

A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E O RECONHECIMENTO PELO ESTADO DE PRESTAÇÕES POSITIVAS

Marco Aurélio Nogueira*
Ari Timóteo dos Reis Júnior**

Resumo: *No presente artigo analisamos o tema da escassez de recursos públicos para fazer face à necessidade de toda a população, em confronto com normas constitucionais que impõe ao Estado o cumprimento de tais prestações positivas. Para tanto, empreendemos, inicialmente, uma análise da evolução do Estado e dos direitos fundamentais, com o que passamos a discorrer sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais e o papel dos poderes da república na concretização de tais direitos, sempre considerando o papel singular do Poder Judiciário. Aferindo uma posição geral e minuciosa sobre o tema, através das diversas posições de renomados juristas e do Supremo Tribunal Federal, concluímos que somente o mínimo existencial é capaz de compelir o Poder Público ao cumprimento das prestações positivas constitucionalmente previstas.*

Palavras-chave: *Reserva do possível. Mínimo existencial. Direitos fundamentais de segunda dimensão. Obrigatoriedade das prestações estatais positivas.*

Abstract: *The present article deals with scarcity of public resources to support the entire population needs, front of constitutional rules that imposes the state compliance of such positive benefits. For this, we first undertake an analysis about the state*

* Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação na Universidade Federal de Uberlândia. Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais.

** Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Procurador do Estado de Minas Gerais.

and fundamental rights evolutions, talking about the effectiveness and applicability of constitutional rules and the role of the republic's powers in the implementations of these rights, always considering the singular role of the Judiciary. Constructing a general and detailed position about this topic through various positions of renowned lawyers and the Supreme Federal Court, we concluded that only the minimum existential is able to oblige the state to fulfill the constitutional positives benefits.

Keywords: *Financially possible. Minimum existential. Fundamental rights of second generation. State mandatory activities*

1. Considerações iniciais

A questão da escassez de recursos como limite para o reconhecimento pelo Estado do direito às prestações traz vasta problemática aos operadores do Direito. Às implicações orçamentárias e normativas se aliam considerações fáticas que não podem ser ignoradas pelo direito, sob pena de, em última análise, este restar ignorado.

O montante de recursos que ingressam como receita pública não permitem o atendimento da necessidade de toda a população, isto é fato. Ademais, existem direitos individuais, como as garantias tributárias da capacidade contributiva e vedação ao confisco, além do direito à percepção dos vencimentos e proventos pelos servidores, etc., que impossibilitam ao Estado ampliar arbitrariamente sua receita. Ao mesmo tempo que tais direitos protegem o cidadão da atuação arrecadatória estatal, garantindo o direito de propriedade individual, funcionam como barreira à obtenção de recursos públicos, os quais são indispensáveis para fazer face ao cumprimento de todas as prestações positivas que lhe são impostas.

Por outro lado, ao Estado cumpre realizar tais prestações, como saúde, educação, cultura, seguridade, etc. A Constituição está recheada desta índole social marcada por direitos ditos de segunda geração (sociais) que se impõem como obrigatórios.

Assim, longe de uma resposta simplista e irresponsável muitas vezes empreendida por parte da doutrina, devem ser considerados múltiplos fa-

tores. Haveria verdadeiro colapso se, por uma consideração equivocada da eficácia e efetividade destes direitos, sempre fosse acolhida pelo judiciário sua exigibilidade em ações individuais, tendo em vista que a imposição ao Estado do dever de atender, individualmente, cada pessoa que propusesse uma demanda, retira as verbas anteriormente alocadas pelo orçamento ao atendimento de políticas públicas (ressalte-se que tais verbas são limitadas). Com isto, o atendimento de muitos que esperam ser atendidos dentro das políticas traçadas pelo legislativo e executivo ficaria comprometido (como o SUS, por exemplo), ante uma interferência judicial, muitas vezes em provimentos efêmeros sem oitiva da Fazenda Pública, em área reservada ao legislador e administrador.

É a questão da microjustiça (justiça do caso individual) em relação à macrojustiça (considerada no contexto social, indo além do mero dissídio individual). As decisões nesta seara são disjuntivas, de modo que o atendimento de algumas pessoas, necessariamente, implica o não atendimento de outras.

Todavia, temos de reconhecer que, como direitos, devem ter eficácia, pois a inexistência do dever retiraria seu timbre jurídico.

Neste curto trabalho não se pretende, obviamente, o esgotamento do tema, senão um levantamento crítico das opiniões de alguns notáveis juristas sobre a matéria, com uma final conclusão e exposição de nosso entendimento pessoal.

A comparação entre diversas correntes doutrinárias nos permite a melhor visualização do problema e nos possibilita firmar nossa posição. É o que nos propomos a fazer neste ensaio.

2. A problemática da teoria da reserva do possível

O significado de tal teoria se encontra na constatação de que a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, por dependerem de recursos econômicos, é levada a efeito dentro da reserva do possível.

