

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

THAIS MICHELLE WINKLER JUNG

**RESERVA DO POSSÍVEL: ENTRE A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS
PRESTACIONAIS E O SISTEMA ORÇAMENTÁRIO CONSTITUCIONAL**

CURITIBA

2013

THAIS MICHELLE WINKLER JUNG

**RESERVA DO POSSÍVEL: ENTRE A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS
PRESTACIONAIS E O SISTEMA ORÇAMENTÁRIO CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier

CURITIBA

2013

J95

Jung, Thais Michelle Winkler.

Reserva do possível: entre a concretização de direitos sociais
Prestacionais e o sistema orçamentário constitucional / Thais Michelle
Winkler Jung. – Curitiba: UniBrasil, 2013.
155p. ; 29 cm.

Orientador: Paulo Ricardo Schier.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil –
UniBrasil, Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2013.
Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Direitos humanos fundamentais.
3. Direitos sociais prestacionais – Regime jurídico. 4. Direitos sociais
prestacionais – Políticas públicas. 5. Teoria da reserva do possível.
I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais
e Democracia. II. Título.

CDD 340

TERMO DE APROVAÇÃO

THAIS MICHELLE WINKLER JUNG

RESERVA DO POSSÍVEL: ENTRE A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS E O SISTEMA ORÇAMENTÁRIO CONSTITUCIONAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Membros: Prof. Dr. Paulo Ricardo Opuszka
Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba,

Profª. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Curitiba, 2013.

Dedico este trabalho à minha avó Izair Moura
Charello, minha segunda mãe.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, Autor e Consumador da vida, capaz de mudar o curso da história de qualquer pessoa que nele crer. Com amor incrível, foi como uma rocha sob os meus pés. Certamente no ano de 2012 eu vivi o extraordinário de Deus na minha vida.

Agradeço à minha família, meu marido Ronaldo Jung, pela compreensão e apoio, e o meu pequeno Arthur, minha maior riqueza, por simplesmente existir.

Agradeço aos meus pais, Teodoro Jacob e Célia Regina Winkler, pelo constante incentivo durante o curso e pelo especial cuidado e atenção com meu bebê durante todo mestrado.

Agradeço a toda a minha maravilhosa família: Charello, Winkler e Jung.

Ao professor Dr. Paulo Ricardo Schier, pela dedicação que prestou na leitura dos textos, pelas recomendações de alteração e pela amizade.

Aos professores do mestrado da UniBrasil: Marcos Augusto Maliska e Estefânia de Queiroz Barboza, pelos conhecimentos partilhados, pelas considerações na banca de qualificação e pelo incentivo com as publicações.

Ao professor Clémerson Melin Clève, pela riqueza de conteúdo aprendido nas suas aulas.

Aos colegas de mestrado, Beatriz Paola de Oliveira e Thierry Chozem Zamboni Kotinda, pelos bons momentos que suavizaram a rotina de intensa leitura que o mestrado impõe.

Aos amigos dos tempos de Tuiuti, Phillip Gil França, Giovana Luíza Marochi e Luiz Eduardo Muñoz Soto.

Aos amigos dos tempos de advocacia, Sabrina Kompatscher e Bruna Nobrega.

Aos novos amigos do UNICURITIBA, em especial a professora Nádia Regina de Carvalho Mikos, pelo exemplo de liderança e capacidade, com sua postura no meio acadêmico me mostrou que nunca é tarde para recomeçar e persistir em um sonho.

Às amigas-irmãs Sílvia Fráguas, Giovanna Maceno Barbosa e Muriel Clève Nicolodi, pelas risadas, pela ternura e até pela cobrança da presença.

En nuestro país, como en otros, el derecho acostumbra a hacer lo que no debe: maltrata a quienes debe cuidar, persigue a quienes debe proteger, ignora a quienes debe mayor atención, y sirve a quienes debe controlar.

Roberto Gargarella – *El derecho a la protesta, el primer derecho*

RESUMO

Os direitos sociais prestacionais possuem o mesmo regime jurídico dos direitos de defesa. Seu conteúdo, além de ter como objetivo a promoção de justiça social com a materialização do princípio da igualdade, possui íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Esta, por sua vez, guarda correspondência com o mínimo existencial. Constituem posições jurídicas subjetivas, caráter este somente deflagrado na falha de planejamento e execução de políticas públicas pelo Executivo e Legislativo, que, diante de seu custo financeiro, impõem a realização progressiva pelo Estado. Como contraponto à concretização dos direitos prestacionais, tem-se a manutenção da austeridade financeira do Estado, imposta também pela Constituição Federal. Diante de interesses contrapostos, impõe-se a análise da teoria da reserva do possível, instituto que toca os dois interesses. Nos direitos prestacionais, representa a impossibilidade de concretização, enquanto no sistema orçamentário representa uma brecha na figura das dotações extraordinárias. Com a existência do choque de interesses em âmbito constitucional, necessária se faz a adequada justificação de sua existência no sistema como restrição, para tanto se recorre às teorias do suporte fático, teorias interna e externa das restrições. O reconhecimento dos direitos fundamentais como regras e princípios, com um suporte fático amplo, acarreta o enquadramento da teoria da reserva do possível na teoria externa.

Palavras-chave: Regime jurídico dos direitos sociais prestacionais. Custos dos direitos. Sistema orçamentário constitucional. Dotações extraordinárias. Teoria da reserva do possível. Teoria do suporte fático amplo e restrito. Teoria interna. Teoria externa.

ABSTRACT

Social rights have the same legal rights of liberty. Your content, besides having as its goal the promotion of social justice with the materialization of the principle of equality, possess intimate relationship with the principle of human dignity, that saves correspondence with minimal existential. They constitute subjective legal positions, character only triggered this failure in planning and implementation of public policies by the executive and legislative, which, facing their financial costs, impose the progressive realization by the state. As a counterpoint to the realization of the social rights, there is the maintenance of financial austerity of the state, also imposed by the Federal Constitution. Facing conflicting interests, it requires the analysis of the theory of booking possible, institute that touches the two interests. In social rights, it is the inability to achieve, while in the budgetary system it is a loophole in the figure of special appropriations. Given the existence of the clash of interests in the constitutional level, it is necessary the adequate justification for its existence in the system as a constraint for both resorts to support factual theories, theories of internal and external constraints. The recognition of fundamental rights as rules and principles, with an ample factual support, entails the framework of the theory of reserve for the external theory.

Keywords: Legal regime of social rights. Costs of rights. Constitutional budget system. Special appropriations. Theory of possible reserves. Theory of broad and narrow factual support. Internal theory. External theory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CUNHO PRESTACIONAL	13
1.1 REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS.....	13
1.1.1 Conteúdo: dignidade da pessoa humana.....	16
1.1.1.1 Conteúdo da dignidade da pessoa humana: mínimo existencial?.....	21
1.1.2 Direitos que exigem conformação legislativa.....	24
1.1.3 Direitos subjetivos?	27
1.1.4 Direitos cuja eficácia é progressiva.....	31
1.1.5 Direitos que carregam um custo financeiro intrínseco.....	39
1.1.5.1 A teoria de Holmes e Sunstein.....	39
1.1.5.1.1 <i>Um Estado sem dinheiro não pode proteger os direitos.....</i>	<i>41</i>
1.1.5.1.2 <i>Por que os direitos não podem ser absolutos: a escassez afeta a liberdade</i>	<i>44</i>
1.1.5.1.3 <i>Exigir direitos significa distribuir recursos</i>	<i>47</i>
1.1.5.1.4 <i>Por que os direitos implicam responsabilidades? É possível que os direitos tenham ido longe demais?.....</i>	<i>49</i>
1.1.5.1.5 <i>O altruísmo dos direitos.....</i>	<i>51</i>
1.1.5.1.6 <i>Os direitos como resposta à falência moral?.....</i>	<i>52</i>
1.1.5.1.7 <i>Os direitos entendidos como pactos</i>	<i>53</i>
1.1.5.1.8 <i>Os direitos de bem-estar e a política de inclusão</i>	<i>55</i>
2 SATISFAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS ESPONTANEAMENTE PELO ESTADO: POLÍTICAS PÚBLICAS	59
2.1 A IDEOLOGIA ESTATAL E SUA RELAÇÃO COM AS FINANÇAS PÚBLICAS	59
2.2 POLÍTICAS E FINANÇAS PÚBLICAS	64
2.3 PLANEJAMENTO	69
2.4 ORÇAMENTO PÚBLICO	74
2.4.1 Breve abordagem sobre os princípios orçamentários.....	77
2.4.2 Sistema constitucional de leis orçamentárias.....	80
2.4.3 Conceitos próprios do orçamento público.....	84
2.4.3.1 Dotações orçamentária suplementares.....	88
3 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	93
3.1 HISTÓRICO: DECISÕES EMBLEMÁTICAS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO	93

