

CUSTO DO DIREITO: APONTAMENTOS SOBRE O CONFLITO ENTRE RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

THE COST OF RIGHTS: NOTES ABOUT THE CONFLICT BETWEEN RESERVE OF
POSSIBLE AND EXISTENTIAL MINIMUM

Marcelo Antônio Theodoro¹

Laís Batistuta Silva²

RESUMO: O presente estudo se propõe a analisar questões referentes ao princípio da reserva do possível como limitador das prestações estatais, bem como, a partir de apontamentos da doutrina, apresentar reflexões acerca da intervenção do Judiciário em impasses que esbarram na escassez de recursos. Dessa forma, estuda a sujeição de medidas de política social à disponibilidade de recursos e a competência do Judiciário em dispor sobre prestações positivas. Para essa finalidade, é utilizada a metodologia indutiva e o método de abordagem bibliográfico. Em uma primeira fase foram analisados os conceitos de mínimo existencial, direitos prestacionais, custo do direito e escassez de recursos. Em seguida, será tratado o conflito entre esses direitos fundamentais e a reserva do possível, para, por fim apresentar critérios doutrinários e ponderações a teoria da reserva do possível.

Palavras-chave: reserva do possível; mínimo existencial; escassez de recursos.

ABSTRACT: The present study aims to analyze issues concerning the reserve for contingencies principle as state benefits limitation, as well as, from doctrine lessons, to come up with some reflections surrounding Judiciary intervention into impasses that collides with resources scarcity. Thus, it studies the submission of social policy measures to resources availability as well as the Judiciary competence in deciding about positive benefits. For this purpose, is used inductive methodology and the methodology approach bibliographic. In a first phase, was analyzed the concepts of existential minimum, prestacionais rights, the cost of rights and scarcity of resources. Then be treated the conflict between those rights and the reserve of possible, to finally present criteria and weightings doctrinal theory of reserve of possible.

¹ Doutor em Direito Constitucional (UFPR) – Professor Orientador do Programa de Mestrado em Direito Agroambiental (UFMT). E-mail (m.theodoro@uol.com.br)

² Mestranda em Direito Agroambiental (UFMT). Graduada em Direito (UFMT). Bolsista CAPES. E-mail (laisbatistuta@hotmail.com)

Keywords: reserve of possible; existential minimum; scarcity of resources.

INTRODUÇÃO

A questão da escassez de recursos como limite para o reconhecimento pelo Estado do direito às prestações desafia os operadores do direito. Existe uma resposta segura no Direito para situações em que os recursos sejam limitados? Poderia ser apontados critérios para a escolha entre quem deve o Estado atender ou não atender em um cenário de falta de meios econômicos para a satisfação de todos?

A resposta a esses questionamentos está intrinsecamente ligada ao que se possa entender como eficácia e efetividade dos direitos sociais. A partir do exame da necessidade ou não de interposição legislativa para o reconhecimento de direitos subjetivos sociais e da definição das condições em que isto seria possível, pode-se demarcar o alcance da tutela de tais direitos pelo Magistrado, mesmo diante da escassez dos meios.

O tema passa, pois, também por uma análise do papel do Poder Judiciário no que diz respeito ao amparo das pretensões positivas, ou seja, se é possível ao magistrado tutelar tais pretensões ou estaria ele limitado ao controle do discurso em face da separação dos poderes, já que diante da reserva do possível negar-se-ia a competência dos juízes (não legitimados pelo voto) a dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários.

Dessa maneira, inicialmente serão abordados os conceitos de mínimo existencial, bem como a divisão de direitos fundamentais conforme a necessidade de prestação estatal vinculada a sua eficácia. Logo em seguida, será estudada a questão da escassez. Por fim, serão analisados alguns aspectos da reserva do possível e das escolhas de alocação de recursos.

