

Direitos fundamentais sociais e a cláusula da reserva do possível: limites à atuação estatal

Marcio Pereira de Andrade

Advogado da União. Especialista em Direito Constitucional pelo IDP.

Palavras-chave: Direitos sociais fundamentais. Reserva do possível. Limites do poder público.

Sumário: Introdução – 1 Direitos fundamentais sociais – 1.1 Conceito – 1.2 A efetividade das normas constitucionais – 1.3 Direitos fundamentais sociais como regras e princípios – 1.4 Direitos fundamentais sociais e princípio da proporcionalidade – 2 Cláusula da reserva do possível – 2.1 Introdução – 2.2 Políticas públicas e orçamento: breve noção – 2.3 Natureza jurídica da cláusula da reserva do possível – 2.3 Natureza jurídica da cláusula da reserva do possível – 2.4 Origem da cláusula do reserva do possível – 2.5 A reserva do possível no Judiciário brasileiro – 2.6 O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial – Conclusão – Referências

Introdução

O texto constitucional impõe ao poder público uma grande tarefa, a efetivação dos direitos sociais fundamentais, que via de regra se concretiza com o dispêndio de elevadas somas de recursos públicos, mas até que ponto esses direitos são exigíveis? Poderia o Estado se esquivar de seus deveres a pretexto da escassez de recursos? Quais os limites da ação estatal e do incremento das políticas públicas?

A efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil sempre foi tema polêmico, diante, de um lado, de um país em desenvolvimento cujo orçamento público é limitado, e de outro, de um país cujas mazelas sociais parecem inesgotáveis.

Diante desse quadro, cabe analisar os postulados Constitucionais máximos que orientam o Estado Democrático de Direito diante da efetividade dos direitos sociais fundamentais e os limites da ação governamental.

O presente artigo procura, assim, desenvolver uma reflexão teórica a respeito efetividade dos direitos sociais fundamentais, a cláusula da

reserva do possível e a limitação da atuação do poder público diante da escassez de recursos.

1 Direitos fundamentais sociais

1.1 Conceito

Discorrer sobre o conceito de direitos fundamentais sociais não é tarefa tão simples, diante do quadro de proposições existentes na doutrina. Numa definição genérica, Robert Alexy¹ define os direitos fundamentais sociais como:

Os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais fundamentais) são direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que — se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente — poderia obter também de particulares.

Esse conceito, contudo, não é suficiente para identificar os direitos sociais fundamentais na Constituição Brasileira. Assim, a doutrina ainda costuma distinguir um conceito formal e um conceito material.

Ensina Ana Carolina L. Olsen² que os direitos fundamentais sociais em sentido formal são “todos aqueles previstos no Capítulo II do Título II, expressamente chamados ‘Direitos Sociais’, e pertencentes ao catálogo dos ‘Direitos e Garantias Fundamentais’”. Entretanto, enfatiza que não são os únicos, pois se deve levar em conta a concepção material de direitos fundamentais.

Em concepção material Paulo Bonavides³ é quem melhor sintetiza os direitos sociais fundamentais ao afirmar que “não há diferença de valor entre direitos sociais e os direitos individuais, pois ambos estão conectados a um valor maior: a dignidade da pessoa humana”.

A dignidade da pessoa humana, portanto, é o critério que identifica a fundamentalidade de um direito social. Contudo, como bem conclui Ana Carolina L. Olsen:⁴

¹ *Apud* COELHO, Helena B. C. M. Direitos fundamentais sociais: reserva do possível e controle jurisdicional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado/Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 30, n. 63, p. 124, jan./jun. 2006.

² OLSEN, Ana Carolina L. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente a reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 38.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 562.

⁴ OLSEN, A. C. L. *Op. cit.*, p. 45.

ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana não seja o único critério material de valor significativo para a elaboração de um conceito material de direitos fundamentais sociais, e para identificação daqueles direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, sua relevância se impõe a ponto de tornar possível sua assunção como critério material basilar.

A seguir tratar-se-á do tema sobre a efetividade das normas constitucionais, por ser correlato e inerente à abordagem dos direitos fundamentais sociais.

1.2 A efetividade das normas constitucionais

Tendo-se em vista que os direitos fundamentais estão previstos primordialmente em normas constitucionais ou em tratados internacionais, é imperioso abordar o tema da efetividade das normas constitucionais, antes de adentrar o tema do trabalho propriamente dito.