3.2 RECEPÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	100
3.3 CONCEPÇÕES DA TEORIA: A RESERVA DO POSSÍVEL FÁTICA E A RESERVA DO POSSÍVEL JURÍDICA.....	104
3.4 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL ENQUANTO RESTRIÇÃO VÁLIDA AOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS	114
3.4.1 Direitos fundamentais enquanto regras ou princípios	115
3.4.2 O suporte fático dos direitos sociais prestacionais	120
3.4.3 O enquadramento da teoria da reserva do possível nas teorias interna e externa	127
CONSIDERAÇÕES FINAIS	135
REFERÊNCIAS.....	142

INTRODUÇÃO

A Carta da República de 1988 é rica no que concerne à positivação dos direitos. O desafio é a promoção da eficácia desses direitos.¹ A mera previsão de direitos na Constituição ou sua positivação na esfera infraconstitucional não pode por si só concretizar esses direitos ou produzir um padrão desejável de justiça social.²

Além do cunho prestacional, também é característica dos direitos sociais sua forte carga econômica, pois são direitos que exigem recursos públicos disponíveis para que sejam implementados e concretizados. Nesse aspecto, um fator que motiva a falta de efetividade dos direitos sociais constitucionalmente previstos é a escassez de recursos. Aqui, adentra-se na teoria da reserva do possível, expressão que é utilizada largamente na doutrina para identificar o fenômeno da limitação de recursos frente à necessidade de aplicação dos mesmos para concretização dos direitos sociais. Trata-se de um limite fático e jurídico à efetivação judicial (e até mesmo política) de direitos fundamentais sociais.³

Dessa forma, a leitura do instituto feita no Brasil entende que a reserva do possível incide diretamente sobre a efetividade dos direitos fundamentais, e sua aplicação esbarra na existência de maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas relacionadas a políticas públicas sociais e, conseqüentemente, para a devida efetivação dos direitos ditos sociais.⁴

O conteúdo dos direitos fundamentais sociais revela um caráter amplo e estritamente vinculado à justiça social e sua concretização está diretamente subordinada às condições econômicas de um país, pois a sua implementação dependerá de uma capacidade estatal orçamentária, o que muitas vezes gera uma série de questionamentos sobre o regime jurídico de tais direitos e sua viabilidade fática. Os direitos sociais prestacionais, encarados como princípios constitucionalmente consagrados, têm sua

¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24-25.

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 355.

³ *Ibid.*, p. 357.

⁴ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 133 e et seq.

concretização adiada ou negada sob o argumento da impossibilidade fática lastreada na escassez econômica dos recursos financeiros geridos pelo Estado, cujo melhor argumento se reflete na teoria da reserva do possível.

Explica-se que essa teoria está associada à alegação de insuficiência de recursos apresentada pelo Estado, normalmente, no âmbito processual, como forma de se eximir do cumprimento de suas obrigações no campo dos direitos sociais. A invocação da reserva do possível, então, pode servir como uma escusa utilizada de forma genérica pelos entes estatais para não concretizar os direitos sociais. Verifica-se que a alegação da reserva do possível pelo Estado tem sido utilizada para que ele possa simplesmente se furtar ao cumprimento de suas obrigações, em especial aquelas previstas em âmbito constitucional. Faz-se, portanto, diante dessas considerações, necessário analisar a viabilidade da teoria no contexto do sistema constitucional.

A pesquisa tem por objetivo analisar a legitimidade e limites de justificação da teoria da reserva do possível no sistema constitucional, sistema este que, ao mesmo tempo que impõe como valor da sociedade a prestação de direitos que confirmam um mínimo de dignidade aos mais necessitados, coloca possíveis limitações a essa prestação diante da necessidade de obediência pelos poderes públicos ao sistema constitucional orçamentário. Constata-se, portanto, interesses sociais contrapostos.

Para atingir tal objetivo, no primeiro capítulo busca-se estabelecer um regime jurídico aos direitos sociais prestacionais, abordando questões problemáticas relativas a tais direitos, como sua definição; sua positivação no ordenamento constitucional; seu conteúdo; o estabelecimento de uma correspondência desse conteúdo ligado à dignidade da pessoa humana ao mínimo existencial; a necessidade de conformação legislativa para a exigibilidade de tais direitos; seu caráter de direito subjetivo; a necessidade de atribuir a esses direitos uma realização progressiva; e a demonstração da existência de custos intrínsecos para sua concretização dos direitos prestacionais que exigem uma postura estatal responsável.

No segundo capítulo, diante da consciência estatal proporcionada pela positivação dos direitos sociais prestacionais, no sentido de que tais direitos não consistem em letra morta na Constituição, ao contrário consistem em mandados de

otimização que não estão dispostos no texto constitucional ao acaso, mas, sim, por consistirem um compromisso a ser perseguido pelo Estado; procura-se estabelecer os parâmetros constitucionais que envolvem a decisão política concernente ao custo dos direitos mediante o aprofundamento de questões referentes ao sistema constitucional orçamentário. Para tanto, faz-se necessária uma prévia abordagem da relação da ideologia estatal e a realização de direitos fundamentais, para em seguida abordar as questões relativas às políticas públicas viabilizadoras de tais direitos e sua subsunção às ações estatais que envolvem as finanças públicas, como o planejamento e o orçamento público.

Por fim, no terceiro capítulo, a partir dos interesses contrapostos nos capítulos anteriores, quais sejam: manutenção da austeridade financeira estatal e persecução da concretização dos direitos fundamentais, pretende-se realizar um estudo sobre a justificação constitucional da teoria da reserva do possível.

Ressalte-se que a intenção não é abordar o aspecto processual da teoria da reserva do possível, mas abordar o instituto no âmbito de validade constitucional enquanto restrição válida dos direitos fundamentais, especialmente os prestacionais. Assim afasta-se o estudo da possibilidade da arguição da teoria no âmbito processual pela Administração Pública para se aproximar da legitimidade desta arguição em face ao ordenamento jurídico analisado como um sistema de regras e princípios. Tampouco objetiva o estudo o aprofundamento sobre a possibilidade de concessão pelo Poder Judiciário de direitos fundamentais de ordem prestacionais ou por meio da interferência direta na implementação de políticas públicas. Afasta-se, portanto, de questões como o ativismo judicial ou autocontenção judicial, embora toque tangencialmente nesses temas.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CUNHO PRESTACIONAL

1.1 REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

A dogmática dos direitos sociais prestacionais é uma tarefa pendente no Brasil. A questão passa pela justiciabilidade e pela exigibilidade desses direitos. A exigibilidade é questão intimamente relacionada ao custo que tais direitos carregam em si, sendo essa questão o cerne deste trabalho.

Antes, porém, de adentrar na questão da garantia ou falta de concretização desses direitos, faz-se necessário percorrer por uma dogmática articulada acerca destes, estabelecendo seu conteúdo para determinar o que pode ou não ser exigido e, portanto, atacar o problema principal: o déficit de garantia, problema que desafia a concretização dos direitos sociais prestacionais, como adverte Guillermo Escobar ROCA.⁵

De acordo com Robert ALEXY, os “Direitos à 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”.⁶ Como ensina Jorge Reis NOVAIS, esses direitos são realizáveis não contra o Estado, mas através do Estado, precisamente um Estado empenhado na realização de uma sociedade superior.⁷

⁵ ROCA, Guillermo Escobar. Los derechos fundamentales y la protección de la salud. **UNED, Revista de Derecho Político**, n. 71-72, p. 113-148, 2008. Disponível em:

<<http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:DerechoPolitico2008-4/PDF>>. Acesso em: 29 out. 2012.

⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 499. Nessa mesma perspectiva: ROCA, Guillermo Escobar. **Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos**. Madrid: Trama, 2005, esp. p. 58-62; e ARANGO, Rafael. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005, esp. p. 30-113.

⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 18-19. No mesmo sentido, FERREIRA FILHO afirma: “O segundo tipo é o dos direitos prestacionais, que se manifesta nos direitos sociais. Tais direitos não são meros poderes de agir, meras liberdades, mas têm por característica maior reclamarem contrapartida da sociedade por meio do Estado. São poderes de exigir serviços, prestações concretas, que satisfaçam a necessidades humanas primordiais e prementes: trabalho, educação, saúde, sustento na doença ou na velhice, lazer etc. Correspondem a ‘créditos’ de que cada um seria possuidor em relação ao todo social.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92).

Além do cunho prestacional, outra característica dos direitos sociais é a relevância do conteúdo econômico,⁸ pois são direitos que exigem recursos públicos disponíveis para que sejam implementados e concretizados. Para que o Estado assegure o acesso à saúde e à educação, por exemplo, é necessário que existam recursos financeiros que o possibilitem agir. São direitos que estão subjugados à conjuntura econômica. Assim, os direitos sociais prestacionais visam a uma prestação de natureza fática, sempre dependente da análise dos recursos disponíveis por parte do Estado.

A Carta da República de 1988 é rica no que concerne à positivação dos direitos fundamentais, tendo elencado os direitos sociais nos arts. 6º, 7º e 8º. Foi dado especial tratamento aos direitos sociais de ordem prestacional no art. 6º.”⁹ O texto constitucional não define o que são direitos sociais, mas elenca um rol exemplificativo dos mesmos. Traçando um paralelo da Carta Constitucional com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tem-se que os direitos tidos como sociais prestacionais são: direito à saúde, direito à moradia, direito à educação, direito à seguridade social e direito à cultura.

De acordo com NOVAIS, se na ordem constitucional os direitos sociais prestacionais são considerados direitos fundamentais, devem, portanto, obedecer ao mesmo regime dos direitos fundamentais e ser dotados da mesma força normativa, qual seja, “uma garantia jurídica forte constitucional, imposta à observância de todos os poderes constituídos e subtraída da livre disponibilidade do poder público”.¹⁰

A discussão que se coloca é: os direitos sociais são reconhecidos como direitos fundamentais? Teriam um regime jurídico diferenciado dos direitos fundamentais de liberdade ou defesa? Existem autores que entendem que os direitos sociais têm características próprias e que por isso não podem ser considerados direitos fundamentais, pelo menos quando confrontados com os direitos de liberdade, logo, o

⁸ SARLET acrescenta: “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. [...] Ainda na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas ‘liberdades sociais’, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores...” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 57).

⁹ Art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p. 10.

regime jurídico a eles aplicado seria diferenciado.¹¹ Outra corrente é a dos autores que entendem que nada há nos direitos sociais que os diferencie dos direitos de liberdade; portanto, se submetem ao mesmo regime jurídico.¹²

A visão aqui adotada é a de se conferir aos direitos sociais prestacionais o mesmo regime jurídico que os direitos de liberdade. Primeiro, pelo seu reconhecimento e consagração constitucional e, segundo, pela íntima relação que os mesmos têm, até mais que os direitos de defesa, com o princípio da dignidade da pessoa humana e com a possibilidade de, se plenamente efetivados, conferirem ao indivíduo acesso ao processo democrático; ou seja, se encarados com a mesma autonomia, conferem a defesa efetiva da cidadania.¹³

Por meio da Carta de 1988, o Estado brasileiro definiu princípios democráticos que orientariam a convivência social *pro futuro* priorizando a igualdade. Para a Constituição, o Estado é a máquina, o instrumento para garantir que esses objetivos sejam alcançados satisfazendo os direitos fundamentais.¹⁴ Em geral, nas ordens marcadamente sociais, como a brasileira, os direitos sociais prestacionais são realizados por meio de implementação de políticas públicas realizáveis por meio de serviços públicos.

¹¹ Como adepto dessa concepção, tem-se ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Alameda: Coimbra, 2009, p. 366.

¹² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 2011, p. 17.

¹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 109. No mesmo sentido: “Se inexistentes as condições materiais de bem-estar social mesmo que num nível mínimo não há que se falar em um exercício consciente do processo democrático.” (SILVA, Nívia Monica da. Considerações sobre a exigibilidade dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. **De jure: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 16, jan./jun. 2011, p. 373) e “[...] O desiderato dos direitos sociais, como direitos a prestações, consiste precisamente em realizar e garantir os pressupostos materiais para fuma efetiva fruição das liberdades, razão pela qual, consoante já assinalado, podem ser enquadrados naquilo que se denominou de *status positivus socialis*”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 283).

¹⁴ SEVERO, Renata Corrêa. O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais em face da Administração Pública. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, n. 112, ano 10, 2010, p. 20-37.

1.1.1 Conteúdo: dignidade da pessoa humana

A preocupação estatal com os direitos contidos na segunda dimensão de direitos fundamentais, sob o rótulo de direitos sociais prestacionais, vincula-se diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Explica-se, o Estado, enquanto instrumento do indivíduo, serve para concretizar as suas necessidades mais essenciais, que correspondem aos direitos sociais prestacionais. Diante desse fato, faz-se necessário um breve aporte teórico acerca da concepção de dignidade da pessoa humana, ainda que de forma genérica, para demonstrar uma justificativa de positivação no texto constitucional e sua íntima relação com os direitos sociais prestacionais.

É cediço que o valor essencial do ser humano tornou-se um consenso teórico do mundo.¹⁵ Muito embora a dignidade possua diversas acepções, é certo, como descreveu Ana Paula de BARCELLOS, que se trata de um “axioma da civilização ocidental”.¹⁶

A dignidade da pessoa humana foi reconhecida de forma gradativa.¹⁷ A primeira preocupação com a dignidade da pessoa humana veio do pensamento cristão ocidental de matriz axiológica fundada no valor da fraternidade.¹⁸

Gregorio Martinez PECES-BARBA esclarece que a origem da dignidade humana deu-se na Grécia antiga e, nesse momento, a ideia de dignidade ligava-se à existência do homem enquanto “ser político”. Afirma o autor:

En Grecia surge, como el principio de una nueva estimación del hombre, que no se aleja mucho de la idea difundida por el Cristianismo sobre el valor infinito del alma individual humana, ni del ideal de la autonomía espiritual del individuo proclamado a partir del Renacimiento. [...] Y como hubiera sido posible la aspiración del individuo al más alto valor y su reconocimiento por los tiempos modernos, sin el sentimiento griego de la dignidad humana? En efecto, en el origen está la dignidad humana, pero no de unos pocos elegidos, sino la de todos y esa idea está ya en su raíz, en la afirmación fundamental de la cultura griega de que la humanidad, el ser del hombre, se hallaba esencialmente vinculado a las características del hombre, considerado como un ser político.¹⁹

¹⁵ MIRANDOLA, Giovanni Francesco Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: GRD, 1988, p. 49-51.

¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 221, p. 159, jul. 2000.

¹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 3, jan./mar. 2002.

¹⁸ Segundo COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1-8, há no Novo Testamento diversas referências nesse sentido.

¹⁹ PECES-BARBA, Gregorio M. Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política). **Cuadernos “Bartolomé de Las Casas”**, Universidad Carlos III, Madrid, n. 11, 1999, p. 9.

Na Idade Média, São Tomás de AQUINO foi o primeiro filósofo a se referir ao termo que sustentou a divindade da chamada “dignitas humana”.²⁰ AQUINO não formulou em seus pensamentos uma concepção própria de dignidade da pessoa humana, pois ele resgata o conceito de pessoa como toda “substância individual de natureza racional” de Boécio, cujos escritos influenciaram o pensamento medieval, contribuindo sobremaneira para a elaboração do princípio da igualdade essencial do ser humano.

Já no Renascimento, período em que se conclamou o homem como um ser ativo e responsável pela transformação da sua própria realidade, sobreveio o pensamento de Giovanni Francesco Pico Della MIRANDOLA, humanista italiano que defendia o homem como um ser dotado da prerrogativa necessária para construir e planejar sua própria existência de maneira livre e independente, sem a ingerência abusiva de outros indivíduos.

