

O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL, O FINANCIAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS MÍNIMOS, A PARTIR DO MODELO SUBSTANCIALISTA

THE PRINCIPLE OF RESERVE FOR CONTINGENCIES, THE FINANCING OF PUBLIC POLICY AND THE ROLE OF THE JUDICIARY IN ACHIEVING MINIMUM FUNDAMENTAL RIGHTS, FROM SUBSTANTIALIST MODEL

ANA PAULA MOTTA COSTA¹
JAQUELINE MIELKE SILVA²

RESUMO: O tema da efetividade dos Direitos Fundamentais por parte do Estado, bem como o papel do Poder Judiciário nesta seara, têm sido um dos temas correntes nos debates judiciais e acadêmicos deste início do Século XXI. Neste artigo aborda-se tal problemática, enfocando critérios a serem utilizados para eleição de situações em que efetivamente são os magistrados quem devem decidir sobre o acesso a Direitos Fundamentais, enquanto garantia do mínimo existencial. Há situações em que devem ser considerados os limites financeiros específicos que a administração pública possui. Porém, para tanto, propõe-se o tratamento do tema enquanto exceção, excetuando-se as circunstâncias em que

Artigo recebido em 23.01.2014. Pareceres emitidos em 25.03.2014 e 05.04.2014.

Artigo aceito para publicação em 30.06.2014.

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, com estágio doutoral na Universidade Pablo de Olavide (Espanha). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Especialista em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Pesquisadora do Projeto Pensando o Direito no Ministério da Justiça/IPEA. Advogada, Socióloga. anapaulamottacosta@gmail.com

² Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Professora dos Cursos de Pós-graduação *stricto sensu* e *lato sensu* da Faculdade Meridional – IMED. Professora na Faculdade INEDI, na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS, Escola Superior da Magistratura Federal – ESMAFE, Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP, Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul – FESDEP, dentre outras instituições. Advogada. jaqueline@mielkelucena.com.br

se trata de mínimo existencial. Ainda, cabe ao Poder Público demandado o ônus da prova da impossibilidade e sua gestão está sob avaliação, quanto ao acesso progressivo a direitos. A concepção substancialista da interpretação constitucional conduz a que os Direitos Fundamentais sejam compreendidos em seu conteúdo e a Constituição Federal represente o referencial normativo, constituidor da ação do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Mínimo Existencial; Reserva do Possível; Poder Judiciário; Substancialismo.

ABSTRACT: The theme of effectiveness from the Fundamental Rights by the State, as well as the Judicial Power in this party have been one of the current themes on the judicial and academic debates since the beginning of the XXI century. This paper discusses this problem, focusing on criteria to be used for election of situations where effectively are the judges who must decide about the access to Fundamental Rights, as the minimum existential warranty. There are situations where should be considered specific financial limits that the government has. But to be able to reach this point, it is proposed to treat the subject as an exception, executing the circumstances where the minimum existential is treated. Still, it is up to the Government defendant the burden of proof of the impossibility and its evaluation to the rights progressive access. The substantiality conception of the constitutional interpretation takes the Fundamental Rights to be included in your content and in the Federal Constitution representing the reference standard, constitutive by the State action.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Minimum Existential; Probable Reserves; Judicial Power; Substantialism.

SUMÁRIO: Considerações Iniciais; 1. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais; 1.1 A Imperiosa Necessidade de Garantia de Direitos Sociais Mínimos; 1.2 Os Custos dos Direitos Sociais e o Princípio da Reserva do Possível; 2. O Aumento da Litigiosidade como um Fenômeno da Sociedade Contemporânea: a socialização processual e o papel do magistrado na resolução dos novos conflitos; 2.1 O Poder Judiciário e a Efetivação dos Direitos Sociais; 2.2 Critérios para a Utilização do Argumento da Reserva do Possível nas Decisões Judiciais; 2.3 A Atuação da Jurisdição Constitucional na Realização de Direitos Fundamentais Sociais; Considerações Finais; Bibliografia.

SUMMARY: Initial Considerations; 1. Social Rights as Fundamental Rights; 1.1 The Imperious Need to Guarantee Minimum Social Rights; 1.2 The Costs of Social Rights and the Principle of Probable Reserves; 2. The Increase in Litigation as a Phenomenon of Contemporary Society: the procedural socialization and the role of justice in resolving new conflicts; 2.1 The Judiciary and the Effectuation of Social Rights; 2.2 Criteria for the Use of the Argument of the Possible Reserve in Judicial Decisions; 2.3 The Role of Constitutional Jurisdiction in Accomplishment of Fundamental Social Rights; Final Considerations; References.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Cada vez mais está em pauta a falta de efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, sendo um grande desafio para o Estado e para a sociedade brasileira. Esse tema tem se apresentado ao Poder Judiciário com recorrente frequência, por meio de questões, antes menos comuns, como orçamento, alocação de recursos públicos, controle de ações omissivas ou comissivas da administração pública e, até mesmo, proteção aos direitos fundamentais entre particulares.

Discute-se, portanto, acerca da legitimidade do Poder Judiciário frente a tais decisões e buscam-se critérios para a solução dos impasses apresentados. Nesse contexto, pretende-se aqui realizar uma breve análise do tema da reserva do possível e suas implicações frente aos direitos fundamentais e ao mínimo existencial, a serem assegurados por meio de políticas públicas. Busca-se, ainda, contribuir, com a elaboração de critérios para a fundamentação de decisões que tenham neste tema seu eixo deliberativo.

Para a definição precisa do conteúdo dos direitos sociais devidos a todos e a cada um, deve-se tomar em consideração o conjunto de conquistas já sedimentadas nos contextos sociais a qual estão relacionados, levando-se em conta a capacidade econômica – embora não determinante – e a sistemática das gestões estatais na elaboração de políticas públicas que possua condição de efetivar a garantia dos direitos aos cidadãos deles credores. Conforme Ricardo Lobo Torres, a doutrina tem se referido a tal tema como a “reserva da Lei Orçamentária e a reserva da Lei instituidora de políticas públicas”³.

Assim, em razão de sua natureza, os direitos sociais acabam por ensejar certo espaço de discricionariedade aos administradores públicos, que, embora dentro dos limites constitucionais e legais, podem decidir sobre o conteúdo das políticas públicas e sobre o estabelecimento de prioridades frente ao conjunto da demanda sob sua gestão.

Cabe destacar que a previsão constitucional de direitos sociais representa um significativo avanço axiológico em relação ao conteúdo histórico da prestação estatal na área social⁴. A análise histórica neste campo aponta para a existência em um passado recente de uma cultura assistencialista. O atendimento de necessidades sociais estava muito mais identificado a práticas caridosas, do que à efetivação de direitos. O primeiro avanço introduzido pela ideia de “estado providência” é a noção de que deve haver um provedor de políticas públicas de caráter estatal e universal, em alguns casos de natureza prestacional e, em outros, negativa.

