

As dimensões da reserva do possível e suas implicações na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

The dimensions of reserve and possible implications of the effective fundamental social rights.

Prof. Doutor Rogério Gesta Leal
Antonio Cesar Trindade

Resumo.

A partir da premissa de que os direitos fundamentais sociais se constituem em pilares do Estado social de direito, necessário se faz identificar quais os entraves que impedem que tais direitos sejam efetivamente concretizados. Nesta seara, nos propomos a uma abordagem da denominada cláusula da reserva do possível em suas dimensões fática e jurídica, de forma a compreender os direitos fundamentais sociais com base nas circunstâncias sociais, históricas e econômicas em que estão inseridos. Do mesmo modo, a análise que se propõe deve primar pela observância das regras constitucionais correlatas aos direitos fundamentais sociais, mas sem olvidar dos demais preceitos constitucionais e que dizem respeito ao custeio e ao controle dos recursos públicos. Palavras-chave: reserva do possível, direitos fundamentais, direitos sociais.

Abstract

Starting from the premise that fundamental social rights constitute pillars of the social state of law, it is necessary to identify which barriers that prevent those rights are effectively implemented. In this filed, we propose an approach called the reserve clause as possible in their factual and legal dimensions in order to understand the fundamental social rights based on social circumstances, historical and economic conditions in which they are inserted. Similarly, the analysis it proposes must excel observance of the constitutional related to fundamental social rights, but without forgetting the other constitutional an which relate to the funding and control of public resources. Keywords: Reservation of possible, fundamental rights, social rights.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo adentrar na seara da efetivação dos direitos fundamentais sociais buscando identificar de forma sumária os problemas que entravam a concretização destes direitos. Para tanto, limitamos nossa abordagem a denominada reserva do possível e suas implicações nesta temática.

2. Direitos fundamentais sociais.

A gênese dos direitos fundamentais guarda estreita relação com o nascimento do Estado constitucional moderno, Estado este que tem seu pressuposto de ser no preceito do reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana, bem como na valorização dos direitos fundamentais do homem. A noção sobre tais direitos, por conta das variadas situações históricas vivenciadas pela sociedade, passou por diversas alterações desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições no que diz respeito ao seu conteúdo, titularidade e efetivação, daí se falar em suas múltiplas dimensões.¹

Entre as dimensões (ou gerações para alguns doutrinadores) dos direitos fundamentais, e se atendo ao objeto que nos propomos neste texto, releva caracterizar a denominada segunda dimensão desses direitos, a qual abrange os “direitos sociais, culturais e econômicos”². Estes direitos têm sua aurora com a revolução industrial, principalmente em função dos acentuados problemas sociais e econômicos que dela adveio, bem como pela constatação que a mera liberdade e igualdade formal, e que são típicos direitos de primeira dimensão, defendida pelo modelo de Estado Liberal, não proporcionava o gozo efetivo dessas prerrogativas.³

Tal percepção, e por conta de movimentos reivindicatórios levados a efeito pelas classes sociais com menor poder de participação nas esferas de poder da sociedade (em especial os trabalhadores), demandou a presença do Estado enquanto elemento ativo na realização da “justiça social”⁴ exigindo a ampliação dos seus deveres, o que levou o Poder Público a reclamar para si o encargo de uma “tutela política mais eficaz, de natureza coletiva e indeterminada”⁵, visando à satisfação das necessidades substanciais básicas da população (ações positivas), ou mesmo intervindo na vida econômica dos setores produtivos (ações de

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p 36;45.

² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27ª. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012. p. 582.

³ SARLET, op. cit., p. 47.

⁴ SARLET, op. cit., p. 47..

⁵ LEAL, Rogério Gesta. Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 68-69.

proteção), sempre com o desiderato de realinhar e de minimizar os conflitos existentes nestas estruturas sociais.