A doutrina classicamente distinguiu a efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais individuais — direitos de defesa —, dos direitos sociais — direitos a prestação em sentido estrito. Assim, os direitos individuais — direitos de defesa — são entendidos como aqueles do qual não se exige uma atuação do Estado; ao contrário, exige-se sua não interferência na autonomia privada, enquanto que os direitos fundamentais sociais — direitos a prestação em sentido estrito — exigem uma atuação do Estado voltada para a materialização desses direitos.

Com base nessa premissa, diferenciou-se também a efetividade das normas que definem esses direitos: os primeiros, como exigem apenas uma abstenção do Estado, seriam autoaplicáveis; os segundos, como exigem uma intervenção positiva e direta do Estado, sua aplicabilidade dependeria de integração legislativa e ainda estariam sujeitos à discricionariedade do administrador.^{5 6}

Nesse sentido, nas palavras de Paulo Bonavides:⁷

⁵ 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 e Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-187, jul./set. 2007.

⁶ Essa diferenciação de certa forma encontra-se superada tendo em vista a publicação de diversos estudos a cerca dos custos dos direitos fundamentais de defesa, como em *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, de Stephen Holmes e Cass Sunstein.

⁷ BONAVIDES, P. *Op. cit.*, p. 564.

Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna — separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal — se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social.

No constitucionalismo contemporâneo, do qual Paulo Bonavides é expoente, deve ser destacado o grande avanço que se deu com a doutrina da efetividade das normas constitucionais. Tal doutrina veio a pregar que as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, são dotadas do atributo da imperatividade. Assim a normas constitucionais contém comandos que devem ser cumpridos. O descumprimento de uma norma constitucional, quer seja por ação, quer seja por omissão, deve ser tutelado visando à restauração da ordem jurídica, tudo com vistas a dar efetividade às normas constitucionais.⁸

A discussão sobre a efetividade das normas constitucionais, por certo, não pode passar ao largo da distinção entre princípios e regras, o que se faz no próximo item.

1.3 Direitos fundamentais sociais como regras e princípios

Antes de adentrarmos ao tema do trabalho propriamente dito, faz-se necessário investigar a natureza das normas que veiculam os direitos fundamentais sociais, dentro da já clássica distinção feita pela doutrina que diferencia dois tipos de normas: regras e princípios.

Uma primeira concepção acerca de princípio é trazida por Paulo Bonavides,⁹ seguindo os ensinamentos de F. de Castro, “os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”.

Conforme mostra Ana Carolina L. Olsen,¹⁰ Ronald Dworkin pode ser apontado como um dos primeiros autores a fazer tal distinção, veja:

⁸ BARROSO, Luís R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano IX, n. 46, p. 31-61, 2007.

⁹ BONAVIDES, P. *Op. cit.*, p. 256.

¹⁰ OLSEN, A. C. L. *Op. cit.*, p. 64.

Segundo Dworkin, a diferença que se estabelece entre regras e princípios seriam de natureza lógica, sendo que ‘as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada’, cabendo sobre elas tão somente um juízo de validade, de modo que, se válidas, deverão ser aplicadas ao caso concreto; se inválidas, não poderão ser utilizadas no processo decisório. Já os princípios atuam como razões que poderão levar a uma determinada decisão, e são aplicados segundo uma dimensão de peso ou importância, de modo que podem influenciar na decisão em maior ou menor grau. Interessante observar que Dworkin, em crítica aberta ao positivismo jurídico, já defendia que não só as regras, mas também os princípios eram obrigatórios e vinculavam o juiz.

A distinção entre regras e princípios também foi reconhecida por Robert Alexy,¹¹ o qual expõe que a diferença básica entre princípios e regras é o grau de generalidade: enquanto os princípios são normas do mais alto grau de abstração, as regras têm uma graduação menor.

J.J. Gomes Canotilho,¹² por sua vez, recepcionou a teoria desenvolvida por Alexy, também reconhecendo que o melhor critério de distinção entre regras e princípios é o critério qualitativo. Para ele, “os princípios são normas jurídicas impositivas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos. Já as regras correspondem a imperativos de conduta que não aceitam graus de efetividade — ou são cumpridas ou são violadas, de modo que sua convivência no sistema jurídico é antinômica”.

Com normas de otimização, quer-se dizer, segundo Canotilho,¹³ o balanceamento na aplicação dos princípios para a realização de algo da melhor forma possível. Aplica-se um princípio no lugar do outro, devido a sua relevância, sem anular o excluído. Afinal, a anulação geraria uma antinomia, característica própria de regras.