Ainda, no campo das políticas públicas destacadas, como reflexo das conquistas sociais desse período recente e da atuação dos órgãos de controle social do Estado em todos os níveis governamentais, têm sido consideráveis os avanços no sentido da estruturação normativa e implementação gradual de sistemas de políticas públicas (Sistema Único de Saúde – SUS, Sistema Único de Assistência Social – SUAS, e Sistema Educacional Nacional – SEN), voltados para a concretização dos direitos.

A proteção social configura-se não apenas pelo campo da Assistência Social, voltada para a população que dela necessita, mas pela Previdência Social, pela Saúde, pela Educação, Habitação, as quais, em conjunto, teriam

³ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 6.

⁴ FALCÃO, Maria do Carmo. *A Seguridade na Travessia do Estado Social Brasileiro*. In: SPOSATI, Aldaíza et alii. *Os Direitos (Dos Desassistidos) Sociais*. 5. ed., São Paulo: Cortez, 2006, p. 109-126.

a função de garantir a sobrevivência e o pleno desenvolvimento nas diversas etapas do ciclo da vida, como condição de dignidade.

Nessa direção, refere Aldaíza Sposati⁵ que ao garantir-se direitos fundamentais e condições de dignidade, estar-se-ia assegurando seguranças de proteção, frente às vulnerabilidades e riscos produzidos nos respectivos contextos sociais. São seguranças a serem garantidas, por exemplo, pela Política de Assistência Social, a segurança de sobrevivência, de convívio e de acolhimento, sempre a partir da matriz familiar e das relações existentes dentro de determinado território⁶.

1. OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 reconheceu um conjunto de direitos sociais destinados à população brasileira. Tais direitos correspondem aos valores estabelecidos a partir do modelo de Estado Democrático Social. São direitos fundamentais, que podem ser observados em vários momentos do texto constitucional, como, por exemplo, nos capítulos destinados à educação, à saúde, à assistência social, entre outros.

Ao tratar do tema, Ingo Sarlet refere que direitos fundamentais são aqueles previstos no ordenamento jurídico nacional, dotados de suficiência relevância e essencialidade de “fundamentalidade material”⁷.

Independente da positivação de tais direitos, mesmo após 20 anos de vigência da Carta Magna, a realidade do povo brasileiro é de violação de direitos. Tal constatação justifica-se em razão da condição social ostentada por significativa parcela da população, mas também porque ainda não estão estruturadas as políticas públicas necessárias, nas três esferas de organização do Estado, para dar suporte a tal garantia de direitos.

Diante desse cenário, que diz respeito a um conjunto de problemas cujas causas são de natureza complexa, envolvendo aspectos sociais, econômicos e culturais, torna-se oportuna a reflexão sobre o papel do direito, enquanto garantidor de uma realidade diferenciada.

Direitos sociais podem adquirir a condição de liberdades sociais e a condição de prestações, o que depende da natureza da posição jurídica subjetiva reconhecida ao titular do direito⁸.

⁵ Conforme a previsão constitucional, a Seguridade Social brasileira é formada pelo tripé da Saúde, de prestação universal, a Previdência Social, universal no âmbito de seus contribuintes e a Assistência Social, universal para quem dela necessite. Uma visão mais ampliada do conceito, conforme refere a autora, pode incluir na ideia de políticas de proteção e seguridade as demais políticas sociais.

⁶ SPOSATI, Aldaíza. *Proteção e Desproteção Social na Perspectiva dos Direitos Socioassistenciais*. In: Cadernos de Textos da VI Conferência Nacional de Assistência Social. Conselho Nacional de Assistência Social e Ministério do Desenvolvimento Social, 2007, p. 17-20.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 281.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. In: *Revista de Direito do Consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, ano 16, nº 61, jan./mar. 2007, p. 116.

Os direitos prestacionais positivos, ou materiais, dizem respeito à garantia da condição de mínimos sociais para o desenvolvimento saudável de toda e qualquer pessoa; já os direitos defensivos negativos dizem respeito a não intervenção na liberdade pessoal e dos bens, ou seja, têm a função de estabelecer limites para a intervenção do estado e de terceiros na vida das pessoas. Tais direitos também têm dimensão positiva, na medida em que necessitam de atuação do estado e da sociedade para a garantia da sua não violação, visto que é necessário que sejam prestados serviços de fiscalização e de gestão, mesmo nos casos em que o direito a ser protegido é negativo.

De outra parte, os direitos que ensejam prestações materiais podem assumir uma faceta defensiva, pois geram direitos subjetivos de respeito e abstenção de violações. Assim, as dimensões negativas e positivas pressupõem deveres de proteção do estado, que são direitos prestacionais.

Cabe, portanto, indagar se a natureza das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais tem a função de auxiliar na compreensão acerca das diferentes possibilidades decorrentes de um direito previsto no diploma legal, neste caso, constitucional. Nas palavras de Cass Sunstein, “se as preocupações centrais são a cidadania e a democracia, a linha divisória entre direitos positivos e negativos é difícil de ser mantida”⁹.

Torna-se, no entanto, oportuna a reflexão sobre tais obrigações para a identificação, caso a caso, de quem é o devedor dos direitos previstos e de como deva ser assegurado tal direito, nem tanto para fins de mera classificação. Ao que parece, não há como se isolar direitos fundamentais, ou isolar a responsabilidade de garantia dos mesmos. A previsão constitucional é clara, isto sim, quanto ao dever de garantia, seja através da omissão ou da prestação.

1.1 A Imperiosa Necessidade de Garantia de Direitos Sociais Mínimos

A garantia de direitos sociais mínimos à existência humana independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, o mínimo existencial não pode ser confundido com o mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, considerando-se que este último diz respeito à garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, ou uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir de fome é o primeiro passo em termos de garantia de um mínimo existencial, mas não é o suficiente. A respeito do tema, leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

No caso do Brasil, onde também não houve uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial,

⁹ SUNSTEIN, Cass. Direitos Sociais e Econômicos? Lições da África do Sul. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) *Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS*, v. 1, t. 2, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 4.

os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado. Por outro lado, a previsão de direitos sociais não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial, notadamente para alguns efeitos específicos¹⁰.

Para Antônio Carlos Wolkmer, o conceito de mínimo existencial passa pela teoria das necessidades humanas. Para o autor,

Não há dúvida de que a situação de privação, carência e exclusão constituem a razão motivadora e a condição de possibilidade do aparecimento de direitos. Os direitos objetivados pelos sujeitos coletivos expressam a intermediação entre necessidades, conflitos e demandas.¹¹

Outra possibilidade de definição de quais seriam as necessidades básicas de todo ser humano, a serem englobadas pela noção de mínimo existencial, é a concepção de Vincenzo Demétrio Florenzano¹². O autor relaciona a noção de mínimo existencial com o artigo 7, inciso IV da Constituição Federal, que prevê um salário mínimo “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Para Andreas J. Krell,

O referido padrão mínimo social para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia; o conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país.¹³

Assim, observa-se que o mínimo existencial compreende o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida digna e saudável. Trata-se do núcleo essencial dos direitos fundamentais, blindado contra e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. In: *Revista de Direito do Consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, ano 16, nº 61, jan./mar. 2007, p. 105.