1 BREVE CONCEITUAÇÃO DE MÍNIMO EXISTENCIAL

Também chamado de mínimo social na preferência de John Rawls, ou de direitos constitucionais mínimos, pela doutrina e jurisprudência americanas, o mínimo existencial integra também o conceito de direitos fundamentais.

Como o próprio nome intui, mínimo existencial significa o conjunto de direitos fundamentais que possibilitem uma existência digna, conforme conceituação de Ricardo Lobo

Torres³: “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (=imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas.”

Há que se ressaltar que não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial, isso porque, é exigido que seja um direito a situações existenciais dignas. Assim, serve o mínimo existencial como um limite, abaixo do qual a dignidade humana e as condições materiais de subsistência não podem retroceder. Abaixo desse limite, cessam a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade.

2 A DUPLA FACE DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e de *status positivus*, sendo certo que não raro as proteções constitucionais positivas e a negativas se convertem uma na outra ou se complementam mutuamente.

2.1 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUANTO À RELAÇÃO ENTRE INDIVÍDUO E ESTADO⁴

No final do século XIX, Georg Jellinek desenvolveu a doutrina dos quatro *status* em que o indivíduo pode se encontrar diante do Estado: dever de participação, direitos de defesa, direitos a prestações e direitos de participação, correspondendo, respectivamente ao *status libertatis* (negativo), *status subjectiones* (passivo), *status civitatis* (positivo) e *status activus civitatis* (ativo).

O *status libertatis* (negativo) corresponde à esfera de liberdade na qual os interesses essencialmente individuais encontram sua satisfação. É pois, uma esfera de liberdade individual, cujas ações são livres, porque não estão ordenadas ou proibidas, vale dizer: tanto a sua omissão como a sua realização estão permitidas. Traduz-se pela máxima – ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei.

³ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 35

⁴⁴ Assunto tratado originariamente in “THEODORO, Marcelo Antonio. Direitos fundamentais & sua concretização. Curitiba. Juruá: 2002. p. 31.

O *status subjectiones* (passivo) coloca o indivíduo em situação oposta à da liberdade. O *status* passivo constitui o campo no qual o indivíduo se encontra em posição de sujeição ao Estado, é a esfera das obrigações. Quanto maior o *status* passivo, menor o *status* negativo.

O *status civitatis* (positivo), a seu turno, dota o indivíduo de capacidades jurídicas para exigir do Estado prestações positivas, ou seja, reclamar para si algo a que o Estado está obrigado. E mais, prevê a possibilidade do indivíduo cobrar do Estado uma conduta de conteúdo negativo, por exemplo, exigindo que o Estado se abstenha de invadir seu *status* negativo.

Por fim o *status activus civitatis* (ativo), no qual o cidadão recebe competências para participar do Estado, com o fim especial de formar a vontade estatal. Cita como exemplo o direito ao sufrágio.

Portanto, através da Teoria dos Status, Jellinek expressa os direitos fundamentais como o conjunto de todas as normas jurídicas fundamentais que atribuem ao indivíduo posições jurídicas frente ao Estado.

Tratando do mesmo tema Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁵, destacam a existência de duas esferas, uma relativa ao Estado e outra referente ao indivíduo. Nesse sentido, para efeitos didáticos os autores denominam a primeira com a letra E, e a segunda esfera com a letra I.

Assim, os direitos fundamentais garantem a autonomia da esfera individual, ao mesmo tempo em que, em certas ocasiões, demonstram a necessidade de contato entre as esferas.

2.2 DIREITOS NEGATIVOS

Na linha da explanação de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, considere-se que a esfera E (esfera do Estado) não deve interferir em I (esfera do indivíduo), podendo o indivíduo repelir eventual intervenção estatal. Ou seja, aqui estes direitos servem de proteção à liberdade do indivíduo contra uma possível atuação estatal, servindo como limitação das possibilidades de atuação do Estado.