A realização de tais direitos está condicionada pelo volume de recursos suscetíveis de serem mobilizados para este efeito. Desta forma, a limitação dos recursos públicos é verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais. Os direitos subjetivos à prestação material dependem de disponibilidade dos respectivos recursos.

A decisão acerca da disponibilização de recursos está no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da elaboração dos orçamentos públicos. É tarefa cometida precipuamente ao

legislador decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive quanto às políticas públicas.

Aos juízes não é dado garantir a efetivação de prestações pelo Estado que sejam objeto de direitos sociais, pois estas dependem de condições de natureza macroeconômica e são incapazes de atender a toda a população.

É necessário não apenas que a norma autorize tais direitos, como também existam recursos materiais que tornem possível sua satisfação.

Em suma, a reserva do possível se caracteriza pelo seguinte: ao judiciário não é dado, em lides que são postas à sua apreciação, impor ao Estado o cumprimento de prestações positivas que exijam o manejo de recursos públicos, uma vez que tais recursos são limitados e, portanto, incapazes de atender a todos. Assim, incumbe ao legislador a conformação do modo e condições em que serão aplicados tais recursos, regulamentando as normas constitucionais que prevêm os direitos às prestações materiais no sentido das políticas públicas que fixa para o melhor atendimento possível da sociedade como um todo. Neste sentido, sempre seria inadmissível a interferência do Poder Judiciário.

Entretanto, parte da doutrina defende que um chamado “mínimo existencial” poderia ser sempre garantido, sendo direta e imediatamente exigível, o que autorizaria a tutela judicial. O “mínimo existencial” seria formado pelos direitos sociais, econômicos e culturais mais relevantes por integrarem o núcleo da dignidade da pessoa humana.

Dentro deste contexto, poderia o Direito oferecer uma resposta segura para situações em que os recursos sejam limitados? Poderia ser apontada uma solução para quem o Estado deva atender ou não atender em um cenário de falta de meios econômicos para satisfação de todos?

A resposta à questão está ligada à eficácia e efetividade dos direitos sociais. A partir do exame da necessidade ou não de interposição legislativa para o reconhecimento de tais direitos e condições em que isto seria possível, é que poderemos verificar o alcance da tutela do judiciário, mesmo diante da escassez de recursos.

Também se liga a resolução do problema ao papel do Poder Judiciário no que diz respeito ao amparo de pretensões às prestações positivas. Ou seja, se o judiciário pode tutelar tais pretensões ou estaria limitado pelo princípio da separação de poderes.

Em face da separação de poderes os juízes, que não são legitimados pelo voto, poderiam dispor sobre medidas de políticas sociais que exijam gastos orçamentários, os quais são limitados?

3. Evolução do Estado, dimensões dos direitos fundamentais e seus reflexos constitucionais

A sociedade está sujeita a um quadro de múltiplas influências culturais, econômicas, históricas, filosóficas, etc., imersa sob os valores de sua época que, ao mesmo tempo que brotam de suas relações, sobre ela se impõem como vetor de orientação. Neste quadro de complexidade a sociedade evolui, alavancando as instituições existentes e delineando seus contornos atuais.

O Estado surge neste embate histórico para cumprir o fim que lhe é proposto¹, seu papel vai se modificando com o transcorrer do tempo, dando o Estado de Polícia lugar ao Estado do Bem-Estar (Welfare State). Em termos jurídicos o Estado Social se deu com a Constituição Mexicana de 1917 e ganhou importância com a Constituição de Weimar² (Alemanha) de 1919. Neste sentido, o Estado moderno não limita sua ação à manutenção da segurança externa e da paz interna, como que suprimindo ações individuais. Muito mais que isso, deve concretizar as aspirações coletivas, exercendo papel de funda conotação social.

A ordem jurídica acompanha o curso histórico, na esteira fato-valor-norma o embate entre o cidadão e o próprio Estado implicou no surgimento dos direitos fundamentais, os quais são classificados³ pela doutrina em

¹ Discutem os pensadores sobre o momento em que apareceu o Estado, ou seja, qual a precedência cronológica: o Estado ou a sociedade. Informa-nos Dalmo Dallari que para certa doutrina o Estado, como a sociedade, sempre existiu; ainda que mínima pudesse ser, teria havido uma organização social nos grupos humanos. Outra doutrina dá à sociedade em si precedência sobre a formação do Estado: este teria decorrido de necessidade ou conveniências de grupos sociais. Uma terceira corrente de pensamento ainda retarda o nascimento do Estado, instituição que só passaria a existir com características bem definidas. (Elementos de Teoria Geral do Estado, São Paulo: Saraiva, 1983, p. 45.)