¹¹ WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos Políticos, Cidadania e a Teoria das Necessidades. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 31, maio/jul. 1994, p. 276.

¹² FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. Justiça Social, Mínimo Social e Salário Mínimo: uma abordagem transdisciplinar. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, nº 165, 2005, p. 47.

¹³ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des) Caminhos de um Direito Constitucional 'comparado'*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 63.

Entretanto, não há como se estabelecer um rol fechado de direitos subjetivos negativos e positivos correspondentes ao mínimo existencial, o que não afasta a possibilidade de se elencar um conjunto de conquistas já sedimentadas (v.g. educação fundamental, saúde, acesso à justiça, etc), sem a exclusão de outras possibilidades.

No Estado Democrático e Social de Direito impõe-se a garantia do mínimo existencial em sua dimensão máxima.¹⁴

Conforme Ingo Sarlet, o mínimo existencial diz respeito à existência digna. Refere o autor que se trata das condições para o pleno desenvolvimento da personalidade, portanto, condições efetivas de dignidade. A existência em condição de dignidade pressupõe o conjunto de prestações vinculadas ao mínimo existencial¹⁵. De tal sorte, os direitos sociais previstos nas Constituição abarcam várias dimensões do mínimo existencial, embora o núcleo essencial do conceito não seja o mesmo em cada direito social. Não é possível, portanto, estabelecer de forma apriorística e de modo taxativo, um conceito de mínimo existencial.

1.2 Os Custos dos Direitos Sociais e o Princípio da Reserva do Possível

As necessidades humanas são infinitas e os recursos financeiros para atendê-las são escassos. Várias das necessidades básicas apenas podem ser atendidas pelo Estado – v.g. saúde, educação, habitação, saneamento –, considerando que há pessoas que não tem condições financeiras de adquirir estes respectivos bens e serviços do mercado.

Assim, em um Estado Democrático de Direito há custos que necessariamente devem por ele serem suportados. Há custos traduzidos no cumprimento dos deveres fundamentais de defesa da pátria e do sufrágio. Por outro lado, há custos financeiros públicos dos direitos assegurados aos cidadãos, considerando que os mesmos não são dádiva divina, nem fruto da natureza. Segundo o doutrinador português José Casalta Nabais, “a melhor abordagem para os direitos” é “vê-los como liberdades privadas com custos públicos”¹⁶.

Todos os direitos têm custos públicos. Não há direitos gratuitos. Os custos dos direitos sociais concretizam-se em despesas públicas com imediata

¹⁴ Segundo Fernando Facury Scaff, “o mínimo existencial não é uma categoria universal. Varia de lugar para lugar, mesmo dentro de um mesmo país. É a combinação de capacidades para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas e culturais que determinará este patamar de mínimo existencial. Não são apenas os aspectos econômicos os principais envolvidos. ‘A expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social, etc, contribuiu diretamente para a qualidade da vida e seu florescimento. Há evidências até de que, mesmo com renda relativamente baixa, um país que garante serviços de saúde e educação a todos pode efetivamente obter resultados notáveis de duração e qualidade de vida a toda a população’”. (In: Reserva do Possível, Mínimo existencial e Direitos Humanos. *Revista Interesse Público*, nº 32, p. 213-226)

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 102.

¹⁶ NABAIS, José Casalta. A Face Oculta dos Direitos e Deveres e os Custos dos Direitos. In: *Revista de Direito Público da Economia*, nº 20, p. 153-181.

expressão na esfera de cada um dos seus titulares. Assim, todos os direitos têm custos financeiros públicos, sejam custos indiretos, como no caso, do clássico direito de liberdade, ou custo direto, nos denominados direitos sociais. A respeito do tema, leciona Ricardo Lobo Torres:

As prestações positivas para a proteção desses direitos implicam sempre despesa para o ente público, insuscetível de ser imputada à arrecadação dos impostos ou, sem lei específica, aos ingressos não contraprestacionais. Por isso mesmo carecem de status constitucional, eis que a Constituição não se envolve com autorizações de gastos públicos nem se imiscui com problemas econômicos conjunturais, assuntos reservados com exclusividade à lei ordinária de cada qual das três esferas de governo.¹⁷

Os direitos econômicos e sociais existem, portanto, sob a “reserva do possível” ou da “soberania orçamentária do legislador”, ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração.¹⁸

A reserva do possível teve origem no Direito Alemão, fruto de uma decisão da Corte Constitucional, onde restou decidido que “a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à disponibilidade dos respectivos recursos”¹⁹. Assim, a disponibilidade desses recursos estaria localizada no campo discricionário das decisões políticas, através da composição dos orçamentos públicos.

A decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão menciona que estes direitos a prestações positivas do Estado (os direitos fundamentais sociais) estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. A decisão recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar uma quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos.

No tocante ao Direito pátrio, a Constituição Federal, em seu artigo 3º, estabelece diversos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária. In: *Direitos Fundamentais – Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 74.

¹⁸ Neste sentido: TORRES, R. L. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária. In: *Direitos Fundamentais – Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 74.

¹⁹ KRELL, Andreas. *Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des) Caminhos de um Direito Constitucional ‘comparado’*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 52.

No âmbito orçamentário, consoante refere Fernando Facury Scaff,

fundamental para que o Estado demonstre a origem das receitas (oriundas de seu patrimônio, de imposições fiscais e de empréstimos) e o destino das despesas e investimentos, foi estabelecido um sistema e planejamento constituído por um conjunto de três leis que se sucedem e se completam: a Lei do Pano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Todos os Planos e Programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição deverão ser elaborados em consonância como plano plurianual (art. 165, § 4º da CF), e a LDO deverá estar sempre em consonância com o PPA (art. 166, § 4º da CF).²⁰

Evidentemente que as normas constitucionais que dizem respeito ao orçamento público devem estar em consonância com as normas “objetivo”, traçadas no art. 3º, bem como em outras da Magna Carta. Em outras palavras, não há completa liberdade, ou mesmo discricionariedade, para o legislador e, muito menos, ao administrador para que inclua o que bem entender no sistema de planejamento de destinação de recursos públicos. Há vários tipos de limites para destinação dos recursos públicos, que devem estar conformados com a Supremacia da Constituição.

