

Kátia Patrícia de Araújo (Brasil)*

Reserva do possível: Os direitos fundamentais frente à escassez de recursos

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o tema da reserva do possível diante dos Direitos Fundamentais e sua confrontação frente à escassez de recursos alegada pelo Poder Público. Far-se-á uma introdução histórica, apresentando o nascedouro desta ideia, na Europa – precisamente na Alemanha – e seu surgimento no Brasil, de forma um pouco distorcida da mensagem original Alemã. O tema proposto encontra algumas barreiras para o cumprimento dos mais importantes ditames da Constituição Federal, para alguns autores o pilar da Carta Magna: os Direitos Fundamentais. Barreiras estas que cada vez mais encontram dificuldades para serem rompidas, devido ao argumento governamental de escassez de recursos. Embora seja um tema relativamente novo, sua importância no direito público é evidente, como demonstramos a seguir.

Palavras-chaves: Legislação, direito constitucional, direito comparado.

ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Artikel soll den Vorbehalt des Möglichen im Rahmen der Grundrechtsgewährleistung analysieren und einer von der öffentlichen Gewalt behaupteten Ressourcenknappheit gegenüberstellen. Zunächst wird eine historische Einführung in das Thema gegeben, in der die Entstehung dieser Idee in Europa –genauer in Deutschland– und anschließend die von der ursprünglichen deutschen Rechtsfigur abweichende Rezeption in Brasilien dargestellt wird. Ihr stehen jedoch als Schranken die wichtigsten Inhalte der Bundesverfassung entgegen, die einige Autoren für den Grundpfeiler der Carta Magna halten: die Grundrechte. Diese Schranken können angesichts des von der Regierung angeführten Arguments der Ressourcenknappheit immer leichter überwunden werden. Obwohl es sich hier um ein relativ neues Thema handelt, ist seine Bedeutung für das öffentliche Recht offensichtlich, wie wir im Folgenden zeigen werden.

* Advogada. Graduada pela PUC Minas. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Empresária.

Schlagwörter: Grundrechte - Gesetzgebung, Verfassung, Verfassungsrecht, Rechtsvergleichung.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the topic of the proviso of the possible ("reserva do possível") with regard to Fundamental Rights and their confrontation in light of the scarcity of resources alleged by the government. A historical introduction explains the origin of this idea in Europe, specifically in Germany, and its emergence in Brazil, although with slight distortions. The topic reveals some barriers to the achievement of Fundamental Rights, which some authors consider to be the most important mandates of the Federal Constitution and its cornerstone. These barriers are increasingly difficult to overcome since the Government contends that resources are scarce. Although this is a relatively new topic, we will show that its importance for public law is undeniable.

Keywords: Fundamental rights, Legislation, Constitution, Constitutional law, Comparative law.

1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil prescreve com destaque em seu texto os Direitos Fundamentais. Tal elevação de um direito à fundamental não é um fato sem consequências jurídicas. Ao revés, como se pretende demonstrar no decorrer desse estudo, a constitucionalização dos direitos implica aumento de sua força normativa, do qual surge a intensa necessidade de garantir sua eficácia no plano fático, distanciando-se o mínimo quanto possível o *dever ser* constante na norma e o *ser* visível na realidade social.

Assim, torna-se de particular relevância ter os Direitos Fundamentais como objeto de estudo sob o prisma constitucional, fazendo-se referência aos limites e possibilidades da sua implementação pelo Poder Judiciário e tendo como arrimo a teoria dos Direitos Fundamentais que vem sendo desenvolvida paulatinamente no Brasil e em todo mundo. Esta apreciação da participação do Poder Judiciário na efetivação dos Direitos Fundamentais ganha importância ainda maior quando verificamos as afrontas das ações governamentais às garantias descritas no texto constitucional.

Analisando a origem da Constituição brasileira verifica-se que o poder responsável por sua elaboração (Poder Constituinte Originário) aspirou à edificação de um Estado Democrático de Direito de cunho social – e assim a impôs –, tendo como parâmetro de conduta a redução de desigualdades sociais.

Entretanto, as políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo, autorizadas pelo Legislativo, não têm sido suficientes para garantir e dar eficácia aos Direitos Fundamentais, pois tendem a minimizar as funções estatais, enfraquecendo a prestação de serviços públicos e transferindo esta obrigação estatal para a iniciativa privada.

Diante dessa insuficiência das atitudes executiva e legislativa, o que se pretende enfrentar é exatamente a possibilidade de o Poder Judiciário impor a implementação de políticas públicas voltadas a efetivar os direitos fundamentais – mormente, o direito à saúde.