O movimento filosófico do Iluminismo buscou retirar a religiosidade do centro do sistema de pensamento, substituindo-a pelo próprio homem. Tal crença faz sobressair o caráter único do ser humano, a nota de racionalidade que o distingue dos demais seres. É através da racionalidade que o ser humano vai buscar sua liberdade, bem como construir o seu próprio destino.²¹ Apesar de a ideia acerca da dignidade humana nesse momento possuir o sentido de inalienável obrigação para com o homem, os iluministas mantiveram a tradição da religiosidade quando se expressaram sobre o conceito da dignidade humana.²² O Iluminismo, de forma contraditória aos ideais de racionalidade, se referia à pessoa digna como “todo aquele que traz um rosto humano”.²³

BARCELLOS explica que o desenvolvimento teórico do Iluminismo acarretou a formação de um conjunto de consequências importantes para o desenvolvimento da ideia de dignidade humana, como a preocupação com os direitos individuais do homem e o exercício democrático do poder. Como consequência do reconhecimento do valor do

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 111.

²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106.

²² “Para os iluministas do século XVIII, continuava a vibrar no conceito da dignidade do homem o resquício de uma lembrança religiosa, de uma ideia de que o homem é um ser eterno, indestrutível em sua condição espiritual, cuja vida aqui na terra possui um sentido que transcende tudo o que é terreno.” (KRIELE, Martin. **Libertação e iluminismo político: uma defesa da dignidade do homem**. São Paulo: Edições Loyola, 1983, p. 53).

²³ *Ibid.*, p. 52.

ser humano, surgiu a afirmação dos direitos específicos do homem, com a distinção entre a vida do homem e do Estado.²⁴

Nos séculos XVII e XVIII, destaca-se o idealismo de Immanuel KANT.²⁵ KANT relacionou a dignidade a uma questão de moralidade, pois procurou demonstrar como princípios morais, informados pela razão, devem ser valorizados para que possam assumir o papel de leis universais. A essa ideia somou o valor intrínseco da pessoa humana, evidenciando que o ser humano deve ser considerado como fim em si mesmo e jamais como instrumento de submissão a outrem, sob pena de seus princípios morais não serem considerados leis universais.

A ideia de dignidade na filosofia de KANT concebia o homem como um ser racional, que existia como um fim e não como um meio, diferentemente dos outros seres desprovidos de razão, de forma que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. Essa pessoa humana seria dotada de um valor intrínseco, um valor próprio da sua essência.²⁶

Esse valor intrínseco seria superior a qualquer preço e, por isso, não poderia ser apreçado ou substituído por coisa equivalente, já que, como mencionado anteriormente, o ser humano seria um fim e não um meio passível de utilização e manipulação. A conceituação de dignidade no pensamento de KANT surge como a qualidade daquilo que não tem preço e a sua atribuição ao ser humano, justamente porque o ser humano não é instrumento, senão um fim em si mesmo, como é possível verificar na seguinte passagem:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. [...] o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmos, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade.²⁷

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...**, p. 106.

²⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores – Kant, II), p. 134-135 e 141.

²⁶ *Ibid.*, p. 103-162.

²⁷ *Ibid.*, p. 134-135.

Acrescentando mais detalhes ao conceito de dignidade humana, KANT faz uma equiparação da dignidade à autonomia de sua atitude racional para eleger os princípios morais que possam servir como leis universais, ao expressar: “A autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional.” Do pensamento kantiano, pode-se extrair que a dignidade da pessoa humana se origina da soma da autonomia do ente racional para a formulação de princípios morais universais, com o embasamento de que o ser humano não tem preço, pois deve existir enquanto fim em si mesmo.²⁸

O pensamento de KANT é relevante em virtude do período histórico em que viveu o filósofo; durante o qual se procuravam instrumentos para proteger o ser humano contra os excessos das monarquias absolutistas, justamente no período marcado pelo nascimento dos direitos fundamentais de primeira geração ou de defesa em que se procurava um papel de abstenção estatal diante das liberdades individuais.

Posteriormente, a proteção da dignidade da pessoa humana saiu do campo filosófico para alçar a consciência coletiva, sendo posteriormente positivada.²⁹ No plano internacional, a dignidade da pessoa humana é fundamento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

No direito comparado, a expressão começou a ser consignada nos textos constitucionais após a Primeira Guerra Mundial.³⁰ José Afonso da SILVA relata que o fenômeno da positivação da dignidade, no âmbito mundial, não foi o que a criou, pois a dignidade da pessoa humana não pode ser um valor criado constitucionalmente, mas já é preexistente a toda experiência especulativa.³¹

²⁸ KANT, Immanuel. Op. cit., p. 141.

²⁹ Nesse sentido, destaca PECES-BARBA que “la importancia de la dignidad humana es decisiva para el Derecho y en más de una de sus ramas se encuentran razones parciales que justifican esa importancia. En los argumentos que utilizan los juristas de esos diversos campos aparece en ocasiones referencia a la dignidad humana. El derecho internacional implosiona la reflexión a partir de los horrores totalitarios que desembocaron en la segunda guerra mundial, con el holocausto provocado por los nazis y los fascistas, y en las matanzas colectivas propiciadas por el stalinismo. Es quizás la respuesta más matizada y más discreta frente a los excesos de algunos iusnaturalismos, que descalificaron la construcción positivista y el atribuyeron la responsabilidad de lo acaecido por debilitar las referencias morales en el Derecho.” (PECES-BARBA, Gregorio M. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**. Madrid: Editorial Dykinson, 2002, p. 11). Semelhantes são as considerações de BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...**, p. 162.

³⁰ A primeira Carta Constitucional a positivar a dignidade como princípio foi a alemã (SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, 1988, p. 91).

³¹ Id.

No plano interno, a Constituição Federal de 1988 a coloca como fundamento da República Federativa do Brasil em seu art. 1º, inciso III.³² Para BARCELLOS, a Constituição de 1988 recorreu ao consenso social ao positivar a dignidade da pessoa humana e procurar concretizá-la. “O constituinte reflete, ainda que de modo pontual, o consenso vigente em seu tempo”, determinando um compromisso para o futuro.³³

SILVA explica que se a dignidade foi colocada como um dos fundamentos da República é porque se trata de um dos valores constitucionais superiores que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida; como se dotado de força gravitacional.³⁴ De maneira semelhante, Gustavo TEPEDINO defende que se a dignidade da pessoa humana foi colocada como fundamento da República, juntamente à previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, é porque configura verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.³⁵

Assim, na esteira do constitucionalismo moderno, a Constituição brasileira positivou a dignidade da pessoa humana, o que lhe conferiu plena normatividade, de forma que, tal como o sol irradia luz que a todos ilumina, a Constituição irradia seus efeitos por todo o sistema político, jurídico e social. A Constituição reconheceu que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário, uma vez que o ser humano constitui a finalidade precípua da atividade estatal, e não seu meio como observa Ingo Wolfgang SARLET.³⁶

³² PIOVESAN lembra que no pós-guerra a abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade da pessoa humana demarcaram a feição das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: LEITE, S. L. (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003, p. 189).

³³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...**, p. 198.

³⁴ SILVA, José Afonso da. **A dignidade...**

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 48.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 68. De semelhante teor: “Antes, traduz-se ali um novo momento do conteúdo do Direito, o qual tem a sua vertente no valor supremo da pessoa humana considerada em sua dignidade incontornável, inquestionável e impositiva e uma nova concepção de Constituição, pois, a partir do acolhimento daquele valor tornado princípio em seu sistema de normas fundamentais, mudou-se o modelo jurídico-constitucional que passa, então de um paradigma de preceitos, antes vigente, para um figurino normativo de princípios.” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, Rio de Janeiro, v. 4, 1999, p. 32-33).

A fim de atingir o objetivo proposto neste trabalho, qual seja, determinar a exata medida em que se aplica a cláusula da reserva do possível em direitos cuja dimensão econômica é evidente, notadamente os direitos sociais prestacionais, faz-se necessária uma breve consideração acerca da correlação entre dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

1.1.1.1 Conteúdo da dignidade da pessoa humana: mínimo existencial?

Para estabelecer uma relação entre a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial recorre-se à figura de BARCELLOS, que representa a imagem de dois círculos concêntricos.³⁷ O círculo interno trata do mínimo de dignidade que deverá ser respeitado e representa o efeito concreto pretendido pela norma exigível. O espaço que se situa entre o círculo interno e o externo será preenchido pela deliberação política, a quem caberá, para além do mínimo existencial, desenvolver a concepção de dignidade em cada momento histórico.

