

ano 14 - n. 55 | janeiro/março - 2014
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA
Fórum

© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Marcelo Belico

Revisão: Cristhiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla

Bibliotecário: Ricardo Neto – CRB 2752 – 6ª Região

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luis Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luis Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais

Caroline Müller Bitencourt

Doutora em Direito. Especialista em Direito Público. Professora do PPGD – Mestrado e Doutorado da disciplina Teorias do Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora da Universidade de Passo Fundo/RS. Pesquisadora vinculada ao CNPq. Coordenadora do grupo de pesquisa “A decisão jurídica a partir do normativismo e suas interlocuções críticas”. Subcoordenadora do curso de Direito Unisc/Sobradinho. Advogada.

Resumo: O artigo trata sobre a reserva do possível, sua aplicabilidade, conceito e ação junto aos direitos fundamentais encontrados na Constituição brasileira de 1988. Busca-se, pelo estudo do direito alemão e do direito norte-americano, remontar às origens históricas da reserva do possível, e conhecer seu papel nesses Estados. Para tanto, é feita a análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, e das ideias da obra *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, dos autores Stephen Holmes e Cass Sustein. Destaca-se também a importante diferença entre as políticas públicas e os direitos sociais, sendo investigado o tratamento constitucional dado a estes, fazendo-se a análise de como o limite orçamentário pode restringir sua efetivação. Posteriormente, debruça-se sobre o contexto brasileiro, para ser visto quando e em que casos a reserva do possível tem sido utilizada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Reserva do possível. Políticas públicas. Direitos sociais.

Sumário: Introdução – 1 A reserva do possível no contexto da decisão do Tribunal Constitucional Alemão e no contexto da teoria dos custos norte-americana – 2 Distinguindo os direitos sociais das políticas públicas – 3 A “reserva do possível” – Reflexões a partir de exemplos da jurisprudência brasileira no seu tratamento – Conclusão – Referências

Introdução

O presente artigo busca investigar e desmistificar as bases teóricas que envolvem o argumento da reserva do possível e sua utilização no cenário brasileiro. Justifica-se a eleição da temática ante a significativa produção acadêmica envolvendo a questão em tela, e as diferentes variáveis em que esta vem sendo utilizada na jurisprudência pátria, demonstrando uma verdadeira falta de consenso acerca de seu fundamento histórico e uma possível tentativa de importação da teoria sem propriamente ter como ponto de partida a realidade jurídica dos direitos fundamentais sociais no Brasil, a começar pela própria topografia constitucional dos direitos ora em questão.

Em termos sociais e jurídicos, o tema é de suma importância, pois tem ocupado o cenário jurídico e político na última década, sendo palco de severas críticas no tocante ao excesso de interferência do Judiciário em questão que a priori estaria no campo da política. Já academicamente, o tema em questão demonstra-se relevante por sempre estar em pauta a atuação da jurisdição em relação à concretização dos direitos fundamentais sociais e das políticas públicas no Estado contemporâneo, e aqui com o foco de análise precisamente voltado ao argumento da reserva do possível.

Com tal intuito, este artigo buscará remontar às origens históricas do conceito da reserva do possível, pontuando os diferentes contextos em que esta é referendada, mais precisamente tratando-se da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão e do seu julgado BVerfGE 33, 303 de 1972, e da obra *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, dos autores Stephen Holmes e Cass Sustein, que tratam da realização de políticas públicas no contexto dos Estados Unidos.

Ante esse breve resgate histórico, imprescindível que se demonstrem as diferenças basilares da proteção dos direitos nos diferentes contextos, alemão e norte-americano, especialmente por se tratar de Estados que se intitulam social e liberal, respectivamente. Assim, há de se esclarecer que o conceito assume a função de aferir um significado dentro de determinado contexto, pois não há como compreendê-lo em abstrato, pois toda forma de interpretação também é uma forma de aplicação.

Dito e exposto isso, buscar-se-á discutir a reserva do possível no contexto constitucional brasileiro, desde a dogmática dos direitos fundamentais e sua posição na Carta Magna às mais variadas compreensões doutrinárias acerca da temática. Exposto o cenário brasileiro, passar-se-á a pontuar criticamente a temática, começando pela distinção de alguns conceitos preliminares: o tratamento dos direitos sociais na Constituição de 1988, a diferença entre os direitos sociais e as políticas públicas e a recepção do dever de proporcionalidade e os limites orçamentários como um possível óbice à realização desses direitos no Estado Democrático brasileiro.

Outrossim, com esse contexto devidamente delineado, poder-se-á partir para uma análise de um possível desvirtuamento da reserva do possível no contexto brasileiro ou, quiçá, chegar-se a uma interpretação mais adequada e esclarecedora deste argumento tendo como prisma a realidade jurídico-constitucional brasileira. Resumindo: propõe-se debruçar sobre os esforços na compreensão da reserva do possível e a origem de seu significado para, então, trazer à baila o contexto brasileiro e, como pano de fundo, o tratamento que a Constituição de 1988 traz aos direitos fundamentais sociais e às políticas públicas.

Por derradeiro, acredita-se que, assim, ter-se-á uma observação acerca dos limites e restrições dos direitos fundamentais sociais a partir dos parâmetros constitucionais brasileiros, ou seja, atende-se à necessidade de construção de uma teoria constitucional brasileira, cujo ponto de partida seja a própria Carta Magna.

1 A reserva do possível no contexto da decisão do Tribunal Constitucional Alemão e no contexto da teoria dos custos norte-americana¹

Nesta primeira abordagem, imprescindível verificar como se dá a aplicação do argumento da reserva do possível nos dois contextos, que acabaram por inspirar sua utilização na teoria constitucional brasileira e, para tanto, o histórico das concepções desses Estados, bem como sua previsão normativa, mostram-se distintos. É preciso demonstrar as teorias dos direitos fundamentais, qual a ligação da teoria brasileira com as demais teorias e o quanto se pode vincular a cada uma delas, porque aí poder-se-á estabelecer o grau de atuação, também no tocante aos limites e restrições. Para tanto, vamos a uma breve análise.

Em se tratando do Estado Alemão,² lembre-se de que ele não traz a previsão expressa dos direitos sociais em sua lei fundamental, o que não significa que na prática não trabalhe para sua realização, até porque se considera um Estado Social. A própria teoria dos direitos fundamentais e a proteção do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, nas obras de autores como Konrad Hesse, Böckenford, Peter Häberle e tantos outros, demonstram a preocupação com a realização dos direitos sociais por estarem atrelados ao núcleo da dignidade, positivado pela Lei fundamental no seu art. 1º. Ainda, diga-se que a Lei Fundamental, em seu art. 19º, prevê a possibilidade de restrição a um direito fundamental, mas preservado o núcleo essencial. Ou seja, mais um importante ponto de distinção com relação à dogmática dos direitos fundamentais da Constituição de 1988. Vide os dizeres de Häberle do contexto Alemão:

As Constituições estaduais alemãs após 1945 e 1989 foram generosas em matéria de dignidade humana. Cláusulas a respeito da dignidade humana encontram-se, em parte nos seus preâmbulos, mas também em seus catálogos de direitos fundamentais, aqui não apenas no tradicional contexto dos clássicos direitos de liberdade, mas também em sua conexão com a ordem econômica ou mesmo em contexto de modo algum evidente. Preâmbulos, como essência de uma Constituição, conferem um significado singular à dignidade da pessoa humana como ponto de partida. O mesmo ocorre com a disciplina da dignidade no art. 1º; ou então no início de uma Constituição como objetivo pedagógico primário.

¹ Sabe-se da forte influência do constitucionalismo português na Constituição de 1976, mas optou-se por trabalhar o modelo alemão, haja vista que o primeiro encontra fortes raízes no segundo; logo, preferiu-se ir diretamente à análise da fonte.

² Um excelente panorama do tratamento constitucional dos direitos fundamentais da Alemanha encontra-se na análise de Hennig Leal e Brügger, os quais, a partir da teoria de Jellineck, analisarão as tratativas constitucionais na Alemanha, Brasil e Estados Unidos. Ver em: BRUGGER; LEAL. Os direitos fundamentais nas modernas Constituições: análise comparativa entre as Constituições alemã, norte-americana e brasileira. Revista do Direito, p. 123-142.

A semelhança de conteúdo entre os preâmbulos, artigos inaugurais de Constituições e objetivos pedagógicos expressos remetem a uma profunda e substancial conexão.³

Logo, a tradição do pós-guerra inaugura, especialmente na Alemanha, face ao histórico da segunda guerra, uma vinculação maior dos poderes instituídos com a realização da dignidade, como expressa o art. 1º: “Todos os agentes da autoridade pública tem o dever absoluto de a respeitar e proteger”, o que permitiu o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais⁴ com relação à dimensão objetiva e subjetiva, a eficácia horizontal e vertical, o dever de máxima concretização, a proibição de não retrocesso social, entre outros temas.

Vislumbrado o contexto histórico, impende referir a conotação que o argumento da reserva do possível assume no cenário da Lei Fundamental, cuja primeira referência histórica aparece na Decisão nº 33 do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE 33, 303), no ano de 1972.⁵ No referido julgado, que trata do acesso a vagas no ensino superior, partindo-se da análise do art. 12, §1º da Lei fundamental, que garante a todos alemães o direito de eleger sua profissão, o lugar de trabalho e sua formação. O argumento central do referida pretensão versava sobre o direito à igualdade ao acesso, bem como se discutiu os valores do Estado Social Alemão. O tribunal reconheceu a dimensão subjetiva desses direitos, inclusive numa perspectiva social com relação ao acesso ao ensino superior, o que não significa que toda e qualquer pessoa que queira cursar terá sua vaga garantida pelo Estado.

Assim, em um primeiro momento, cabe ao legislador fazer essa reserva em conformidade com outros direitos importantes para a sociedade, estabelecendo se é ou não o caso de discutir a necessidade de criar novas vagas, cabendo aos demais poderes se adequarem a elas e fazê-las serem cumpridas. Ainda nessa decisão, o Tribunal dispôs que não pode o legislador apreciar todas as realizações individuais,

³ SARLET. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET. Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional, p. 92-93.

⁴ Sobre a teoria dos direitos fundamentais, uma obra que busca explicar com maestria o contexto e o tratamento que a Alemanha atribui a esses direitos é a de Sarlet.