Há limitações no âmbito da receita pública. Há princípios constitucionais vinculados ao direito tributário, que trazem limitações respectivas, como o princípio da reserva legal tributária, o da anterioridade, o da irretroatividade, dentre outros. Evidentemente, há também limitações no âmbito das despesas, impedindo que o gasto público seja realizado de acordo com a vontade do legislador e do administrador. Segundo Fernando Facury Scaff,

estes limites podem ser formais, tais como o Princípio da não-afetação (que estabelece algumas vinculações de receitas a despesas; art. 167, IV, da CF), limitações aos gastos com pessoal (art. 169 da CF), obrigatoriedade de gastos com educação (art. 212 da CF) e com saúde (art. 198, §§ 2º e 3º, da CF), entre outros.²¹

Prossegue o autor, afirmando que:

As limitações aos gastos públicos também podem ser materiais, pois o uso de recursos públicos deve se dar de forma a permitir que os objetivos estabelecidos no art. 3º da Constituição Federal sejam alcançados. Para tanto é imprescindível que sejam realizados gastos públicos em direitos fundamentais sociais, a fim de permitir que as pessoas possam exercer sua liberdade jurídica obtendo condições de exercer sua liberdade real (Alexy). Logo, os gastos públicos não permitem que o legislador e

²⁰ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: *Revista Interesse Público*, nº 32, p. 213-226, p. 220.

²¹ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: *Revista Interesse Público*, nº 32, p. 213-226, p. 221.

muito menos o administrador realizem gastos de acordo com sua livre consciência, de forma desvinculada aos objetivos impostos pela Carta, especialmente em seu art. 3º.²²

Evidentemente, o princípio da reserva do possível não se aplica nas ações cujo objeto seja assegurar/preservar direitos sociais mínimos, consoante será demonstrado nos próximos itens.

2. O AUMENTO DA LITIGIOSIDADE COMO UM FENÔMENO DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: A SOCIALIZAÇÃO PROCESSUAL E O PAPEL DO MAGISTRADO NA RESOLUÇÃO DOS NOVOS CONFLITOS

As Constituições contemporâneas ao agregarem direitos sociais aos seus textos ensejaram um ambiente propício de maior procura ao Judiciário, que passou também a ser caracterizado como *locus* de concretização dos direitos previstos, mas não cumpridos pelos demais Poderes. Conforme refere Clarissa Tassinari²³, as transformações ocorridas nas últimas décadas,

“não ficaram restritas a este tipo de alteração: o contexto social passa também por modificações, que podem ser ditas de cunho político-jurídico (chamadas de ‘tendências no Direito’), conceitual (com questão do aumento da litigiosidade) e estrutural (a partir da ideia de massificação dos conflitos). Ou seja, o fenômeno de judicialização não ocorreu exclusivamente porque, com a promulgação de novos textos, há maiores possibilidades jurídicas de exigências judiciais; é necessário agregar a isso os diferentes contornos que assumiu a esfera social”.

Ao longo dos anos as transformações sociais são inúmeras, sendo a globalização, os novos direitos, dentre outros temas, o foco de um novo modelo de sociedade. A sociedade se apresenta imersa em uma ampla litigiosidade, como modo de exigir e resgatar o compromisso pressuposto pelo Estado Democrático de Direito. Os cidadãos assumem uma postura direcionada ao conflito, à reivindicação de direitos pela via do litígio judicial, que passa a ser “o palco da resolução de grande parte das contendas políticas”²⁴.

Os conflitos de massa são uma consequência do aumento da litigiosidade, surgindo um cenário bastante contraditório, pois, ao mesmo tempo em que o atual contexto faz surgir a tutela de direitos transindividuais, em contrapartida, a busca por sua efetivação se dá pela via do litígio individual. Assim, são ajuizadas inúmeras ações individuais, visando a tutela de direitos que poderiam ser coletivamente assegurados, através de ações coletivas. Não é demasiado referir, embora este não seja o foco do presente ensaio, que uma tutela coletiva

²² SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: *Revista Interesse Público*, nº 32, p. 213-226, p. 221.

²³ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial – Limites de Atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 45.

²⁴ Neste sentido: TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial – Limites de Atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 46.

realmente efetiva, reduziria em muito o grande problema da massificação de demandas, principalmente no caso de direitos individuais homogêneos.

Neste cenário, surge no âmbito do processo civil o movimento denominado de “socialismo processual”, bastante desenvolvido no Brasil, por Dierle José Coelho Nunes²⁵. Este movimento, que teve origem especialmente no Leste Europeu²⁶, buscava uma harmonização do processo civil com o Estado de bem-estar, da qual resultou “*uma enorme intervenção do juiz, visando a uma alegada aplicação social e política do direito*”²⁷.

Assim, pela via do socialismo processual, a questão do acesso à justiça passou a estar associada a um reforço dos poderes judiciais. Neste contexto, a judicialização foi incrementada e, conseqüentemente, vem à tona a discussão a respeito do papel do Judiciário nas resolução de conflitos, especialmente naqueles que envolvam políticas públicas.

2.1 O Poder Judiciário e a Efetivação dos Direitos Sociais

O Poder Judiciário – conforme mencionado no item 3, supra – tem ampliado sua intervenção no tocante à determinação da prestação estatal dos direitos sociais, seja na condenação de vários administradores públicos por meio de ações civis públicas, ou ações populares, que trazem o pleito de demandas coletivas; seja no deferimento de demandas individuais, como o fornecimento de medicamentos²⁸, a garantia de vagas em escolas e creches, a garantia de vagas em programas de transferência de renda, entre outros.

Nessa perspectiva, o debate doutrinário tem acumulado reflexões em torno da tutela de direitos fundamentais e dos limites da separação de poderes²⁹. Pergunta-se: até que ponto cabe ao judiciário a intervenção na priorização

²⁵ In: *Processo Jurisdicional Democrático – Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 107.

²⁶ Segundo Dierle José Coelho Nunes (In: *Processo Jurisdicional Democrático – Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 108), “nos países do Leste Europeu, especialmente pelo aumento da ingerência da então União Soviética, ocorreu um peculiar desenvolvimento da socialização processual, criando uma vertente denominada ‘socialismo processual’, com caracteres muito especiais, e que gerou reformas que até hoje são sentidas nas legislações processuais”. Nestes Estados ativos, na concepção de Mirjan R. Damaška (In: *I Volti dela Giustizia e del Potere: analisi comparatistica del processo*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 286), pregava-se o papel de uma cidadania que deveria contribuir para o estabelecimento dos ideais estatais, uma verdadeira devoção ao Estado. Essa perspectiva, obviamente, gerou ressonância no próprio comportamento judicial e dos advogados, inclusive conduzindo Mirjan Damaška a apresentá-lo como exemplo do denominado – por ele – “processo como atuação de escolhas políticas” (In: *I Volti dela Giustizia e del Potere: analisi comparatistica del processo*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 288).

²⁷ In: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático – Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 107.

²⁸ Conforme refere TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária*, p. 9, o Estado do Rio Grande do Sul acumula 20 mil ações envolvendo demandas de prestação de medicamentos, sendo que o valor orçamentário comprometido com tais demandas era de R\$ 11 milhões de reais e, em 2005 e R\$ 30 milhões de reais, em 2007.

²⁹ FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 11.

orçamentária e na definição de políticas públicas, tarefas precípuas dos Poderes Legislativo e Executivo? Ainda, até que ponto a garantia de direitos fundamentais sociais individuais, por exemplo, no caso das demandas por medicamentos, prejudica a oferta de outras políticas públicas de caráter estratégico, segundo critérios estabelecidos pelos órgãos estatais que tem esta competência, sejam os poderes constituídos, ou os órgãos de controle social?