² Porém, podem ser citados alguns antecedentes históricos como a Constituição Jacobina (França) de 1793, em que, durante a Revolução Francesa, aos direitos de liberdade foram acrescidos alguns direitos de igualdade. Mas foi a partir de Weimar que o Estado de Bem-Estar ganhou seu diferencial em relação a estes antecedentes históricos. Pela primeira vez na história, a assistência estatal é reivindicada pelos cidadãos como um direito às prestações de natureza fática, produzindo uma substancial mudança na relação entre o Estado e os indivíduos.

³ Classificar consiste em distribuir objetos em categorias distintas de acordo com as semelhanças existentes, em um dado conceito. Há quem diga que não há classificação correta ou incorreta, mas, considerando os critérios utilizados para a elaboração do conceito a subsumir a classificação, poderia haver maior ou menor utilidade da classificação. Todavia, como estamos diante da Ciência do Direito que incide em prescrições que encerram uma lógica deontológica, e que por isto se submetem a determinados regimes jurídicos, se torna imperativo que os critérios de classificação a serem utilizados pelo jurista ensejem tantas classes quanto regimes jurídicos aplicáveis às espécies. Isto porque, as classificações podem perfeitamente serem feitas em 03 (três), 04 (quatro) ou 05 (cinco) grupos, etc., de acordo com os critérios considerados pelo intérprete, contudo, os regimes jurídicos aplicáveis a uma categoria ou à outra são fixos, decorrendo da própria lei. Em

gerações ou, com maior precisão semântica, dimensões⁴. As dimensões dos direitos fundamentais demarcam a evolução das liberdades públicas.

Em um primeiro momento encontramos os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), os quais compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, realçando o princípio da liberdade. Surgem no final do século XVII, com o objetivo de limitar o poder estatal, têm na abstenção do Estado sua justificativa para garantir um círculo de liberdade ao indivíduo. Nessa fase prestigiavam-se as cognominadas prestações negativas, as quais geravam um dever de não fazer por parte do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação, etc.

Num segundo instante aparecem os direitos de segunda dimensão, que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas, acentuando o princípio da igualdade. Advindos após a Primeira Guerra Mundial e a Revolução Industrial, compreendem os direitos sociais, econômicos e culturais, que visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem. Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice, etc.⁵ Com efeito, o círculo de liberdade oposto ao Estado foi conquistado, todavia, afastada a opressão estatal, esta passou a ser exercida pelo próprio homem, era a opressão do homem pelo próprio homem, o que justifica a intervenção do Estado em seu papel de assegurar o bem comum. São nestes direitos que encontramos a seara de nosso estudo.

Em síntese, enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado (objetivam limitar o poder), os direitos sociais exigem para sua concretização a ampliação dos poderes estatais.

Ademais, a doutrina identifica direitos de terceira⁶ (direitos difusos) e

suma, as classes devem se justificar pelo tratamento distinto dado aos elementos que nela se subsumem em relação aos elementos das demais classes. (DINIZ DE SANTI, Eurico Marcos [et al]. *Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*./Coordenador: Eurico Marcos Diniz de Santi, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 37).

⁴ Parte da doutrina assevera que o termo “gerações” indicaria a superação de certa classe de direitos por outra enquanto no termo “dimensões” ensejaria a convivência dos direitos das diversas classes, os quais se completariam.

⁵ BULLOS, Uadi. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 402/404.

⁶ São os direitos de solidariedade ou fraternidade (Kavel Vasak). São os direitos difusos em geral, como o meio ambiente equilibrado, a vida saudável e pacífica, o progresso, etc. Materializam poderes de titularidade coletiva, atribuídos genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes de agrupamentos sociais.

quarta dimensões⁷ (biogenética ou democracia participativa). Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.”⁸

Como se observa, o Estado do Bem-Estar (*Welfare State*) trouxe obrigações positivas, impondo ao Estado um *facere*. Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

A doutrina do *laissez faire* assegurava ampla liberdade aos indivíduos e considerava intangíveis os seus direitos, mas, ao mesmo tempo, permitia que os abismos sociais se tornassem mais profundos, deixando à mostra os inevitáveis conflitos surgidos da desigualdade entre as várias camadas da sociedade. Esse Estado-polícia não conseguiu sobreviver aos novos fatores de ordem política, econômica e social que o mundo contemporâneo passou a enfrentar. Essa forma de Estado deu lugar ao Estado-Bem-estar, “que emprega seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por uma intervenção decidida, algumas conseqüências mais penosas da desigualdade econômica”⁹

Em decorrência destas novas incumbências surge a problemática do reconhecimento de prestações positivas pelo Estado, a implementação destas prestações tem como aspecto principal a chamada “reserva do possível”.

Nesta esteira, partindo para análise do direito positivo, percebemos que conforme se modifica a sociedade, também se modifica o perfil estatal e o direito posto. Como reflexo de novas ideologias dominantes, os fatores reais de poder estabelecem a nova constituição.¹⁰

Na concepção de Emmanuel Joseph Sieyès foi cunhado o Poder Constituinte, o qual estabelece a constituição como obra legítima de um

⁷ Relativos à biogenética, alimentos transgênicos. Para Paulo Bonavides são direitos relativos à democracia participativa.