Canotilho¹⁴ afirma, também, que os princípios têm as funções de fazer o sistema jurídico respirar, legitimar, enraizar e caminhar. A respiração tem vez no caráter generalista dos princípios. A legitimidade perfaz-se na consagração de valores fundamentadores da ordem jurídica. O enraizamento refere-se ao caráter sociológico dos princípios, que se perfazem por meios processuais adequados. O caminho significa o desenvolvimento constitucional principiológico.

¹¹ *Apud* BONAVIDES, P. *Op. cit.*, p. 277.

¹² *Apud* OLSEN, A. C. L. *Op. cit.*, p. 65.

¹³ *Apud* BONAVIDES, P. *Op. cit.*, p. 278.

¹⁴ *Idem*, p. 278.

Para Gilmar Ferreira Mendes *et al.*,¹⁵ os princípios servem, além de norte para a produção normativa, como prevenção para o conflito de normas. Isto é, as normas, enquanto regras, são aplicadas umas em lugar das outras, gerando antinomia. Tal conflito é suprimido por critérios cronológico, hierárquico e da especialidade.

Mas, para estes autores, o que realmente diferencia tais tipos normativos é a relação fixidez/generalidade. Enquanto as regras possuem *hipóteses de incidência fixas e consequência jurídicas determinadas — umas e outras reciprocamente excludentes* —,¹⁶ os princípios têm um alto grau de generalidade, orientando a interpretação e a produção normativas.

A diferenciação entre regras e princípios está longe ser pacífica; não obstante isso, certo é que os princípios possuem duas características: servem de norte para a produção normativa e impõem certa conduta, seja ao legislador, seja ao particular. Portanto, apesar do alto grau de generalidade, possuem conteúdo normativo próprio, obrigando determinados comportamentos.

Os direitos sociais fundamentais, por seu turno, ora vão assumir a feição de princípio, ora a de regra, não podendo ser taxados de antemão como uma coisa ou outra.

Nesse sentido, o entendimento de Ana Carolina L. Olsen:¹⁷

Tanto no caso dos direitos sociais previstos como regras, como no caso de sua previsão enquanto princípios, o resultado final da atividade hermenêutica poderá levar a um mandamento definitivo para o caso concreto. Além disso, uma mesma norma de direito fundamental social poderá funcionar como regra para um determinado caso concreto, e como princípio em outro, já que não se trata de tipos normativos fechados, mas sim de normas abertas à interpretação.

A partir da constatação de que os direitos fundamentais sociais se enquadram em um modelo normativo de regras e princípios, faz-se necessário observar que, enquanto princípios, sua aplicação será feita pelo mecanismo da ponderação de valores. Assim, após o balanceamento com

¹⁵ MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 46.

¹⁶ *Idem*, p. 46-47.

¹⁷ OLSEN, A. C. L. *Op. cit.*, p. 69.

outros bens jurídicos, será dado lugar a uma posição jurídica definitiva na solução do caso concreto.

Nesse processo de ponderação e balanceamento de bens jurídicos não poderá o aplicador de direito deixar de atentar para o preceito da proporcionalidade, instrumento essencial na resolução de conflitos dessa natureza. Tema este que será abordado a seguir.

1.4 Direitos fundamentais sociais e princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, por si só, mereceria grande aprofundamento, contudo, este trabalho não comportaria tal análise. Não obstante isso, traçar-se-ão em linhas gerais alguns aspectos desse princípio e sua relação com os direitos sociais fundamentais.

Apesar de não estar expressamente previsto no Texto Constitucional, o princípio da proporcionalidade vem sendo admitido pela doutrina e pela jurisprudência¹⁸ como exigência da própria estrutura dos direitos fundamentais, pois é esse princípio que vai mensurar e legitimar as intervenções de um princípio de direito fundamental em outro.

A respeito da função principiológica do preceito da proporcionalidade José Roberto Pimenta Oliveira¹⁹ bem elucida:

Para o direito administrativo brasileiro, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com sua força constitucional e efeito estruturante do regime administrativo, exercem todas as funções cuidadosamente esquadrihadas por Moreira Neto. Cumpre, assim, uma função axiológica, teleológica, sistêmica, integrativa, irradiante, provocativa e limitativa no surgimento, desenvolvimento e extinção de toda e qualquer relação jurídica travada entre a Administração e o administrado, o que inclui em seu campo de abrangência o lineamento do exercício de competências normativas infralegais outorgadas à órbita administrativa.