No entanto, os óbices que se apresentam são, dentre outros: conferir exigibilidade às normas que prescrevem os Direitos Fundamentais Sociais, excluindo uma alegada programaticidade; contornar a falta de previsão orçamentária para os gastos com dinheiro público; legitimar o Poder Judiciário a conferir a tutela pleiteada através do preenchimento de certos requisitos em suas decisões, como uma peculiar fundamentação (reserva de consistência); o respeito à limitação dos recursos materiais dos quais dispõe a Administração Pública (reserva do possível) e buscar uma solução conciliatória em caso de colisão entre princípios (ponderação).

Logo, o estudo a ser realizado tem como condão vislumbrar as possibilidades e os limites à atuação do Poder Judiciário para garantir a concretização social dos direitos fundamentais diante da negligência dos Poderes Executivo e Legislativo, que, pelo constitucionalismo clássico, seriam os principais destinatários das normas constitucionais previstas, com a função de garanti-los.

Todavia, por se tratar de um tema de caráter principiológico, em que se argumenta que o sistema de freios e contrapesos se encontra afetado em elevado grau, as possíveis conclusões terão um caráter amplo, pois não é alvo do estudo indicar de forma precisa todas as possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais, com ênfase na saúde, pelo Poder Judiciário, mas apresentar, inclusive realizando uma análise da jurisprudência dos tribunais, como se encontra a evolução do objeto em estudo no direito brasileiro.

2. A eficácia dos direitos fundamentais

A promulgação da atual Constituição da República em 1988 foi um marco divisor na história social brasileira, visto que a partir de então aconteceu um rompimento do modelo estatal imposto pelo regime militar em 1964. Instaurou-se, com isso, um Estado calcado em novos valores, construídos a partir da idéia central de dignidade da pessoa humana, denominado Estado Democrático de Direito.

Após tal ruptura, a ciência jurídica no Brasil sofreu grandes mudanças, refletidas, inclusive, na própria forma de estudo da matéria. Com efeito, o Direito Constitucional passou a tratar de novos fatores, não mais conferindo a maior relevância ao estudo da organização Estatal, e sim ao exame dos direitos fundamentais e da própria hermenêutica constitucional.

Assim, com a gênese de um novo estágio, ante o novo paradigma constitucional a doutrina jurídica pátria trouxe à tona várias teorias sobre a interpretação da novel Constituição e dos Direitos Fundamentais, os quais, até aquele momento, eram muito pouco difundidos. Logo, autores estrangeiros como Jose Joaquim Gomes Canotilho (2008 e 2010), o grande intérprete da constituição portuguesa e introdutor da temática nos

estudos constitucionais em língua portuguesa, e vários outros, tais como Robert Alexy (2008) e Luigi Ferrajoli (2001), começaram a influenciar mais decisivamente os cientistas jurídicos pátrios, como por exemplo, Ingo Sarlet (2005), George Salomão Leite (2009) e Virgílio Afonso Da Silva (2010), que apresentaram novas formas de interpretação jurídica a partir da constituição, atribuindo, portanto, aos Direitos Fundamentais o papel de “centro gravitacional” do sistema jurídico, buscando sua máxima normatividade aliada à efetividade.

Diante desse novo quadro, juristas exploraram diversos supedâneos teóricos que passaram a formar a “Nova Hermenêutica”, que tem como principal matéria de estudo os Direitos Fundamentais e sua aplicação prática. Destacou-se também o resgate da função dos princípios que estavam relegados ao segundo plano sob a nomenclatura de “princípios gerais de direito”, os quais detinham apenas a função de preencher lacunas na lei, destituídos de qualquer conteúdo normativo, conforme é vislumbrado no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Assim, a nova ciência interpretativa guindou a relevância principiológica, passando a considerar os princípios como espécies do gênero normas. Consagrando-lhes plena eficácia jurídica, cindiu-se do modelo doutrinário anterior, que obstaculizava a juridicidade dos princípios sob o fundamento de que estes não detinham densidade e determinação suficientes para garantir sua aplicação.

Assim, os princípios passaram a ser vistos não mais como meras orientações políticas para o legislador infraconstitucional e para o administrador, despidas de conteúdo jurídico. Ao contrário: sua infringência passou a ser considerada apta a gerar consequências jurídicas.

A “Nova Hermenêutica” fez surgir um sentimento de inconformismo com a realidade social que estava, e ainda está, repleta de desigualdades sociais, e com a negligência da Administração Pública perante esse quadro. Tal sensação levou a doutrina à valorização dos direitos fundamentais, sobretudo daqueles que exigem uma prestação por parte do Estado, discutindo-se os métodos para sua efetivação.