De acordo com Juarez Freitas, percebe-se que a síntese encontrada em tal debate é de que a “reserva do possível” está limitada à demonstração da efetiva impossibilidade pelo Poder Executivo e a sua não omissão na oferta de políticas públicas, que venham a garantir direitos fundamentais, como é o caso do direito à creche e pré-escola, analisado pelo autor. O limitador objetivo de direitos fundamentais não seria a simples política financeira adotada, ou uma “discricionariedade insuficiente”, ou seja, omissão. O limite estaria na efetiva impossibilidade de agir.³⁰

Conforme Paulo Caliendo, o problema a ser proposto é o seguinte: há possibilidade, ou não, de direitos sociais, ou a prestações, serem exigidos dos poderes públicos, independente das concretizações legislativas³¹. Poderia o cidadão exigir um direito fundamental social, como se fosse um direito subjetivo? Seria uma demanda judicial capaz de atuar *in concreto* realizando o direito pretendido?

Sobre o tema, aponta o autor, que existem diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, entre os quais: a concepção absolutista, segundo a qual os direitos devem ser concretizados pelo Poder Judiciário no caso concreto, sem qualquer consideração sobre separação de poderes, restrições orçamentárias; a concepção absolutista particular, de Andréas Krell, segundo a qual o recurso para a satisfação de direitos fundamentais que estariam em oposição, deve ser buscado em outras áreas da administração pública, visto que a saúde possui um valor derivado direto da dignidade da pessoa humana; e, ainda a concepção moderada de Direitos Fundamentais, para a qual os direitos sociais devem ser garantidos sempre que possível, observando-se os limites para a sua implementação impostos pelos custos.³²

O fato é que estar positivado um direito não garante a sua efetivação. Para Joaquín Herrera Flores, normas nunca descrevem feitos. Postulam um dever ser. Uma norma não pode agir por si, sempre irá depender do conjunto de valores que imperam na sociedade concreta. Normas são meios, ou instrumentos, que prescrevem comportamentos e impõem deveres, ou

³⁰ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 25.

³¹ CALIENDO, Paulo. Reserva do Possível, Direitos Fundamentais e Tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 197.

³² CALIENDO, Paulo. Reserva do Possível, Direitos Fundamentais e Tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 199.

compromissos individuais e grupais, sempre interpretados desde o sistema de valores vigente.³³

Assim, “levar o direito a sério é levar a sério o problema da escassez”, conforme refere Ingo Sarlet, ou seja, é preciso levar a sério os limites da realidade social e institucional para a efetivação dos direitos que, para além de estarem postos no ordenamento jurídico, precisam ser efetivados na realidade em concreto.³⁴

Sendo assim, a reserva do possível, como limite do poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais à prestação, não necessariamente é falaciosa. Falacioso, eventualmente, tem sido a sua utilização como argumento definitivo no afastamento de direitos fundamentais, ou na oposição entre direitos fundamentais.³⁵

A experiência de gestão pública possibilita algumas constatações, que servem ao tratamento do tema em questão. Em primeiro lugar, os limites objetivos, legais, para a execução de recursos orçamentários não estão restritos ao orçamento aprovado pelo Poder Legislativo a cada ano. Existem possibilidades de adequação dos recursos orçados às necessidades que surgem no cotidiano da gestão, ou execução orçamentária, absolutamente dentro da legalidade³⁶. Nesta direção, cabe referir que as rubricas orçamentárias não estão postas, necessariamente, de forma tão restrita e taxativa que não permitam flexibilidade no caso concreto. Ainda, se assim o estiverem, é possível, dentro da margem legal, suplementações de recursos, que estão no âmbito da discricionariedade do Poder Executivo, em cada esfera de governo.

De outra parte, não está em questão, quando da impossibilidade de atendimento a um direito fundamental, a opção entre atendê-lo e não a outro, de mesma fundamentalidade. As áreas de atuação do Poder Público são de grande abrangência e os recursos existentes são distribuídos entre tais áreas de acordo com critérios previamente estipulados, por exemplo, entre obras viárias, obras de saneamento, recursos para medicamentos, eventos, publicidade, ou para assistência social. Não, necessariamente, o critério utilizado para tal distribuição é o caráter mais ou menos fundamental das prestações a que se destinam.

³³ HERRERA FLORES, Joaquín. Hacia una Vision Compleja de los Derechos Humanos. In: *El Vuelo de Anteo – Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000, p. 4-7.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. (11-53). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 32.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. (11-53). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 32.

³⁶ Limites e possibilidades estabelecidas pela Lei 4.320/64.

Parte-se do pressuposto que existe um limite de recursos. No entanto, frente a tal limite é preciso fazer escolhas e motivá-las³⁷. Assim, devem ser estabelecidos e publicizados os critérios adotados, seja para controle da população, ou para que o Poder Judiciário, no momento do julgamento de demandas envolvendo direitos fundamentais, possa também utilizá-los como parâmetro.

2.2 Critérios para a Utilização do Argumento da Reserva do Possível nas Decisões Judiciais

O mínimo existencial já constitui um critério para o afastamento da reserva do possível.³⁸ Nessa direção, até mesmo como matéria de defesa do administrador público, não há que haver dúvidas entre a satisfação de obrigações que digam respeito à satisfação do mínimo existencial, e a destinação de recursos para outras necessidades.

Ou seja, no momento em que esteja, efetivamente, em questão a ponderação entre direitos a serem atendidos, devem, o administrador público ou o juiz, aplicar o critério da ponderação entre tais direitos. Assim, revela-se a necessidade de consideração do princípio da proporcionalidade, entre direitos fundamentais, aplicando-se uma interpretação tópico-sistemática³⁹, na medida em que na hierarquia entre direitos fundamentais levar-se-á em consideração a previsão constitucional dos mesmos, e a valoração da fundamentalidade destes, já realizada pelo legislador.

Deve-se levar em conta também o princípio da proporcionalidade em sentido estrito⁴⁰, ou seja, a avaliação sobre custo, benefício, e razoabilidade da demanda pretendida. A pretensão em questão, no caso concreto, deve ser razoável, considerando-se o estágio da efetivação do conjunto dos direitos fundamentais em certa sociedade. Assim, um pleito na área de saúde, por exemplo, que exige um tratamento fora do País, que é ofertado em caráter experimental, em que não é garantida a eficácia pretendida, passa a não compor o rol dos pleitos razoáveis frente às demais necessidades de que o Estado atenda a outros Direitos Fundamentais.

De outra parte, deve o Poder Judiciário considerar as características da gestão pública em questão. Deve avaliar se, efetivamente, Direitos Fundamentais têm sido assegurados em outras circunstâncias pelo administrador público alvo da pretensão sob sua análise. Deve valorar se o direito pleiteado tem

³⁷ FREITAS, Juarez. *Discrecionariade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 127-128.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. (11-53). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 37.