Embora não seja necessário determinar todo o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, por conter um campo livre para a deliberação política, é preciso verificar o núcleo de efeitos pretendidos, ou seja, o conteúdo mínimo da dignidade.³⁸

Assim, a noção de mínimo existencial, para BARCELLOS, perpassa pelo conjunto de direitos selecionados entre os direitos sociais, econômicos e culturais; o mínimo seria um pacote de direitos ou de situações materiais indispensáveis à existência física, intelectual e espiritual humana digna, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento. É a concepção do mínimo existencial como uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana.³⁹

³⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Normatividade...**, p. 179.

³⁸ *Ibid.*, p. 178.

³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...**, p. 292.

De forma semelhante é a concepção de mínimo existencial de Luís Roberto BARROSO,⁴⁰ que explica que os princípios possuem um núcleo que opera como regras; sendo que, em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, o núcleo é representado pelo mínimo existencial.

Além de constar no art. 1º, a dignidade da pessoa humana está presente também em outros dispositivos da Constituição Federal. BARCELLOS⁴¹ propõe a divisão de tais dispositivos em quatro níveis, do mais elementar ao mais supérfluo, o quarto nível compõe o conjunto de normas que garante o mínimo de dignidade, portanto o mínimo existencial. Esse nível é composto por quatro elementos: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça. Esses direitos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana, ao mínimo existencial, e podem ser exigidos do Judiciário independentemente de existir previsão normativa. Se não atingido o quarto nível, considera-se que o indivíduo se encontrará em um estado de indignidade.

Contrapõe-se à divisão de BARCELLOS, a teoria de valor de David BILCHITZ; a qual atribui valor maior aos bens mais essenciais, de forma não arbitrária, e não coloca os direitos em categorias estanques. Assim, o que é essencial para uma pessoa, pode não ser para outra. A proposta consiste em valorizar o bem ou direito conforme as experiências pessoais de cada indivíduo. BILCHITZ admite a inexistência de consenso sobre quais direitos ou bens comporiam o mínimo.⁴²

Também SARLET contrapõe a ideia de BARCELLOS de compartimentar o mínimo de forma estanque, definindo quais direitos comporiam o mínimo existencial. SARLET coloca que o mínimo existencial não pode ser reduzido a um objeto fixo, tampouco a um valor pecuniário mensurável, pois depende de um conjunto de fatores relacionados às condições pessoais do indivíduo. É uma cláusula aberta que se enquadra

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: LEITE, S. L. (Org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003, p. 128.

⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Normatividade...**, p. 182.

⁴² BILCHITZ, David. **Poverty and fundamental rights**: the justification and enforcement of socio-economic rights. New York: Oxford University Press, 2007, p. 179-235. No mesmo sentido: PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, p. 206-226, jul./dez. 2011.

no elenco dos direitos fundamentais implícitos, contudo não se trata de um direito fundamental absoluto e sofre o impacto da reserva do possível.⁴³

Em relação ao núcleo material mínimo, reconhece NOVAIS que, mesmo que as reservas a uma concepção material possam ser justificadas com base na noção de dignidade da pessoa humana, ainda assim, é possível delimitar um núcleo material mínimo da dignidade da pessoa humana. Com isso, a dignidade será violada quando a pessoa for degradada ao nível de uma coisa ou um objeto do atuar estatal,⁴⁴ na medida em que deixe de ser considerada um fim autônomo, para ser tratada como instrumento ou meio de realização de fins alheios. Essa noção aproxima-se à noção kantiana de dignidade da pessoa humana.

A aceção de NOVAIS seria a do mínimo social, ou seja, mesmo que não exista disposição constitucional expressa, cada direito social teria um conteúdo normativo suficientemente delimitado, que estaria furtado à disponibilidade do legislador, portanto justificável e imune aos limites da reserva do financeiramente possível.⁴⁵ Concluindo que na verdade o modelo do mínimo nada mais é do que uma “pausa para o desacordo”,⁴⁶ pois o modelo do mínimo afasta o confronto político ao estabelecer que direitos fundamentais sociais podem ser determinados pela decisão judicial. O problema persiste, todavia, quando situações econômicas adversas não permitem a realização das prestações sociais, ainda que em uma dimensão mínima o Estado seja obrigado a fazer escolhas políticas.

O direito à existência digna ou ao mínimo existencial não é assegurado apenas pela não abstenção do Estado em afetar a esfera patrimonial das pessoas sob a sua autoridade, o que é evidenciado nos direitos de defesa. Existe também o cumprimento de prestações positivas, consubstanciadas em direitos sociais prestacionais, cuja prestação adequada onera o Poder Público, mesmo que considerados apenas em sua dimensão mínima, pois são direitos custosos economicamente, como adiante se demonstrará.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 322.

⁴⁴ NOVAIS, **Direitos...**, p. 199. Lembrando que o Estado serve de instrumento ao indivíduo e não o contrário.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 200.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 205.

O problema dos direitos sociais não está restrito apenas ao conteúdo do mínimo existencial – se esse conteúdo é equivalente ao princípio da dignidade humana –, o problema ultrapassa essa questão e esbarra também na questão dos limites financeiros do Estado, no que concerne à adequada concretização de políticas públicas relativas a esses direitos. O papel do Estado nesse aspecto não se limita a apenas uma ação, mas a várias, como, por exemplo, a ação legislativa para a positivação de direitos economicamente relevantes, item que será abordado a seguir.

A título de conclusão, pode-se afirmar que, havendo ou não limitação do conteúdo do mínimo, ou correspondendo ou não ao conteúdo da dignidade da pessoa humana, não podem ser admitidas supressões, de forma a amparar o princípio da vedação do retrocesso social.

1.1.2 Direitos que exigem conformação legislativa

Outro ponto polêmico pertinente aos direitos sociais prestacionais é a necessidade ou não de prévia ação legislativa para sua concretização. A questão toca nos custos desses direitos, pois, no momento em que existe legislação impondo a prestação do direito por parte do Estado, este não pode opor escusas ao seu cumprimento, a exemplo da inexistência de recursos pecuniários ou do desequilíbrio das contas públicas. Outra questão pertinente é se a consagração no âmbito constitucional já não colocaria tal obrigação sobre os ombros do Executivo, retirando a necessidade de ação legislativa.

A ação legislativa recebe da doutrina terminologia diversa: “tarefa legislativa”, “determinação dos fins do Estado”, “tarefas constitucionais”, “princípios diretivos”, “mandatos de otimização”, “normas programáticas”. Todas representam expressões que cunham a vontade do legislador para concretizar ou não um direito já estabelecido pela ordem constitucional.⁴⁷

⁴⁷ QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 18.

Com base nesse aspecto, Virgílio Afonso da SILVA realizou estudo acerca da existência de um sistema legal imposto constitucionalmente e, se tal sistema existir, sobre quais as consequências para a concretização de direitos fundamentais.⁴⁸

SILVA observa que em alguns países a reserva legal consiste, a exemplo da reserva do possível, em restrição aos direitos fundamentais, pois assim se relacionariam com a exigência de conformação legislativa conforme a teoria triádica da reserva legal: (i) direitos fundamentais submetidos à reserva legal simples; (ii) direitos fundamentais submetidos à reserva legal qualificada; e (iii) direitos fundamentais não submetidos à reserva legal.⁴⁹

A reserva legal simples significa que a Constituição exige intervenção legislativa, contudo não impõe parâmetros para a lei que será resultado da intervenção. Já em relação à reserva qualificada, além de exigir a intervenção, a Constituição qualifica como o direito fundamental será especificado às minúcias.⁵⁰

Por fim, a não submissão à reserva legal é aquela em que não há disposição constitucional exigindo a conduta legislativa.⁵¹ Utilizando-se do conceito de “empréstimo constitucional adequado”, SILVA questiona se a teoria seria aplicável à nossa realidade constitucional, ou seja, qual é o conteúdo essencial da norma que estabelece direito fundamental⁵² para constatar que normas constitucionais estrangeiras devem adimplir ainda a condição de restrição: “somente quando autorizado pela Constituição, pode o legislador restringir ou regular algum direito fundamental. Tal condição cumulativa não está presente em nossa Constituição, o que autoriza afirmar que a Constituição brasileira baseia-se em outro modelo e que importar a teoria triádica seria criar problemas desnecessários”,⁵³ como determinar o alcance da discricionariedade legislativa na conformação de direito fundamental,⁵⁴ e, na

⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 605-618.