Existem duas faces a serem observadas no que tange a efetivação dos Direitos Fundamentais. Em um primeiro momento, deve-se considerar as omissões legislativas. Para estas, a Carta Magna contém alguns meios de suprimento, quais sejam: o mandado de injunção, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Em segundo lugar, deve-se analisar a exigibilidade jurídica dos Direitos Fundamentais através de imposições de obrigações de fazer e não fazer ao Estado Administração, e assim vislumbrar a possibilidade de compeli-lo a realizar positivamente políticas públicas – como, por exemplo, fornecer um medicamento ou tratamento – ou a se abster de impedir e dificultar o exercício do direito à saúde, através de uma anulação de atos administrativos.

Contudo, a imposição ao Poder Público de realização de uma política de interesse geral é tema delicado, pois, como tais atividades exigem um gasto de verbas públicas, há o confronto entre a falta de previsão orçamentária para o dispêndio e os recursos materiais necessários para concretizar as ordens judiciais. Além disso, pode-se observar que o

princípio da separação dos poderes se encontra em tensão, porquanto o Poder Judiciário acaba por controlar a discricionariedade administrativa referente à gerência do erário.

Outro empecilho à efetivação dos Direitos Fundamentais é que sua expressão normativa, por deter um caráter axiológico, contém conceitos abstratos e pouco densos. Sendo assim, tais normas já foram classificadas como programáticas, necessitando de uma regulamentação pelo legislador infraconstitucional para dar-lhes exigibilidade.

Tal classificação, que leva em conta apenas o caráter semântico da norma, encontra-se, com a devida vênia, ultrapassada, pois, como os direitos fundamentais têm uma supremacia frente a todos os demais interesses, não se pode exigir para sua efetivação a ação do legislador ordinário sob pena de declará-los inexistentes até que isso ocorra. Do contrário, estaríamos ferindo uma regra de hermenêutica, qual seja: a de que todo direito corresponde a uma ação que o assegura, pois se estaria deixando sem resguardo os direitos fundamentais. Para entendermos melhor a extensão do afirmado, é necessária uma compreensão da eficácia dos direitos fundamentais.

3. A eficácia dos direitos fundamentais e a constituição federal de 1988

Neste momento se faz necessária a observação do artigo 5º, §1º da Constituição Federal, inserindo em sua interpretação os elementos trazidos pela eficácia dos direitos fundamentais, para chegarmos a algumas conclusões acerca da aplicabilidade desses direitos. Seguindo a preocupação voltada à realização dos Direitos Fundamentais, prevê o referido artigo que “as normas definidoras de Direitos Fundamentais têm aplicação imediata”. Significa dizer, *a priori*, que tais normas não necessitam de nenhuma legislação ulterior para que sejam utilizadas.

A despeito da clareza literal desse dispositivo constitucional, não existe consenso no que se refere ao seu alcance e significado. Ao contrário, o assunto é fonte de polêmica no Direito Constitucional. O primeiro ponto a ser enfrentado é sobre a abrangência material da norma, ou seja: se ela é aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os existentes fora do elenco dos artigos 5º ao 17º), ou se se destina apenas aos direitos do artigo 5º da Constituição de 1988.

A topologia do dispositivo que prevê a eficácia imediata dos Direitos e Garantias Fundamentais poderia sugerir uma interpretação restritiva, porquanto seu texto está expresso apenas no primeiro parágrafo do artigo 5º. Mas utilizando-se o recurso da interpretação literal, chega-se à conclusão, por simples observância de seu taxativo texto, de que o dispositivo é aplicado a todos os Direitos e Garantias Fundamentais, não ensejando nenhuma redução de aplicação do preceito a qualquer das categorias distintas desses direitos; ou seja: aplica-se, indistintamente, aos direitos individuais e coletivos ou direitos de liberdade e sociais, exijam ou não uma prestação Estatal.

Ante o demonstrado, entende-se a viabilidade “da aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, da CF) de todas as normas de direitos fundamentais constantes no Catálogo

(artigos 5º a 17º), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais, conforme permitido pelo art. 5º, § 2º, da CF”.

As diferentes concepções encontradas acerca da amplitude da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais variam entre os que, adotando posição extremamente restrita, sustentam que os direitos fundamentais somente teriam eficácia nos termos de uma lei regulamentadora e os que, opostos a essa visão, afirmam que até mesmo normas programáticas detêm, em virtude de sua imediata aplicabilidade, a qualidade de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa.

Ressalta-se que, mesmo os defensores de uma interpretação restritiva da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, reconhecem que o constituinte teve a intenção de evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que os mesmos fossem “letra morta”. Assim, diante das várias concepções existentes, foram formuladas diversas teorias propondo uma classificação das normas constitucionais de acordo com o critério de sua eficácia e aplicabilidade. Constata-se, com isso, que mesmo no campo das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais se encontram algumas que entre nós se convencionou denominar normas de eficácia limitada, as quais não teriam condições de gerar a plenitude de seus efeitos sem a intervenção do legislador.