³⁹ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 219-224.

⁴⁰ ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 593-595.

condições de vir a ser prestado em oportunidade seguinte, visto estarem sendo feitos esforços na direção da racionalidade de recursos e na busca de outras fontes de financiamento para aquele e outros pleitos de mesma natureza.

Em última instância, não é possível a consideração do argumento da reserva do possível sem a consideração dos casos em concreto e sem o envolvimento do juiz, responsável pela decisão em questão, no conhecimento da gestão pública como um todo. Este juiz deve estar inserido na comunidade, deve conhecer suas prioridades e sua forma de organização. Deve conhecer o processo de construção dos sistemas de políticas públicas em seu território de jurisdição, para ser capaz de compreender os efetivos limites de recursos existentes ou não frente à demanda pleiteada.

2.3 A Atuação da Jurisdição Constitucional na Realização de Direitos Fundamentais Sociais

A discussão que se trava na doutrina sobre a legitimidade do Poder Judiciário – e sobretudo das Cortes Constitucionais – para controlar a constitucionalidade dos atos praticados pelos demais poderes constituídos – Executivo e Legislativo – passa por duas correntes –, com entendimentos contrários: o procedimentalismo e o substancialismo.

A corrente procedimentalista tem na obra de Jürgen Habermas um dos seus principais expoentes. As teses por ele lançadas procuraram superar os paradigmas liberal e social do Estado de Direito, a partir da distinção entre política e direito, segundo a teoria do discurso. O Judiciário diferencia-se do Legislativo na medida em que age segundo o discurso de aplicação das leis, ao passo que o discurso político de justificação das leis ficaria ao encargo do legislativo⁴¹. Partindo deste pressuposto, Habermas criticou a politização do judiciário. Reconhece o conteúdo moral do Direito, mas ressalta o conteúdo deontológico das normas jurídicas (e não axiológico).

Partindo da diferenciação entre o discurso de aplicação e o discurso de justificação do Direito, Jürgen Habermas critica a prática jurisdicional de uma interpretação construtiva das normas jurídicas, na medida em que ela contraria o princípio democrático e a separação dos poderes, *verbis*:

A lógica da divisão dos poderes não pode ser ferida pela prática de um tribunal que não possui os meios de coerção para impor suas decisões contra uma recusa do parlamento e do governo. A concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas.(...)

Na visão da teoria do discurso, a lógica da divisão dos poderes exige uma assimetria no cruzamento dos poderes do Estado: em sua atividade, o executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a

⁴¹ Neste sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 155.

possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, uma supervisão dos outros dois poderes através do executivo (...). A lógica da divisão dos poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure auto-reflexivamente a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se a revista com a competência do autocontrole de sua própria atividade.⁴²

A partir do exposto, observa-se que para Jürgen Habermas, não caberia ao Tribunal Constitucional decidir sobre a validade das leis, nem determinar o comportamento do Executivo, obrigando-se a adotar certas condutas, pois isso significaria uma deturpação do princípio da separação dos poderes e uma invasão do mundo da vida pelo Direito.⁴³ O autor critica a própria visão material da Constituição, cabendo ao Tribunal Constitucional tão somente realizar uma compreensão procedimental da Constituição, de modo a garantir e proteger um processo de elaboração democrática do Direito, deixando que os próprios cidadãos cheguem a um entendimento sobre quais são os seus problemas e como devem enfrentá-los.

De acordo com o modelo substancialista⁴⁴, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita/explicita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca, pois, em xeque o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.⁴⁵

⁴² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I, Tradução de Flávio Beno Siebeneicher, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 300-1.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, Tradução de Flávio Beno Siebeneicher, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 325.

⁴⁴ Em linha oposta, o modelo procedimentalista, representado por "Habermas e Garapon, entende que o incremento do controle judicial prejudica o exercício da cidadania ativa, pois envolve uma postura paternalista. De tal sorte, favorece a desagregação social e o individualismo, dado que o indivíduo, enquanto simples sujeito de direito, fica totalmente dependente do Estado. Toma-se um cidadão-cliente e o Judiciário o seu fornecedor de serviços. Portanto, não representa situação desejada, mas situação crítica correlata a uma crise institucional que precisa ser superada. Para os procedimentalistas, os cidadãos deixam de ser autores e tornam-se meros destinatários do direito. Isto porque para que sejam autores não é necessária a intermediação do judiciário, mas antes a criação ou conquistas de canais comunicativos que levem o poder democrático do centro para a periferia. Para os mesmos, dado que a lei não é a vontade direta do povo, este precisa ter meios de expressa sua própria vontade. Assim, a Constituição deve apenas garantir a existência desses meios ou procedimentos, para que os cidadãos criem seu próprio direito. Os seus princípios não deve, portanto, expressar conteúdo substantivo, mas somente instrumentalizar os direitos de participação e comunicação democrática". (SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas Públicas (econômicas) e Controle. In: *Revista Cidadania e Justiça*, nº 12, 138-152, p. 145).

⁴⁵ Mauro Cappelletti, ao tratar do tema, refere: "...a atividade de interpretação e realização dos direitos sociais implica, necessariamente, alto grau de criatividade. Obviamente, isto não é menos verdade quando tais direitos sociais, ao invés de ficarem ao nível da legislação ordinária, sejam elevados à condição de direitos constitucionais, mediante inserção nos catálogos de Direitos Fundamentais; pelo contrário, em virtude das razões em seguida analisadas (...), o grau de

O modelo substancialista trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social (contrato social também deve ser entendido a partir do paradigma hermenêutico, e não como um ponto de partida congelado)⁴⁶.

Segundo Lenio Luiz Streck, o modelo substancialista parte da premissa segundo a qual a Constituição determina o agir político estatal, e se revela como expressão do contrato social.⁴⁷ Trata-se da corrente que melhor se adapta à noção de dirigismo constitucional, outorgando ao Judiciário a responsabilidade – compartilhada com os demais poderes públicos – de tornar efetivos os direitos fundamentais.⁴⁸ Prossegue o autor, afirmando que:

O substancialismo se aproxima ou é caudatário do constitucionalismo dirigente que ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Consequentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais (produção democrática do direito), o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional.⁴⁹

Os propositores do modelo substancialista partem da perspectiva que a jurisdição constitucional deve fazer prevalecer a Constituição contra as maiorias eventuais.

Pelo exposto, observa-se que o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. A sua atuação deverá levar em conta perspectiva de que os direitos construídos democraticamente – constitucionalmente tutelados – têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais. O Poder Judiciário, precisa adquirir novo papel ante a função intervencionista do Estado e passa a ser

criatividade necessário pode ser deveras mais elevado no âmbito da justiça constitucional do que, usualmente, no da ordinária. ... Indubitavelmente, o tribunal investido da árdua tarefa de atuar a constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo a tais enigmáticos e vagos preceitos, conceitos e valores (tarefa, claro está, altamente criativa), ou considerar como não vinculante justamente o núcleo central das constituições modernas, vale dizer, a parte dos textos constitucionais relativa à salvaguarda dos Direitos Fundamentais do homem em face do poder público. A longo prazo, esta segunda alternativa mostra-se dificilmente defensável. Ela implica, efetivamente, que os juízes, cuja função essencial é propriamente a de proteger direitos, tenham de renunciar a desempenhar um papel na proteção dos direitos mais fundamentais". CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 67.