Cabe distinguir, ainda, que o princípio, ora em voga, terminou por ser dividido em três subprincípios, quais foram: o da adequação,

¹⁸ No STJ: MS nº 1.752-DF, 1ª Seção, rel. Min. Milton Luiz Pereira, *DJU*, 30 nov. 1992, p.22.546; MS nº 2130-CE, 1ª Seção, rel. Min. Milton Luiz Pereira, *DJU*, 25 abr. 1994, p.9185; STJ, MS nº 3551-DF, 1ª Seção, rel. Min. Demócrito Reinaldo, *DJU*, 1º ago. 1994, p. 18.572, entre outros.

No STF: RMS nº 22.096-DF, 2ª T., rel. Min. Neri da Silveira, informativo STF nº 225; RE nº 203.954-CE, Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 20 nov. 1996; STF.

¹⁹ OLIVEIRA, José R. P. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 34. (Col. Temas de Direito Administrativo).

o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito, como consequência dos avanços doutrinários nesta área.

Neste sentido, Zavascki²⁰ enumera:

- a) 'princípio da necessidade', segundo o qual a regra de solução (que é limitadora de direito fundamental) somente será legítima quando for real o conflito, ou seja, quando efetivamente não foi possível estabelecer um modo de convivência simultânea dos direitos fundamentais sob tensão;
- b) 'princípio da menor restrição possível', também chamado de 'princípio da proibição de excessos' que está associado, sob certo aspecto, também ao 'princípio da proporcionalidade', segundo o qual a restrição a direito fundamental, operada pela regra de solução, não poderá ir além do limite mínimo indispensável à harmonização pretendida;
- c) 'princípio da salvaguarda do núcleo essencial', a rigor já contido no princípio anterior segundo o qual não é legítima a regra de solução, a pretexto de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais, opera a eliminação de um deles, ou lhe retira a sua substância elementar.

Na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais sociais, o operador do direito poderá se deparar com o confronto de direitos fundamentais entre si ou com outros valores e bens jurídicos. Daí a relevância de se explorar esse tema dentro deste trabalho.

O princípio da proporcionalidade, portanto, será sempre 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.

2 Cláusula da reserva do possível

2.1 Introdução

Sabe-se que os direitos fundamentais sociais são demasiadamente amplos no texto constitucional. O mesmo não se pode dizer dos recursos de que o Poder Público dispõe para lhes suprir. O Estado não pode, pois, comportar toda a demanda de interesses cobrados pela sociedade. Deverá priorizar os mais relevantes aos interesses sociais.

A efetivação dos direitos fundamentais sociais exige dispêndio de verbas públicas. Direitos como educação, saúde, moradia, cultura,

²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação e colisão de direitos fundamentais. *Ajuris*, Porto Alegre, v. XXII, n. 64, p. 395-417, jul. 1995.

previdência social, lazer, entre outros, para serem efetivados, vão demandar do Estado enorme vulto de investimentos. Ocorre que nem sempre há recursos para cumprir todos os compromissos.

Verifica-se, então, uma série de demandas para efetivação dos direitos sociais fundamentais que não são atendidas pelo poder público, mas que são exigidas pela sociedade. Surge, assim, o poder judiciário como último refúgio do cidadão, que se socorre de ações judiciais para ver efetivados seus direitos.

Instaura-se um impasse: os direitos sociais fundamentais têm, do ponto de vista jurídico, aplicabilidade imediata, mas, por outro lado, o poder público encontra limitações materiais para efetivá-los.

Nesse contexto, surge o desafio de aplicação da cláusula da reserva do possível e os limites de atuação do poder público. Entretanto antes de abordarmos o tema diretamente, imprescindível se faz o entendimento de algumas noções, como as de políticas públicas e orçamento.

2.2 Políticas públicas e orçamento: breve noção

Como já ressaltado, com o advento do Estado social surge para o Poder Público o dever de intervenção positiva na ordem social. Os instrumentos e ações que o poder público tem para intervir na ordem social são conhecidos como políticas públicas.

Para Régis Fernandes de Oliveira,²¹ políticas públicas referem-se às “providências para que os direitos de realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados”.

No entendimento de Maria Paula Dallari Bucci,²² “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

Falar em políticas públicas, assim, é pressupor gastos de dinheiro público com o objetivo de alcançar e garantir direitos individuais e sociais assegurados pela Constituição. No Estado Social e Democrático de Direito, o orçamento público é o instrumento que concretiza a alocação de recursos — previsão e autorização de despesas —

²¹ OLIVEIRA, Régis F. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 251.