⁸ *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 57.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

¹⁰ Ferdinand Lassalle, em famosa conferência pronunciada no ano de 1863 para intelectuais e operários da antiga Prússia, salientou o caráter sociológico de uma constituição, a qual se apoiava nos fatores reais de poder. Para Lassalle, eles designariam a força ativa de todas as leis da sociedade. Logo, uma constituição que não correspondesse a tais fatores reais não passaria de simples folha de papel. (Uadi Lammêgo Bullos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30).

poder ilimitado, autônomo e incondicionado de titularidade do povo.

Neste diapasão, o objeto das constituições tem se alargado sobremaneira, visto que passou a abarcar os direitos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões.

Deste modo, não estão incluídos no texto maior somente as disposições relativas à organização do Estado, modo de aquisição e exercício do poder, limites à sua atuação, regime político (constituição em sentido material conforme prevista por Carl Schmitt — conceito político de constituição).

As constituições passaram a ter objeto amplo, que vem se estendendo com o correr dos fatos.¹¹ Os direitos fundamentais a prestações positivas passaram a ter sede na constituição tornando-se verdadeiras normas constitucionais.

4. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, separação de poderes e a liberdade de conformação do legislador

Da análise das normas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) observamos que são dotadas de diferentes cargas de eficácia. Por isto, algumas delas são aplicáveis de imediato para

¹¹ Tal ampliação é que gerou a distinção entre constituição em sentido material e em sentido formal (quanto ao conteúdo). Segundo a doutrina tradicional as disposições das constituições que não se refiram à estrutura do Estado, à organização dos poderes, seu exercício e os direitos e garantias individuais, só são constitucionais em razão do documento que aderem. Diz-se que são constitucionais apenas do ponto de vista formal.

Tal compreensão revela incompreensão do Direito Constitucional contemporâneo, porque não se arrola os fins e objetivos do Estado entre os elementos essenciais que o constituem.

Ora, concebido que a finalidade (fins e objetivos a realizar) se insere entre os elementos constitutivos do Estado e, considerando a ampliação das funções estatais, atualmente podemos concluir que o direito constitucional também se ampliou.

Diante disso, perde a importância a doutrina que pretende diferenciar constituição em sentido material e formal. Neste sentido, as constituições contemporâneas apresentam-se cheias de normas que tratam das mais variadas matérias, sistematizadas em um todo unitário e organizadas coerentemente pela ação do poder constituinte que as teve como fundamentais para a coletividade. Tais diferenças de matérias a serem tratadas pelas normas gerou a classificação dos elementos das constituições em:

- a) elementos orgânicos: normas que regulam a estrutura do Estado e do Poder;
- b) elementos limitativos: limites à atuação estatal que dão a tônica do Estado de Direito;
- c) elementos sócios-ideológicos: revelam o compromisso das constituições modernas do Estado Social intervencionista, marcado sobretudo pela Constituição de Weimar;
- d) elementos de estabilização constitucional: normas que asseguram a solução de conflitos constitucionais, a defesa da constituição, do Estado e das instituições democráticas;
- e) elementos formais de aplicabilidade: normas que estatuem regras de aplicação das constituições.

regular diretamente a relação social, ao passo que outras dependem de uma atividade legislativa regulamentadora que estabeleça a forma e condições de sua aplicação. Estas últimas somente vão encontrar efetividade no processo de positivação que lhe possibilite adequar-se aos fatos da vida social.

Embora o art. 5º, § 1º, da CRFB/88, estabeleça a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, o postulado da aplicabilidade imediata dos direitos sociais prestacionais não pode resolver-se com a dimensão de tudo ou nada. O seu alcance depende do caso concreto, ou seja, de uma norma especificamente considerada.

Este aspecto guarda crucial relevância com a efetivação com as prestações positivas com que se relaciona a reserva do possível, visto que as normas que as prevêm se hospedam normalmente em normas dependentes de integração legislativa.

Dentre várias classificações doutrinárias acerca da aplicabilidade das normas constitucionais¹² a mais tradicional, sem dúvida, é a de José Afonso da Silva¹³, que as classifica em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

As normas de eficácia plena são aquelas que desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. Não autorizam que a legislação infraconstitucional restrinja seu campo eficaz.

Normas de eficácia contida são aquelas que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas

¹² Maria Helena Diniz as classifica em:

- a) Normas supereficazes/eficácia absoluta: não podem ser emendadas (cláusulas pétreas). Têm força paralisante de qualquer legislação que vier a contrariá-las.
- b) Normas de eficácia plena: podem ser emendadas, porém são imediatamente aplicáveis.
- c) Normas de eficácia relativa restringível: são aquelas que tem condições de serem aplicadas de imediato, mas possibilitam ao legislador restringir seu campo de abrangência.
- d) Normas de eficácia relativa complementável ou dependente de complementação: sua possibilidade de produzir efeitos é mediata. (*Norma constitucional e seus efeitos*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006).

Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto as classificam em:

- a) Normas de aplicação: estão aptas a produzir seus efeitos, dispensando regulamentação ou permitindo-a, mas, nesta hipótese, sem qualquer restrição do conteúdo constitucional.
- b) Normas de integração: são integradas pela legislação infraconstitucional, podendo ser complementáveis quando exigir o complemento para sua aplicação ou restringíveis quando poder ter seu campo reduzido.

¹³ *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos dos conceitos gerais nelas enunciados. (ex. art. 5º, inciso XIII, da CRFB/88 — “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”)

Já as normas de eficácia limitada são aquelas que apresentam aplicabilidade indireta, mediata, reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade. (ex. art. 37, inciso VII, da CRFB/88 — “O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.”).

José Afonso da Silva subdivide as normas de eficácia limitada. Dentro desta classe haveria as de princípio institutivo e as de princípio programático. Segundo Uadi Lammêgo Bulos as de princípio institutivo:

São as que dependem de lei para dar corpo a institutos, instituições, pessoas, órgãos ou entidades constitucionais.

A finalidade das normas institutivas é conseguir que a lei ordinária ou complementar as regulem, definitivamente, de sorte que estejam aptas a estruturar institutos, instituições, órgãos ou entidades. Elas indicam, em seu próprio corpo, a legislação futura que deverá completar-lhes a eficácia.¹⁴

Já as normas de princípio programático são aquelas que o constituinte, em vez de regular direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivo e judiciário) como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado.

São de aplicação diferida, porém, mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores, têm como destinatário principal, embora não único, o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia. Desta forma, não consentem que os cidadãos as invoquem de imediato, de modo que não podem ser propostas demandas ao Judiciário somente em razão das próprias normas constitucionais (sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes), pois são de eficácia limitada e o juízo de oportunidade e avaliação do programa incumbe ao Poder Legislativo.

Cumpre-nos afirmar, como faz Uadi Lammêgo Bullos, que:

¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 363.

a partir de 1919, com a Constituição alemã de Weimar, os textos supremos passaram a ser analíticos, deixando a regulamentação de toda e qualquer matéria a cargo do legislador ordinário. Assim, predominam normas de eficácia contida e limitada, que, para se tornarem plenamente exequíveis, reclamam a feitura de leis posteriores.¹⁵

Dentre as normas de eficácia limitada de princípio programático é que encontramos o *habitat* dos direitos de segunda geração que ensejam prestações positivas pelo Estado. Tais direitos dependem de intermediação legislativa para se tornarem plenamente eficazes. Especificamente neste ponto encontramos óbice ao Poder Judiciário na tutela de prestações de incumbência do Poder Público, tendo em vista que o legislador tem certa discricionariedade em sua atividade legiferante que não pode ser tolhida ante o princípio da separação de poderes.

Como órgão de representação popular, o Poder Legislativo é centro de manifestação das aspirações sociais em sua pluralidade, é ele quem fixa as diretrizes políticas superiores da nação. Sendo assim, avalia o tempo, modo, e forma de implementação dos programas sociais estipulados em normas de eficácia limitada previstas na CRFB/88.

Embora os textos constitucionais ponham o Legislativo em pé de igualdade com os demais órgãos verticais do Poder, certamente, cumpre a ele a difícil tarefa de elaborar normas jurídicas para o Executivo e Judiciário aplicarem.

Segundo a doutrina ao Legislativo cabe a produção normativa enquanto ao Executivo seria reservada a sua aplicação de ofício e ao Judiciário sua aplicação contenciosa no caso litigioso concreto¹⁶. Alexandre de Moraes explica que:

A divisão segundo critério funcional é a célebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no “Segundo tra-

¹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 848.

¹⁶ É claro que nos referimos às funções típicas, pois além destas todos os poderes são dotados de funções atípicas. Deste modo, o executivo também legisla, o legislativo também administra e julga e o judiciário administra e legisla.

tado do governo civil”, que também reconhece três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no âmbito interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu “O espírito das leis”, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal.¹⁷

Neste sentido, embora encontremos em todas as funções atos de produção jurídica, conforme ressalta Renato Alessi¹⁸, a legislativa se caracteriza por ser ato primário, ao passo que a jurisdicional é ato de produção subsidiária e a administrativa complementar.

A separação de funções é pedra angular de todo Estado de Direito, de delicada configuração ante a especialização de funções concebida pelo *chek and balances*. A acumulação de poderes desborda no arbítrio e desprezo dos direitos e garantias fundamentais. A quebra do equilíbrio entre os órgãos superiores do Estado arrastaria consigo todas as instituições democráticas e direitos de liberdade e igualdade.