⁴⁶ Este modelo conta com prestigiados doutrinadores, como Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 163.

⁴⁸ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 154, defensores do modelo substancialista, referem: "apresentamos o argumento de que é requisito que os juízes possuam as ferramentas que os levam a se basear em princípios para proceder as distinções durante a escolha do nível de generalização que define os Direitos Fundamentais".

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 164.

o intérprete justo na prática social. Se as políticas ganharam mais relevância que a própria lei, o Judiciário precisa constituir-se em poder estratégico, capaz de assegurar que as políticas públicas garantam a democracia e os direitos fundamentais e não interesses hegemônicos específicos. A judicialização das políticas públicas encontra seu fundamento no primado da supremacia da Constituição. Nessa ordem de ideias, o Judiciário não invade o âmbito do Poder Executivo, apenas aplica a Constituição, que é superior a todos os Poderes Estatais. O Poder Judiciário apenas exerce sua função e aplica a Constituição.

Neste sentido, a posição de Clémerson Merlin Clève:

Ora, referidos direitos criam, desde logo, também, posições jurídico-subjetivas de vantagem (embora limitadas). São posições que decorrem da incidência dos direitos em questão, mas igualmente, da irradiação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Da confluência dos dois sustenta-se a obrigação do Estado consistente no respeito ao mínimo existencial (não há dignidade humana sem um mínimo necessário para sua existência). Ou seja, as prestações do poder público decorrentes do reconhecimento dos direitos fundamentais poderão ser progressivamente incrementadas. Todavia, o mínimo existencial implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. O definir esse mínimo não é tarefa fácil. O que se afirma, porém, é que para a observância deste mínimo (que haverá de ser definido por meio da disputabilidade processual), pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, estando o Judiciário, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito. É evidente que os direitos fundamentais não são absolutos, razão pela qual o juiz haverá sempre de proceder a ponderação dos bens constitucionais, princípios e direitos em jogo, para melhor decidir a questão. (...)

O conceito de mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, saúde e previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combatida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino.⁵⁰

Lenio Luiz Streck, ao tratar do tema, é enfático ao afastar a tese da “reserva do possível” como obstáculo para o reconhecimento do mínimo existencial, *verbis*:

Além dessas ressalvas, há que se considerar, ainda, que qualquer defesa de uma atuação mais pró-ativa da jurisdição constitucional pode esbarrar naquilo que muitos têm denominado de reserva do possível

⁵⁰ CLÉVE, C. M. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista Crítica Jurídica*, nº 22, jul./dez. 2003, p. 16-29.

e na (de) limitação do âmbito (político) de esfera de competência. Os direitos fundamentais sociais constantes na Constituição são passíveis de cumprimento. Consequentemente, são passíveis de serem buscados, no extremo limite, pela via da jurisdição constitucional. Tem-se assim, que, em que pese a infundável discussão acerca da eficacialidade dos direitos fundamentais prestacionais, há que levar (sempre) em conta não a reserva do possível, mas, sim, a garantia ao mínimo existencial, sendo o exemplo mais candente o direito à saúde, que, no dizer de Sarlet, pela sua relevância sob o aspecto de garantia do próprio direito à vida, poder-se-ia ter como certo que o direito à saúde, ainda que não tivesse sido reconhecido expressamente pelo constituinte, assumiria a feição de direito fundamental implícito.⁵¹

Para os adeptos do substancialismo, a Constituição, além de refletir o contrato social, tem o condão de “constituir-a-ação do Estado”, a partir de sua força normativa. Nestas condições, não se pode alijar a Constituição de seu conteúdo material, pois, ela reflete os valores que informam a vida de uma determinada comunidade. No caso específico da Constituição Federal de 1988, a inserção de uma série de normas de conteúdo axiológico-material, como os demais direitos sociais, não é passível de ser negligenciada. E isto por uma razão muito simples: “a imensa maioria da população não os tem, ou seja, na linguagem introdutória dos textos relativos aos direitos sociais surge exatamente a partir de ‘sua’ falta”.⁵²

Assim, os Direitos Fundamentais sociais, garantidos constitucionalmente, só se tornarão efetivos se houver uma prática jurisdicional que determine a sua observância.⁵³ Evidentemente que uma postura ativa⁵⁴ do Poder Judiciário

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 184.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 171.

⁵³ Segundo Jorge Reis Novais, “na medida em que consubstanciam uma ordem objectiva ou sistema de valores que resultam de uma decisão constitucional, as normas de Direitos Fundamentais têm uma força conformadora, potencialmente expansiva a toda a ordem jurídica, que dirige ao poder político, à Administração, ao legislador e ao poder judicial impulsos e directivas de actuação” (NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2010, p. 80).

⁵⁴ Em que pese não ser objeto do presente artigo, não é demasiado referir, que entendemos que a postura ativa do Poder Judiciário tem como limite a Constituição Federal, em especial os princípios. No tocante a esta temática, importante referir a lição de Clarissa Tassinari (*Jurisdição e Ativismo Judicial – Limites de Atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 139), *verbis*: “A Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, ao pretender romper com o positivismo jurídico, e ao mesmo tempo se contrapor ao posicionamento de Robert Alexy, parte da concepção de que Direito e Moral são cooriginários, tese também defendida por Ronald Dworkin e Jürgen Habermas. Sob esta perspectiva, a Moral é instituidora da comunidade política, ou seja, não se trata nem de uma ferramenta à disposição do julgador (a exemplo do que propõe Alexy), nem de um moralismo, ligado às opiniões e desejos pessoais. Aceita a tese da cooriginariedade, aos princípios é atribuído um papel estratégico: são através deles que a Moral é institucionalizada no Direito. Assim, o posicionamento de Streck concebe os princípios em descontinuidade com os conceitos produzidos pela tradição: a eles é atribuído status de norma jurídica, passando a

na implementação de Direitos Fundamentais mínimos, não tem relação com o debate atual acerca da judicialização da política. O que se pretende, portanto, é apenas a aplicação da lei de acordo com a Constituição Federal.⁵⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que, frente às previsões de direitos sociais em âmbito constitucional, especialmente quando as prestações pretendidas referem-se à garantia do mínimo existencial, não há fundamento suficiente e *a priori* para a aplicação da teoria da reserva do possível, ao menos no plano teórico da interpretação constitucional.

No entanto, é preciso reconhecer os limites financeiros e orçamentários concretos à plena realização dos Direitos Fundamentais sociais. Nesse caso, é possível admitir a aplicação da reserva do possível como limite fático, mas sem que ela possa figurar como uma escusa do Poder Executivo à não-realização mínima do direito em questão e, ainda, esperando-se de tal demandando a efetiva prova da impossibilidade de atendimento da pretensão ajuizada.