. Aqui convém explicar que com relação à caracterização do Estado brasileiro enquanto um Estado Social de Direito, não há desavença quanto ao entendimento de que a Constituição de 1988 adotou este regime, ainda que de forma não expressa,⁶ deixando tal característica evidente em seu texto, em especial na redação do seu preâmbulo⁷ ou mesmo entre os seus princípios fundamentais.⁸

Por conta desta concepção de Estado Social (garantir a justiça social efetiva) há de se desapegar daquela visão de liberdade e igualdade asseguradas mediante uma limitação de ação do Estado em face da sociedade, (primeira dimensão dos direitos fundamentais), visto que tal entendimento, “deixa o indivíduo na mesma situação social em que se encontra mantendo-se o *status quo* vigente, discriminatório e não raro violador de sua cidadania”.⁹ O que se busca com o Estado social de direito é a isonomia fática, e é este conceito de igualdade que deverá servir como fio condutor de toda a “hermenêutica constitucional” quando esta se ocupar de “estabelecer equivalências de direitos”¹⁰

Neste caminho, a Constituição brasileira de 1988 inovou ao acolher os direitos sociais em capítulo próprio em seu catálogo dos direitos fundamentais, (em constituições pretéritas tais direitos estavam previstos no capítulo da ordem econômica e social) atribuindo-lhes, enquanto direitos fundamentais, “parâmetros hermenêuticos e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica”¹¹. Ainda sobre a posição topológica dos direitos sociais em nossa Constituição não se pode descurar que aqueles contemplam desenvolvimento, esclarecimentos de conteúdo, concreção ou materialização no capítulo II do Título II, e nos Títulos VII e VIII, e que se referem, respectivamente, a ordem econômica e a ordem social¹²,

⁶ LEDUR, Jose Felipe. Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 105.

⁷ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, (...).

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

⁹ LEAL, op. cit., p. 72.

¹⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 390.

¹¹ SARLET, op. cit., p. 66.

¹² LEDUR, op. cit., p. 83.

sendo que tal técnica legislativa, qual seja, a previsão esparsa de direitos sociais fundamentais no texto constitucional e fora do catálogo próprio, não lhes retira a fundamentalidade.¹³

Os direitos fundamentais sociais se apresentam enquanto princípio do Estado Social, ou mesmo como “expressões ou manifestações” deste regime de Estado,¹⁴ sendo inerente a sua natureza exigir que seja criada ou posta a disposição da sociedade uma gama de prestações que constituem seu objeto¹⁵. Neste contexto, e segundo Alexy¹⁶, os denominados direitos fundamentais sociais se constituem em “importante parte daquilo que se é denominado de direitos a prestações”, e que na lição do mesmo autor, se constituem em direitos a proteção, direitos a organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito.

As duas primeiras modalidades de prestações são assim conceituadas por Sarlet a partir da lição de Alexy. Os direitos de proteção se referem a posições jurídicas fundamentais que conferem ao indivíduo o direito de reivindicar do Estado que este “o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais”.¹⁷ Por sua vez, os direitos à organização e procedimento asseguram ao indivíduo a oportunidade de exigir do Estado a “emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos”.¹⁸ Com relação a terceira modalidade de prestação, qual seja, os direitos à prestação em sentido estrito, estes se diferenciam dos demais por se referir a direitos (a exemplo da saúde, moradia, educação) do indivíduo frente ao Estado, sendo algo que, “se indivíduo dispusesse de meios suficientes ou se houvesse uma oferta suficiente no mercado poderia também obter de particulares”.¹⁹

A previsão em abstrato de direitos sociais no corpo de nossa Constituição (sob a forma de prestações em sua tríplice configuração conforme já mencionado) conduz ao problema que nos propomos a abordar nessa dissertação, qual seja, quais são os entraves à efetivação destes direitos, ou mesmo quais são os embaraços que não permitem aproximar o conteúdo normativo e a realidade social.²⁰

¹³ SARLET, op. cit., p. 71

¹⁴ LEDUR, op. cit., p. 106.

¹⁵ SARLET, op. cit., p. 283.

¹⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011. p. 434;444..

¹⁷ SARLET, op. cit., p. 190.

¹⁸ SARLET, op. cit., p. 197.

¹⁹ ALEXY, op. cit., p. 499.

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. O Direito constitucional e a efetividade de suas normas, 5ª. Rio de Janeiro: Ed., Renovar. 1996. p.83.

Para tanto, em um primeiro momento, há de se identificar a natureza dos direitos fundamentais sociais sob seus aspectos subjetivos e objetivos.