⁵ Trata-se do julgamento de dois controles concretos, apresentados pelos Tribunais administrativos de Hamburg e da Baviera. Objeto desses processos eram regulamentações de admissão [vestibular] para a Medicina humana nas universidades de Hamburg e da Baviera, nos anos de 1969 e 1970. O §17 da Lei Universitária de Hamburg, de 25 de abril de 1969, determinava: 1) A admissão para alguns cursos pode ser restringida, se e enquanto isso for necessário, em vista da capacidade de absorção da universidade, para garantir a regular realização de um curso na respectiva área do conhecimento. Antes da introdução de uma limitação da admissão, deve-se, sobretudo, avaliar, se e em que extensão a universidade pode tomar medidas, principalmente na área da reforma do ensino, que sejam adequadas a evitar uma restrição da admissão. 2) Limitações da admissão serão regulamentadas por leis de admissão, nas quais devem ser estabelecidas regras sobre a escolha e o número dos candidatos a serem admitidos. A cada seis meses deve ser verificado se ainda está presente a condição do parágrafo 1º. 3) Leis de admissão serão estatuídas pelo Senado (Conselho) Acadêmico, depois da oitiva dos departamentos interessados. In: MARTINS (Org.). Cinquenta anos da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, p. 657.

mas que quando estipuladas, essas restrições não podem ser discriminatórias, devendo atender às necessidades sociais e estarem vinculadas à capacidade de formação e estrutura física das universidades. Na medida em que a prova de ingresso é única, entendem que para permitir o acesso igualitário e universal os critérios devem ser únicos para todos os entes federados.

No caso em tela, o Tribunal, após enfrentar as questões suscitadas em que referiu que o acesso é permitido a todos, mas restrito a um número de vagas, nesse sentido, não se tratava de o Estado destinar mais recursos para ampliar o número de vagas, mas de exigir do Estado algo razoável. Assim, a decisão do Bundesverfassungsgericht utilizou a expressão *Vorbehalt des Möglichen*, traduzida pela doutrina brasileira como “reserva do possível”, para fazer menção àquilo que a sociedade pode exigir do Estado, ou seja, do que é proporcional/razoável que a sociedade exija do Estado Social Alemão. Deve, sim, levar em conta os custos desses direitos, mas parece que, ainda assim, indiferentemente dos recursos de que esse dispunha para a realização do alegado direito.⁶

Nessa senda, o contexto está fazendo referência à relação entre Estado e cidadão e dos compromissos que um terá para com outro, ou seja, não se pode obrigar ao Estado o dever de realizar todos os desejos de seus cidadãos, impondo-se a proporcionalidade, razoabilidade como corolário para sua pretensão. Logo, não se trata exclusivamente de uma reserva financeira, orçamentária, da disposição ou não dos recursos para prover o acesso ao ensino superior, trata-se do comprometimento do Estado com as pretensões dos sujeitos, em termos de limites possíveis.

⁶ Destaca-se o como a reserva do possível está inserida no contexto argumentativo da decisão em questão: “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 autodeterminação 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 ideia do Estado social” (ibidem, p. 663-664, grifos nossos).

No mesmo sentido, vale o alerta de Kelbert:

Isso faz com que muitas vezes se ignorem as circunstâncias em que este termo foi cunhado, quando, por exemplo, se equipara a reserva do possível à dimensão econômica dos direitos sociais, o que está correto apenas em parte, já que o sentido verdadeiro abrange outras dimensões. Com efeito, ao analisar algumas decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha, Olsen conclui que as pretensões exigidas do Estado são compreendidas em face da razoabilidade e da proporcionalidade da pretensão face à necessidade de realização do direito. Assim, a autora afirma que viola a reserva do possível a pretensão que, se satisfeita, pode gerar um desequilíbrio no sistema jurídico, afetando inclusive o princípio da igualdade material e do Estado Social, pois a satisfação de alguns direitos pode afetar a realização de outros, devendo ser feita uma ponderação dos interesses contrapostos. Imposta referir ademais, que antes do Tribunal Constitucional proferir essa decisão, Häberle já havia traçado os primeiros contornos do que veio a ser a reserva do possível. Para o autor, uma questão importante era justamente saber se os direitos fundamentais devem ser satisfeitos na medida da capacidade econômica prestacional do Estado ou se o prestacional deveria existir na medida dos direitos fundamentais. Segundo ele, a pressão normativa para efetivar os direitos fundamentais subsistiria, mas não se pode exigir do Estado (prestacional) o impossível.⁷ (grifos nossos)

Em outra interpretação do referido julgado do Tribunal Alemão, Scaff⁸ entende que, ao julgar que existe uma limitação fática, condicionada pela “reserva do possível”, ela deveria ser avaliada em duas linhas: a primeira, do próprio legislador em sua responsabilidade, e a segunda, que também ele deve atender na administração do seu orçamento outras prioridades. Note-se que, no entendimento dessa doutrina, o autor já atribui uma conotação orçamentária que, em um primeiro momento, não parece ser o cerne da questão. Dito de outra forma: ainda que o Estado alemão dispusesse de recursos orçamentários disponíveis para a abertura de mais vagas nos cursos de medicina e odontologia, que atendessem à demanda de todos aqueles que desejem realizar esses cursos, sem prejudicar outros interesses da coletividade, ainda assim, seria viável, proporcional e razoável o cumprimento dessa exigência? Haveria interesse coletivo que inúmeros jovens cursassem medicina enquanto outros cursos e outras vagas profissionais não fossem preenchidas? Se a resposta for sim, parece que a questão orçamentária era salutar. No entanto, se a indagação a essa pergunta for negativa, o que nos parece, então a dimensão ultrapassa a esfera orçamentária e fala-se somente em um dever de proporcionalidade.

⁷ KELBERT. Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro, p. 70.

⁸ SCAFF; AMARAL; MELLO. Há direitos acima do orçamento? In: SARLET; TIMM (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível, p. 88-91, passim.

Nesse ponto, não se entrará na concepção da reserva do possível na teoria constitucional brasileira, apenas quis-se demonstrar que a origem da expressão no contexto constitucional alemão foi recepcionada pela doutrina brasileira de diferentes formas, o que importa, em uma diferente concepção, à sua aplicabilidade. Contudo, certo é que, em se tratando do cenário alemão não temos os direitos sociais formalmente positivados, mas sua realização vinculada ao respeito da dignidade da pessoa humana, e sua efetivação não gera grandes repercussões, pois ao que parece, a concepção da Alemanha ser um Estado social pressupõe a realização desses direitos. Ainda, como pode se observar na decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão “*numerus clausus*”, a reserva do possível assume uma conotação de proporcionalidade, perpassa a problemática financeira e orçamentária, muito embora deva ela também ser considerada.

No entanto, como o argumento da reserva do possível no contexto brasileiro seguidamente se refere à teoria dos custos do direito, importa a análise da “reserva do possível” no contexto da obra *The cost of rights: why liberty depends on taxes*,⁹ para a posteriori partir-se para uma análise da doutrina e jurisprudência brasileira a respeito da temática. Isso, pois, a teoria dos custos do direito de fruto do direito norte-americano, indiscutivelmente, parte da análise de um sistema conhecido como Liberal, que até possui programas assistencialistas, mas em que a proteção dos direitos sociais não é propriamente um dever do Estado, como no caso brasileiro.

Quanto à forma de construção do modelo norte-americano, não seria preciso lembrar que estamos tratando de um Estado que prima pela liberdade e, historicamente intitula-se como liberal e não social, o que não significa, por sua vez, que não tenha programas de direito coletivo, a exemplo das escolas públicas. No entanto, seu tratamento é diferente do tratamento do sistema europeu, vez que são os Estados que regularão a política de acesso, restringindo a Constituição americana a estabelecer as garantias mínimas. Assim, pode-se afirmar que ela não garante como princípio fundamental a dignidade humana, e nem mesmo prevê os direitos sociais como um dever do Estado, como no caso da Constituição brasileira. Conhecida como carta da Liberdade, a Constituição Americana permitirá que os Estados adotem as medidas que entenderem necessárias às garantias individuais de seus cidadãos e das condições mínimas para que estes exerçam plenamente suas liberdades.

Indiscutivelmente, poderão, sim, os Estados Liberais preocuparem-se e garantir direitos sociais, mas não propriamente como um dever constitucionalmente imposto, mas como uma política estatal para garantir o funcionamento do Estado e a garantia das liberdades. Para Holmes e Sustain,¹⁰ os governos liberais também devem evitar

⁹ HOLMES; SUNSTEIN. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*.

¹⁰ *Ibidem*, p. 207.

grandes disparidades sociais entre seus cidadãos, haja vista que, se as diferenças entre eles forem muito acentuadas, o ódio entre as classes começa a ameaçar a estabilidade social e do regime da propriedade privada em si. Assim, para tais autores, o Estado pode atender a alguns fins sociais como o ensino público para o autodesenvolvimento dos seus indivíduos, programas de treinamento profissional, entre outros, uma vez que a questão dos direitos sociais pode ter relação com questões de justiça, assim como constitui uma poderosa ferramenta de gestão e, portanto, utilizada pelos poderes públicos. Segundo a doutrina dos custos do direito, os direitos sociais muitas vezes representam uma política de inclusão sentimental, no sentido de ser utilizada como atenuante das disparidades entre seus indivíduos, sem aboli-las, por ser condição essencial à manutenção de um sistema liberal.

Para a teoria dos custos do direito, levar os direitos a sério significa afrouxamento de uma série de convicções estabelecidas sobre a natureza do liberalismo americano. Se todos os direitos fundamentais geram às autoridades gastos para sua manutenção, sugere a falácia da distinção entre os direitos em demasia positivos e negativos, na medida em que todos acabam custando ao Estado. Alerta que todos os direitos americanos surgiram originalmente como respostas práticas para problemas concretos. Essa é uma razão pela qual elas variam ao longo do tempo e através das jurisdições, como instrumentos forjados para servir à evolução dos interesses humanos e pontos de vista moral; portanto, devem ser constantemente reformuladas, pela nova legislação e julgamento. No entanto, há que se ter em mente que as dificuldades levantadas são muitas e a consciência de custos no domínio da aplicação dos direitos apresenta um sério desafio para o Judiciário, justamente porque ela exige a atenção para uma ampla gama de demandas conflitantes sobre o público.¹¹

Assim, segundo os autores, em uma democracia as despesas coletivas devem ser supervisionadas coletivamente, os benefícios coletivos devem ser equivalentes às despesas efetuadas, na medida em que esses custos são financiados e arcados pela comunidade.¹²

A rigor, para saber se os Estados Unidos podem pagar os investimentos desse tipo, dois pressupostos são necessários: a) saber se se dispõem de valores orçamentários para financiar esses benefícios; e b) qual o retorno que financiar esses direitos sociais trará em longo prazo, — o retorno que esse investimento trará à sociedade —, para, então, decidir se estarão ou não dispostos a pagar a conta. Logo, nota-se que a educação pode ser um bem intrínseco, mas também que é bom por razões instrumentais, como a de formar médicos, engenheiros, técnicos talentosos que trarão benefícios a essa coletividade.¹³

¹¹ *Ibidem*, p. 219-222.