Por outro lado, ao analisar-se a teoria da reserva do possível frente às vinculações constitucionais de verbas destinadas a finalidades sociais, observa-se a contradição: há previsão e arrecadação de verbas, mas os programas sociais não são cumpridos satisfatoriamente. O financiamento de políticas sociais é insuficiente frente à realidade e às necessidades, deixando de atender inúmeras pessoas em seus direitos sociais, os quais são de caráter fundamental. Tais pessoas, titulares dos direitos subjetivos pretendidos,

compor o texto constitucional. Através disso, há uma abertura à racionalidade prática (que o positivismo havia sufocado com sua racionalidade teórica), que decorre da normatividade extraída de uma convivência intersubjetiva emanada da moralidade política. Por isso, os princípios passam a ser vistos como limites à discricionariedade de quaisquer Poderes, reforçando a noção de integridade do Direito, preconizada por Dworkin. Tudo isso contribui sobremaneira ao enfrentamento do ativismo judicial, que, por estar embasado em um ato não condicionado por pressupostos jurídicos (mas pela vontade do julgador), apresenta-se como um problema, especialmente, na atual conjuntura, em que há uma forte tendência de delegar à jurisdição a concretização de direitos. Neste ponto, a devida compreensão do papel dos princípios, como limitadores da decisão judicial, revela-se um importante avanço na defesa do Estado Democrático de Direito, que, por ser qualificado pela democracia, exige um comprometimento de atuação de todos os seus Poderes e, por consequência, também uma resistência ao perfil ativista do Judiciário".

⁵⁵ Lenio Luiz Streck leciona com precisão a respeito do tema: "De tudo o que foi exposto, parece inevitável o choque entre as teses procedimentais (...) e o papel que – assim entendo – deve ser atribuído à Constituição em países como o Brasil. Direito constitucional é direito político (Hans Peter Schneider). Daí a necessidade de manter a Constituição em sua perspectiva dirigente e compromissória. Defender o caráter dirigente da Constituição enquanto Teoria Adequada a Países de Modernidade Tardia – representa introduzir um republicanismo que se opõe ao patrimonialismo e à carência de uma esfera pública suficientemente desenvolvida. O problema, portanto, não reside no texto da Constituição; o problema está no espaço que a Constituição representa para aglutinar forças. Há, pois, uma fundamentação constitucional do político. Trata-se de uma legitimação material. No Brasil – e aqui parece mais claramente a necessidade de uma Teoria da Constituição (Dirigente) Adequada –, a Constituição aponta as linhas de atuação para a política, estabelecendo as condições para a mudança da sociedade pelo direito (nesse sentido, o núcleo político essencial da Constituição que aponta para a Construção de um Estado Social)." STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88.

ingressam em juízo para buscar a efetivação dos direitos violados e o administrador público alega a insuficiência de recursos e impossibilidade fática de atendimento à demanda.

Parece evidente que, para além dos limites sociais e culturais, à efetivação dos direitos sociais e o financiamento do Estado Social de Direito dependem da efetiva reorganização da distribuição dos tributos arrecadados nas três esferas de governo, os quais encontram sua justificação social, exatamente no financiamento dos Direitos Fundamentais.

Para além de tal consideração, vê-se que se torna urgente a universalização do controle sobre a gestão pública, seja por meio do controle judicial, ou através das instâncias deliberativas de políticas públicas. A aproximação da sociedade, atuante no controle da gestão pública, e dos Poderes constituídos e seus titulares, talvez possa reduzir a efetiva reserva do possível no financiamento dos direitos sociais.

Por fim, o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. A sua atuação deverá levar em conta perspectiva de que os direitos construídos democraticamente – constitucionalmente tutelados – têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais. O Judiciário precisa adquirir novo papel ante a função intervencionista do Estado e passa a ser o intérprete justo na prática social. No tocante a este aspecto, deve ser mantida a ideia de Constituição dirigente.

BIBLIOGRAFIA

ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BACHOFF, Otto. *Jueces e Constitución*. Trad. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas, 1987.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

CALIENDO, Paulo. Reserva do Possível, Direitos Fundamentais e Tributação. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CLÉVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista Crítica Jurídica*, nº 22, jul./dez. 2003, p. 16-29.

DAMAŠKA, Mirjan R. *I Volti dela Giustizia e del Potere: analisi comparatistica del processo*. Trad. Andrea Giussani e Fabio Rota. Bologna: Il Mulino, 1991.

FALCÃO, Maria do Carmo. *A Seguridade na Travessia do Estado Social Brasileiro*. In: SPOSATI, Aldaíza et alii. *Os Direitos (Dos Desassistidos) Sociais*. 5. ed., São Paulo: Cortez, 2006.

FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. Justiça Social, Mínimo Social e Salário Mínimo: uma abordagem transdisciplinar. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, nº 165, 2005.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, Trad. de Flávio Beno Siebeneicher, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HERRERA FLORES, Joaquín. _____. Hacia una Vision Compleja de los Derechos Humanos. In: _____. *El Vuelo de Anteo – Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal*. Bilbao: Desclee de Brouwer, 2000.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des) Caminhos de um Direito Constitucional 'comparado'*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos – Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE, Georges Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. In: Dignidade (da pessoa) Humana, Mínimo Existencial e Justiça Constitucional – Algumas Aproximações e Alguns Desafios. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais – Estudo em Homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: JusPodvym, 2012.

NABAIS, José Casalta. A Face Oculta dos Direitos e Deveres e os Custos dos Direitos. In: *Revista de Direito Público da Economia*, nº 20, p. 153-181.

NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático – Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

SANTOS, Marília Lourido dos Santos. Políticas Públicas (econômicas) e Controle. In: *Revista Cidadania e Justiça*, nº 12, 138-152.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. In: *Revista de Direito do Consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, ano 16, nº 61, jan./mar. 2007.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: *Revista Interesse Público*, nº 32, p. 213-226.

SPOSATI, Aldaíza. *Proteção e Desproteção Social na Perspectiva dos Direitos Socioassistenciais*. In: Cadernos de Textos da VI Conferência Nacional de Assistência Social. Conselho Nacional de Assistência Social e Ministério do Desenvolvimento Social, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SUNDFELD, C. A. Saúde Constitucional. “Não se deve confundir direito à saúde com direito a remédio”. In: *Revista Consultor Jurídico*, 02 mar. 2007.

SUNSTEIN, Cass. Direitos Sociais e Econômicos? Lições da África do Sul. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) *Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS*, v. 1, t. 2, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial – Limites de Atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária. In: *Direitos Fundamentais – Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TRIBE, Laurence; DORF Michel. *Hermenêutica Constitucional*. Trad. Amarílis de Souza Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos Políticos, Cidadania e a Teoria das Necessidades. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 31, maio/jul. 1994.