3. A perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais sociais.

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais sociais guarda relação com o que se poderia qualificar de “eficácia dirigente” que estes direitos suscitem em relação aos órgãos estatais. Sob esta ótica trata-se de uma ordem endereçada ao Estado no sentido de que a este compete a obrigação perene de buscar a concretização dos direitos fundamentais sociais, constituindo estes em diretrizes para a aplicação e a interpretação do direito infraconstitucional.²¹

Por sua vez, a perspectiva subjetiva leva ao problema do direito ao reconhecimento a prestações sociais (sob a ótica do titular) e se encontra ligado à indagação sobre os próprios limites do Estado social de direito, visto que, considerando que a existência de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional constitui exigência deste regime de Estado, é de se questionar até onde vai a obrigação do Estado no que se refere à concretização do ideal de justiça social, e da mesma forma qual o *quantum* destas prestações podem (ou não) ser judicialmente pretendidas pelos particulares.²²

Ainda com relação à perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais sociais há de se reconhecer tais direitos fundamentais como princípios, (e regras), o que trás como consectário a admissibilidade de que tais direitos possam ser restringidos. Daí dizer que seriam normas que determinam que “algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, em outras palavras, seriam “mandados de otimização”. Desta forma, tais enunciados não contêm ordens definitivas, mas somente *prima facie*, pois demandam a definição do seu conteúdo.²³

Contudo, na atividade legislativa de definição ou conformação de determinado direito social não poderá o legislador empecer o núcleo essencial dos direitos fundamentais, e que é representada pelo conteúdo mínimo de um direito, parcela sem a qual este perde a sua eficácia. Sendo assim, mesmo quando o legislador estiver constitucionalmente autorizado a

²¹ SARLET, op. cit., p. 146-147.

²² SARLET, op. cit., p. 354.

²³ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006. p. 59.

exarar normas restritivas de direitos fundamentais sociais ele permanece restrito aos ditames do núcleo essencial destes direitos.²⁴

Disto resulta a percepção de que há um denominado mínimo existencial, assim entendido como um aglomerado de prestações materiais obrigatórias a garantir a cada pessoa a sua dignidade, e que está “blindado” contra intervenções por parte do Estado e da sociedade.²⁵ Neste ponto, o princípio da dignidade da pessoa humana assume importante atribuição demarcatória estabelecendo o limiar do que se convencionou denominar de “padrão mínimo na esfera dos direitos sociais”, e quanto a este há sim um direito subjetivo (inclusive pela via judicial) exigível pelo indivíduo.²⁶

Por sua vez, determinar qual é a real extensão deste mínimo existencial (qual/quanto é esta dignidade humana a ser protegida) é tarefa de difícil execução, visto que envolve adversidades relacionadas ao tempo e espaço estando sujeita ao arbítrio de eventos que podem alterar a sua especificidade²⁷, sendo que, dentre os eventos que podem influenciar na efetivação dos direitos fundamentais sociais destaca-se a denominada reserva do possível.

4. A reserva do possível e a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Diante do contexto aqui tratado, há de se considerar que a efetivação dos direitos sociais, e em especial as prestações que constituem seu objeto, traz em seu bojo um custo ao Estado, ou seja, assume especial relevância no âmbito da efetivação destes direitos a existência ou não de recursos financeiros para tanto. Desta constatação surge a concepção teórica da denominada “reserva do possível” a partir da qual, a realização dos direitos sociais (enquanto prestações materiais) estaria sob a reserva das aptidões financeiras do Estado, “uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.”²⁸

Ao encontro desta proposição, qual seja, de que o nível de efetividade dos direitos sociais está intimamente relacionado com as disponibilidades econômicas de cada Estado, destaca-se o preceito contido no item 1 do artigo 2º do Pacto internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais o qual assevera que os Estados-partes comprometem-se a

²⁴ SARLET, op. cit., p. 411.

²⁵ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas considerações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010. p. 25.

²⁶ SARLET, op. cit. p. 356.

²⁷ LEAL, Rogerio Gesta. Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2009. p. 92-93.

²⁸ FIGUEIREDO, op. cit., p. 29.

adotar medidas que garantam o pleno exercício dos direitos reconhecidos no referido acordo até o máximo de seus recursos disponíveis.

Para o estudo que nos propomos, a denominada reserva do possível, assim considerada como a adequação das prestações sociais ao nível dos recursos disponíveis, carece ser tratada em suas três dimensões, quais sejam: a disponibilidade fática dos recursos, a disponibilidade jurídica dos recursos e a plausibilidade da demanda.