São os direitos proclamados já nas primeiras declarações do século XVIII, de forma a corresponder à concepção liberal clássica que visa impor limitações à atividade do Estado, para preservar a liberdade pessoal na qual se incluem a atuação econômica e o usufruto da

⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 58.

propriedade. Dessa forma, tais direitos de resistência se caracterizam por objetivar afastar quaisquer possibilidades de intervenções arbitrárias na esfera individual.

Nesse sentido, explana Gustavo Amaral⁶:

Os direitos de liberdade seriam, assim, normas de distribuição de competências entre o indivíduo (sociedade) e o Estado, delimitando o âmbito em que o indivíduo e suas estruturas sociais próprias são competentes para regular condutas e organização de prestações, ante o âmbito da regulação política das condutas organizadas pelo Estado, na forma de ação estatal soberana.

Dessa forma, a essência dessa categoria de direito está na *proibição imediata de interferência imposta ao Estado*⁷. Daí se explica a nomenclatura de direito de *status libertatis* ou *negativus*, afinal, aqui é gerada uma obrigação negativa ao Estado, ou seja, deixar de fazer algo, uma obrigação de abstenção. Como exemplo de tais direitos estão a vida, a integridade física, a liberdade de expressão, propriedade privada, entre outros.

2.3 DIREITOS PRESTACIONAIS

Também denominados de direitos de *status* positivo ou a prestações, são aqueles que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, com o objetivo de melhorar suas condições de vida, de forma a garantir os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de *status libertatis*, anteriormente tratadas.

No mesmo sistema das esferas trazido por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins tais direitos são representados pela interferência da esfera E (Estado) na esfera I (indivíduo). Aqui, o Estado deve agir no sentido indicado pela Constituição, ao mesmo tempo em que “o indivíduo tem o direito (positivo!) de receber algo, seja material ou imaterial.”⁸ O objetivo é a melhoria de vida de extratos da população por meio de políticas públicas e medidas concretas de política social.

Apoiado na lição de Robert Alexy, Marcos Maselli Gouvêa⁹ apresenta uma subdivisão dos direitos prestacionais, qual seja: direitos à proteção, direitos à organização e ao procedimento e direitos prestacionais em sentido estrito.

⁶ AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 42.

⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 58.

⁸ Idem, p. 60.

⁹ GOUVÊA, Marcos Maselli. O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 10-11.

A primeira subclasse, a dos direitos à proteção, compreende o direito do titular de direito fundamental frente ao Estado para que este o proteja de intervenções de terceiros. Em geral, tais direitos se exprimem por meio de garantias normativas ou materiais. São exemplos o direito à tipificação de um crime contra a pessoa e à alocação de policiais em determinada localidade.

No que tange aos direitos à organização e ao procedimento, as prestações aqui visam a efetivação de garantias processuais e institucionais, materiais ou normativas. Sendo assim, são exemplos dessa subclasse a criação de normas que facilitem o acesso à Justiça bem como a correta fiscalização eleitoral.

Por fim, o terceiro gênero de direitos prestacionais se trata dos direitos prestacionais em sentido estrito, os quais Robert Alexy¹⁰ delimita da seguinte maneira:

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares.

Por outro lado, as prestações estatais podem ser classificadas quanto à sua natureza. Nesse sentido, Marcos Maselli Gouvêa¹¹ apresenta, sem a intenção de esgotar o tema, um esquema das principais espécies de prestações, a seguir transcrito:

a) prestações de dar (pecuniárias ou não), tais como programas de renda mínima e de cestas básicas; b) aparelhamento e disponibilização de unidades de serviço público, como a construção de hospitais e escolas; c) alocação de funcionários, o que normalmente se insere no item b acima, mas que pode ocorrer independentemente de incrementos no espaço físico, em atividades onde a importância do investimento humano supera substancialmente a do investimento em instalações (é o que se dá, por exemplo, com a nomeação e lotação de policiais militares); d) realização de obras, para aprimoramento da atividade-fim de unidades do serviço público (hipótese em que se subsumiria ao item b) ou, por exemplo, para garantir a acessibilidade a portadores de deficiências.