Portanto, descabem argumentos irresponsáveis que se apegam em uma realização a qualquer preço de direitos a prestações positivas pelo Estado, sem considerações financeiras e orçamentárias. A função de traçar as políticas públicas é conferida ao Poder Legislativo, que têm melhores condições do que qualquer outro de avaliar como e quando implementá-las, regulamentando as normas de eficácia limitada que consagram os direitos sociais, culturais e econômicos e alocando os recursos cabíveis para tanto. Há liberdade de conformação pelo legislativo, existindo uma reserva legislativa sobre a questão que, no âmago da separação de poderes, não está sujeita à interferência dos demais poderes.

Este é o cerne da reserva do possível. Na conformação dos direitos a prestações materiais positivas o Judiciário não pode interferir em razão de serem os recursos limitados e insuficientes para atendimento geral, o que determina decisões disjuntivas que incumbem ao legislador ante a separação de poderes.

¹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 366.

¹⁸ *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 69.

Mas se a reserva do possível assim apregoa, também existe o outro lado da moeda. O Poder Legislativo é um órgão constituído e, portanto, limitado e condicionado, que extrai seu fundamento jurídico da CRFB/88, obra do constituinte originário. Deste modo, não pode a ela se sobrepor, devendo acatar seus comandos na esteira do que determinam as normas constitucionais.

As normas de eficácia limitada dependem de integração legislativa para serem aplicadas, mas isto não significa que sejam desprovidas de qualquer eficácia, sob pena de negarmos sua condição jurídica. Tais normas produzem um mínimo de efeitos, como por exemplo, estabelecem dever para o legislador infraconstitucional de editar as leis regulamentadoras, condicionam a legislação futura que não poderá ir na contramão dos programas constitucionalmente estabelecidos, ab-rogam legislação anterior incompatível e constituem sentido teleológico para interpretação, integração e aplicação de normas jurídicas.

A falta de edição da norma integrativa de sua eficácia caracteriza o que chamamos de síndrome da inefetividade das normas constitucionais, autorizando o manejo de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção, porque tal omissão será inconstitucional por contrariar o dever de legislar sobre o assunto (obviamente, tomado dentro da razoabilidade). A edição da norma em ofensa à igualdade, mesmo que implemente parcialmente as políticas públicas, será inválida por ofensa ao art. 5º, caput, da CRFB/88.

Neste diapasão, observado que o legislador não tem liberdade absoluta nesta matéria, constatamos que certos direitos prestacionais são indispensáveis à vida com dignidade e mesmo indispensáveis à própria vida (como os serviços de saúde em casos urgentes).

Neste sentido, a própria sociedade confere importância ímpar a determinadas prestações positivas que incumbem ao Estado. Poderia, então, ser oposta a reserva do possível em tais situações cruciais?

A resposta a esta pergunta vem no denominado mínimo existencial, o qual seria composto de um núcleo de prestações positivas consubstanciador da dignidade da pessoa humana. O mínimo existencial pode ser tutelado de imediato pelo Poder Judiciário, haja vista que existindo o dever do Estado e sendo inconstitucional a omissão ou insuficiência legislativa, em uma ponderação de princípios, prevalece o valor maior da vida, saúde, etc., desde que se encontrem no círculo indispensável à dignidade da pessoa humana.

5. Posições doutrinárias

Podemos agrupar as correntes doutrinárias existentes em três:

- a) os que entendem que podem ser tutelados pelo Judiciário todos os direitos fundamentais em qualquer hipótese, mesmo os de segunda geração que exigem gastos financeiros, independentemente da existência de lei regulamentadora.
- b) os que dizem serem possíveis de tutela imediata somente os direitos da liberdade (negativos), enquanto os sociais (positivos) dependeriam de lei que os disciplinasse e alocasse os recursos orçamentários necessários, uma vez que vigeriam sob a reserva do possível.
- c) Afirmam que haveria um núcleo de direitos positivos ligados ao mínimo existencial que sempre seriam instantaneamente tuteláveis pelo Judiciário, enquanto os demais estariam sob a reserva do possível.

Stephen Holmes e Cass R. Sunstein¹⁹ demonstram que todos os direitos custam dinheiro, sejam os positivos (prestações materiais) ou mesmo os negativos e, por dependerem de verbas, não podem ser absolutos. Todos os direitos têm custos, porque todos pressupõem custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los.

Conforme destaca Giovani Bigolin²⁰, ao analisar a obra em tela:

Em termos contundentes Holmes e Sunstein afirmam que os Direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptórios e decisivos. Isto, contudo, é mero floreio retórico. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às conseqüências orçamentárias, pelas quais, em última instância, os outros dois poderes são responsáveis.

Desta forma, podemos conduzir a posição dos autores a uma reserva do possível que abrangeria quaisquer direitos em razão de todos dependerem de gastos públicos.

¹⁹ HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton & Co., 1999.

²⁰ BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n° 53, maio/set, 2004, p. 49-70.