4.1 A disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais.

Sob esta perspectiva, há de se perquirir se o destinatário da norma (Estado) se encontra em condições de atender a prestação almejada visto que a realização desta prestação fica na dependência da existência de meios suficientes para tanto.²⁹ Neste campo, e enquanto óbice à efetivação dos direitos fundamentais sociais, assume importância compulsar qual a origem destes recursos e que se constituem especialmente de receitas tributárias.

É importante destacar o fato de que ao lado de prestações positivas a cargo do Estado, e para a maioria delas (em especial as relacionadas com a seguridade social), o constituinte originário elencou de forma exaustiva quais seriam as fontes de custeio dessas ações, o qual poderá se dar de forma direta (tributo destinado a financiar estas ações) e indireta. (outras fontes de recursos previstos nos orçamentos fiscais). No que se refere ao financiamento direto a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 149, prevê a espécie tributária denominada de contribuição social, subdivisão do gênero contribuição especial.³⁰

Em complemento a previsão genérica sobre a existência de um tributo afetado constitucionalmente a área social, o artigo 195 da Constituição brasileira vai além e especifica as fontes de custeio da seguridade social (saúde, previdência e assistência social), o mesmo ocorrendo em relação à educação básica, onde o parágrafo 5º do artigo 212 estabelece fonte adicional para sua manutenção.

Do exposto até aqui se infere que a espécie tributária em comento é instituída em função de uma finalidade específica. Ou seja, o produto de sua arrecadação é direcionado a áreas de relevante interesse público ou social e se caracterizam pela sua destinação, vale dizer,

²⁹ SARLET, op. cit., p. 287.

³⁰ O gênero contribuição especial contempla ainda a: contribuição de intervenção no domínio econômico e a contribuição de interesse das categorias profissionais e econômicas. (esta última de vital importância para manutenção dos sindicatos).

são ingressos públicos necessariamente direcionados a instrumentalizar (ou financiar) a atuação da União no setor da ordem social.³¹

Por sua vez, a par de existir uma espécie tributária constitucionalmente prevista para fazer frente aos gastos com direitos sociais, impende ressaltar, e é esta a relação com a denominada reserva do possível que se quer traçar, que a obtenção de tais recursos é constitucionalmente balizada seja por conta das limitações ao poder de tributar, ou mesmo em razão das bases econômicas eleitas como aptas a serem tributadas.

Sobre o primeiro aspecto, por ter natureza jurídica de tributo as contribuições sociais estão sujeitas às normas gerais de direito tributário previstas em lei complementar (art. 146, III, da Constituição Federal), bem como, e isto já foi dito, às limitações constitucionais ao poder de tributar. Sendo assim, a atuação do Estado na busca dos recursos constitucionalmente autorizados e afetados as despesas com as ações ligadas aos direitos sociais deve-se pautar pelas normas estabelecidas no direito, e em especial aquelas inseridas no texto constitucional.

Desta rápida digressão se infere que há limites para obtenção dos recursos constitucionalmente previstos para o custeio/implementação dos direitos sociais, e tais limites se perfazem, por exemplo, em prazos peremptórios para arrecadá-los/cobrá-los, o respeito à necessidade de lei formal para sua instituição ou majoração, dentre outros. Neste ponto, a crítica que se faz ao constituinte é o fato de as contribuições sociais obedecerem ao mesmo regramento das outras espécies tributárias cujo fundamento não é tão nobre, a exemplo dos impostos, os quais, por definição, independem de atividade estatal específica, conforme artigo 16 do Código Tributário Nacional.

O segundo aspecto a ser tratado quando se ocupa do fato de os recursos públicos serem escassos, e sua relação com a reserva do possível na temática da efetivação dos direitos sociais diz respeito às manifestações econômicas que podem ser utilizadas enquanto fonte de custeio destes direitos, e que estão previstas na Constituição, onde podemos destacar: a remuneração do trabalho assalariado ou não, a receita e o faturamento das empresas, o lucro das empresas, o valor aduaneiro das importações, todas estas previstas no artigo 195, no parágrafo 5º do artigo 212, no artigo 240 e no artigo 239 da Constituição Federal.