²² BUCCI, Maria P. D. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241.

para a realização dos gastos públicos com o fim de alcançar os objetivos fundamentais do Estado previstos na Constituição e no ordenamento infraconstitucional.²³

Sobre o orçamento público, muitas coisas poderiam ser ditas, entretanto, cabe destacar o tratamento constitucional dado à matéria, especialmente às espécies normativas que formam o orçamento público, conforme a lição de Fernando Facury Scaff:²⁴

No âmbito orçamentário, fundamental para que o Estado demonstre a origem das receitas (oriundas de seu patrimônio, de imposições fiscais e de empréstimos) e o destino das despesas e investimentos, foi estabelecido um sistema de planejamento constituído por um conjunto de três leis que se sucedem e se complementam: a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Todos os Planos e Programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição deverão ser elaborados em consonância com o plano plurianual (art. 165, §4º, da CF), e a LDO deverá estar sempre em consonância com o PPA (art. 166, §4º, da CF);

Importante, ainda, destacar que o orçamento público nada mais é do que uma decisão política, de iniciativa do Poder Executivo, com aprovação e possibilidade de emenda pelo Poder Legislativo, poderes estes cujos representantes foram eleitos democraticamente por escrutínio popular.

Os recursos financeiros do Estado, contudo, encontram limites na arrecadação de tributos e demais fontes de recursos que abastecem os cofres públicos. Portanto, ao Poder Público serão impostos limites financeiros na consecução de seus objetivos, numa difícil tarefa de ter que priorizar algumas demandas sociais dentro de um universo ainda maior de pleitos existentes.

Dessa forma, a atuação estatal limita-se ao mínimo existencial, correspondente ao conjunto de situações materiais indispensáveis à dignidade da pessoa humana e, nesse contexto, dá-se a aplicação da cláusula da reserva do possível.

²³ OLIVEIRA, *Op. cit.*, p. 243.

²⁴ SCAFF, Fernando F. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 7, n. 32, p. 220, jul./ago. 2005.

2.3 Natureza jurídica da cláusula da reserva do possível

Não existe um consenso em relação à sua natureza jurídica e o significado de aplicação da cláusula da reserva do possível diante das normas constitucionais. Seria um princípio, ou seja, teria natureza normativa, ou seria uma condição da realidade, um elemento extrajurídico, que exerce sua influência na aplicação das normas jurídicas?

Diante da análise empreendida no tópico anterior sobre princípios e regras, fica difícil conceber a cláusula da reserva do possível como princípio.

Como pondera Ana Carolina L. Olsen:²⁵

...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 de reserva do possível, este elemento por si só, não parece suficiente para identificá-la como um princípio, já que mesmo bens jurídicos podem ser ponderados. Em verdade, o que se pondera é a escassez de recursos apresentada pela reserva do possível, com o comando normativo do direito fundamental social.

Nessa senda, a reserva do possível se aproxima de condição de realidade, pois não se pode negar que a efetivação dos direitos prestacionais é influenciada por determinadas condições de fato, quer sejam de ordem material, quer sejam de ordem política — na tomada de decisão de alocação dos recursos públicos.

Mais uma vez, Ana Carolina L. Olsen²⁶ arremata:

De fato, não se pode negar que nem sempre a realidade se curva, pura e simplesmente, ao comando das normas. O elemento prescritivo do direito — e no caso, a normatividade da Constituição ao prever determinadas condutas materiais por parte dos agentes públicos — depende de uma certa correspondência entre norma e realidade. Não se pode prescrever o impossível sob pena de se subjugar o texto constitucional à força dos fatos, tornando-o uma mera “folha de papel” como previra Lassale.

É externa, portanto, a atuação que os direitos sociais fundamentais sofrem da reserva do possível, podendo até mesmo reduzi-los ou eliminá-los, confirmando sua natureza de condição de realidade.

²⁵ OLSEN, A. C. L. *Op. cit.*, p. 200.

²⁶ *Idem*, p. 202.

2.4 Origem da cláusula do reserva do possível

A doutrina é unânime em apontar que a cláusula da reserva do possível tem origem no direito alemão.