¹⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹¹ GOUVÊA, Marcos Maselli. O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 13.

Tal sistematização pode ser útil, uma vez que nem todos os tipos de prestações aqui citados são listados de forma exauriente na legislação, como por exemplo, o aparelhamento de unidades de serviço público, uma vez que esse tipo de medida costuma envolver cálculos políticos e financeiros mais complexos e variáveis conforme o caso concreto, e diretamente ligados ao que se te denominado como custo do direito, a ser examinado no próximo item.

3 O CUSTO DO DIREITO

Apropriando-se aqui da expressão empregada por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein no título e no teor do livro “The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes”, passa-se a falar de um assunto nem sempre recordado em sede judicial, os valores da efetivação dos direitos fundamentais.

Retomando o já tratado a respeito dos direitos negativos e prestacionais, tem-se que os primeiros se caracterizam por serem uma abstenção, e os segundos consistem numa atuação estatal. Assim, poder-se-ia dizer que os direitos prestacionais, por exigirem uma tomada de medidas concreta da Administração, necessitam de recursos financeiros, enquanto que os direitos negativos nada exigem.

Contudo, tal afirmação deve ser melhor trabalhada em dois aspectos.

O primeiro é a corrente confusão que existe entre direitos sociais e prestacionais¹². O que poderia levar à conclusão de que todos os direitos sociais precisam de prestações estatais para se concretizarem. Ocorre que essa regra não alcança todos os direitos sociais, tendo como maiores exemplos os direitos de greve e sindicais. Aqui, portanto, o papel do Estado em suma, deve ser o mesmo com relação aos direitos negativos, ou seja, a abstenção.

Em outro sentido, Marcos Maselli Gouvêa¹³ baseando-se na obra de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein traz o posicionamento de que os direitos de primeira geração são direitos positivos, uma vez que sua concretização depende da alocação de recursos, “repercutindo sensivelmente na esfera de discricionariedade reconhecida aos administradores públicos”¹⁴. Como exemplo desse tipo de gasto público, tem-se os custos para a realização de passeatas. Por um lado, o Estado se abstém de qualquer conduta cerceadora do direito de manifestação, denotando o caráter de direito negativo. Contudo, ao mesmo tempo deve destacar força

¹² AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 56.

¹³ GOUVÊA, Marcos Maselli. O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 11.

¹⁴ Idem.

policial para realizar a proteção dos manifestantes. Desse modo, para a eficácia de um direito negativo também pode existir a necessidade de uma prestação estatal, o que denota que essa espécie de direito também demanda a utilização de recursos públicos.

Como visto, tanto direitos negativos e positivos podem gerar custos ao Estado para sua plena efetividade, e sendo assim, as necessidades são inúmeras. Contudo, os gastos públicos seguem orçamentos pré-estabelecidos, havendo limites para o uso de tais recursos, o que passa a ser estudado nos próximos tópicos.

4 O PROBLEMA DA ESCASSEZ

A escassez de um bem significa que este não existe em quantidade suficiente para satisfazer a todos. Gustavo Amaral¹⁵ apresenta uma classificação quanto aos graus de escassez. Segundo o autor, a escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase-natural ou artificial.

A escassez natural severa é aquela em que não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. Perceba-se que nesta última modalidade, o bem até pode ter sua quantidade majorada, contudo, tal incremento não será capaz de atender a todos os necessitados.

Já a escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, podendo chegar ao ponto da satisfação por meio de condutas não coativas dos cidadãos, ou seja, no caso de condutas voluntárias dos particulares.

Por fim, a escassez artificial acontece quando o governo, por opção própria, pode tornar o bem acessível a todos a ponto da satisfação.

Além disso, é necessário observar que a escassez não se restringe a recursos financeiros. Recordando o já colocado no item 2.3 deste estudo, de acordo com esquema apresentado por Marcos Maselli Gouvêa¹⁶, as prestações públicas podem envolver recursos financeiros, como a construção de estrutura, e também recursos humanos, como a alocação de funcionários públicos.