Percebe-se então que as bases econômicas citadas, e mesmo as manifestações econômicas autorizadas a serem tributadas por meio de impostos (fonte indireta de

³¹ AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 53.

financiamento dos direitos sociais), são voláteis, (a exemplo das crises econômicas) e sujeitas a outros interesses (ou valores) constitucionalmente protegidos, em especial os previstos nos dispositivos que regem a ordem econômica.

O que se quer dizer é que a Constituição não elegeu como finalidade única e exclusiva dos tributos apenas carrear recursos para os cofres públicos. Não raro nos deparamos com ações estatais no sentido de redução da carga tributária a fim de estimular determinados setores da economia com o desiderato de assegurar a manutenção de empregos deste setor, (busca do pleno emprego), ou mesmo para desonerar produtos para as populações de menor poder aquisitivo. (erradicação da pobreza).

Ou seja, a fim de perseguir outros princípios previstos no texto constitucional (busca do pleno emprego, proteção da economia nacional, erradicação da pobreza, redução das desigualdades regionais, dentre outros) abre-se mão de arrecadação tributária, mesmo aquelas constitucionalmente destinadas a custear direitos sociais.

Neste ponto, surgem princípios constitucionais igualmente protegidos a serem equilibrados. Podemos perquirir então. O que é mais importante? Carrear recursos para a saúde tributando as receitas das empresas³², ou ao contrário, desonerar a tributação dessas entidades a fim de que as mesmas possam manter seus empregados, a partir da redução de sua carga tributária. Podemos citar os seguintes dispositivos constitucionais para justificar a escolha da segunda hipótese: o artigo 1º inciso IV que assegura ser a valorização do trabalho fundamento da República Federativa do Brasil e os artigos 170 e 193 que asseveram que a ordem econômica e a ordem social devem ter como base o primado do trabalho. Em defesa da primeira situação, ou seja, pela tributação, surge o direito à saúde. (artigo 196 da CF).

A vista desta exposição, não se está a defender que a concretização dos direitos fundamentais sociais esteja somente atrelada à arrecadação dos tributos que lhe são constitucionalmente afetados, mas sim, que a reserva do possível na dimensão ora analisada impõe uma adequação entre a tributação (fonte dos recursos) e a realização destes direitos, o que torna cada vez mais imperioso verificar onde são aplicados estes haveres e quais direitos

³² A base de cálculo da COFINS (Contribuição para o custeio da seguridade social criada pela Lei Complementar nº. 70/91) é a receita ou o faturamento das empresas ou equiparadas.

sociais deverão possuir prioridade em sua concretização, visto que os recursos disponíveis são determinados.³³ Trata-se de escolhas a serem feitas.

Por sua vez, a regularidade destas escolhas frente ao ordenamento constitucional (quais prestações que serão implementadas) e a verificação da correta aplicação dos recursos pelo administrador público, antes de ser atribuição de um só poder, há de ser compartilhada por toda a sociedade, conclusão esta que nos leva a segunda dimensão da reserva do possível.

4.2 A disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos e que diz respeito com a distribuição das competências orçamentárias, legislativas e administrativas.³⁴

O exercício ou gozo dos direitos fundamentais na maioria das vezes carece de adequação, ou também denominada de configuração ou concretização, demarcação esta que a Constituição e especialmente as normas infraconstitucionais lhe atribuem. Nesta quadra, infere-se a importância do legislador no exercício desta função estatal, haja vista que é atribuída a esse a função de prover a ordem jurídica de instrumentos para que o indivíduo possa fazer uso dos direitos fundamentais.³⁵

Neste caminho, nos deparamos com o conceito das denominadas políticas públicas que se constituem nos meios pelos quais os fins constitucionalmente previstos podem ser realizados de forma sistemática e abrangente. Ou seja, a definição do conjunto de gastos do Estado (e que abrange o conceito de políticas públicas) é exatamente o momento no qual a realização dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer, e dependendo das escolhas articuladas aqueles objetivos constitucionalmente previstos poderão ou não ser atingidos.³⁶ Estas políticas públicas são determinadas no âmbito do orçamento público.

Com relação ao orçamento público, o texto constitucional prevê regras para sua elaboração e execução e que estão expressas em seus artigos 165 a 169. Da leitura deste conjunto de enunciados constitucionais conclui-se que os gastos públicos devem ser previamente estimados e alocados conforme as receitas públicas disponíveis.