¹² *Ibidem*, p. 221-225, *passim*.

¹³ *Ibidem*, p. 213.

A partir do exposto, pode-se identificar uma série de diferenças entre o tratamento dos direitos sociais na Constituição alemã e da Constituição norte-americana, bem como a reserva do possível na decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão e na obra de Holmes e Sustain. Diferentemente da teoria alemã, note-se que o direito social no contexto norte-americano é um direito que “nasce restringido”, no sentido de que somente se tem acesso ao direito nos limites do orçamento do Estado, encontrando-se como regra a limitação financeira.

Além do mais, como uma opção da política de garantia do Estado Liberal, os direitos sociais não constituem um fim em si mesmo, mas um meio de manutenção dos benefícios do Estado Liberal, uma vez que a sociedade deve analisar o custo/benefício de garantir esses direitos, uma vez que, não é uma obrigação constitucional normativamente imposta. Logo, as políticas públicas como meio de realização dos direitos sociais no Estado norte-americano existirão na medida em que o orçamento permite, não sendo gritante a vinculação dos direitos sociais com a ideia de dignidade humana. Percebe-se que em determinados momentos o sistema americano busca e defende a implementação de políticas públicas; no entanto, isso não constitui propriamente um dever preestabelecido do Estado Americano para com seus cidadãos, como um dever de prestação positiva e objetiva. Aqui, parece existir uma importante distinção entre direitos sociais e políticas públicas.

2 Distinguindo os direitos sociais das políticas públicas

Algumas diferenciações apresentam-se preliminarmente no tocante à distinção entre os conceitos de direitos sociais e políticas públicas: enquanto estas são voltadas às opções do Legislador e do Poder Executivo, e não estão em um primeiro momento dispostas à escolha do Poder Judiciário, os direitos sociais encontram suas bases constitucionalmente previstas, assim, pode-se traçar uma distinção entre o controle de políticas públicas e o da efetivação dos direitos sociais.

Enquanto as políticas públicas estão diretamente condicionadas ao orçamento público, a realização dos direitos sociais não encontra uma restrição em abstrato, pois sua realização não está constitucionalmente condicionada aos recursos destinados a determinadas pastas orçamentárias. O ideal de políticas públicas pressuporá uma ideia de promoção, trata-se de um agir com a finalidade de concretização de um objeto, voltada à satisfação de sujeitos determinados, ou de fins específicos.

Da mesma forma, as políticas públicas pressupõem escolhas, alocações, enquanto, em um primeiro momento, os direitos sociais pressupõem efetivação, ou seja, as escolhas só estarão em jogo ante a realização de outros direitos fundamentais sociais; então o argumento orçamentário entrará em questão. Discutem-se os diferentes graus de justicialidade dos direitos sociais e das políticas públicas. Dito isso, passa-se à análise em separado de cada uma das polêmicas expostas.

Políticas públicas é conceito polissêmico em termos doutrinários, porque, em sentido amplo, compreenderia todos os instrumentos de ação de um governo, através dos quais haverá a realização de direitos e os preceitos constitucionais se transformarão em utilidades para os governados. São programas, meios pelos quais haverá a atuação política para a realização dos objetivos socialmente relevantes, com a participação dos agentes públicos e privados. O que de fato não se pode negar é que por mais que as políticas públicas não se confundam com o orçamento público, a sua relação é indissociável, na medida em que é o orçamento que prevê, autoriza e possibilita a implementação de uma política pública, que passa a estar restrita pelos valores e princípios orçamentários.¹⁴

Dentre as diversas formas de definições sobre o conceito de política pública que se encontram na doutrina, algumas características podem ser extraídas quase como regra geral, dentre as quais se destacam: em geral, uma política pública permite distinguir o que o governo pretende fazer e o que de fato realmente realiza; envolve vários níveis de decisão não se restringindo apenas aos atores formais, embora seja materializada através dos governos; tende a abranger as leis e regras, mas não a elas se limita; é uma ação intencional com objetivos a serem alcançados, e embora possua resultados a curto prazo, em regra seu gozo é a longo prazo.¹⁵

Há quem simplifique o conceito de política pública como todos os atos legislativos e administrativos necessários à satisfação, realização dos direitos fundamentais sociais, pois esses poderes, no âmbito de suas competências, possuem como dever constitucional a sua promoção e efetividade, que vai além da esfera formal. Como é atribuição dos Poderes Legislativo e Executivo levar a cabo a concretização dos direitos sociais, possuem eles discricionariedade na opção das políticas públicas destinadas a esse fim, até porque, segundo essa lógica, seriam amplas as variáveis lógicas para a realização dele.¹⁶

Aqui uma ressalva se faz salutar, uma vez que se poderia questionar até que ponto os poderes estão desvinculados do dever de proporcionalidade, em termos de custo/benefício, ou ainda, em termos de dever de otimização dos direitos fundamentais. Logo, a própria discricionariedade das escolhas não seria tão ilimitada quanto dá a entender o autor. Assim, esse conceito ainda parece um tanto vago.

Na busca da conceituação entre os direitos sociais e políticas públicas, uma distinção importante:

É de se ressaltar que a categoria de política pública é inovadora na ordem jurídica, porque se distingue da categoria de normas e atos jurídicos,

¹⁴ MÂNICA. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. Revista Eletrônica Direito do Estado, p. 2.

¹⁵ SOUZA. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, p. 36.

¹⁶ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148-156. Passim.

embora esses elementos sejam parte integrante dela. A concepção de política está mais próxima da de atividade: “Conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”, na lição de Fábio Konder Comparato. Atualmente, portanto, as políticas públicas tornam-se foco de interesses jurídicos relevante com a hegemonia do modelo de Estado Democrático de Direito. Modelo esse assentado na Constituição, reconhecida como norma jurídica central e vinculante a todos, que assegura diversos direitos sociais e transindividuais, não apenas como promessas, mas com possibilidades reais de efetivação. Com efeito. A efetivação dos direitos sociais previstos nas normas constitucionais pressupõem ações e omissões do Estado, que se materializam através de políticas públicas.¹⁷

Como dito, a dimensão das políticas públicas é distinta da categoria normativa, por estarem mais atreladas a opções políticas, escolhas que devem sempre que possível ser construídas democraticamente, justamente por constituírem verdadeiras opções, meios, diferentes formas de concretização dos direitos, sempre atreladas aos recursos orçamentários que determinam a sua implementação. O processo de formulação e de constituição de uma política pública pode ser descrito como um processo de negociação, troca e concessão. Esses processos podem se realizar de forma imediata, como podem ser lentos e recorrentes, através de trocas de favores, de votos, de apoio político para ações futuras. O tipo de ações dependerá dos atores políticos envolvidos e das possibilidades e oportunidades propiciadas pelo ambiente institucional. Diga-se que também a credibilidade e a capacidade de garantir o cumprimento das promessas e acordos futuros serão definidores para que os atores políticos se engajem ou não em determinadas ações.¹⁸

Logo, em se tratando de Estado Democrático e de um plano constitucionalizado, pode-se dizer que as políticas públicas aparecem como verdadeiras exigências dos cidadãos à efetivação dos direitos elevados a categorias fundamentais para a construção dos objetivos estabelecidos pelo constituinte, não podendo ser compreendidas como práticas isoladas de um governo desvinculando-se desse fim. Dito de outra forma, não se torna científica a afirmação que o Estado promove políticas públicas e, por conseguinte, implementa através delas as garantias fundamentais expressas no texto.

Ainda, para Penna, é tarefa adequada relacionar direitos fundamentais a políticas públicas, de forma a encontrar um campo para a atuação do Poder Judiciário no seu controle.¹⁹ Contudo, note-se que aqui o autor não separa claramente os campos, apenas desenvolve a ideia de que são as políticas públicas o meio de concretização

¹⁷ COELHO. Políticas públicas e controle de juridicidade: vinculação às normas constitucionais, p. 84-85.

¹⁸ BID. A política das Políticas Públicas, p. 18.

¹⁹ PENNA. Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil, p. 212-213.

dos direitos sociais, embora nem todas as ações estatais que concretizem direitos sejam necessariamente políticas públicas. Portanto, até o presente momento, os conceitos genéricos ora apresentados não atendem à distinção que se faz necessária entre políticas públicas e direitos sociais.²⁰

Conceito mais específico encontra-se em Reck,²¹ que passa a apresentar critérios para uma possível identificação de uma política pública, ou seja, estabelece parâmetros para sua conceituação, passando por uma análise mais complexa da questão. Segundo o autor, uma primeira hipótese para a definição do conceito de política pública pode passar pela perspectiva jurídica, pelo fato de a mesma seguir o que se denomina “engajamento comunicativo que serve às demandas sociais”, mas de imediato aponta que tal premissa enfrenta problemas como, por exemplo, de uma mera alteração de uma lei ordinária receber a denominação de política pública; logo, é um critério insatisfatório, pois irá contra a noção socialmente partilhada da construção desse conceito. Assim, conclui que “toda política pública vai passar pelo Direito, no entanto, nem todo Direito é o que se pode chamar de política”.

Uma segunda hipótese por ele apresentada é a de dizer que são as organizações governamentais que fazem as políticas públicas, uma vez que a política pública, por estar ligada ao Direito, também estará ligada aos procedimentos autorizados, conseqüentemente, às Organizações Governamentais. Entretanto, logo apresenta o problema, exemplificando que uma sentença judicial é emanada de uma organização governamental e não pode por isso ser considerada uma política pública. Ainda, entende que se poderia invocar o que ele denomina de um critério político, no sentido de ser o modo como uma sociedade atua sobre ela mesma, o que já denuncia ser de ampla vagueza. Logo, conclui seu raciocínio, buscando a sua resposta na pragmática do discurso, em que apresenta uma combinação entre os diversos elementos que juntos comporão um conceito mais complexo.

Dizer que uma política pública é um discurso organizado e coerente também é dizer nada, pois, além da dificuldade de ser necessário dizer porque é organizado e coerente, outros discursos também o são. Isto, todavia, pode ser traduzido de maneira não-metafísica, e é o que será feito mais adiante. Que uma política pública sucede uma demanda social, não há dúvidas, e este é um dado a ser levado em conta. Que uma política pública necessita de engajamentos na ação para materializar-se também é verdade; mas todo o Direito precisa. A diferença é que as políticas públicas necessitam de engajamentos em nível de poder administrativo, e esta é uma pista a ser seguida. Dizer que as políticas públicas estabelecem programas que se protraem no tempo é correto,

²⁰ Para maiores esclarecimentos sobre a distinção entre políticas públicas e direitos sociais, ver: BITENCOURT. Controle jurisdicional de políticas públicas, 2013.