¹⁵ AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 85.

¹⁶ GOUVÊA, Marcos Maselli. O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 13.

Assim, a falta de recursos humanos e de pessoal especializado¹⁷ frente às necessidades da sociedade, representa mais um tipo de escassez a ser considerado. E que pode ser exemplificado na ausência de profissionais da área da saúde em várias localidades do interior do país, escassez esta que gerou a implantação do programa federal “Mais Médicos” que foi criado com o intuito de levar médicos estrangeiros a esses lugares, e assim a atender às necessidades locais de atendimento médico.

Gustavo Amaral¹⁸ ainda apresenta duas variáveis que podem ser decisivas quanto à alocação de recursos, quais sejam: a divisibilidade e a homogeneidade.

Por um lado a divisibilidade tem o significado que seu próprio nome indica, ou seja, a capacidade de compartilhamento do bem. Como exemplo de bem indivisível tem-se órgãos para transplante, e o meio ambiente pode ser considerado um bem divisível, ainda que indefinidamente.

Em outro sentido, a homogeneidade se traduz na possibilidade de oferta igualitária de determinada prestação, tendo como seu antônimo a heterogeneidade. Transcreve-se a seguir um trecho da explanação de Gustavo Amaral¹⁹ a respeito de heterogeneidade:

Como bem exemplifica Elster (cit., p. 23-24), o bem pode não ser escasso, mas heterogêneo em aspecto relevante na avaliação de quem irá recebê-lo. Quando o Congresso indica membros para um comitê, empresas alocam salas para empregados ou universidade distribuem estudantes nos dormitórios, conflitos de interesse surgem com frequência.

Principalmente em um país de contrastes sociais como o Brasil é que se pode perceber vários exemplos de heterogeneidade, e talvez o mais explícito, e por isso mais didático, diz respeito à educação pública. Isso porque ao mesmo tempo em que existem ilhas de excelência, existem escolas que não dispõem condições mínimas de funcionamento. É importante atentar ao fato de que todos essas estas instituições são custeadas com recursos públicos, porém oferecem níveis de ensino extremamente díspares.

Assim, vê-se que não é apenas a escassez de recursos públicos que culmina na má prestação de serviços públicos e conseqüente ineficácia de determinados direitos

¹⁷ AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 87.

¹⁸ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 87-88.

¹⁹ Idem.

fundamentais garantidos constitucionalmente. Trata-se aqui de uma questão fática, que ultrapassa o texto legal, e que por isso sofre influências políticas e econômicas, o que acaba por envolver escolhas do Poder Público com relação aos recursos existentes.

5 ORÇAMENTO, RESERVA DO POSSÍVEL E A ALOCAÇÃO DE RECURSOS ESCASSOS

Conforme bem contextualiza Ana Paula de Barcellos, a expressão reserva do possível “procura identificar o fenômeno econômico da limitação de recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele supridas.”²⁰

Um dos principais argumentos apresentados em desfavor aos direitos prestacionais é o da reserva do possível. Aqui as limitações são de ordem prática, ou seja, os recursos do Estado são limitados, ao mesmo tempo em que as necessidades são infinitas.

Tem-se entendido que em situações extremas as despesas realizadas em função de direitos prestacionais judicialmente impostos inviabilizariam outros projetos estatais, e possivelmente até afetaria projetos relacionados a outros direitos fundamentais. Sendo assim, tais prestações, uma vez determinadas pelo Judiciário em favor do autor de ação nesse sentido, poderiam concentrar o aporte de recursos de tal modo que se tornaria impossível estendê-lo a outras pessoas, com evidente “prejuízo ao princípio igualitário”²¹. Afinal, por exemplo, porque o tratamento custoso contra o câncer de uma pessoa é mais importante do que a realização de exames de custo menos elevado em outras várias pessoas?