³³ CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010. p. 186.

³⁴ SARLET, op. cit., p. 288.

³⁵ LEDUR, op. cit., p. 46.

³⁶ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais; o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. . In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010 p. 106.

Neste sentido, a finalidade principal do orçamento é de se tornar uma ferramenta de exercício da democracia pelo qual a sociedade exerce o direito, por meio dos seus representantes eleitos, de só ver concretizada as despesas e autorizada as arrecadações tributárias que estiverem assentadas na lei orçamentária.³⁷ Ou seja, o orçamento deve ser entendido como a aprovação popular sobre quais as políticas públicas, (gastos) ou ao menos a ordem de precedência, que a coletividade almeja diante daquilo que pode ser feito considerando os recursos disponíveis.

Mas outras considerações devem ser trazidas à baila, visto que, frente a posição de primazia de que gozam as normas de direitos fundamentais, consectário da perspectiva objetiva a que antes mencionamos, necessário se ter em conta que, conforme ensina Alexy, a decisão sobre as prestações a serem implementadas pelo Estado não pode ser deixada para a “maioria parlamentar simples”.³⁸

Postas estas considerações, adentramos na indagação sobre a questão da legitimidade de as políticas públicas serem exclusivamente e de forma definitiva determinadas no âmbito do Poder Legislativo, ainda mais que, considerando nosso regime de governo, na maioria das vezes, está o Poder Legislativo apenas a cancelar as proposições do Poder Executivo.

Ainda que *a priori* a atividade legislativa estaria ungida de aprovação popular, mormente pelo mandato conferido aos membros do Congresso, não se pode concluir, frente a nossa realidade, que o Poder Legislativo representa de forma absoluta os anseios da sociedade, mesmo que esta representação legislativa seja fruto do exercício dos direitos políticos (em especial o direito ao voto), e que são direitos fundamentais clássicos relacionados com a democracia representativa.

Acontece que a Constituição de 1988 adotou simultaneamente ao princípio da democracia representativa a denominada democracia participativa. O direito a participação constitui mecanismo adotado pela sociedade com o objetivo de ampliar a possibilidade de execução dos direitos sociais, e caracteriza-se por sua natureza instrumental, visto que autoriza a sociedade a interferir na qualidade e na quantidade das ações sociais levadas a efeito pelo executivo, bem como na elaboração da proposta orçamentária.³⁹

³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 74.

³⁸ ALEXY, op. cit., p. 450.

³⁹ LEDUR, op. cit., 158.

Enquanto exemplos de participação da sociedade na definição de políticas públicas, e que encontram amparo no texto constitucional podemos citar: o artigo 10 (participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos); artigo 187 (participação dos trabalhadores rurais no planejamento e execução da política agrícola); artigo 194 (ações integradas da sociedade e do poder público nas ações que compreendem a seguridade social); artigo 205 (colaboração da sociedade na promoção e incentivo da educação).

Nesta linha de argumentação o que se quer demonstrar é que a definição de políticas públicas (como gastar os recursos públicos) no âmbito de direitos fundamentais sociais deve ser discutida por toda a sociedade, cabendo a esta última, a verificação da consonância do legislador aos ditames constitucionais que emolduram sua ação, bem como sobre a regular atuação do Poder Executivo na sua execução.

Daí a pertinência de adentrarmos na possível judicialização desta temática, enquanto meio apto a instrumentalizar este controle, mas sem olvidar que, na medida em que as políticas públicas devam estar direcionadas para a concretização dos direitos fundamentais sociais, o controle jurisdicional a ser implementado deve relacionar-se diretamente com o fundamento constitucional destas políticas públicas. A finalidade do controle judicial neste caso será o de asseverar que as ações do Poder Legislativo e do Poder Executivo estejam em conformidade com os preceitos constitucionais que a determinam.⁴⁰

Neste sentido há de se ter presente que quanto mais escassa a disponibilidade de recursos, mais se necessita de um debate responsável a cerca de sua destinação, o que nos conduz a necessidade de buscarmos o aprimoramento das ferramentas de gerenciamento democrático do orçamento público, assim como do próprio processo de supervisão das políticas públicas. Necessário se faz a ampliação do acesso à justiça enquanto direito de ter os direitos sociais fundamentais efetivados, o que nos remete a terceira dimensão da já multicitada reserva do possível.⁴¹

4.3 A proporcionalidade da prestação e a razoabilidade da exigência.⁴²

O fato de o Estado não ter condições de promover o atendimento integral dos direitos sociais (saúde, educação, etc) a todos aqueles que deles careçam faz surgir no seio da

⁴⁰ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010. p. 303.