⁴⁹ Ibid., p. 606.

⁵⁰ Ibid., p. 607

⁵¹ Id.

⁵² Ibid., p. 609.

⁵³ Ibid., p. 612.

⁵⁴ Uma reserva simples não autoriza qualquer redução de direitos fundamentais, enquanto uma reserva tida como qualificada engessa o legislador ao que determinou o constituinte originário.

impossibilidade de restrições a direito fundamental não submetido à reserva alguma, conferir-lhes o caráter de direito absoluto.⁵⁵ A alternativa proposta por SILVA, considerando que não há um sistema triádico de reserva legal constitucionalmente estabelecido no Brasil, é pressupor que os direitos fundamentais serão restringidos ou regulamentados de forma que se harmonizem com o conjunto de direitos fundamentais.⁵⁶

Para Martin BOROWSKI, as normas definidoras de direitos fundamentais teriam o caráter de princípios sujeitos a um mandado de otimização. Tomar o enunciado normativo de tais normas como reserva legal apenas reflete valores em voga ao tempo da elaboração do texto constitucional. Trata-se de substituir a normatividade por uma exortação aos poderes públicos. A norma constitucional seria o que se chama de *standard* jurídico, promessa constitucional ou apelo ao legislador, carente também de justiciabilidade. Do texto não se extrairia norma dotada de coercibilidade, mas meras promessas.⁵⁷ Isso porque as normas de direitos fundamentais prestacionais são vagas, e a sua efetivação pode se dar em diferentes graus.⁵⁸ Entendimento contrário ao adotado aqui, em que direito social prestacional, qualificado como direito fundamental, decorre, sim, diretamente da Constituição. No momento em que o legislador ordinário positiva o direito prestacional, toda discussão acerca desses direitos acaba, pois o administrador é obrigado a realizar o que foi legislado e o direito pode ser jurisdicionalmente pleiteado, sem adentrar em discussões sobre a legitimidade do Judiciário.

Gilmar MENDES explica que o papel do legislador em tutelar, por meio da restrição ou regulação, os direitos fundamentais faz parte de um desdobramento

⁵⁵ A existência de direito fundamental absoluto é rechaçada também pelo Supremo Tribunal Federal, conforme, por exemplo, a ADPF nº 130. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 130**. Tribunal Pleno, Inf. STF nº 544, Rel. Min. Carlos Britto, Brasília, DF, 30 de abril de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>, entre outros julgados.

⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Os direitos...**, p. 617.

⁵⁷ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003, p. 62-63.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 153. O autor vincula o legislador ao exame da proporcionalidade, ou seja, deverá ponderar os interesses que envolvem os direitos prestacionais para a opção legislativa. “El problema es que cuando se trata de averiguar em qué medida los derechos fundamentales de prestación pueden ser derivados de la literalidad de una Constitución que funda un Estado constitucional democrático, sólo se cuenta con las disposiciones que los tipifican, que por lo general carecen de formas bien definidas y son bastante lapidarias. Tampoco puede derivarse prácticamente nada sobre el contenido de estos derechos de la voluntad del constituyente primario o secundario. Las disposiciones que los tipifican son casi siempre demasiado indeterminadas como para poder aplicarlas sin recurrir a la ponderación.”

relevante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, residindo em estabelecer ao Estado um dever de tutela dos mesmos. Trata-se de um dever de proteção, já reconhecido pela doutrina alemã, que apresenta como traço o poder de relativizar, como explica MENDES:⁵⁹ “a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica”. Há uma obrigação estatal na proteção de proteger os direitos fundamentais recorrendo a normas de proibição ou de imposição de condutas.⁶⁰ A ação legislativa seria um dos aspectos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, consistindo no dever de produzir normas legais em conformidade com a dicção do texto constitucional.⁶¹

Assim em que pese não existir um sistema constitucional de reserva legal, como defende SILVA, na medida em que direitos sociais prestacionais são objeto de atuação legislativa, este deverá se dar em conformidade com os demais valores da ordem constitucional vigente. Além disso, a inércia do legislador não pode resultar em prejuízo da plena concretização de direitos que representam um custo financeiro para o Estado, tampouco na impossibilidade de concretização pela via judicial, como se demonstrará a seguir.

O papel da legislação é o de conformar quais os limites subjetivos e objetivos em que os direitos prestacionais serão exercidos diante de sua amplitude no texto constitucional, sempre primando pelo princípio da igualdade.

1.1.3 Direitos subjetivos?

A natureza de direito subjetivo é polêmica nos direitos fundamentais de cunho prestacional. Entender tais direitos como subjetivos abriria a possibilidade do acesso aos

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 209.

⁶⁰ Id.

⁶¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 120, 146-155.

mesmos por meio do Poder Judiciário;⁶² o que se chama de justiciabilidade. Sendo que não há direito subjetivo sem justiciabilidade.

Para Georg JELLINEK, o direito subjetivo consubstancia-se num “poder”, pois não está baseado em normas que concedem um poder.⁶³ No campo do direito público, o direito subjetivo abre a possibilidade de colocar em movimento normas jurídicas de direito público para a concretização de interesses individuais. O direito subjetivo pertenceria ao indivíduo enquanto membro do Estado.⁶⁴ Os direitos prestacionais são concretizados não só em face do Estado, mas também pelo Estado. A importância desses direitos transcende a esfera privada, eis que sua origem está em normas de natureza pública, portanto cogentes. Essa feição de direito subjetivo não corresponde à noção privada de direito subjetivo.⁶⁵ Além disso, a ausência de atividade legislativa não afasta

⁶² A intenção neste tópico não é apurar a legitimidade do Judiciário na realização de políticas públicas ensejando custos, o que notadamente ocorre nos direitos prestacionais, mas, sim, abarcar aporte teórico suficiente para embasar a possibilidade de se exigir tais direitos perante o Judiciário. Nesse sentido, já pontuou Luís Roberto BARROSO: “Na medida em que uma questão – seja de direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada por uma norma constitucional – ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de atuação judicial.” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimação democrática. Atualidades Jurídicas*, n. 4, p. 34-40, jan./fev. 2009).

⁶³ Apud MARTÍN, María José Corchete. **El defensor del pueblo y la protección de los derechos**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2001, p. 107. Entendimento semelhante é o de BARQUER, Lorenzo Martín-Retortillo; OTTO, Ignacio Pardo. **Derechos fundamentales y Constitución**. Madrid: Civitas, 1988, p. 56: “Em primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos em sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico.” Contra a ideia de conferir um caráter de direitos fundamentais se posiciona ÁTRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Claudio Ari (Coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Revista do Ministério Público n° 56, 2005, p. 26.

⁶⁴ Apud MARTÍN, María José Corchete. Op. cit., p. 109.

⁶⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 113. Em uma concepção privada-processual de direito subjetivo, LOPES pontua que o direito subjetivo individual é feito valer através do direito de ação, pelo qual aquele que tem interesse (inequivocamente substancial) provoca o Judiciário para obter uma sentença e se necessário sua execução forçada, contra outra parte que lhe deve. Políticas públicas podem ser judicialmente exigidas pelos cidadãos? Imputar-lhes tal característica não seria estimular o messianismo jurídico? Tornando o Poder Judiciário o redentor de todos os males sociais. Este seria o órgão mais capaz tecnicamente para definir questões que envolvem os custos de direitos? Tece considerações preliminarmente sob a ótica privada. Basicamente, o conceito de direito subjetivo desenvolvido sob o prisma privado pressupõe uma relação jurídica simples entre dois sujeitos singularmente considerados, via de regra, de cunho estritamente obrigacional – um credor e um devedor de uma prestação patrimonial e de solução instantânea. Coloca Flávio GALDINO que a simplificação do conceito a essa fórmula acabou deformando o objeto da relação. Explica que desloca a importância para as vontades do sujeito e seus interesses. Essa concepção é inadequada para se moldar aos direitos fundamentais. As construções foram feitas com base em categorias de direito privado, que foca o direito subjetivo na relação DIREITO-DEVER e que é extremamente simplificadora negativamente, pois deforma o objeto da relação, omitindo características essenciais, e pressupõe uma relação jurídica entre dois sujeitos em torno de um objeto, geralmente disponível.