²¹ RECK. Aspectos teórico-constitutivos de uma gestão pública compartilhada: o uso da proposição Habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público.

mas também uma série de outros fenômenos também faz isso, como os princípios. Que exista tentativa de mudança consciente da sociedade, também todo o resto do ordenamento busca fazê-lo. Que nas políticas públicas predomina argumentos pragmáticos, isto ocorre em toda a Administração Pública. O que vai realmente diferenciar a política pública de todos os outros fenômenos é, além da confluência dos dados acima, a possibilidade de identificação de um discurso que se auto-referencia enquanto fim e enquanto meio. Isto é, as políticas públicas formam um todo orgânico especializado em algo, cujo discurso traz dentro de si uma coerência narrativa entre fins e os atos de fala necessários em sede de poder administrativo, isto é, faz uma ligação causaliforme e comunicativa entre as medidas e os valores a serem alcançados.²² (grifos nossos)

Ante esta combinação de elementos veja-se um “teste” por ele apresentado para a sua identificação prática, e que certamente não atende aos mesmos critérios relacionados aos direitos sociais, como se verá a posteriori:

Observe-se um “teste” deste conceito. Este “teste” será realizado a partir da Política Nacional do Meio Ambiente, e será utilizada apenas Lei nº 6.938, de 1981, a fim de abreviar a argumentação, muito embora se saiba que as políticas públicas para o meio ambiente levadas a cabo pela União abrangem muitas outras leis e a própria Constituição Federal. Ninguém duvida que, por pior que seja, exista uma política pública para o meio ambiente. Já tendo a resposta, se as perguntas se mostrarem coerentes, é sinal de que o conceito foi achado. Existiu uma demanda social anterior? Sim, é a reclamação para preservação do meio ambiente. O Direito é o meio para o engajamento na ação? Sim, o Direito fixa os programas, estabelece os institutos, traça as competências e cria os órgãos necessários para a política pública. Existe ligação com Organizações Governamentais? Sim, em todas as esferas de governo. Existe influência da sociedade por ela mesma e tentativa consciente de mudá-la? Sim, buscando o estímulo e a não-ocorrência de certas condutas através de conseqüências jurídicas. É o discurso que se protraí no tempo? Sim, e vige até hoje. Existe uso do poder administrativo e predominância de discursos pragmáticos? Sim, após a decisão de proteção do meio ambiente, foi necessário o estabelecimento de meios pragmáticos para que estes fins sejam alcançados. Finalmente, existe coerência narrativa interna que possibilita a formação de uma identidade a partir do cotejo meios-fins em sede de poder administrativo? Sim. A política pública tem uma identidade própria a partir do estabelecimento de um ato de fundação (art. 1º da Lei nº 6.938, de 1981), princípios próprios (art. 2º da Lei nº 6.938, de 1981), linguagem própria (art. 3º da Lei nº 6.938, de 1981), objetivos (art. 4º da Lei nº 6.938, de 1981), comunicações coordenadoras entre órgãos e definição destes (art. 6º da Lei nº 6.938, de 1981) bem como instrumentos pragmáticos (art. 9º da Lei nº 6.938, de 1981). Todos estes dados que lei traz demonstram uma linha contínua, dentro da própria política pública, entre a justificação e aplicação em direção à concretização

²² RECK, op. cit., p. 248.

pragmática através de hipóteses e instrumentos de gestão, as quais formam um todo narrativo coerente. Eis a política pública.²³

Discorridos alguns conceitos, pode-se observar que a abordagem de Reck contempla as premissas expostas pelos demais autores, contudo, agrega uma maior complexidade, na medida em que não se pode resumir o conceito de política pública como toda a ação legislativa ou administrativa praticada pela Administração em benefício aos direitos sociais, porquanto, ter-se-á que analisar as demais funções estatais, a exemplo do próprio serviço público que, apesar de concretizar direitos sociais, não é denominado como política pública. Assim, para fins desse estudo, adota-se a ideia que para se estar diante de uma política pública necessita-se estar frente a um discurso que segue as demandas sociais; que encontra no direito o meio de organização dos engajamentos para a ação; que possui uma ligação com as organizações governamentais; que possui influência da sociedade por ela mesma ou parte dela; em uma tentativa de modificação consciente da sociedade utilizando-se do poder administrativo para isso, na qual preponderam os discursos pragmáticos, motivados ainda por outras espécies de discursos.

Dito isso, parte-se para o exame do conceito de direitos sociais. Quer-se aqui pontuar, na verdade, as maiores problemáticas que giram em torno desse conceito, para então vislumbrar-se a aplicabilidade do argumento da reserva do possível quanto aos direitos fundamentais sociais e quanto às políticas públicas.

Em primeiro, é preciso ressaltar que a tradição constitucional pós-1988 tem sido de certa forma quase unânime no reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, especialmente em se considerando a topografia desses direitos com a CF/88, bem como tem sido no campo doutrinário o reconhecimento da tese da indivisibilidade dos direitos fundamentais, que, por sua vez, leva a considerar os direitos sociais como extensão dos direitos de liberdade ou como uma nova categoria de direitos que carregam as mesmas características ou fundamentos dos direitos fundamentais de 1ª geração.

Contudo, ressalte-se que essa tese da indivisibilidade produz alguns impasses, no seguinte sentido: a) não se consegue resolver a problemática da efetivação dos direitos sociais sem que haja a atuação do legislador na estipulação dos programas de concretização; b) acaba por banalizar a temática dos direitos de liberdade sem que fortaleça a dos direitos a justiça; c) acaba por tentar substituir as políticas públicas pelo processo de subsunção judicial; e d) acaba amortecendo a dimensão reivindicatória da cidadania característica desses direitos; — apontando-se, assim, como uma problemática a ser resolvida no campo teórico e prático.²⁴

²³ RECK, op. cit., p. 249.

²⁴ TORRES. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET; TIMM (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível, p. 63-78, passim.

Maiores divergências incidem acerca do tratamento dos direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos, como demonstra Pulido, acerca do pensamento de Atria, que compreende a subjetividade como característica dos direitos liberais, gravados como direitos naturais, individuais, contra a comunidade artificial, unilaterais, determinados, de proteção contra terceiros, correlatos a deveres, mas prioritários em relação a esses. Logo, segundo essa doutrina, se a característica da subjetividade for atribuída aos direitos sociais, os fatores decorrentes desse conceito adquirem nova roupagem, pois o objeto já não seria mais a defesa frente ao ataque da comunidade ou de terceiros, mas uma forma de vida digna em que cada um deve se relacionar com o outro em uma dimensão de solidariedade, lembrando uma concepção socialista de comunidade, fazendo com que perdessem seu caráter unilateral, a determinabilidade de seu conteúdo e sua observação seria sempre coletiva e não individual.

Muito embora Atria ressalte existir uma diferença meridiana na forma em que os liberais e os socialistas concebem esses direitos, sendo que, no primeiro, esses direitos se fundam no próprio interesse e funcionam como uma espécie de seguro para que cada indivíduo possa se prevenir da possibilidade de estar desprotegido, necessitado; enquanto, no segundo, trata-se de um meio de diminuir a desigualdade de classes, a responsabilidade do Estado de propiciar uma condição melhor do que aquela do seu estado de natureza, propiciando uma situação mais igualitária.²⁵

Por conseguinte, as demandas socialistas só podiam reverberar no discurso liberal se fossem manifestadas como direitos, de modo que se pudesse dizer que o conflito entre essas demandas era um conflito de direito contra direito (permitido), e não contra direito contra utilidade geral ou aspiração comunitária (não permitido). Com efeito, se as demandas socialistas se houvessem manifestado na linguagem de aspiração comunitária, a resposta liberal teria sido indefectivelmente no sentido de que enquanto objetivos agregativos essas aspirações comunitárias não podiam competir com direitos. Ao apresentá-las como direitos, o liberalismo se via frente a um dilema, porque deveria optar entre (1) manter sua adesão prioritária aos “direitos de primeira geração”, declarando-os mais importantes do que outras necessidades, e implicando assim que o importante era, por exemplo, gozar de liberdade “formal”, ainda que essa liberdade fosse substancialmente vazia (o rico e o pobre eram livres para dormir sobre as pontes de Paris) ou (2) aceitar que as condições para o exercício legítimo e substancialmente significativos das liberdades fossem cobertas por direitos com ao menos o mesmo título que elas.²⁶

²⁵ PULIDO. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos fundamentais sociais: uma crítica a “Existem direitos fundamentais sociais?” de Fernando Atria. In: SOUZA NETO; SARMENTO (Coord.) Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos fundamentais em espécie, p. 138-140.

²⁶ ATRIA. Existem direitos sociais?: desafios dos direitos sociais. Revista do Ministério Público RS, p. 19-20.

Nesta seara, algumas conclusões serão possíveis como reflexos dessa concepção subjetivista dos direitos sociais que, segundo ele, deveria ater-se a uma concepção política desses direitos que apresentaria a única concepção plausível.

Atria entende que os direitos sociais não podem ser completamente exigíveis, em um contexto que concebe os cidadãos primariamente como portadores de direitos e, em uma medida importante, pelo fato de que esses direitos de “solidariedade” acabam por depender de sistema que o juiz não pode, pelo cargo que ocupa, criar. Nesses termos, para que uma violação a um direito social pudesse ser diretamente invocada ante um Tribunal, faz-se necessária a reformulação da concepção de direito social de forma a torná-la concreta e individualizada, ao invés de fazê-lo de forma genérica. Em verdade, o que chega a um Tribunal, como no caso do direito à saúde, é um direito individual alegado pelo demandante, sem que a necessidade dos outros possa ser realmente relevante, aparecendo somente como objetivos políticos, e não propriamente direitos. A pretensão da comunidade é relegada em nome do indivíduo, rechaçada a olhos vistos. Assim é que a exigência judicial de um direito social implica negar a ideia socialista que lhe serve de fundamento, ou seja, a criação de uma forma superior de comunidade. Portanto, percebe-se que a consideração dos direitos sociais como direitos subjetivos pode fazer todo o sistema perder a legitimidade, e comprometer a concretização dos direitos individuais de liberdade.²⁷

Assim, para o autor, a melhor concepção não é advogar a retirada desses direitos dos textos constitucionais, mas, como já dito anteriormente, deter-se à sua compreensão como direitos políticos, como verdadeiros objetivos a serem perseguidos pelo Estado, e toda a juridicidade desses direitos comportaria na desnaturalização do dever de solidariedade.