Neste sentido: em consonância com o relatado no tópico anterior, os direitos fundamentais se apresentam, em nossa ordem constitucional, ora com a função de direitos de abstenção do Estado na esfera dos indivíduos, ora como direitos a prestações estatais positivas. Tal distinção conduz à existência de algumas diferenças essenciais entre ambas as categorias de direitos fundamentais, especialmente entre os direitos de defesa e os direitos sociais, que são em sua essência – mas não exclusivamente – de cunho prestacional. Estes, apesar de serem considerados habitualmente normas que necessitam de concretização legislativa, não são taxados de normas destituídas de eficácia, fato este que tem sido visto nas mais recentes decisões dos tribunais, principalmente no que se refere à implementação de políticas públicas para a garantia do direito à saúde. Partindo da constatação de que os direitos fundamentais somente serão concretizados se o disposto no artigo 5º, § 1º, da CF for levado a sério, ou seja: não se exigindo uma legislação ulterior para efetivá-los, verifica-se a necessidade de não se desconsiderar o significado e alcance desta norma.

Entretanto, não se pode estender demais a sua abrangência, pois este preceito se aplica tão-somente aos direitos fundamentais, e não a todas as normas da Constituição. Logo, conclui-se que os direitos fundamentais têm peculiar importância; sendo assim, em hipótese alguma o significado do art. 5º, § 1º, da CF poderá ser aplicado a todas as normas, como pode se depreender da própria leitura de seu texto, sob pena de igualar as normas de direitos fundamentais e as demais normas da Constituição, acarretando uma diminuição da fundamentalidade das primeiras.

Neste contexto, a doutrina sustenta que a norma contida no artigo 5º, § 1º, da CF, faz com que seja exigível do aparelho estatal a função de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. Além disso, a norma detém um conteúdo dirigente, ou seja: demonstra como deve ser a efetivação dos direitos fundamentais, no sentido de que esta, além do

objetivo de “assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, tem por finalidade tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, (...) investindo os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos”.

Ante todo o argumentado, diante da necessidade de se conferir aplicação imediata aos direitos fundamentais, em contraposição à idéia de que seja imperativo regulamentar alguns deles, que mencionam na norma a necessidade de lei integradora através de legislação infra-constitucional, verifica-se que a melhor interpretação para a norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, é a que afirma que esta é uma norma-princípio, sendo um mandamento de otimização (maximização), isto é: que estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, nos moldes do caso *sub judice*, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entendimento sustentado, entre outros, por Gomes Canotillho (2008) e Flávia Piovesan (2003).

É vislumbrado, portanto, que a norma que define a aplicabilidade imediata, em caso de conflito com as demais normas que prevêm os direitos fundamentais exigindo-se lei integradora, deverá ser ponderada guardando um grau de eficácia de acordo com o caso concreto.

Após esta breve explanação sobre o conteúdo normativo da supra referida norma constitucional e a eficácia dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, adentrar-se-á ao estudo da reserva do possível, apresentando sua origem, conceito e surgimento no Brasil, para então, fazer a delimitação do ambiente sócio-político-jurídico da reserva do possível frente à escassez de recursos alegada pelo Poder Público como justificativa ao não cumprimento dos Direitos Fundamentais, (principalmente o direito a vida, a saúde e a educação), pois este é o cerne do presente estudo.

4. A reserva do possível

4.1. Origem

A reserva do possível foi aplicada pela primeira vez no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, pioneiro no tema tratado, no famoso *numerus clausus*, em dois processos envolvendo o acesso de cidadãos ao curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e Munique (momento em que as cortes administrativas solicitaram uma decisão da Corte Constitucional Federal a respeito da compatibilidade entre certas regras legais estaduais que restringiam esse acesso à educação e a Lei Fundamental).

Entre 1952 e 1967 o número de universitários na Alemanha dobrou e o desenvolvimento das universidades não acompanhou esse crescimento. Foi então que o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que garantir vagas a todos os interessados sacrificaria outros serviços públicos em decorrência da onerosidade excessiva e da escassez de recursos do Poder Público, em parte decorrente do período pós-guerra (Olsen, 2008,

p. 215). O numero de vagas para o ensino superior era limitado. Faltava, todavia, a base constitucional para essa regra. E é assim que nasce A Reserva Do Possível.

Verificou-se que o Estado Alemão estava fazendo ou tinha feito tudo que estava ao seu alcance a fim de tornar o ensino superior acessível. Exigir mais para o fim da satisfação individual de cada cidadão, obrigando o estado a negligenciar outros programas sociais, ou comprometer suas políticas públicas, não se mostrava razoável, decidindo então a Corte Constitucional Federal da Alemanha, conforme BverfGE, que:

Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (Teilhaberechte) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos” (Coletânea das Decisões do Tribunal Constitucional Federal, nr. 33, S. 33347) :

4.2. Conceito

A expressão “reserva do possível” tem recebido os mais variados tratamentos na doutrina. Não existe acordo em relação a sua natureza e seu significado. Seria um princípio, com natureza normativa ou uma condição da realidade, um elemento extrajurídico?