Sobre o tema, é elucidativo o ensinamento de Mariana Filchtiner Figueiredo,²⁷ citando lição de Canotilho:

A teoria da reserva do possível tem origem, sobretudo nas formulações de dois juristas alemães, propostas no início do anos de 1970 e depois acolhidas pela jurisprudência constitucional daquele país. Ensina Canotilho que Harbele concebeu a “reserva de caixas financeiras” para exprimir a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais estariam sob reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que consistem em direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos.

Sobre o caso que deu origem ao julgamento na Corte Constitucional alemã, conhecido como *Numerus Clausulus* (BverfGE n. 33, S. 333), Fernando Borges Mânica²⁸ esclarece:

No caso, a Corte alemã analisou a demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no art. 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”.

Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva — no caso aumento do número de vagas na universidade — encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar de maneira racional da sociedade.

É de se observar que em sua origem a reserva do possível foi evocada no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira razoável, pode esperar da sociedade. Portanto, não se refere exclusivamente à existência de recursos financeiros suficientes para a efetivação do direito, mas também, à razoabilidade de se exigir uma determinada prestação do Estado.

A cláusula da reserva do possível já foi aplicada pelas cortes brasileiras, tema que será adiante enfrentado.

²⁷ FIGUEIREDO, Mariana F. *Direito fundamental à saúde: parâmetro para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007. p. 131-132.

²⁸ MÂNICA, F. B. *Op. cit.*, p. 180.

2.5 A reserva do possível no Judiciário brasileiro

A evocação da cláusula da reserva do possível no Poder Judiciário brasileiro sofreu uma limitação em relação à sua origem na Corte Constitucional alemã. Assim, a reserva do possível vem sendo entendida pelo Judiciário brasileiro como a reserva do financeiramente possível no entendimento do Prof. Canotilho.

Andreas Joachin Krell²⁹ enfrenta bem essa questão ao apontar que:

O português Canotilho vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. A elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos prestacionais.

Essa teoria, na verdade, representa uma adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã (Der Vorbehalt des Möglichen), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição de orçamentos públicos.

De fato, a importação da doutrina alemã para a realidade brasileira merece ser feita com ressalvas. Isso porque naquele Estado é costume se fazer o que efetivamente está ao seu alcance na busca pela efetivação dos direitos fundamentais sociais. Assim, a cláusula da reserva do possível funciona como limite à pretensão de particulares, na medida em que não lhes cabe requerer além daquilo que o Estado já prestou dentro de sua capacidade, cumprindo com seus deveres constitucionais.³⁰

Sobre a realidade brasileira Ana Carolina L. Olsen³¹ mais uma vez esclarece a questão:

A reserva do possível deve ser trazida para o contexto sócio-político-econômico brasileiro: aqui, o Estado não faz tudo que está ao seu alcance para cumprir os mandamentos constitucionais. Muito pelo contrário, ele cria mecanismos para burlar as exigências dos direitos fundamentais prestacionais.

²⁹ KRELL, A. J. *Op. cit.*, p. 51-52.

³⁰ OLSEN, A. N. P. *Op. cit.*, p. 223.

³¹ OLSEN, A. C. L. *Op. cit.*, p. 223-224.

É certo que a economia brasileira não pode ser comparada à alemã, mas isso não afasta a obrigação de dotação orçamentária para o cumprimento dos mandados constitucionais.

Nesse diapasão, Andreas Joachin Krell³² arremata:

a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado.

De fato, essa posição reforça o entendimento de que o Judiciário no Brasil estaria a adaptar um preceito importado às suas particularidades e mazelas.

O fato é que a reserva do possível já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 45 MC/DF, ocorrido em 29.04.2004, com relatoria do Ministro Celso de Mello, cujos trechos se transcrevem:³³

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York),

³² KRELL, A. J. *Op. cit.*, p. 63.

³³ Brasil. STF. ADPF nº 45 MC/DF. rel. Min. Celso Mello. Distrito Federal, DJ, 04 maio 2004.

notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

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

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

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar):

“Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros

projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”

Da decisão acima transcrita surge a discussão de um tema especialmente relevante para o melhor entendimento da reserva do possível, a preservação de um mínimo existencial, tema que se passa a analisar.

2.6 O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial

Historicamente, na tradição ocidental, podem-se apontar dois aportes teóricos do princípio da dignidade da pessoa humana, como mostra Mariana Filchtiner Figueiredo:³⁴

O primeiro deles teria origem na filosofia estóica, quando a dignidade foi compreendida como qualidade inerente ao ser humano, capaz de distingui-lo da demais criaturas, a justificar a tese de que todos seres humanos seriam dotados de igual dignidade. O segundo estaria na concepção cristã de dignidade humana: se o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, é igualmente dotado de valor próprio e intrínseco, que impede seja tomado como objeto.