Pulido, ao analisar a doutrina de Atria, rebate importantes pontos de sua teoria, especialmente, a que trata da sindicabilidade dos direitos sociais, uma vez que este último entende ser necessária. Para tanto, não nega o fato de haver diferenças estruturais entre os direitos sociais e os direitos civis e políticos; no entanto, tais distinções não erradicam propriamente em sua indeterminabilidade normativa, uma vez que a própria concepção dos direitos sociais implica a busca dos meios para o exercício das liberdades. Adverte que todas as disposições constitucionais que estabelecem direitos guardam em si certo grau de abstração, por não apresentarem clareza acerca das proibições, permissões, ordens e competências que prescrevem, afetando tanto os direitos de liberdade quanto os direitos políticos. Logo, é justamente por causa dessa margem interpretativa que todos os direitos fundamentais, e não somente os sociais, deslocam-se do âmbito da política para a interpretação constitucional e, portanto, do Parlamento aos Tribunais. O que se distingue, na verdade, é o

²⁷ Ibidem, p. 30-34, passim.

tipo de indeterminação, portanto: “[...] a diferença dos direitos sociais parece estar na maneira em que se determina seu objeto: uma prestação a cargo do Estado, e na maneira em que se estabelece quando existe vulneração desses direitos”.²⁸

Outra consideração parece se destacar nas objeções de Atria, quando o autor trata dos direitos sociais como programas, uma série de atos a ser praticada pelo Estado para a concretização coletiva desses direitos, cujo fundamento é justamente a diminuição das desigualdades. Acerca da diferença proposta nesse tópico, no momento em que se trata de escolhas, programas, de uma série de atos organizados e à disposição do Poder Público, sua escolha e execução, o conceito traçado parece se referir mais à noção de política pública do que propriamente de um direito social, lembrando que o conceito de política pública é muito mais amplo do que o simples meio de realização desses direitos. Logo, pode-se dividir o direito a ter direito ao que está consagrado constitucionalmente, do meio mais eficaz, da sua melhor forma de concretização, uma vez que as garantias das liberdades dependem dos direitos sociais, como forma concreta, e não meramente formal.

Aqui vale anotar a crítica às teorias restritivas, que negam subjetividade aos direitos prestacionais e os vinculam somente aos direitos sociais, porque nela possui contradições e desequilíbrios que se revelam a partir da própria leitura do texto normativo. Em diversos momentos, no tocante à própria proteção dos direitos sociais, a prestação do Estado, por assim dizer, será de cunho negativo, basta pensar que para o indivíduo poder exercer o direito social de greve, há necessidade de simples abstenção do Estado.

Logo, em uma última análise, em vários momentos serão apresentados como direitos de defesa, como o direito de não ser compelido a associar-se, de não discriminação do ambiente de trabalho etc. Enfim, ainda que o classificando como social, está estritamente entrelaçado à proteção de um direito individual. Para exemplificar tal afirmativa, Esteves utiliza-se de um exemplo em que o chefe do Poder Executivo é compelido a despender um significativo recurso financeiro para mobilizar um enorme contingente policial no cumprimento de um mandato de reintegração de posse de uma área ocupada indevidamente, em que pessoas estabeleceram suas “moradias”. Nesse caso, ainda que o valor designado para o cumprimento de tal direito fosse alto, não encontraria nenhum óbice para ser determinado pelo Poder Judiciário porque estaria qualificado como um direito individual, o de propriedade privada. Já, uma ação judicial que tivesse o objetivo de que o Judiciário ordenasse o Executivo à tomada de providências necessárias a fim de que os mesmos ocupantes dessa área obtivessem contratos habitacionais para a realização do direito à moradia, esta encontraria um enorme obstáculo porque aqui o valor empregado seria para a realização de um direito

²⁸ PULIDO, op. cit., p. 145.

social.²⁹ Esse simples exemplo demonstra como uma visão absoluta e restritiva de uma teoria impossibilita a visão do todo.

No entanto, não é apenas o caráter subjetivo desses direitos que geram complicadores no campo teórico e prático, como explana Queiroz:

Outros, todavia, entendem o conteúdo dos direitos fundamentais sociais como integrando o conjunto de “tarefas constitucionais objetivas”, que se traduzem quanto ao Estado, na determinação de “deveres objetivos” de criação dos pressupostos do exercício de uma liberdade que se pretende efetiva e real, oportunizando numa solução de compromisso entre um amplo reconhecimento de pretensões a prestações positivas e a recusa total da compreensão dos direitos fundamentais sociais como direitos de participação, sustentando que esses últimos se mostram necessários a defesa e manutenção dos direitos fundamentais de liberdade. Estes não serão interpretados a partir do postulado de sua “otimização”, isto é, da defesa de uma justiça social, cuja realização cai na competência do domínio do legislador, antes a partir de um “standart mínimo” decorrente da necessidade de proteção do Estado à luz do princípio da liberdade fundamental. Esse “standart mínimo incondicional”, que se encontra fixado pela jurisprudência do Tribunal Alemão, não deve ser interpretado de forma restritiva, antes tem vindo a ser progressivamente fixado e desenvolvido numa perspectiva aberta e causuística. Essa “garantia de um mínimo social” — ou “standart mínimo” compreendido como mínimo existencial” — destina-se a evitar a parda total da função do direito fundamental de forma a que este não resulte “esvaziado” de conteúdo e, deste modo, desprovido de sentido.³⁰

Nesta esteira é que entraria em cena a tese da “irreversibilidade dos direitos fundamentais sociais” (como um dever de proporcionalidade), que, segundo a denominação de Müller, acabaria por assumir um papel de “guarda flanco” desses direitos e proteções já adquiridos — uma garantia do grau de concretização já obtido, uma verdadeira proibição de retroceder e de assegurar o status quo já obtido em termos sociais. No entanto, explica que, no caso dos direitos fundamentais sociais, há uma margem de ação estrutural mais ampla do que aquela disposta nos direitos de liberdade, o que não significa total insindicabilidade de opções legislativas quanto à concretização do direito fundamental social sindicável.³¹ Daí a tese de que todos os direitos sociais são direitos sociais fundamentais, a tese de que os direitos fundamentais sociais são plenamente justificáveis, independente da intermediação do legislador, bem como os direitos fundamentais sociais são interpretados de acordo com o princípio da interpretação constitucional, tais como os da máxima efetividade, concordância prática e da unidade da Constituição.³²

²⁹ ESTEVES. Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal, p. 60-63.

³⁰ QUEIROZ. Direitos sociais, p. 22-23.

³¹ QUEIROZ. O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais, p. 66-68.

³² LEAL. Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil, p. 80-81.

Logo, o que antes era um dever de legislar transforma-se com a concretização desse direito em um dever de não revogar, de não eliminar essa lei ou essa prestação material, convertendo-se um direito de defesa do indivíduo perante o Estado, ou seja, há aí uma inversão, um dever positivo para um dever negativo. Assim conclui a autora: “Esse dever de proteção não reveste a natureza de uma omissão estatal, antes de uma ação positiva, que se constitui em face ao titular do direito de defesa em sentido material. Por sua vez, o dever de proteção do Estado, uma vez existente a lei de proteção, converte-se, em face ao titular do direito, num direito de defesa em sentido formal”.³³

Em termos jurídico-dogmáticos, essa caracterização dos direitos fundamentais sociais decorre da natureza objetiva das normas constitucionais, apresentando duas dimensões fundamentais: a primeira dirige-se fundamentalmente ao Estado e a outros poderes públicos; a segunda constitui normas jurídicas vinculantes, ou seja, a pretensão não corresponde a uma omissão, mas a uma ação Estatal, seja pelo Poder Legislativo, Poder Executivo ou Poder Judiciário.³⁴

Nesta esteira, Leal afirma não ter dúvida de que a natureza dos direitos fundamentais sociais é absoluta, em face do bem da vida que ela alcança e se propõe à proteção. O que na prática ocorre é que o processo de efetivação desses direitos pode possuir dimensões diferidas e exógenas, em face do universo de demandas e interesses igualmente protegidos e de sua autoaplicabilidade e realização progressiva. Já quanto à sua efetivação, faz mister reconhecer que o Estado assume um papel primordial na realização desses direitos, na medida em que tanto a sociedade civil quanto o mercado não estão estruturados ou mesmo interessados na realização deles, motivo pelo qual estão a exigir ações concretizantes e equalizadoras do universo de demandas que precisem ser atendidas, o que implica, sim, certa intervenção estatal para realizar estratégias distributivas de direitos.³⁵

Assim, ante o dever de concretização desses direitos, considerando-se, ainda, uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que vincula os poderes à sua efetivação, no Estado contemporâneo, não se pode definir, formalmente, o limite entre o político e o judicial, pois, no estágio atual, a justiça não consegue e nem pode mais ser apolítica. Indiscutivelmente, muitos direitos nascem de uma interpretação judicial e, a posteriori, vêm a ser positivados na esfera legislativa (por exemplo, a ação de mandado de segurança, poder de polícia, a responsabilidade civil de pessoas jurídicas por atos ilícitos etc.). Nesse contexto, a distância entre as funções latentes dos poderes constituídos torna-se um tanto paradoxal e utópica. Nesse sentido, no novo

³³ QUEIROZ. O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais, p. 70.

³⁴ QUEIROZ, op. cit., 2006, p. 18-19.

³⁵ LEAL, op. cit., p. 51-52.

paradigma social a concretização impõe outras formas de observação da realidade, motivo pelo qual o paradigma da legalidade mostra-se insuficiente ante a complexidade social existente:

legalidade, mais que um paradigma ou uma ideologia, é também um mito, uma noção criada para substituir a de Legitimidade [...]. Desmistificar a Legalidade é algo que causa impacto tanto nas estruturas mesmas do Estado de direito quanto, ato contínuo, na estrutura mias profunda da sociedade, ou seja, na matriz Liberal da Modernidade.³⁶

No caso brasileiro, a CF/88 atribui ao intérprete constitucional o dever de atuar como um argumento contra majoritário, significa dizer que a Constituição estabeleceu os pilares à realização dos fundamentos da República, como justiça social e dignidade humana. Assim, é dever do intérprete resguardar a concretização desses preceitos, buscando a máxima universalização das suas decisões, ante aos próprios custos dos direitos, ante tantos direitos da coletividade.