“Reserva do Possível” é uma expressão que define a limitação dos recursos econômicos disponíveis pela administração pública a fim de suprir as necessidades dos cidadãos, que, a priori, é de sua obrigação. Infelizmente os recursos materiais que deveriam ser suficientes para a sociedade, não o são, tendo, assim, o cidadão que dele necessita, que recorrer ao judiciário para ver cumpridos seus direitos. (Barcellos, 2008)

A ideia central sobre a reserva do possível é a de que os indivíduos não têm direito subjetivo frente ao Estado senão nos limites da razoabilidade.

4.3. A reserva do possível no Brasil – O ambiente sócio-político-jurídico da reserva do possível

No Brasil a doutrina da reserva do possível sofreu algumas modificações, considerando o nascedouro Alemão. A preocupação inicial com a proporcionalidade e razoabilidade deu lugar à questão da disponibilidade de recursos e do custo dos direitos. Não é o que se verifica nos julgados que tratam da reserva do possível no Brasil. 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. É certo que a economia brasileira não pode ser comparada com a economia alemã, mas isso não afasta a obrigação de dotação orçamentária.

Vale lembrar que na Alemanha os Direitos Fundamentais Sociais de cunho prestacional são uma decorrência do princípio do Estado Social e não se encontram positivados.

O contrário do que ocorre no Brasil, que previu expressamente esses direitos no texto constitucional. Para nós existe uma obrigação expressa de o Estado destinar recursos necessários à satisfação dos direitos fundamentais. Essa distinção é imprescindível para a interpretação e aplicação do chamado “princípio da reserva do possível”, em especial para evitar a tese da inviabilidade econômica da realização dos direitos fundamentais, segundo o alerta de Andreas J. Krell (2002, p. 108):

“Há um paradoxo: vários autores brasileiros tentam se valer da doutrina constitucional alemã para inviabilizar um maior controle das políticas sociais por parte dos tribunais. Invocando a autoridade dos mestres germânicos, estes autores alegam que os direitos sociais deveriam também no Brasil ser entendidos como “mandados”, “diretrizes” ou “fins do Estado”, mas não como verdadeiros Direitos Fundamentais”

Para compreender o fenômeno da reserva do possível e a análise de sua eventual aplicabilidade no Brasil, é válido buscar o contexto social, político e jurídico da discussão e aprovação da Constituição de 1988: a redemocratização do país e a convocação da Assembleia Nacional Constituinte em 1986, que implicou na possibilidade de concretizar uma série de esperanças sociais, econômicas e jurídicas que haviam sido sufocadas ao longo dos anos de Ditadura Militar.

A Constituição Federal promulgada em 05.10.1988 demonstrou o compromisso com a abertura democrática e com os direitos fundamentais. Esse aspecto “social” representa a verdadeira essência da constituição. Todavia, apesar de sua natureza social, a CF/88 surgiu em um ambiente de crise do Estado de Bem-Estar Social, em que se apontava a ineficiência da atividade estatal em virtude do excesso de gastos públicos, do excesso de intervenção nos mecanismos de mercado, a influência neoliberalista; falava-se muito em acabar com a inflação, privatizar, etc..

Todas essas mudanças colocaram o Brasil em uma posição esquizofrênica: de um lado, o objetivo de diminuir as desigualdades e promover os direitos fundamentais; de outro, estava em muitos aspectos perdendo as rédeas da economia, levando à inefetividade dos direitos fundamentais. (Olsen, 2008, p. 181). A prevalência do econômico sobre o jurídico foi se demonstrando sob a forma de incomunicabilidade dos sistemas. O sistema econômico, o sistema político e o sistema jurídico têm linguagens diferentes. É neste ambiente que a reserva do possível surgiu como argumento frequente em processos judiciais que envolviam demanda pelos cidadãos de prestações previstas na Constituição Federal e não cumpridas. Daí veio a necessidade de se adequar às prestações sociais com as reservas orçamentárias. Surge então no Brasil a Reserva Do Possível.

4.4. Reserva do possível: escassez ou escolha alocativa de recursos?

É certo que não é tarefa da Constituição Federal engessar os poderes públicos e sua capacidade de administrar seus próprios recursos. Todavia, ao elaborar um elenco de direitos fundamentais como um dos objetivos primordiais do Estado Brasileiro, a Constituição Federal determina normativamente obrigações a serem cumpridas, e destas obrigações o Estado não pode se distanciar.