Gustavo Amaral²¹ fala muito em “controle das escolhas alocativas”. Ele prega que o Judiciário não deve fazer o controle fato-norma, mas controlar as escolhas feitas pelos demais poderes. O autor analisa da a situação das decisões judiciais que tratam do direito à saúde como absoluto e incontestável.²²

Afirma Gustavo Amaral que:

a escassez é inerente aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas, em especial quanto à saúde, onde além de escassez de recursos financeiros, há carência de recursos não monetários, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades.²³

O direito à saúde garantido pela CRFB/88 deveria ser cumprido dentro dos limites das verbas alocadas para a área. Ao governante cabe, por critérios de conveniência e oportunidade, procurar atender aos interesses de toda a coletividade de maneira universal e igualitária. Assim, o benefício a um único cidadão, sem considerações contextuais, como em um caso de ação judicial, prejudicaria o restante da coletividade de cidadãos, que vêem as verbas destinadas à saúde diminuir sensivelmente, em detrimento de suas necessidades.

Giovane Bigolin bem explicita a posição do autor:

para Amaral, é necessário que os Juízes e Tribunais, quando forem decidir sobre a eficácia e efetividade das pretensões em casos espe-

²¹ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²² Decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina foi exarada no sentido de que o direito à saúde como previsto constitucionalmente bastaria para ordenar ao Estado, liminarmente e sem sua prévia oitiva, o custeio de tratamento nos Estados Unidos, de vítima de distrofia muscular de Duchenne, ao custo de US\$ 163.000,00, cujo tratamento não teria comprovação de sua eficácia, haja vista que a origem da doença é genética. Fundamentou-se o TJSC no fato de que ao julgador não seria lícito negar tutela a direitos de primeira grandeza sob o argumento de proteger o erário. (Agravado de Instrumento nº 97.000511-5, rel. Des. Sérgio Paladino.)

De outro modo, decisão do TJSP, em idêntico caso, esposou linha de raciocínio contrária. Entendeu que não se poderia permitir que um poder interferisse em outro, invadindo a esfera de sua atuação, sob o pretexto da inafastabilidade da jurisdição e prevalência do bem maior da vida. Ao Poder Judiciário não competiria a análise das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área da saúde e atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos suficientes. (Agravado de Instrumento nº 42.530.5/4, rel. Des. Alves Bevilacqua, j. 11.11.1997).

²³ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 172.

cíficos, fundamentem suas decisões admitindo o modo como os custos afetam a intensidade e consistência dos direitos, examinando abertamente a competição por recursos escassos que não são capazes de satisfazer a todas as necessidades sociais, implicando em escolhas disjuntivas de natureza financeira.

(...) O judiciário está aparelhado para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são postas, tratando-se de microjustiça, da justiça do caso concreto e esta deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia. Conclui que ao Poder judiciário cabe apenas o controle do discurso e das condutas adotadas por aqueles que ocupam as funções executiva ou legislativa.²⁴

Já no que se refere ao mínimo existencial, outros aspectos que podem ser suscitados, como a dificuldade de saber se a prestação é exigível incondicionalmente ou não, se o mínimo existencial seria o mesmo independentemente do local considerado.²⁵

Andreas Krell²⁶, assentando que os direitos sociais são fundamentais, tem entendimento contrário à reserva do possível porque ela reduziria a eficácia dos direitos fundamentais a zero. Assevera o autor que, se os recursos não são suficientes ao tratamento de todos, estes devem ser removidos de áreas menos indispensáveis que a saúde (transportes, fomento, etc.). Deste modo, concebe posição diametralmente oposta à de Gustavo Amaral.

A tolerância a direitos sem o respectivo dever justificaria ao não atendimento pelo Estado das prestações que lhe são impostas como direitos fundamentais, que se tornariam inoperantes, contrariando o § 1º, do art. 5º, da CRFB/88.

Krell rebate a indagação formulada por Gustavo Amaral (Amaral propõe o confronto de escolha disjuntiva entre tratar os milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou um pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável quando os recursos não permitem ao atendimento de todos) consistente no perigo de uma relativização nesta área que poderia levar à respostas anti-humanistas do tipo

²⁴ BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n° 53, maio/set, 2004, p. 49-70.

²⁵ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 185.

“por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?”

Robert Alexy²⁷ deu relevante contribuição no trato das normas jurídicas, especificamente na distinção entre regras e princípios.²⁸ Enquanto as regras entram em conflito (o que implica na exclusão de uma para aplicação de outra), quando há confronto entre princípios ocorre colisão, a qual é sujeita a um juízo de ponderação.

Robert Alexy empreende uma solução da celeuma da reserva do possível dentro de considerações acerca da ponderação de princípios. O princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária não é absoluto e pode entrar em colisão com os direitos fundamentais que prevaleçam sobre ele.