A situação de torna mais dramática em países pobres ou com má distribuição de renda, afinal, é nesses lugares que a população mais carente é a destinatária dos direitos prestacionais. Assim, a decisão de onde alocar recursos nesses lugares se trata de uma escolha dramática, em que, como já dito anteriormente, determinar realização de certa despesa implica reduzir ou suprimir gastos em outra que pode ser tão importante quanto a outra.

Em resumo e para efeitos de denominação dessa ideia, tem se denominado esse tipo de escolha de *trade-off*. Ainda sem uma tradução exata para o português, Gustavo Amaral²²

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 236.

²¹ GOUVÊA, Marcos Maselli. O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 19.

²² AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 92.

sustenta que o termo pode ser entendido como uma “escolha do que atender e do que não atender, e nesse sentido, esclarece que não se trata de algo ‘mau’, mas sim de uma característica inexorável”²³.

6.1 RESERVA DO POSSÍVEL JURÍDICA

Enquanto a reserva do possível se volta para o plano fático, e impõe ao plano do ordenamento jurídico limites impostos pela realidade de escassez, aquele próprio possui limites para a implantação de direitos prestacionais.

Explicando melhor, mesmo que o Estado disponha materialmente dos recursos necessários para a efetivação de determinado direito prestacional e, cumulado a isso, o uso desse recurso não obstaculize o atendimento de outro direito fundamental, se essa quantia não estiver destinada no orçamento, “a priori” não haveria como o Judiciário determinar por via oblíqua uma reformulação do orçamento.

Ocorre que, ao, negar o atendimento a direitos prestacionais em razão de uma formalidade orçamentária parece insensível e mesquinho aos olhos da maioria. E realmente essa impressão fica ainda mais forte se o caso for observado isoladamente. Contudo, as decisões relativas ao erário público tem influência em toda a sociedade, ainda mais se vários desvios à regra geral forem feitos. Assim, ao se observar a situação de forma a ampliar os horizontes onde se enxergam as consequências de tais gastos, ao menos tais decisões parecem mais lógicas e menos indiferentes ao sofrimento.

Nesse sentido, transcreve-se explanação de Gustavo Amaral²⁴:

Esta dignidade do orçamento torna, a nosso ver, descabido tratá-lo como “questão menor”. Até porque, como “levar o direito a sério é também levar a escassez a sério” e como “justificar a decisão particular envolve a enunciação de alguma deliberação ‘universal’ pertinente à questão particular” (Maccormick, 2007, p. 128), afirmar que alguém tem o direito de receber dada prestação do Estado, sem limites nas possibilidades, demanda que se admita, ao menos implicitamente, um custeio ilimitado, a despeito das garantias constitucionais ligadas à tributação, ao respeito da propriedade e

²³ Idem.

²⁴ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 94.

dos contratos, que protege não apenas os que contratam com o Poder Público, mas também o direito dos servidores aos seus vencimentos.

Como visto, afirmar a existência de um direito ilimitado, que não se submete a nenhuma escassez, pressupõe que na falta de meios, tal direito possa ser realizado de forma desrespeitosa aos limites constitucionais. Para tanto, tais recursos teriam que vir da sociedade, através de tributos excessivos; ou contra a sociedade, por meio da escolha de um direito prestacional em detrimento de outros direitos fundamentais ou ainda pela priorização de pagamentos, em detrimento daqueles que contratam com o Estado ou dos servidores públicos.

7 SOLUÇÃO DE CONFLITOS: OS CRITÉRIOS APRESENTADOS POR GUSTAVO AMARAL

Diante do exposto, temos que os direitos prestacionais comportam uma visão diferente daquilo que Gustavo Amaral chama de ingenuidade positivista, que consiste na “postura de partir de aforismos como ‘se está na constituição (ou na lei) é para valer’, afirmar que “saúde é direito de todos” e concluir que o Estado é responsável, não importa o valor envolvido”²⁵.