Bem lembra Ana Paula Barcellos (2008) que a obtenção de receita pelo Estado foi vastamente regulamentada pela Constituição Federal, a qual estabeleceu limites ao poder de tributar, apontando o caminho a ser trilhado pelo administrador público. Os bens são escassos, eles não permitem que todos os direitos sejam realizados uniformemente para todos os cidadãos. Logo, realizar direitos implica em realizar escolhas de alocação de recursos, de modo que alguns direitos serão atendidos e outros não.

A reserva do possível diria respeito justamente à apreciação desta escassez como condição de possibilidade de reconhecimento do direito. E o direito não pode se distanciar da realidade. Os recursos econômicos se tornam escassos para um fim porque houve uma decisão política que os manejou para outro. Não existiriam recursos suficientes para promover uniformemente todos os direitos, este é um dado da realidade. Há uma imensa discricionariedade para os poderes públicos controlarem a destinação dos recursos orçamentários, o que apresenta um grande risco à exigibilidade dos Direitos Fundamentais.

Todos os direitos são sindicáveis perante o Judiciário e sua estrutura implica custos para o Governo. Todos os direitos representam custos a serem suportados pelo Estado e, em última análise, pela sociedade.

Diante da escassez dos recursos necessários a tornar os direitos efetivos, eles perdem o significado, não passam de promessas feitas em papel. Ver na reserva do possível um limite aos direitos fundamentais gera um grave enfraquecimento na proteção desses direitos, já que os poderes constituídos e legitimados para descrever o âmbito normativo de um direito, com seus limites, terão total discricionariedade para afirmar o que é possível e o que não é possível.

A reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas, pois nada poderia ser feito, ainda que houvesse vontade política, face à escassez de recursos. É interessante que esses recursos nunca são escassos para outros fins. Se for considerado que a destinação de verbas para um determinado fim acaba por determinar a escassez para outro fim, é possível reconhecer uma escolha política, e má vontade dos poderes públicos na realização desses direitos. Não se pode comprometer a efetividade dos direitos afogando-os em dados estatísticos e em balanços orçamentários muitas vezes manipulados. Há que se diferenciar o que não é possível porque não há comprovadamente meios suficientes, e o que não é possível porque os meios suficientes foram alocados para outras prioridades. Falta ponderação entre o bem jurídico objeto do direito fundamental social e outros bens jurídicos que receberam a esperada dotação orçamentária.

A reserva do possível tem que ser exceção e não regra, e não pode agir como uma excludente de ilicitude da conduta social em face de impossibilidade de conduta diversa. Caberia ao Estado demonstrar essa escassez quando provocado a cumprir prestação de cunho social prevista na Constituição Federal. (Amaral; Melo, 2008)

4.5. A aplicação da reserva do possível na jurisprudência pátria: invasão e violação da tripartição dos poderes ou meio hábil de concretização dos direitos fundamentais?

A reserva do possível tem encontrado exemplos mais frequentes no âmbito do direito à saúde. Foi com o movimento iniciado pelas vítimas da AIDS no Brasil, ao longo dos anos 90, que a questão acabou por entrar na ordem do dia. Em um primeiro momento, as ações propostas pelos pacientes soropositivos eram para o fornecimento de medicamentos; entretanto, muitos tribunais negavam a pretensão jusfundamental com base no fundamento da programaticidade orçamentária. As associações de soropositivos em todo o Brasil exerceram uma pressão irresistível sobre os poderes públicos, o que acabou resultando na promulgação da lei nº 9.313/96, que sob o pretexto de regulamentar o art. 196 da Constituição Federal, determinou o fornecimento de medicamentos aos portadores do HIV e vítimas da AIDS. Desta forma, a posição jurisprudencial começou a tomar outros rumos e os tribunais passaram a reconhecer no direito à saúde um direito a prestações exigíveis do Estado.

Até que ponto poderia o judiciário intervir nas políticas públicas adotadas pelo Executivo, ou agir mesmo quando não houver previsão legal, atuando em comprometimento ou em substituição do legislativo para garantir a efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais?

Os tribunais brasileiros têm adotado diferentes posições em relação a este dilema. Alguns desprezam a questão relativa ao custo destes direitos, determinando uma aplicação quase que absoluta da norma constitucional; outros, quando confrontados com a questão da alocação de recursos se eximem de obrigar o Estado à adoção de políticas públicas sob o fundamento de que estaria havendo uma invasão da competência discricionária do Executivo. Essa divergência de enfoques demonstra que o tema está em processo de maturação. E é neste processo que as contribuições doutrinárias se têm mostrado de relevante importância.