Na sucessão das sociedades ao longo do tempo, o princípio da dignidade humana passou por altos e baixos, por vezes até mesmo mudando sua conformação. Contudo, com a universalização dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, a dignidade da pessoa humana foi consagrada como valor fundamental da ordem jurídica, passando a ser o marco das nações democráticas contemporâneas.

Entre nós, o princípio da dignidade da pessoa humana foi insculpido expressamente no art.1º, inciso III, da Constituição Federal, podendo ainda ser identificado reflexamente em outros dispositivos constitucionais. Afora isso, a República Federativa Brasileira é signatária de diversos tratados internacionais que se somam ao texto constitucional para reforçar e alçar a dignidade humana ao patamar de valor fundamental da ordem jurídica nacional.

³⁴ FIGUEIREDO, M. F. *Op. cit.*, p. 48.

Sobre os efeitos da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana Cármen Lúcia Antunes Rocha³⁵ ensina:

Como princípio constitucional, a dignidade gera obrigações que se espraiam em todos os subsistemas que compõem a estrutura jurídica de um Estado ou de uma sociedade democrática. Obriga ele a inação — de práticas que o contrariem — tanto quanto obriga as ações — de comportamento que o dotem de densidade de concretude.

Nesse mesmo sentido a lição de Luiz Nunes Pegoraro:³⁶

O conteúdo valorativo da Constituição implica dever negativo do Estado em não tocar certas esferas de subjetividade do cidadão, bem como tem o dever de implementar ações positivas visando a concretização dos valores constitucionais albergados.

Sobre o dever do Estado de implementar ações positivas para concretizar o princípio da dignidade Cármen Lúcia Antunes Rocha³⁷ discorre que:

Se a dignidade é o que diz respeito ao ser humano, ao que lhe assegura a condição de viver segundo a sua humana natureza, segundo condições que lhe enalteçam as qualidades de ser com o outro; se é ela o que não tem preço por ser exclusivo do homem e insubstituível em sua individualidade, na fórmula kantiana ainda hoje aproveitada largamente, faz-se patenteado, muito mais na atualidade, que o atendimento à dignidade da pessoa humana de pende de dados externos ao homem e que são apreçados. Assim, serviços, obras, bens, que são úteis ao homem para que este se lance mais a mais na amplitude de sua recriação permanente hão de ser assumidos, inclusive materialmente, pela sociedade e pelo Estado.

Dessa noção de obrigação do Estado de promover ações para concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, surge o debate sobre o mínimo existencial.

Diversos conceitos e formulações foram feitos sobre o mínimo existencial, não só no Brasil, mas alhures. Convém destacar,

³⁵ ROCHA, Cármen L. A. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005.

³⁶ PEGORARO, Luiz N. O controle da administração pública e a cláusula da "reserva do possível". *Revista IOB de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 88-101, jan. 2006.

³⁷ *Idem*, p. 441.

contudo, a aceitação dessa premissa como um valor fundamental das sociedades contemporâneas.

Como observou Andreas Joachin Krell:³⁸

... praticamente todos os autores alemães concordam que o Estado Social deve garantir aos cidadãos sua existência física com dignidade, ou seja, um “mínimo social”. Este mínimo foi extraído do princípio da dignidade humana e do direito à vida e à integridade física, direitos positivados na Lei Fundamental. A partir daí, a jurisprudência alemã tem defendido a garantia de um mínimo vital.

Na tentativa de conceituar o mínimo existencial e ampliando o debate a esse respeito Mariana Filchtiner Figueiredo,³⁹ apoiada em Ricardo Lobo Torres, ensina:

Além de derivar da noção de dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial também se funda no princípio da liberdade; em princípios constitucionais como a igualdade, o devido processo jurídico e a livre iniciativa; nos direitos humanos; e nas imunidades e privilégios do cidadão. É delineado em termos qualitativos, como proteção daquilo que seja necessário à manutenção das mínimas condições de vida condigna, enquanto condições iniciais da liberdade, isto é, da garantia de pressupostos fáticos que permitam ao indivíduo agir com autonomia. Abrange qualquer direito, no que represente de essencial e inalienável, bem como compreende outras noções, entre as quais a idéia de felicidade do homem. Não se trata pois de mera liberdade abstrata.