O reconhecimento de direitos a prestações positivas exige que eles sejam imprescindíveis ao princípio da liberdade fática e que o princípio da separação de poderes (incluindo a reserva parlamentar legislativa em matéria de gastos públicos) seja atingido somente de maneira diminuta.

Afirma a existência de um direito a prestações positivas básicas, indispensáveis para uma vida com dignidade que consubstanciam um mínimo existencial. O interesse deve ser tão fundamental que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo Direito. Tal fundamentalidade justifica a prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico, portanto, também perante o legislador.

Deve haver um mínimo de segurança material a ser garantido por direitos fundamentais, evitando-se o esvaziamento da liberdade pessoal e garantindo uma liberdade real. Assim, o reconhecimento do mínimo existencial sempre deverá prevalecer, mesmo quando em conflito com o princípio da reserva do possível e do princípio democrático, que não são absolutos.

²⁶ KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

²⁸ Princípios são mandamentos nucleares, vigas de sustentação, disposições fundamentais que irradiam sua eficácia por todas as estruturas subseqüentes, conferindo ao sistema sua necessária coerência unitária e cumprindo função informadora integrativa e interpretativa. Na diferenciação cunhada por Alexy a peculiaridade que separa as regras dos princípios não seria de grau (maior ou menos generalidade ou abstração), mas substancial. Os princípios são mandados de otimização, no sentido que determinam que algo seja observado da melhor maneira possível dentro das condições fáticas e jurídicas existentes. Deste modo, admitem que haja cumprimento parcial de seus comandos. As regras, por outro lado, apresentam-se sob a forma de um conteúdo determinado que é ou não realizado em sua plenitude, isto é, a regra é ou não cumprida na inteira medida de seu enunciado normativo redundando sempre em um “tudo ou nada”.

Ingo Wolfgang Sarlet²⁹ tem o entendimento favorável ao mínimo existencial, mesmo em face da problemática da reserva do possível, do grau de completude da norma e da reserva de competência parlamentar.

Deve ser assegurado um padrão mínimo de segurança material, uma vez que é necessária para garantir a liberdade real, já que mesmo diante da norma do art. 5º § 1º, da CRFB/88, o Estado não pode ser compelido a assegurar um padrão ótimo de bem-estar-social, mas pode de obrigado a efetivar as condições para uma existência com dignidade. O nível social ideal fica como objetivo a ser perseguido pelo Poder Público em seu papel estatal de perseguir o bem comum.

Sarlet conclui que quando há confronto entre a reserva do possível e o mínimo existencial, como na hipótese da vida e da dignidade da pessoa humana, resultará a prevalência deste último, o que possibilita a imposição obrigatória pela via judicial da realização da prestação positiva assegurada por norma de direito fundamental.

6. Entendimento do Supremo Tribunal Federal

A referência ao entendimento do STF se dá por conta da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, que foi julgada prejudicada, embora o Ministro Celso de Mello tenha exposto sua posição. Extraí-se da ADPF Nº 45 sua ementa:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRÍO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESEVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ADPF NO
PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS
(DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)

Segundo o Ministro Celso de Mello o STF possuiria uma dimensão política em sua jurisdição, de modo que não poderia demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo do Legislativo e Executivo, que são legitimados pelo voto, a liberdade de conformação não é absoluta. Se atingirem o núcleo do mínimo existencial poderá haver tutela pelo STF.

7. Conclusão

Pelo que foi exposto, concluímos que a reserva do possível é realizada independentemente de considerarmos a reserva parlamentar, pois somente se pode buscar algo onde exista. Se as prestações positivas pelo Estado dependem de recursos e estes não existem, não há como efetivá-las, de modo que mesmo quanto ao mínimo existencial a exigência das prestações se sujeita à existência de recursos.

Entretanto, havendo recursos (mesmo escassos e que, por isto, não podem atender a necessidade de todos) o problema será conduzido à decisão sobre a aplicação de tais recursos. Aqui surge a problemática da separação de poderes e da reserva de competência parlamentar. Tal decisão, por certo, incumbe precipuamente ao legislador, todavia, existe a possibilidade de serem reconhecidos direitos à prestações positivas independentemente da atuação legislativa, quando estivermos diante da garantia de um padrão mínimo de prestações materiais (posição de Alexy).

Desta forma, há um limite à liberdade de conformação pelo legislador, que se caracteriza pelo mínimo existencial, que demarcado pela dignidade da pessoa humana, autoriza ao Judiciário a sua tutela imediata, mediante uma ponderação de princípios.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: em busca de critéri-**

os Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre: Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nº 53, maio/set, 2004, pág. 49-70.

BULLOS, Uadi. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

DALLARI, DALMO. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 1983.

DINIZ DE SANTI, Eurico Marcos [et al]. **Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho.** Coordenador: Eurico Marcos Diniz de Santi, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos.** 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1995.

HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Tax.** New York: Norton & Co., 1999.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado.”** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional,** 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.