⁴¹ FIGUEIREDO, op. cit., p. 31.

⁴² SARLET, op. cit., p. 288.

sociedade insatisfações (individuais ou coletivas), as quais, por sua vez, acabam por desaguar na busca pelo Poder Judiciário enquanto instância última a fim de concretizar tais direitos.

Sendo assim, necessário se faz esclarecer qual o âmbito da atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais prestacionais quando demandado no caso concreto. A questão posta a ser resolvida é saber se a ordem judicial de prestação pelo Estado de ação não prevista em suas políticas públicas, (ou prevista de forma insuficiente), e a despeito das restrições orçamentárias, se perfaz em uma invasão pelo Poder Judiciário de suposta competência inerente ao Poder Executivo e do Poder Legislativo. (afronta ao princípio da separação dos poderes).

Neste embate, há de se considerar enquanto enunciado maior a norteá-lo que eventuais limitações dos direitos sociais fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade material e formal com a Constituição. O controle da constitucionalidade formal e material dos direitos fundamentais provoca, no plano formal, compulsar a “competência, o procedimento e a forma adotados pela autoridade estatal”. Por sua vez, o controle material se refere a observância “da proteção do núcleo (ou conteúdo) essencial destes direitos, bem como o atendimento dos princípios da proporcionalidade bem como o da razoabilidade.”⁴³

O princípio da proporcionalidade, e que constitui uma das vigas mestras do Estado democrático brasileiro, se apresenta como instrumento “metódico de controle e atos – tanto omissivos quanto comissivos – dos poderes públicos” se apresentando enquanto dupla função seja como proibição de excesso ou como proibição de proteção insuficiente. A proibição de excesso diz respeito à atuação do Estado quando da concretização dos seus deveres de proteção, e isto ocorre a medida que o Estado, por meio da intervenção dos seus órgãos, acomete de modo desproporcional outros direitos fundamentais ou mesmo viola direitos fundamentais de terceiros. A proibição de proteção insuficiente se apresenta quando o Estado atua de modo insuficiente, ficando abaixo dos níveis mínimos constitucionalmente exigidos.⁴⁴

Convém destacar que a importância do princípio da proporcionalidade se revela enquanto princípio transformador do legislador e do administrador público em um serviçal da Constituição, balizando assim o espaço de intervenção dos órgãos encarregados de fazer e aplicar as leis. Na ausência do princípio da proporcionalidade, a constitucionalidade ficaria destituída de significativo instrumento de garantia dos direitos fundamentais em face de

⁴³ SARLET, op. cit., p. 404

⁴⁴ SARLET, op. cit., p. 404-406.

possíveis excessos (ou omissões) levados a termo pelo legislador quando do preenchimento do espaço legislativo aberto pela Constituição. Tal princípio se dirige à justiça no caso concreto ou particular, e se trata de um eficaz arrimo às decisões judiciais quando estas se propõem a averiguar se na relação entre os meios (normas e procedimentos) e os fins (execução) não houve excesso ou deficiências.⁴⁵

Por sua vez, princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade em sentido estrito) demanda um equilíbrio entre os instrumentos utilizados e os fins perseguidos⁴⁶ e alcança especial destaque no sentido de não podemos olvidar que os efeitos de uma decisão judicial que acaso concede um direito social para um demandante não se cingem a simplesmente a, de uma parte, minorar o patrimônio do Estado, que com isto deverá gastar um montante de seus ingressos, e de outra, ao cidadão que receberá um determinado bem ou serviço. Desta decisão judicial poderão emanar sequelas para todo o universo social. Há de existir uma ponderação.

Ou seja, não se pode cerrar os olhos ao fato de que os efeitos das denominadas sentenças aditivas se estendem a outros membros da coletividade que, dada a realidade da escassez de recursos orçamentários, poderão deixar de ter algumas de suas necessidades atendidas pelo poder público em razão da nova alocação da rubrica orçamentária agora determinada judicialmente.

