

4.12 IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

4.12.1 A reserva do possível e a eficácia dos direitos fundamentais

Wellington Pereira

Acadêmico de Direito. Estagiário do Ministério Público



Wellington Pereira

A problemática relativa à eficácia dos direitos fundamentais¹ é notadamente mais evidente em relação aos direitos fundamentais sociais², pois as suas prestações materiais dependem dos recursos de que o Estado dispõe. No entanto, a Constituição determina ao legislador que viabilize o conteúdo desses direitos³.

A pergunta que se faz é: seria possível a implementação dos direitos fundamentais sociais por meio do Poder Judiciário? A questão é polêmica, encontrando como argumento para sua negativa a alegação de ilegitimidade do Poder Judiciário para a conformação do conteúdo desses direitos, por se entender que seria afrontado o princípio da Separação de Poderes⁴. Por sua vez o Poder Público invoca o princípio da *reserva do possível*, para escusar-se de concretizar as políticas públicas de implementação do conteúdo dos direitos sociais.

Em relação ao argumento de ilegitimidade do Poder Judiciário em exigir a implementação do conteúdo dos direitos sociais, quando não realizado ou não realizado satisfatoriamente pelo Poder Público, o que afrontaria o princípio da Separação de Poderes, deve ser revisto quando se tratar de prestações de serviços sociais, pois esse princípio não pode ser invocado para justificar injustiças sociais e causar inércia social⁵.

Parece-nos cada vez mais necessária à revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais⁶.

O citado princípio deve ser submetido a uma releitura, não para possibilitar a ingerência de um Poder sobre o outro, mas para possibilitar uma reformulação funcional do Estado, objetivando uma melhor distribuição de suas funções e um efetivo controle de *freios e contrapesos*. No paradigma do Estado Democrático de Direito, os princípios devem ser viabilizados para a construção de uma sociedade mais justa, sendo interpretados sob o método hermenêutico da adequabilidade. Assim, o argumento de que o princípio da Separação de Poderes deve prevalecer a qualquer custo, deve ser superado em prol de se reduzirem os obstáculos que impedem a materialização do conteúdo dos direitos sociais fundamentais, não importando se a materialização do conteúdo destas normas programáticas seja feita pelo Poder Público ou implementadas por meio do Poder Judiciário.

Quando os preceitos constitucionais não são cumpridos por omissão do legislativo ou do administrador, pode ter como consequência uma inconstitucionalidade permanente (visto que os preceitos constitucionais são

vinculantes e servem como princípios orientadores) gerando instabilidade política e um sentimento de descrédito nas instituições democraticamente instituídas. Outrossim, é incontestável o valor político de uma decisão judicial que declara o Estado em mora por não implementar preceitos constitucionais econômicos, sociais e culturais. Sentenças dessa natureza tornam-se importantes veículos canalizadores das reivindicações sociais, por expressarem o sentimento social de inconformismo com a inércia do Poder Público. Com tais sentenças, o judiciário não está controlando o administrativo e sim exercendo sua função de fiscalizá-lo e cumprindo seu papel na dinâmica de freios e contrapesos⁷.

O princípio da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) foi desenvolvido na Alemanha, fruto de uma decisão da Corte Constitucional germânica, que entende que a prestação dos serviços públicos pelo Estado está condicionada à disponibilidade dos recursos necessários para a implementação de tais serviços. Segundo a Corte Constitucional Alemã, esses direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade⁸. De acordo com essa teoria não é permitido exigir do Estado acima de um limite básico social.

A doutrina e a jurisprudência alemã sempre influenciaram os juristas brasileiros, por fazerem parte da família romano-germânica, e por isso muitos preceitos e teorias daquele país foram transportados para o Brasil. Entretanto, o mesmo preceito ou teorias aplicados em contextos sociais diferentes assumem feições também diferentes. O Brasil com toda sua diversidade cultural e sua desigualdade social não pode importar conceitos jurídicos de uma sociedade desenvolvida como a alemã, sem a devida adaptação. O próprio significado de *possível* no contexto alemão tem outra conotação, se comparada com o contexto brasileiro. Naquele país o desenvolvimento humano atingiu um estágio ainda não experimentado pelo Brasil. Em nosso contexto, a implementação dos direitos fundamentais é cada vez mais dependente do Estado. Assim, conclui-se que a reserva do possível pode ser fruto de um direito comparado equivocado, porquanto foi importado de uma sociedade que em nada se aproxima da nossa, principalmente na definição do que seja a garantia mínima de direitos⁹.

Nesse sentido, baseando-se no princípio da reserva do possível, é alegada a necessidade de prévia dotação orçamentária para o cumprimento imediato de decisão judicial que verse sobre políticas públicas. Entretanto, não é razoável aceitar qualquer alegação de falta de recurso, fundamentando-se apenas nesse princípio. Como esclarece o Min. Celso de Melo em ADPF nº 45:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado na Carta Política.

Não se mostra lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência¹⁰.

Assim a escassez de recursos deve ser investigada, no caso concreto, pois, do contrário, de nada adianta a norma constitucional se esse argumento fosse sempre invocado. Também deve ser salientado que o sistema de planejamento orçamentário não é feito com a total liberdade do legislador. Tanto ele quanto o administrador não possuem discricionariedade para dispor dos recursos como bem entenderem¹¹. A norma do art. 3º da Constituição Federal enumera os direitos sociais que devem ser perseguidos pelos

governos que se sucedem. O Estado deve disponibilizar toda sua estrutura para servir à obtenção destes desígnios. Em voto recente o Min. Carlos Mário da Silva Velloso demonstrou a vinculação entre os objetivos constitucionais e a obrigatoriedade de se realizarem despesas que foram previamente definidas, em voto que tratou do uso dos recursos arrecadados com a CIDE¹².

Destarte, não deve ser apenas limitada à reserva do possível a aplicação dos recursos necessários, e sim aplicá-los buscando efetivamente transformar em realidade as conquistas formais dos direitos fundamentais. Conclui-se que a questão de cumprir as tarefas sociais não está relegada somente ao governo e à administração, mas encontra seu fundamento no próprio texto constitucional sobre os direitos sociais. A sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.

Notas e referências bibliográficas:

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1988, p. 54-58.

² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 88-90.

³ KRELL, Andréas Joachin. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000, p. 27.

⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. *A Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 141.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 41.

⁶ KRELL, Andréas Joachin. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000, p. 29.

⁷ FARIA, José Eduardo. *O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico*. In: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 19-25.

⁸ KRELL, Andréas Joachin. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000, p. 40-41.

⁹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

¹⁰ ADPF nº 45 – Relator Min. Celso de Melo. www.interessepublico.com.br. Acesso em 15 de outubro de 2005.

¹¹ SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. Revista Interesse Público. Porto Alegre: Julho/agosto de 2005, p. 213-226.

¹² ADI 2925 – Voto do Min. Carlos Mário da Silva Velloso.