Ainda, ressalte-se que o contexto dos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, cuja “normatividade”, ou melhor, a posição normativa, é diferente das constituições europeias e de onde “importamos” a teoria dos direitos fundamentais e dos direitos fundamentais sociais. Até porque, diferentemente da Constituição Alemã, não prevê expressamente e da Constituição Portuguesa que os prevê, mas com um regime próprio, a Constituição de 1988 os prevê expressamente e não introduz a eles um regime jurídico diferenciado. Apesar de a Constituição não possuir em caráter um rol de direitos sociais taxativamente, a Carta magna enumera alguns, como: saúde, educação, moradia, lazer, cultura. Note-se, por sua vez, que esses direitos estão elencados no art. 6º, que se encontra no capítulo II (dos direitos sociais) que estão dentro do título II (dos direitos e garantias fundamentais), ou seja, uma topografia diferenciada com relação a outras Constituições com relação ao conteúdo, extensão e os meios de conformação desses direitos, no entanto, em face da forma com que estes estão postos na Constituição de 1988, parece haver uma vinculação necessária com relação ao legislador, ou seja, além de concretizar esses direitos, está ele, sim, também vinculado. Resta discutir a quais direitos e em que medida.

Argumenta-se, ademais, que se o constituinte deseja-se incluir os direitos sociais no rol das cláusulas pétreas o teria feito expressamente. No entanto, esse viés interpretativo desconsidera algumas peculiaridades da constituição brasileira. Assim, pode-se rebater a referida concepção ao considerar que se os direitos sociais não fossem dotados da distintiva nota de fundamentalidade, o constituinte podia ter repetido a tradição

³⁶ MASTRODI. Direitos fundamentais sociais, p. 15.

constitucional brasileira a esse respeito e não incluir os direitos sociais no título destinado aos direitos e garantias fundamentais. Além disso, como relembra Sarlet, no caso brasileiro, não existe distinção entre o regime jurídico dos direitos de defesa e dos direitos prestacionais, a exemplo da Constituição portuguesa.³⁷

Visto que as divergências acerca da concepção dos direitos sociais como direitos subjetivos e como direitos objetivos, bem como os limites qualitativos e quantitativos de concretização desses direitos, geram um enorme campo de divergência doutrinária, importante referir que sempre que se busca a redução de sua incidência, ou melhor, a fundamentação à restrição da aplicação desse direito, o argumento que prepondera enquanto restrição externa refere-se ao argumento da reserva do possível, que se incorporou na doutrina e na jurisprudência brasileira de tal forma que criou um verdadeiro estereótipo quanto à sua aplicabilidade, basta invocar esse argumento que as restrições de antemão parecem estar autorizadas, mesmo que ele seja utilizado em situações que se apresentem divergentes, como será demonstrado.

Ante sua larga aplicabilidade e, ainda, ante suas diferentes origens, especialmente falando da obra de Holmes e Sustain e da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, quer-se buscar o fundamento da sua aplicabilidade no cenário brasileiro, considerando-se as diferenças já apontadas do conceito de políticas públicas e de direitos sociais, buscando-se compreender a força e o significado desse argumento olhando-se para o Estado Democrático de Direito pós Constituição de 1988.

3 A “reserva do possível” – Reflexões a partir de exemplos da jurisprudência brasileira no seu tratamento

Aqui tratar-se-á em termos exemplificativos alguns julgados polêmicos do STF acerca do tema da reserva do possível e das diversas concepções, pois como poderá se observar, ora é refutada, pois não pode ser um argumento para exonerar o Poder Público de seu dever estatal, atuando como um limite negativo, ora é invocada, para não impor determinadas obrigações estatais em face da garantia e da segurança de todo o sistema.

Essas observações podem ser extraídas de alguns julgados analisados em recente obra por Kelbert.³⁸ Da exposição da autora, pode-se destacar que a maioria dos julgados não enfrenta propriamente o problema do controle judicial das políticas públicas, pois o STF prefere privilegiar os argumentos da reserva do possível. Ao valer-se desse argumento, invoca a razoabilidade como algo que deve ser ponderado entre

³⁷ SARLET. A eficácia dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, p. 28.

³⁸ Dentre as decisões analisadas destaca-se RE nº 595.595, AgR/SC, RE nº 410.715, AgR/SP, RE nº 602.652/S, Ag nº 723.773/MTS, dentre outras. Vide Kelbert, p. 106-118.

a disponibilidade de recursos para atender a uma demanda específica e “esvaziar os cofres” públicos comprometendo outras demandas,³⁹ sendo que os custos devem ser considerados, mas não a ponto de comprometer, aniquilar a realização dos direitos fundamentais sociais.

Já em análise de outro julgado,⁴⁰ vale anotar o voto de Gilmar Ferreira Mendes, no qual o Ministro alega que a aplicação dos direitos fundamentais sociais deverá estar compatibilizada entre a reserva do possível e o mínimo existencial, sem, contudo, traçar as significativas divergências de conteúdo que esses conceitos carregam. Logo após, trabalha a perspectiva dos custos do direito a partir da teoria da obra *The cost of rights: why liberty depends on taxes*.

Sem mais delongas, note-se que, neste julgado, a reserva do possível invocada refere-se mais à teoria dos custos do direito norte-americano do que o conceito de reserva do possível do direito alemão, muito embora já foram discorridas, ainda que brevemente, as diferenças dos contextos no capítulo 1. A decisão, diga-se de passagem, não esclarece as diferenças dos sistemas, sequer o tratamento que se pretende dar aos direitos sociais nas realidades americana e brasileira. A conotação da decisão gira em torno dos aspectos financeiro-orçamentários, sem, contudo, nos votos do referido julgado, demonstrar uma definição do que, por exemplo, seria uma “disponibilidade financeira”.

Ainda, destacam-se as conclusões da autora após a análise do julgado do Agravo de instrumento nº 723.773, do Estado do Mato Grosso do Sul, acerca da condenação do Estado por danos morais, em face da violação da dignidade da pessoa humana por superlotação carcerária. Resumindo, no voto do Ministro Marco Aurélio, relator do julgado, para justificar o desprovimento do agravo, valeu-se do argumento da reserva do possível para dizer que não se pode impor ao Estado esse dever senão dentro dos parâmetros da razoabilidade (que, diga-se, não justifica e nem demonstra na prática), pois se deve observar a disponibilidade financeira e orçamentária. Assim, foi utilizada para não aplicação do direito invocado.⁴¹ Conclui:

Diante das decisões comentadas, pode-se afirmar que naqueles casos em que a vida do requerente da prestação estatal encontra-se em risco direto, o STF vale-se da reserva do possível apenas a título argumentativo, e concede a prestação. Isso é o que se extrai das decisões que se pleiteiam prestações vinculadas ao direito à saúde, que vem sendo assimilado como decorrência do direito à vida. Também no caso do direito à educação o STF entende que se trata de direito com assento constitucional, o qual não pode ser negado, de forma que nesses casos a reserva do possível não pode servir como escusa à não realização do

³⁹ Argumento extraído do voto do Ministro Celso Mello, RE nº 410.715, AgR/SP.

⁴⁰ Suspensão de segurança nº 3741/CE, julgado em 17.05.2009. Vide Kelbert, p. 111-112.

⁴¹ KELBERT. Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro, p. 116-117.

direito. Por outro lado, quando em uma causa da dignidade do preso, a reserva do possível serviu como argumento contrário à concessão da prestação estatal, embora sem maiores detalhamentos. Não houve por parte do Estado comprovação sobre a efetiva inexistência ou indisponibilidade de recursos que pudessem garantir melhorias nas condições prisionais, apenas a alegação por parte do ente Estatal, de que estaria tentando melhorar referidas condições dentro dos limites da razoabilidade e da disponibilidade financeira orçamentária. No entanto, não há qualquer menção sobre como isto está sendo feito.⁴²

Novamente, as jurisprudências aqui analisadas permitem apenas o levantamento de algumas questões que merecem maior investigação por parte da doutrina e da jurisprudência, uma vez que, como demonstrado, a reserva do possível no contexto da jurisprudência brasileira aparece como justificativa para uma tomada de decisão, decide-se e depois busca-se uma fundamentação. De outra banda, também merece destaque a concepção da reserva do possível, que é referida em face dos custos e das reservas orçamentárias, muito mais do que como o que se pode exigir razoavelmente do Estado, como no caso da jurisprudência alemã. Ou seja, a discussão parece ainda ficar em um campo superficial, e não gera o enfrentamento de questões como o controle dos direitos sociais e das políticas públicas.

Optou-se por analisar aspectos da decisão SL 47-Agr/PE,⁴³ por mais uma vez envolver a teoria dos custos do direito enquanto se refere ao acesso aos direitos sociais à saúde. No primeiro aspecto da decisão, vale mencionar, está expresso que trata da discussão jurisprudencial acerca da interpretação da norma constitucional do art. 6º e do art. 196 da CF/88, no reconhecimento do direito à saúde como “um direito público subjetivo, reconhecido como um direito a prestações positivas podendo ser demandado via judicial”, em face do reconhecimento da doutrina pátria como sendo um direito essencial à composição do chamado mínimo existencial. Logo, o primeiro aspecto que se quer destacar é a proteção dos direitos sociais na Carta magna, ou seja, o Estado Democrático de Direito brasileiro protege os direitos sociais como sendo direitos fundamentais. Destaca-se: não se faz qualquer ressalva aos diferentes contextos e, portanto, concepções da doutrina norte-americana em relação ao contexto brasileiro.

⁴² KELBERT. Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro, p. 117-118.

⁴³ O caso em análise trata-se de um agravo regimental interposto contra o Estado de Pernambuco em face da decisão do Ministro Nelson Jobim pelo indeferimento de suspensão dos efeitos da liminar, concedido pelo Juiz Federal. A demanda teve início em uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal e Estadual de Pernambuco para que o município de Petrolina adotasse oito medidas em caráter de urgência no atendimento médico-hospitalar no hospital Dom Malan. A decisão condenou o município à adoção das medidas, bem como condenou o Estado e a União a adotarem os meios necessários para auxiliar o município de Petrolina na regularização das medidas. Dentre os vários pontos relevantes da decisão, tais como o respeito à separação de Poderes, a judicialização da política, a solidariedade passiva dos entes federativos, buscar-se-á discorrer acerca do enfoque dos julgadores com relação aos custos dos direitos, especialmente dos direitos sociais, na medida em que são concebidos como direitos a prestações positivas, logo, demandam custos ao Estado.

