMER, Matthew S.R. **The Languages of Constitutional Dialogue**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012892>. Acesso em: 10/09/2009.

RAMOS, Elisa Maria Rudge. **Evolução histórica os direitos sociais**. <Disponível em: <http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 10/09/2009.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiânia: Ed. UnB/UFG, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, Número 15, setembro/outubro/novembro 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

VERGOTTINI, Giuseppe. **Derecho Constitucional Comparado**. Trad. Cláudia Herrera. México: Unam, 2004, p. 1 et seq (introducción).

Recebido em 01/12/2010 - Aprovado em 15/03/2011