Com isto, mais uma vez nos deparamos com o necessário sopesamento de valores constitucionalmente protegidos. O que deve prevalecer? o direito de uma pessoa fazer um tratamento caríssimo não custeado pelos cofres públicos, e deste modo estaria a ser preservar o seu direito à vida, ou direito da coletividade de ter uma rede mínima de assistência à saúde. Trata-se de escolhas a serem perpetradas.

Ainda sobre o tema da judicialização das políticas públicas, questão a ser levantada é a seguinte: E se mesmo que objetivamente (a vista do caso concreto) tiver sido cumprida de forma satisfatória todas as etapas até aqui discutidas, quais sejam: a conformação de direitos em normas eficazes que lhe determinam o conteúdo e a existência de prestações implementadas pelo Poder Executivo dentro dos limites que as disponibilidades financeiras lhe permitem. Será que o Poder Judiciário poderá ir além daquilo já feito? Qual o sentido de se determinar por sentença prestações impossíveis de serem concretizadas? A quem imputar o não atendimento da prestação social reclamada, se objetivamente não há como atendê-la.

⁴⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 438-440.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 407.

De tudo o exposto, e num enquadramento de direito e economia, infere-se que os recursos orçamentários conquistados por meio de tributação (principalmente) são escassos e as necessidades humanas a rejubilar ilimitadas. Por este motivo, o emprego daqueles recursos deve ser feito de forma eficiente para que se possa abarcar o maior número de necessidades pessoais com os recursos disponíveis”. Tal cuidado guarda estreita relação com o princípio da eficiência na aplicação dos recursos públicos enquanto compromisso do Estado brasileiro, e que está estampado no artigo 37 da Constituição, impondo sua observância por todos os poderes políticos e pela sociedade.⁴⁷

5. Conclusão.

Do exposto, se apura que o processo de efetivação dos direitos fundamentais sociais perpassa pela análise de compatibilidade das normas legais frente ao ordenamento constitucional que lhe sustenta (controle do legislador); da correta aplicação e alocação dos recursos públicos afetados aos dispêndios com direitos sociais, (controle da administração pública), bem como do sopesamento da razoabilidade do pedido. (não seria admissível condenar o Estado a uma prestação impossível).

Forçoso reconhecer que a compreensão da denominada reserva da possível se apresenta como temática de especial importância quando desejamos possibilitar e disponibilizar direitos fundamentais sociais a toda a sociedade, (e não só a alguns), dentro daquilo que as circunstâncias históricas, sociais e econômicas permitem.

Sendo assim, e nesta senda, mister se faz abordar com maior profundidade:

a) o processo de reconhecimento dos direitos sociais na esfera do direito positivo, levando em consideração sua evolução histórica, a importância do direito internacional neste contexto, e sua posterior constitucionalização.

b) a posição e o significado dos direitos fundamentais sociais na Constituição de um Estado democrático e social de direito e sua relação como o mínimo existencial;

c) a perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais sociais. Neste passo a perspectiva objetiva se relaciona com os vetores interpretativos do sistema constitucional, e

⁴⁷ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010. p. 52-54.

por sua vez, a perspectiva subjetiva diz respeito à identificação dos limites daqueles direitos sob a ótica do seu titular.

d) As dimensões fáticas (existência de recursos) e jurídicas (disponibilidade dos recursos) da reserva do possível, entendendo a reserva do possível não como um limitador para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas antes, como instrumento concretizador destes.

e) O princípio da proporcionalidade e sua relação com as normas de direitos fundamentais sociais. Enquanto terceira dimensão da reserva do possível o princípio da proporcionalidade se apresenta como instrumento de controle dos atos – tanto omissivos quanto comissivos – dos poderes públicos, e se desdobra nas funções de proibição de excesso ou como proibição de proteção insuficiente. Tal princípio se dirige à justiça do caso concreto ou particular, e necessário se faz identificar regras objetivas a nortear tal atividade.

Referencias.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 5ª. Rio de Janeiro: Ed., Renovar. 1996.

BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais; o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. . In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas considerações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEAL, Rogerio Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.

LEDUR, Jose Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.