De outra banda, é a teoria política constitucional brasileira seguindo muito mais o modelo europeu de proteção dos direitos fundamentais do que o modelo de liberdades norte-americano. Assim, como bem frisado na decisão em tela, a teoria dos direitos fundamentais não contém apenas uma proibição de intervenção (postulado de proteção – proibição de excesso), mas uma proibição de proteção insuficiente, ou seja, não basta que o serviço público referente ao Hospital Dom Malan estivesse sendo prestado; a exigência é que a sua prestação seja efetiva, concretizadora das garantias fundamentais dirigidas aos seus cidadãos.

No entanto, ante os custos, há que se falar em ponderar as escolhas e majorar os danos, priorizar as demandas e essências. Esta não é uma escolha que constitucionalmente foi deixada à discricionariedade do gestor público, antes pelo contrário, com a CF/88 o intérprete viu-se atrelado ao dever de concretização dos pressupostos fundamentais e, dentre eles, indiscutivelmente se encontram as demandas dos direitos fundamentais e sociais, especialmente os atrelados à ideia de vida (enquanto uma dimensão negativa) e de dignidade da pessoa humana (enquanto dimensão positiva).

Ainda, os doutos julgadores, ao analisarem o dever estatal com relação à saúde, não estão somente a tratar do direito de um indivíduo, mas do dever estatal a um serviço público eficiente. Sendo assim, a Constituição atribui esse dever solidariamente ao Município, Estado e à União, o dever de fornecimento desse serviço adequado de saúde, com o devido acesso igualitário e universal. O que não significa dizer que toda demanda deverá ser atendida pelo ente público ignorando seus custos, mas como a própria teoria dos custos preconiza, faz-se necessária uma análise de custo-benefício em termos de retorno à coletividade, que, no presente caso, não se voltou apenas a um caso em específico, mas à melhoria de um serviço que atenda a toda a coletividade.

Outra decisão que merece referência, no tocante à implementação de políticas públicas para o desenvolvimento da infância e da juventude, é o RE nº 482.611/SC.⁴⁴ Antes de discorrer propriamente na temática da decisão em pauta, algumas questões preliminares merecem ser abordadas, pois, mais uma vez, a reserva do possível assume o palco central da discussão.

⁴⁴ A decisão em análise trata-se de um recurso extraordinário pelo Ministério Público de Santa Catarina, contra o município de Florianópolis, em face da “omissão” do município de Florianópolis ante políticas públicas voltadas à obrigação constitucional de proteção da criança e do adolescente, com relação à inexecução por parte do município do programa de ação social, denominado “programa sentinela”. A questão permeia a eficácia dos direitos sociais, que impõem determinadas ações por parte do Poder Público a fim de garantir, efetivar ou otimizar da melhor maneira possível o direito constitucional consagrado. Nesse sentido, trabalha-se com a vinculação direta e imediata do Poder Público para com a realização desses direitos, refutando assim argumentos como “o caráter programático” dessas normas constitucionais, bem como a questão da “reserva do possível”, que será objeto de análise a seguir (STF. RE nº 482.611/SC. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

Visando tentar responder às problemáticas suscitadas quanto à eficácia dos direitos fundamentais sociais, Torres explica que na doutrina após o governo Fernando Henrique, algumas mudanças puderam ser observadas com relação às teorias de efetivação desses direitos, tais como: a redução da justicialidade desses direitos sociais à realização do chamado mínimo existencial, a defesa da necessidade de implementação de políticas públicas pelo Poder Legislativo e pela Administração Pública com a possibilidade do controle jurisdicional, a busca do equilíbrio entre os aspectos das bandeiras da liberdade e da justiça e a possibilidade de superação do princípio da reserva orçamentária ante as questões que envolvam uma contradição incontornável com o princípio da dignidade da pessoa humana.⁴⁵

No entanto, uma advertência mostra-se importante, segundo Amaral, no sentido de que escassez sempre aparece associada no discurso brasileiro com a falta de recursos públicos, mas não o é, pois escassez de recurso como alegação para a reserva do possível pode surgir de vários pontos, como, por exemplo, a escassez de órgãos ante a imensa demanda por transplantes, reserva do possível pode significar oferta de vaga no jardim da infância, e tantos outros exemplos. Ou seja, a escassez significa um número inferior do que se necessita em relação à demanda, motivo pelo qual “a escassez não é um acidente ou defeito, mas uma característica implacável”, especialmente, segundo o autor, quando no Brasil refere-se ao direito fundamental à saúde. Explica que ações por parte do Poder Judiciário em nome da concretização desses direitos podem fazer sentido isoladamente, mas coletivamente, não.⁴⁶ Por isso, conclui o autor:

O instrumento por Excelência para “assegurar a continuidade de ações e investimentos em longo prazo e coordenar a ação entre os atores relevantes é o orçamento, não apenas o anual, mas a disciplina jurídica do orçamento”. A realidade atual parece indicar um modelo casuísta, pontual, incapaz de fornecer um modelo coerente e de justificar, em termos gerais, os resultados que produz. A bem verdade, sequer se sabe quais os efeitos, pois não há nem mesmo clareza da origem dos recursos para compras emergenciais de medicamentos, de qual o trade-off envolvido. A crítica ao modelo não pode apenas ficar na negação, quem sabe se remetendo a uma visão autoritária de “mérito do ato administrativo” e de “separação de poderes” que afasta a sindicabilidade dos direitos fundamentais no tocante à saúde. Nos parece claro, é preciso privilegiar o controle das políticas públicas, controlar o procedimento e dar transparência não só quanto a quem se decidiu atender, mas também quanto a quem se decidiu não atender, verso e reverso da mesma moeda quando se trata de decisões alocativas.⁴⁷

⁴⁵ TORRES. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária In: SARLET; TIMM (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível, p. 68-70, passim.

⁴⁶ AMARAL; MELLO. Há direitos acima do orçamento?. In: SARLET; TIMM. (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível, p. 79-99, 88-91, passim.

⁴⁷ Ibidem, p. 97.

Contudo, ao final de sua discussão, o autor acaba dizendo que “as necessidades e possibilidades devem ser ponderadas e que essa ponderação deve ocorrer preferencialmente, no campo do controle das escolhas públicas, na atividade orçamentária”. Logo, pode-se observar que o autor ora refere-se ao argumento da reserva do possível, ora refere-se à ponderação. Obviamente, toda reserva do possível pressupõe uma ponderação, mas não necessariamente a ponderação deve valer-se do argumento da reserva do possível.

Assim, relembra-se que a ponderação está muito mais atrelada aos argumentos, como a necessidade de se fazer escolhas e de se exigir que estas contemplem a razoabilidade, como é o caso da decisão do Tribunal Alemão de 1972, referente ao número de vagas na universidade; enquanto a reserva do possível na jurisprudência brasileira está muito mais relacionada à teoria dos custos do direito, e aí sim, o fato de haver limitações orçamentárias à concretização dos direitos constitucionais consagrados e, portanto, a necessidade de ponderar essas escolhas, como é o foco de abordagem da teoria dos custos do direito norte-americano, que em sua Constituição não contempla os direitos sociais como um dever do Estado. Portanto, em julgados como este a doutrina brasileira não busca fazer distinção entre essas diferentes perspectivas, não que sejam excludentes ou contraditórias entre si, mas certamente não são a mesma coisa.

Isso porque a decisão em análise discute a omissão constitucional do município no tocante à proteção integral da infância, que no caso se tratava do seu dever constitucional de implementar uma política pública denominada Programa Sentinela. Nela, refuta-se a tese da reserva do possível em nome de um núcleo básico, o qual recebeu a denominação de mínimo existencial — seguidamente utilizado como barreira à limitação dos direitos fundamentais sociais —, que segundo a decisão deverá ser garantido no processo de concretização das liberdades positivas.⁴⁸

Assevera, ainda, no relatório do recurso especial, que a cláusula da reserva do possível não poderá ser invocada com a finalidade de o município exonerar-se dolosamente dos seus deveres, especialmente quando dessa conduta resultar nulificação ou aniquilação de direitos fundamentais impregnados de fundamentalidade. Para tanto, divergem os autores acerca da composição desse mínimo.

Torres busca traçar um conceito a partir da distinção entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais. Para ele, este último só existe sob a reserva do possível ou da soberania orçamentária do legislador, enquanto a proteção positiva do mínimo existencial não, pois compreende o núcleo das garantias institucionais da liberdade.⁴⁹ Conceito esse, em que pese, nada esclarecer para a práxis judicial, pois

⁴⁸ Eis outro polo de constantes debates na doutrina pátria, o que compõe o chamado existencial? Tal resposta é de suma importância, uma vez que, sendo parte desse núcleo, não há o que se falar em reserva do possível.

⁴⁹ TORRES, op. cit., p. 73-74.

o conceito de liberdade comporta ampla discricionariedade, bem como o conceito de vida no constitucionalismo pátrio, na medida em que comporta uma dimensão negativa (como direito de não ser morto, de permanecer vivo) e positiva (como viver com qualidade de vida, com dignidade).

Para Sarlet,⁵⁰ seguido de autores como Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos, que buscam a fonte de sua doutrina no direito alemão, o mínimo existencial está estritamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, pois é o princípio fundante tanto dos direitos de defesa quanto dos direitos à prestação, e porque se abre para o jogo de ponderações com os demais princípios constitucionais, com uma grande função hermenêutica.⁵¹

Outra corrente, mais voltada à ideia do mínimo existencial relacionando-o com o conteúdo das liberdades, restringindo ainda mais seu conteúdo, está na linha de Ricardo Lobo Torres. Note-se, seja qual for a concepção desse mínimo, toda e qualquer conceituação será por deveras ampla, podendo se indagar: qual a gama de direitos que mantém essa vinculação? Esse é um dos sérios pontos que a decisão não consegue enfrentar, bem como a doutrina em geral, definir objetivamente, se é que isso é possível, o que compõe o mínimo existencial e, portanto, tem total proteção por parte da esfera estatal.

Outro ponto de relevante discussão é o controle por parte do Poder Judiciário em termos de políticas públicas, os limites ou não da sua justicialidade. Aqui, quando se refere ao argumento da reserva do possível, sequer se discute o conceito de política pública, que se sabe ser um meio de concretização dos direitos sociais, mas o fim, sempre será o próprio direito social. Então uma indagação permanece solta: poderá o Poder Judiciário intervir na escolha, na execução ou na própria criação de uma política pública?