Sendo assim, o mister do intérprete na solução de conflitos deve ir além da subsunção e das considerações meramente jurídicas, devendo considerar situações fáticas. Contudo, como conseguir equilibrar a oferta de direitos fundamentais com as possibilidades reais do erário público.

Na obra “Direito, escassez e escolha”²⁶, Gustavo Amaral apresenta alguns critérios possíveis para a solução do conflito entre reserva do possível e os direitos prestacionais. Inicialmente, o autor comenta as posições defendidas por Ricardo Lobo Torres e Robert Alexy, no que tange à exigibilidade do mínimo existencial e da dependência de políticas públicas.

De acordo com esses autores haveria o mínimo existência, exigível, e o que não está contido no mínimo existencial, que não seria diretamente exigível. Todavia, a determinação concreta do mínimo existencial seria passível de variações históricas e geográficas. Haveria, portanto, uma ampla zona de transição entre o mínimo existencial e o “não-mínimo”. Podendo

²⁵ AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 129.

²⁶ Idem.

tal concepção ser entendida por meio de um degradé, o qual representaria a progressiva diminuição do caráter de mínimo existencial da prestação almejada.

Contudo, aí que se apresenta um grande perigo na concepção de Gustavo Amaral²⁷. Isso porque é complicado se saber em que ponto se está, gerando uma situação de enorme subjetivismo.

Outra crítica feita pelo autor é a respeito da unidimensionalidade do enfoque, que só enxerga aqui o grau de essencialidade. Uma vez que a exigibilidade não decorre apenas de características intrínsecas à necessidade, mas também da excepcionalidade da situação. Como exemplo são citados cataclismos naturais ou sociais, os quais podem tornar inexigível algo que pouco antes o era.

Assim, por divergir dessa solução para o problema, o autor apresenta outra formulação. De acordo com o exposto na obra, as prestações positivas são exigíveis pelo cidadão e em contrapartida, existe um dever do Estado de entregar a prestação ou de justificar o porquê de não fazê-la. Nesse sentido, tal justificativa poderia ser apenas a existência de circunstância concreta que impeça o atendimento de todos os necessitados de prestações essenciais, tornando cabível as escolhas trágicas. Note-se que, segundo Amaral, apenas havendo circunstâncias desse tipo é que haverá espaço para essas escolhas.

O autor apresenta graficamente a relação entre essencialidade e excepcionalidade, de forma que estas se representam em um plano cartesiano. Se não houver qualquer grau de essencialidade, não há motivo para uma escolha trágica, Por outro lado, se não houver nenhuma excepcionalidade (que significa razão para deixar de atender), então todos os deveres devem ser atendidos e o dilema alocativo de recursos não se dará.

Explicando melhor, o grau de essencialidade está relacionado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana. Assim, quanto mais importante para uma existência digna for um bem, maior o grau de essencialidade. Dessa forma, quanto mais essencial for uma prestação, mais excepcional deverá ser a razão de seu não atendimento. Formando assim uma correlação entre os graus de cada uma das variáveis. Caberá ao aplicador ponderar entre essas variáveis, sendo a essencialidade maior do que a excepcionalidade, a prestação deverá ser entregue, em caso contrário, a escolha do Estado é justificável.

²⁷ Ibidem, p. 130-131.

8. PONDERAÇÕES CRÍTICAS A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Não há como negar que a pesquisa desenvolvida inicialmente por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein se aplica a realidades diferenciadas da brasileira.

Não se trata de afirmar que por aqui não haja escassez de recursos. Ao contrário, certamente, como demonstrou Gustavo Amaral, há e em muito maior dimensão que as economias de Países de primeiro mundo.

Todavia, a demanda pela atuação estatal se faz muito mais presente nos Países de modernidade tardia (a expressão é muito utilizada por Lenio Streck).