O Tribunal de Justiça de São Paulo deixou de deferir uma pretensão de custeio de uma terapia necessária ao tratamento de doença (TJSP – Agravo de Instrumento 48.608-5/4 - 9ª Câmara de Direito Público – Rel. Des. Rui Cascardi – j. em 11.02.1998) porque não caberia ao judiciário determinar que o Estado realizasse o direito fundamental à saúde de tão-somente uma pessoa.

O judiciário obviamente não pode tornar viável o inviável. Em todas as decisões o princípio da separação dos poderes aparece direta ou indiretamente como um empecilho à atuação jurisdicional, na medida em que não caberia ao judiciário obrigar o executivo ao cumprimento de determinadas prestações. Por outro lado, a legitimidade democrática do Executivo e legislativo merece ser analisada, pois os representantes políticos não necessariamente correspondem às expectativas de seus eleitores. Diversas normas emanadas do legislativo e mesmo do executivo, como as medidas provisórias, não gozam de representatividade, indo em direção contrária aos anseios da sociedade, como

também certos atos administrativos, que por vezes atendem um juízo de oportunidade e conveniência do próprio executivo e não da população.

O Judiciário não está também desprovido de total representatividade democrática. Os juízes têm legitimidade para interpretar criativamente o direito, impondo suas interpretações aos demais poderes. Os grupos marginalizados que não têm voz política somente terão condições de se fazer ouvir através do processo judicial. Somente em sociedades democráticas os direitos são constitucionalmente garantidos e somente em sociedades que dispõem de um corpo de juízes destinados à proteção destes direitos serão efetivamente realizados, e para essa proteção é imprescindível um poder constituído diverso do legislativo e do executivo, com força suficiente para controlar sua atuação, determinando obediência às normas jusfundamentais. É preciso agir com responsabilidade, fundamentando de forma racional as decisões judiciais, levando em consideração a questão do custo, mas não deixando-se imobilizar por ela. Quanto mais os cidadãos tiverem acesso ao judiciário e ele for capaz de atender as suas demandas, maior será a realização destes direitos, impulsionando o Estado a adotar políticas gerais que atendem a todos.

Em seguida, alguns julgados acerca do tema.

Número do processo: 1.0024.08.983692-8/001(1)

Numeração Única: 9836928-68.2008.8.13.0024

Relator: ALBERGARIA COSTA

Data do Julgamento: 04/12/2008

Data da Publicação: 27/01/2009

Ementa:

REEXAME NECESSÁRIO. CIRURGIA DE URGÊNCIA. GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE. Seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, deve o Poder Público, comprovada a urgência e o perigo de dano, realizar a intervenção cirúrgica de que necessita o paciente. Em reexame, conhecido de ofício, confirmar a sentença e conceder a ordem de segurança. Prejudicado o recurso de apelação.

Súmula: CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO DE APELAÇÃO.

Número do processo: 1.0000.06.443869-0/000(1)

Numeração Única: 4438690-21.2006.8.13.0000

Relator: ALBERGARIA COSTA

Data do Julgamento: 02/05/2007

Data da Publicação: 04/07/2007

Ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PROVA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. Dentre as condições de ação mandamental estão a liquidez e certeza do direito, que devem ser demonstradas de plano, com a inicial, pois o procedimento não admite instrução probatória. O Estado é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, uma vez que a ele pode ser imputada a responsabilidade pelo atendimento das necessidades básicas de saúde do impetrante. Seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, não há ilegalidade ou abuso por parte da autoridade coatora que não forneça medicamento prescrito ao impetrante que não esteja relacionado na lista de fármacos da rede pública. A competência para decidir sobre a alocação desses recursos cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, sem possibilidade de ingerência do Judiciário, por respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos poderes. Preliminares rejeitadas. Denegar a segurança.

Súmula: NÃO CONHECERAM DA 1ª PRELIMINAR, VENCIDA RELATORIA, 1º E 2º VOGAIS, QUE A REJEITAVAM. REJEITARAM A 2ª PRELIMINAR, À UNANIMIDADE. NO MÉRITO, DENEGARAM A SEGURANÇA, POR MAIORIA.

Número do processo: 1.0133.05.027113-8/001(1)

Numeração Única: 0271138-25.2005.8.13.0133

Relator: MARIA ELZA

Data do Julgamento: 29/11/2007

Data da Publicação: 19/12/2007

Ementa:

CONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO NA CONSTRUÇÃO DE ABRIGOS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DE DEVER CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. A dignidade da pessoa humana, notadamente a da criança e do adolescente, é tutelada pela Constituição Federal e pela Lei n. 8.069/90. Assim, é dever inafastável dos Municípios de Carangola, de São Francisco Glória, de Faria Lemos e de Fervedouro empreenderem todos os esforços que efetivem o princípio fundamental de proteção integral à criança e ao adolescente, assegurando abrigo, apoio sócio-educativo, sócio-familiar e assistência material, moral, médica e psicológica, nos termos do art. 227, da CF, e 4º, 6º, 7º, 15, 70, 86, 87, 88, 90 da Lei n. 8.069/90. O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode

impor ao Poder Executivo Municipal o cumprimento da disposição constitucional que garanta proteção integral à criança e ao adolescente, sob pena de compactuar e legitimar com omissões que maculam direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o que é vedado pelo texto constitucional. O posicionamento adotado não macula o princípio constitucional da separação de poderes. O referido princípio não pode ser empregado para justificar a burla à Constituição e para contrariar o interesse público. A omissão dos Municípios de Carangola, de São Francisco Glória, de Faria Lemos e de Fervedouro para solucionar o grave problema de abandono e desabrigo dos menores em situação de risco se arrasta há anos. Falta interesse em resolver o problema. Enquanto nada é feito pelo Poder Executivo, a saúde, a vida, a dignidade, a integridade e a cidadania das crianças e adolescentes ficam ameaçadas e violadas. Tal situação gera angústia, sofrimento, perplexidade, apreensão e revolta nas crianças e adolescentes em situações de risco e na comunidade local. Maior violação à Constituição não há, pois valores constitucionais fundamentais estão sob constante e permanente lesão. A se admitir que o Poder Judiciário nada pode fazer ante tanto abuso e violação a direitos e garantias fundamentais constitucionais, estar-se-á rasgando o texto constitucional, condenando as crianças e adolescentes a situações degradantes, humilhantes, aflitivas, dolorosas que muitas vezes conduzem à marginalidade, à prostituição, e, às vezes, à morte, além de se atribuir ao Poder Judiciário papel decorativo ou de ‘mero capacho’ do Executivo.

Súmula: Deram Provimento.

5. Conclusão

Diante do exposto, verifica-se que os Direitos Fundamentais Sociais encontram na reserva do possível um limite a sua efetividade, principalmente no que tange os direitos prestacionais, os quais devem ter especial atenção do Poder Judiciário, para não cair no vácuo o ínfimo direito aos mais primordiais certames constitucionais. Embora tenha surgido na Corte Constitucional Alemã como um mandado de observância da proporcionalidade daquilo que se exige do Estado e da sociedade, no Brasil a reserva do possível passou a ser aplicada pelos tribunais brasileiros como um elemento a inviabilizar a realização dos direitos a prestações materiais, eximindo o Estado de suas obrigações em virtude da alegação de ausência de recursos.

Assim, a existência natural de recursos e a escassez decorrente de escolhas políticas fazem com que a reserva do possível se torne um escudo protetor a fundamentar a não efetivação dos direitos fundamentais; principalmente num país como o Brasil, onde a economia e o sistema financeiro sempre se mostraram frágeis, a teoria da reserva do possível se encaixa como uma luva para o não cumprimento por parte do Estado das garantias fundamentais dos brasileiros. O judiciário surgiu como órgão legitimado a realizar as ponderações que levarão à identificação dos direitos fundamentais e a deter-

minar aos poderes públicos a satisfação dos interesses constitucionalmente protegidos, o que nem sempre acontece.

Por outro lado, a discricionariedade administrativa, que vem sendo utilizada como “válvula de escape” para direcionar os recursos para outros fins que não aqueles prioritários pela Constituição Federal, representa um nítido desvio de poder. Esse quadro nos mostra que os direitos fundamentais sociais vêm enfrentando sérias dificuldades para sua efetivação face à mencionada escassez de recursos dos cofres públicos. Existem, contudo, meios de contorná-la, e um deles, sem dúvida, é através do Poder Judiciário, visto que ainda não utilizamos adequadamente os instrumentos processuais e extraprocessuais de defesa dos direitos transindividuais.

6. 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.
- AMARAL, Gustavo; Danielle MELO: Há direitos acima dos orçamentos? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano BENETTI (Org.): Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de: A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL: Lei Federal nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988.
- BONAVIDES, Paulo: Curso de Direito Constitucional. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes: Estudos sobre direitos fundamentais. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e outros (coord.): Direitos fundamentais sociais. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena: Norma constitucional e seus efeitos. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- DWORKIN, R.: Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi: Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madri: Editorial Trotta, 2001.
- GALDINO, Flávio: Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GRAU, Eros Roberto: A ordem econômica na Constituição de 1988. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- KRELL, Andréas Joachim: Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: ed. Sérgio Fabris, 2002.

- LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (coord.): *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J.J.Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes: *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PROVESAN, Flávia: *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PISCITELLI, Rui Magalhães: *A dignidade da pessoa e os limites a ela impostos pela reserva do possível*. *Revista do curso de direito Faculdade Projeção*, v. 5, p. 183-211, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang: *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.
- SILVA, José Afonso da: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- SILVA, Virgílio Afonso da: *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.