Barcellos, por sua vez, também discorre sobre tal conceito, na tentativa de estabelecer os objetos de controle: como controle de metas e prioridades e controle de resultado final e as modalidades de controle judicial, classificando-as em: individual, coletiva e abstrata. Assim, ao que se pode perceber, a autora mostra-se favorável à tese do controle de políticas públicas especialmente após sua execução, mostrando ser inviável um controle anterior por parte do Judiciário.⁵²

Segundo a autora, a fixação de metas e prioridades e o resultado final das políticas públicas se ocupam do conteúdo de políticas públicas em si, enquanto o

⁵⁰ AMARAL; MELLO. Há direitos acima do orçamento?. In: SARLET; TIMM (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível, p. 97.

⁵¹ TORRES. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET; TIMM. Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível p. 73-74.

⁵² BARCELLOS. Constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET; TIMM (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.

resultado final esperado, a quantidade de recursos a ser investida e o atingimento ou não das metas fixadas pelo Poder Público e a eficácia mínima pretendem controlar os aspectos do processo de decisão e execução de políticas públicas levados a cabo pelo Poder Público,⁵³ motivo pelo qual se pode afirmar que a maior parte de atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas dar-se-á com relação ao processo, não como um controle prévio.

Nesse sentido, a decisão em discussão parece incidir com relação ao controle posterior — do processo —, ou seja, um controle por parte de uma política pública que deveria ser implementada e não o foi, motivo pelo qual se necessitou de uma intervenção do Poder Judiciário para a concretização do direito fundamental relacionado à proteção da infância, que, segundo a decisão relatada, compõe o núcleo do chamado mínimo existencial, não podendo, portanto, ser alegada a reserva do possível por parte do Poder Público.

Outra conclusão importante a ser citada é extraída de um estudo sobre como o STF decide,⁵⁴ mais especificadamente, tratando sobre medicamentos, sobre os quais foram analisados alguns julgados do Estado do Rio Grande do Sul e do Estado de São Paulo, acerca da concessão desses. Basicamente pontuou-se a diferença que o Estado do Rio Grande do Sul possui: uma política pública Estatal para além do SUS (trata-se da Lei Estadual nº 9.908/93), enquanto que o Estado de São Paulo não tem uma lei específica implementando uma política pública de distribuição de medicamentos. O estudo demonstrou que os argumentos doutrinários e jurisprudenciais foram absolutamente os mesmos em ambos os casos, ou seja, a reserva do possível, a justicialidade dos direitos sociais etc. Logo, apesar de se ter uma política específica em um caso e no outro não, e, apesar de a própria jurisprudência reconhecer a existência dela em um Estado e no outro não, o tratamento é o mesmo. Logo, na prática, pouco importou o fato de o Rio Grande do Sul tentar regular as políticas públicas de saúde de acordo com suas peculiaridades. Veja algumas conclusões do autor:

De todo modo, já se fez referência a tais precedentes tanto nas decisões dos casos provenientes do Rio Grande do Sul quanto nas decisões relativas a outros Estados, seria recomendável que o Tribunal analisasse as peculiaridades do Estado do Rio Grande do Sul, que ele próprio enfrentou. Ou seja, é inadequado utilizar uma política pública representada por uma lei Estadual do Rio Grande do Sul como forma de justificar o fornecimento de um medicamento excepcional em decisão de caso oriundo do Estado de São Paulo, por exemplo, pois tal política pública não se aplica ao caso. Dessa forma, detectou-se um déficit argumentativo no STF, pois seus ministros não comparam os casos que pretendem utilizar como precedente aquele julgamento. Se a decisão pretérita da Corte for idêntica

⁵³ *Ibidem*, p. 131-132.

⁵⁴ RAMOS. O uso de precedentes do STF em caso de fornecimento de medicamentos. In: COUTINHO; VOJVODIC (Coord.) *Jurisprudência constitucional: como o STF decide?*, p. 363-364.

ao caso concreto, o precedente é um argumento de grande valia para um Tribunal, pois isso demonstra maior consistência em suas decisões. No entanto, não é o que ocorre no STF, pelo menos no caso de fornecimento de medicamentos, como foi possível verificar nas decisões analisadas nesse estudo.⁵⁵

Assim, como demonstrado, as mesmas razões que levam à aplicação da reserva do possível quanto à efetivação dos direitos fundamentais sociais estão nos argumentos utilizados pelo STF na sua atuação acerca das políticas públicas, fato esse que merece maior atenção e investigação por parte da doutrina, pois uma vez que os direitos sociais são os fins e as políticas públicas um dos meios para realizar esses fins, a pergunta que paira é: podem ser concebidos, outorgados e restringidos da mesma forma?

Conclusão

Certamente com esse breve texto qualquer conclusão definitiva acerca das premissas levantadas seria um tanto arbitrária. Nem foi esta a proposta lançada como objetivo desse estudo. Contudo, algumas observações merecem ser ponderadas em relação aos conteúdos abordados.

As diferentes realidades históricas, sociais e culturais entre os Estados alemão, brasileiro e norte-americano certamente devem ser consideradas e ponderadas como bases para a leitura de qualquer teoria. Assim, se uma teoria nasce justamente para ajudar a compreender e aplicar determinada realidade, não se pode desconectá-la dos elementos que a originaram. Mais especificadamente, falando dos direitos sociais e das políticas públicas, algumas diferenças tornam-se imprescindíveis. A CF/88, que muito se inspira na Lei Fundamental da Alemanha e da Constituição portuguesa de 1976, traz expressos em seu texto os direitos sociais (o que a alemã não faz) e não traz um regime jurídico diferenciado para a sua aplicabilidade em relação aos direitos sociais (como faz a portuguesa). Ademais, se esses três constituem um modelo que se refere a Estados sociais, o modelo norte-americano tem sua história entrelaçada com os ideais liberais, ou seja, sequer tem em pauta como preocupação central a garantia desses direitos, que, em geral, entraram em pauta como forma de garantir os ideais liberais, conforme descrito por Holmes e Sunstein.

Sendo assim, a aplicação da reserva do possível no direito brasileiro necessita de uma construção voltada à sua realidade, especialmente referindo-se aos diferentes conceitos de políticas públicas e direitos sociais, um meio e um fim à realização dos direitos fundamentais. Logo, viu-se que a teoria dos custos do direito norte-americana trabalha a ideia de que as políticas públicas devem se limitar aos valores

⁵⁵ RAMOS, op. cit, p. 364.

expressos no orçamento, não havendo disponibilidade financeira — não nasce o direito às políticas públicas. Já a decisão do Tribunal Alemão que faz menção à reserva do possível, dentro de um Estado que se intitula social com alto padrão no tocante às prestações do Estado em relação aos seus cidadãos, possui, sim, um condão de reserva financeira, mas está muito mais vinculada ao que é razoável exigir do Estado, em nome justamente dessa convivência social. Sendo assim, a priori os direitos fundamentais sociais serão realizados na medida da proporcionalidade, mediando os desejos individuais com os interesses coletivos.

O que a título exemplificativo pode-se demonstrar é que tanto a doutrina como a jurisprudência não demonstram preocupação em traçar essas diferenças, “importando” muitas vezes arbitrariamente uma teoria que nasce para uma realidade diametralmente oposta. Ainda, nas decisões discutidas, vê-se a contradição na utilização desse argumento, pois ora é invocado para poder restringir, ora será invocado para poder conceder esses direitos. Sequer se faz qualquer diferença de utilização desse argumento em se tratando de direitos sociais ou de políticas públicas.

Por tudo isso, ressalte-se a necessidade de construir uma teoria para os limites externos aos direitos fundamentais e as políticas públicas que tenha como norte o texto e o contexto constitucional brasileiro.

The Reserve of the Possible in the Context of Brazilian's Constitutional Reality and its Applicability Related to the Public Policies and the Social Rights

Abstract: The article is about the reserve of the possible, its applicability, concept and action together to the fundamental rights found into the Brazilian's Constitution of 1988. It's searched, by the study of the German and American law, remount the historical origins about the reserve of the possible, and know its role in these States. By the way, is done an analysis about the jurisprudence from the Constitutional German Court, and about the ideas from the book "The Cost of Rights", written by Stefan Holmes and Cass Sustein. It has been seen also the important difference between the public policies and the social rights, investigating the constitutional treatment given to them, as well as the analysis about how the budget limit can restrain its effectuation. Finally, the focus is into the brazilian's reality, with the purpose of observing when and in which cases the reserve of the possible has been used in Supreme Tribunal Federal.

Key words: Reserve of the possible. Public policies. Social rights.

Referências

AMARAL, Gustavo; MELLO, Daniele. Há direitos acima do orçamento?. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais?: desafios dos direitos sociais. Revista do Ministério Público RS, Porto Alegre, n. 56, p. 30-34, set./dez. 2005.

BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO – BID. A política das políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier; Washington (DC): BID, 2006. Relatório.
- BITENCOURT, Caroline M. Controle jurisdicional de políticas públicas. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.
- BRUGGER, Winfried; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Os direitos fundamentais nas modernas Constituições: Análise comparativa entre as Constituições alemã, norte-americana e brasileira. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, 2007.
- CANELA JÚNIOR, Osvaldo. O controle judicial de política públicas. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. Políticas públicas e controle de juridicidade: vinculação às normas constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.
- ESTEVES, João Luiz M. Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método, 2007.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes: New York: Norton, 2000.
- KELBERT, Fabiana. Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- LEAL, Rogério Gesta. Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: Direitos fundamentais a prestação e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. Revista Eletrônica Direito sobre a reforma do Estado – RERE, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, p. 2-17, mar./maio 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-FERNANDO-MÂNICA.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2001.
- MARTINS, L. (Org.). Cinquenta anos da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão: jurisprudência. Tradução de Beatriz Hennig et al. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.
- MASTRODI, Josué. Direitos fundamentais sociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PENNA, Saulo Versiani. Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos fundamentais sociais: uma crítica a “Existem direitos fundamentais sociais?” de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos fundamentais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- QUEIROZ, Cristina. O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.
- QUEIROZ, Cristina. Interpretação constitucional e poder judicial. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.
- RAMOS, Luciana de Oliveira. O uso de precedentes do STF em caso de fornecimento de medicamentos. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana (Coord.). Jurisprudência constitucional: como o STF decide?. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 363-364.
- RECK, Janriê. Aspectos teórico-constitutivos de uma Gestão Pública compartilhada: o uso da proposição Habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público. Dissertação (Mestrado)–Santa Cruz do Sul, Unisc, 2006. Disponível em: <<http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2006/janrie.pdf>>.
- SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, I. W. (Org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 92-93.

SCAFF, Fernando Facury; AMARAL, Gustavo; MELLO, Daniele. Há direitos acima do orçamento? In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 213-244, jan./mar. 2014.

Recebido em: 18.09.2013

Aprovado em: 17.02.2014