Inicialmente conforme leciona Ana Paula Barcelos:

Embora a idéia de escassez de recursos possa parecer verdadeiramente assustadora, é preciso recolocá-la em seus devidos termos. Isto porque, em primeiro lugar – afora países em que os níveis de pobreza da população sejam extremos – faltando mesmo capacidade contributiva, os Estados têm em geral uma capacidade de crédito bastante elástica, tendo em vista a possibilidade de aumento da receita. [...] ²⁸

A autora fluminense destaca que não só é possível ao Brasil, aumentar a carga tributária como controlar o binômio “obtenção (de recursos) e dispêndio”²⁹.

Finaliza reconhecendo a limitação de despesas, mas afirmando que:

[...] não se pode esquecer da finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida gastá-los sob a forma de obras, prestações de serviços ou qualquer outra política, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição³⁰.

Como parâmetro da assunção desse objetivo, a autora coloca o mínimo existencial, que segundo ela servirá como “núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana”³¹.

Um dos coautores deste artigo, Marcelo Theodoro, defende posição semelhante: “[...] essa barreira orçamentária não pode ser absoluta, instansponível. O esforço concretizador do

²⁸ BARCELLOS, Ana Paula. op. cit. p. 240.

²⁹ Idem p. 240

³⁰ Ibidem p. 246

³¹ A autora inicial o capítulo VIII na p. 247 com esse título.

intérprete não pode ser fadado ao fracasso em face de uma lei orçamentária, que nem sempre é justa”³².

Prossegue afirmando que a solução está na sindicabilidade desses direitos fundamentais para garantir a concretização da constituição:

Diante desse posicionamento, parece perfeitamente sustentável, que no Brasil, tão carente de posições emancipatórias, atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, estampado no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, os operadores do direito, busquem pautar suas decisões privilegiando o mínimo existencial em detrimento da reserva do possível, sempre observando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade³³

Por derradeiro, ainda nesta esteira o posicionamento de Robert Alexy, para quem as razões de direitos individuais podem superar as de ordem financeira:

Mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que dele necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária a sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que as razões político-financeiras.³⁴

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, os direitos fundamentais podem ser divididos em dois grandes grupos: pretensões negativas e as prestações positivas. Enquanto as primeiras concedem ao particular pretensões voltadas a abstenções estatais, as segundas tem relação com prestações estatais. Contudo, essa divisão não impede que um mesmo direito gere pretensões de ambos os tipos.

No entanto, o atendimento às pretensões positivas demanda o consumo de recursos materiais que são intrinsecamente escassos. Surge, assim, o conflito pelo emprego de recursos escassos, o que torna necessária a decisão sobre alocação desses recursos.

³² THEODORO, Marcelo Antonio. op. cit. p. 120

³³ Idem. p. 121

³⁴ ALEXY, Robert. op. cit. p. 512

Tais decisões alocativas comportam vários momentos e há vários mecanismos de escolha não havendo como determinar um critério único que permita apreciar cada caso concreto. Isso porque não está presente apenas o componente jurídico na questão. Aqui entram questões de escolhas da Administração. Portanto, as decisões são eminentemente políticas. Ante a dimensão dos conflitos e seus reflexos, não cabe ao Judiciário fazer o controle fato-norma, mas sim controlar as escolhas feitas pelos demais Poderes.

Na alocação de recursos, é necessário levar em consideração que o caráter essencial de determinada pretensão é variável. Isso se deve ao fato de ser a sociedade pluralista, com diversos valores, interesses e, em consequência, múltiplas necessidades a serem atendidas, e, principalmente, o grau de essencialidade da pretensão frente a situação de momento.

O Judiciário, ao apreciar demandas individuais ou coletivas relativas a pretensões positivas, deve ponderar o grau de essencialidade da pretensão, em função do mínimo existencial e a excepcionalidade da situação, que possa justificar a decisão alocativa tomada pelo Estado que tenha resultado no não-atendimento da pretensão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?* In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM,

Luciano Benetti. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO, Marcelo Antonio. *Direitos fundamentais e sua concretização*. Curitiba: Juruá, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios da natureza orçamentária*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.