a pretensão do indivíduo de ver concretizado seu direito fundamental por meio do Judiciário.⁶⁶

A teoria do *status* de JELLINEK classifica as posições jurídicas que podem decorrer de direitos fundamentais em: (i) direitos de *status negativus*, que corresponderiam aos direitos de defesa; (ii) direitos de *status activus*, que seriam os direitos relativos à cidadania; e (iii) direitos de *status positivus*, que seriam os direitos prestacionais por excelência.⁶⁷

Outra classificação é realizada por ALEXY, que diferencia norma e posição jurídica. A norma expressa um enunciado normativo, e a posição jurídica é a situação do indivíduo a quem a norma outorgou direito em face do Estado. Os direitos classificam-se conforme a sua funcionalidade: (i) direito a algo que envolve uma necessária ação do destinatário, no caso ação estatal. Nessa concepção, vislumbra-se uma concepção de relação jurídica: o indivíduo pode exigir judicialmente um objeto do Estado, esse objeto pode consistir em uma abstenção (direito de defesa) ou em uma prestação (direito prestacional). (ii) Liberdades jurídicas, cujo objeto consiste em permissão, é a possibilidade de fazer ou não fazer algo. (iii) Têm-se ainda as competências que conferem capacidade para praticar ações que podem modificar relações jurídicas. Existem competências outorgadas ao cidadão e ao Estado. Se as competências outorgarem direitos aos cidadãos, assumem também o caráter de direito subjetivo.⁶⁸

A classificação de ALEXY foi ampliada por J. J. Gomes CANOTILHO, que incluiu uma subdivisão aos “direitos a algo” ou “direitos a prestações”, ficando “direitos *originários* a prestações” e “direitos *derivados* a prestações”. Os direitos *originários* a prestações consistiriam em direitos a prestações fáticas diretamente decorrentes da norma constitucional, tais direitos não dependem da atuação do legislador para a

⁶⁶ Há entendimento diverso, porém. GALDINO com o conceito pragmático de direito fundamental vincula a justiciabilidade dos direitos prestacionais a uma inclusão de perspectiva dos custos desses direitos, mas essa concepção merece ser rejeitada, pois o direito fundamental não pode depender da conjectura econômica do Estado para sua implementação (GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: os direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 129).

⁶⁷ A classificação foi ampliada posteriormente por Peter HÄBERLE, que acrescentou o *status activus processualis* para conferir ao direito fundamental também uma perspectiva processual e o *status activus corporationes* que representa o direito fundamental de uma coletividade determinada (apud GUERRA FILHO, Wilis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 223).

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 214.

definição do seu conteúdo. Os direitos *derivados* a prestações, por sua vez, seriam os direitos dos cidadãos “a uma participação igual nas prestações fáticas conforme a existência de capacidade financeira”.⁶⁹

Verifica-se que as posições jurídicas muitas vezes estão interligadas em apenas uma norma jurídica; sendo esta a ideia de ALEXY do “feixe de posições jusfundamentais”.⁷⁰ Essa ideia explica que um dispositivo constitucional pode ensejar diversas posições jurídicas ao mesmo titular. A ideia é encampada também por SARLET, que pontua: “abrangem um feixe complexo e não necessariamente uniforme de posições jurídicas, que podem variar quanto ao seu objeto, seu destinatário e mesmo quanto à sua estrutura jurídico positiva, com reflexos na sua eficácia e efetivação”.⁷¹

BARROSO entende que as normas garantidoras de direitos fundamentais são normas definidoras de direitos subjetivos. Para o autor, o dever jurídico a ser cumprido pelo Estado consiste em uma atuação efetiva na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse. Encampa-se aqui o entendimento de BARROSO.⁷² Assim, sempre que houver titularidade de um direito social, haverá a possibilidade de uma ação judicial contra o Estado para que o preste. A norma transcrita enuncia o direito subjetivo do indivíduo como correspondente a um dever jurídico estatal.

Com base nas considerações do item anterior, impõe-se concluir pelo reconhecimento dos direitos sociais prestacionais como direitos subjetivos, o que confere ao indivíduo, destinatário da norma definidora do direito, possibilidade de deduzir sua pretensão em juízo com base diretamente na norma constitucional, isto é, pleitear judicialmente a implementação do direito subjetivo, fundamentando seu pedido no texto constitucional. São os direitos justiciáveis, exigíveis em juízo diretamente e com base no dispositivo constitucional. Não carecem, para tanto, de regulamentação pelo legislador ordinário ou de serem incluídos em programas governamentais para serem exigidos e concretizados, mesmo na ausência de lei.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 541.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 211.

⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 241.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 106-107.

Conceber a natureza de direito subjetivo nos direitos fundamentais de ordem prestacional confere: (i) poder de exigir o conteúdo material desse direito, ou seja, a prestação fática pelo Estado; e (ii) poder de exigir esse conteúdo jurisdicionalmente. Tais poderes refletem diretamente nos custos dos direitos, pois a concessão mediante determinação judicial passa ao largo do prévio planejamento orçamentário e pode ensejar desequilíbrio financeiro nas contas públicas. Todavia, o caráter de direito subjetivo não pode ser afastado diante de condições econômicas desfavoráveis.

1.1.4 Direitos cuja eficácia é progressiva

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, vários instrumentos internacionais começaram a desenvolver uma base valorativa aos direitos sociais, formando um sistema internacional de proteção integrado por tratados, mas que, sobretudo, conta com a ética dos Estados para a sua concretização.⁷³ A sistematização tanto internacional quanto regional de proteção aos direitos econômicos e sociais se justifica, pois, como bem demonstrou Amartya SEM,⁷⁴ os direitos políticos implicam o empoderamento do indivíduo,⁷⁵ mas os direitos sociais, econômicos e culturais, marcadamente os prestacionais, são daqueles indissociáveis. Isso porque, onde houver fome e miséria, não haverá condições mínimas para o exercício da democracia.⁷⁶

Flávia PIOVESAN⁷⁷ coloca que é completamente equivocada a ideia de que os direitos políticos (ou direitos de defesa) devem ser plenamente reconhecidos, enquanto os direitos prestacionais não são dotados de cientificabilidade. Para a autora, o não reconhecimento de tais direitos decorre apenas de uma opção ideológica de cada Estado. Assim, de acordo com PIOVESAN,⁷⁸ a Declaração Universal de 1948 inseriu a noção de direitos humanos como marco do sistema normativo internacional de proteção.

⁷³ PIOVESAN, Flávia. **Proteção...**, p. 206.

⁷⁴ SEM, Amartya. **The idea of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 243.

⁷⁵ No mesmo sentido: FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 41-69.

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 109.

⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. **Proteção...**, p. 206.

⁷⁸ Id.

O problema após 1948 foi conferir plena eficácia aos direitos previstos na Declaração. Até que em 1966 foram elaborados dois tratados internacionais: (i) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; e (ii) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Este último abrange um extenso rol de direitos que impõe aos Estados signatários a obrigação de garantir adequadamente condições dignas de existência aos seus cidadãos.⁷⁹ Tais direitos são naturalmente onerosos, portanto sua realização seria progressiva e não imediata, ao contrário do que dispõe o § 1º do art. 5º de nossa Constituição Federal.

O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais busca monitorar a implementação dos direitos que prevê por meio de apresentação de relatórios, que devem demonstrar quais medidas legislativas, administrativas e judiciais foram adotadas pelos Estados Partes para a concretização dos direitos prestacionais.

A partir de 10 de dezembro de 2008, adotou-se o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que introduz a sistemática das petições individuais, das medidas de urgência (*interim measures*), das comunicações interestatais e das investigações *in loco* em caso de graves e sistemáticas violações a direitos sociais por um Estado Parte. Além do monitoramento pelo Comitê e da petição individual, existe o sistema de indicadores para auferir o progresso ou não de determinados direitos.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece em seu art. 11, item 1:

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida.⁸⁰

⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Sur, Rev. int. direitos human.**, v. 1, n. 1, p. 20-47, 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452004000100003>>. Acesso em: 14 ago. 2011, p. 207.