Sobre o conteúdo de um mínimo existencial, mais uma vez é Andreas Joachin Krell⁴⁰ quem ensina:

O referido “padrão mínimo social” para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia: o conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país.

No Brasil, Vincenzo Demetrio Florenzano, nas palavras de Ana Carolina Lopes Olsen,⁴¹ entende que o mínimo existencial corresponde ao salário mínimo constitucionalmente previsto, assim:

³⁸ KRELL, J. A. *Op. cit.*, p. 60-61.

³⁹ FIGUEIREDO, M. F. *Op. cit.*, p. 189.

⁴⁰ KRELL, J. A. *Op. cit.*, p. 61.

⁴¹ OLSEN, A. C. L. *Op. cit.*, p. 316.

Outra possibilidade de definição de quais seriam as necessidades básicas de todo ser humano a serem englobadas pela noção de mínimo existencial, segundo Vicenzo Demetrio Florenzano, está na sua relação com o disposto no art.7º, IV, da Constituição Federal, que prevê um salário mínimo “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Essa posição não é pacífica. Contudo, para o presente trabalho, é suficiente ressaltar a importância do mínimo existencial como valor com raízes constitucionais e que permeia o conteúdo de reserva do possível e a limitação dos direitos fundamentais sociais.

Conclusão

Os direitos sociais, a par de outros fundamentos, encontram sua fundamentalidade no princípio da dignidade da pessoa humana. Observou-se também que, por serem fundamentais, devem ter aplicabilidade imediata, conforme corrente constitucionalista contemporânea (pós-positivista). Ressaltou-se ainda que em relação a sua normatividade, os direitos sociais fundamentais devem ser lidos como princípios constitucionais.

Ao Estado caberá a missão de efetivar os direitos sociais prestacionais, devendo sempre estar pautado em sua atuação por um valor fundamental que permeia o texto constitucional, que é o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Por certo, a amplitude dos direitos sociais fundamentais constitucionalmente assegurados dificulta a tarefa do Estado de efetivá-los. Isso vai exigir do poder público planejamento, determinação e dispêndio de grandes somas em dinheiro, o que se dará por meio de previsão orçamentária e políticas públicas voltadas para concretização desses direitos. Não é ocioso ressaltar que a disponibilidade destes recursos é oriunda de decisões políticas, tomadas por representantes democraticamente eleitos.

O Estado, contudo, a par da escassez de recursos, deve atender ao o mínimo existencial como forma de concretizar a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa Brasileira e princípio constitucional que exerce efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e sobre ações de governo.

A reserva do possível, por outro lado, não se dissocia dessa discussão; ao contrário, deve acompanhar a execução das políticas públicas. Na esfera das decisões a serem tomadas, o Executivo e o Legislativo observarão quais caberão dentro do orçamento, priorizando, ante o quadro de limitação material, as ações mais relevantes à dignidade da pessoa humana e a garantir um mínimo existencial.

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos pela cláusula da reserva do possível ao processo de concretização dos direitos sociais fundamentais, ou, como preferem alguns, direitos de segunda geração — de implantação sempre onerosa —, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público; e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Portanto, a reserva do possível é um limite à liberdade da atuação do Poder Público na implementação das políticas públicas, que não poderá nela amparar-se para se eximir de priorizar os direitos sociais fundamentais, mas que, por outro lado, deverá ater-se à receita do Estado. Dentro dos limites desta receita, verificar-se-á obrigatoriamente o respeito ao mínimo existencial, a dar concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Referências

BARROSO, Luís R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*, ano IX, n. 46, p. 31-61, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUCCI, Maria P. D. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, Helena B. C. M. Direitos fundamentais sociais: reserva do possível e controle jurisdicional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado/ Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 30, n. 63, p. 124, jan./jun. 2006.

FIGUEIREDO, Mariana F. *Direito fundamental à saúde: parâmetro para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

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

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 e Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-187, jul./set. 2007.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

OLIVEIRA, José R. P. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. (Col. Temas de Direito Administrativo).

OLIVEIRA, Régis F. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEGORARO, Luiz N. O controle da administração pública e a cláusula da “reserva do possível”. *Revista IOB de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 88-101, jan. 2006.

ROCHA, Cármen L. A. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005.

SCAFF, Fernando F. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 7, n. 32, p. 213-226, jul./ago. 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação e colisão de direitos fundamentais. *Ajuris*, Porto Alegre, v. XXII, n. 64, p. 395-417, jul. 1995.