⁸⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Genebra: 1996.

Esse artigo deve ser lido conjuntamente com o art. 2º, item 1, que dispõe:

1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.

A leitura conjunta dos dispositivos impõe a abordagem do mínimo existencial com a realização progressiva dos direitos prestacionais.

As obrigações assumidas pelos Estados Partes no Pacto são monitoradas pelo Comitê das Nações Unidas de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,⁸¹ chamado, adiante, de Comitê DESC.

A abordagem do mínimo existencial ou “*minimum core approach*” foi desenvolvida pelo Comitê DESC para descrever o mínimo esperado de um Estado, a fim de cumprir com sua obrigação nos termos do Pacto. Dentro do “*minimum core*”, cada direito tem um “nível mínimo essencial” que deve ser satisfeito pelos Estados Partes. O núcleo mínimo da obrigação estatal com relação aos sociais prestacionais deve ser tido considerando as necessidades do grupo mais vulnerável da sociedade. Nesse contexto, o Comitê DESC é responsável internacionalmente pela aplicação e interpretação do Pacto.

Sobre a base normativa colocada pelo Comitê DESC, BILCHITZ afirma que alguns autores colocam importantes questões identificando níveis essenciais de um direito, mas não são bem-sucedidos ao definir o limite do conteúdo de cada direito. Disso decorre o problema da instrumentalidade, pois ninguém determina no que consistem esses níveis. BILCHITZ propõe a busca por um entendimento geral que justifique os direitos de subsistência e deriva a noção de “*minimum core*” dessa justificação geral. Há um valor intrínseco no reconhecimento da satisfação de necessidades mínimas. Para tanto, ele distingue um limite de interesse, que se relaciona

⁸¹ Comitê DESC não foi instituído pelo seu instrumento correspondente (PIDESC). Em vez disso, foi criado pelo Conselho Econômico e Social (ECOSOC). O comitê foi instituído em 1985, reunindo-se pela primeira vez em 1987. É composto de 18 membros, peritos/os com reconhecida experiência no domínio dos direitos humanos. Os membros do comitê são independentes e atuam na qualidade de peritos, ou seja, não representam os Estados signatários do PIDESC. Os membros do Comitê DESC são eleitos pelo ECOSOC, para um mandato de quatro anos e são reeligíveis. As eleições são por escrutínio secreto, a partir de uma lista de nomeados propostos pelos Estados Partes no Pacto. Os princípios de uma distribuição geográfica equitativa e da representação, no seio do comitê, dos diferentes sistemas sociais e jurídicos orientam o processo de seleção.

ao impacto, de não realizar determinado mínimo, na capacidade dos indivíduos sobre a sua experiência pessoal de realizar os seus objetivos, pois os seres humanos possuem o interesse de crescer e alcançar seus objetivos, não se tratando somente de uma questão de sobrevivência. Esse limite seria, portanto, o reconhecimento de que as pessoas devem ser consideradas em seu máximo; o seu desenvolvimento pessoal também deve ser mensurado. Claro que o mínimo possui mais urgência e deve ser priorizado, pois atinge pessoas que estão mais vulneráveis. A realização do máximo é um objetivo de médio e longo prazos, enquanto a do mínimo é uma questão de prioridade.⁸²

Victor ABRAMOVICH e Christian COURTIS,⁸³ sem a pretensão de esgotar a matéria, mas de forma expositiva, tentam enumerar as obrigações genéricas dos Estados impostas pelo Comitê DESC: (i) obrigação de adotar medidas imediatas. Na concepção dos autores, quando o Pacto trata de medidas imediatas, reconhece que a efetividade plena dos direitos pode ser alcançada paulatinamente, impondo-se aos Estados a obrigação de implementar em prazo razoável atos concretos para a satisfação de tais direitos. As medidas imediatas consistem na remoção de obstáculos que impedem a realização imediata do direito, como, por exemplo, revogação de legislação impeditiva ou a não utilização do máximo de recursos disponíveis; (ii) obrigação de garantir níveis essenciais aos direitos, que consiste na adoção de ações positivas quando os direitos não se encontram sequer nos níveis mínimos exigidos pelo Comitê, considerando a limitação orçamentária do Estado; (iii) obrigação de progressividade, que é a consequência da aplicação do próprio Pacto e não imposição do Comitê DESC de gradação, como explicou o Comitê na Ordem Geral nº 3:

[...] El concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo. [...] Se trata por un lado de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja las realidades del mundo real y las dificultades que representa para todo país el aseguramiento de la plena realización de los derechos económicos, sociales e culturales. Por otro lado, la frase debe ser leída a la luz del objetivo general, que constituye la ración d'être del Pacto, es decir, el establecimiento de obligaciones claras a los Estados Partes al respecto de la plena realización de los derechos en cuestión.⁸⁴

⁸² BILCHITZ, David. Op. cit., p. 187.

⁸³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotá, 2004.

⁸⁴ Apud MARTIN, Claudia; RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego; GUEVARA, José Antonio (Orgs.). **Derecho internacional de los derechos humanos**. Ciudad de México: Academia de Derechos Humanos y Derecho

E, por fim, (iv) proibição de regressividade, que corresponderia a características semelhantes às do princípio da razoabilidade, pois ambos se visam a controlar o devido processo substantivo, ou seja, ao controle do conteúdo da regulamentação dos direitos.⁸⁵

No Brasil, o PIDESC tem *status* de norma constitucional. De acordo com o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, o legislador deve se vincular à análise das relações de meios e fins das normas. Claro que o mesmo direito pode ser legislado de várias formas razoavelmente, aí entra a obrigação de não regressividade que impõe ao Poder Executivo, entre as várias opções razoáveis, escolher a mais adequada e conveniente politicamente, mas que não reduza direitos já regulados anteriormente.

Os direitos fundamentais para SARLET continuam tendo aplicação imediata, independentemente de qualquer medida concretizadora, o que reforça a sua condição de fundamentalidade,⁸⁶ mas, como isso na realidade dos direitos sociais prestacionais é impossível, recorre-se aqui à eficácia progressiva. Explica-se. Para que o § 1º do art. 5º da Constituição Federal não seja considerado letra morta, no que concerne aos sociais prestacionais, encara-se como se fosse um mandado de otimização. Assim, os direitos sociais prestacionais têm eficácia imediata sempre que possível, mas quando isso não for possível recorre-se à eficácia progressiva. Aferir eficácia imediata e não progressiva consistiria em grande impacto de ordem financeira, além de ser impossível, na perspectiva fática, concretizar todos os direitos prestacionais de uma só vez.

A princípio pode parecer contraditório imputar a realização progressiva aos direitos sociais prestacionais e ao mesmo tempo lhes conferir o *status* de direito subjetivo. Entretanto, quando há falha em sua realização ou por opção política, um direito terá prioridade sobre outro. Nesses casos, sempre haverá a possibilidade de ser pleiteado como posição jurídica subjetiva no Judiciário.

Um exemplo em que foi conferida eficácia progressiva aos direitos sociais prestacionais foi o caso Grootboom, julgado pelo Tribunal Constitucional da África do Sul, que se referia a 510 crianças e 390 adultos que estavam na condição de desabrigados, vivendo de forma insalubre em decorrência de terem sido despejados de

Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University; Fontamara y Universidad Iberoamericana, Programa de Derechos Humanos, 2004, p. 468.

⁸⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Chistian. Op. cit., p. 77-100.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 271-272.

assentamento informal em área de propriedade privada chamada Wallacedene, no município de Oostenberg, Cabo da Boa Esperança. Entre eles, havia a senhora Irene Grootboom contra todas as esferas governamentais da África do Sul.⁸⁷

O caso é de relevância, pois contextualiza os direitos fundamentais de ordem prestacional no contexto social, histórico e econômico daquele país, e considera as diretrizes do Direito Internacional e um conjunto de medidas adotadas pelos poderes constituídos, pautados na razoabilidade como modo de solução focado no compromisso constitucional da realização progressiva dos direitos. Isso porque entende-se que o direito fundamental em questão, a habitação, mesmo que implique em reserva orçamentária, não deixa de ser justiciável, como assegura a seção 26 da Carta Fundamental daquele país.

O tribunal dividiu o julgamento em três seções. A primeira confere o direito geral de acesso à moradia adequada. A segunda estabelece e delimita o âmbito da obrigação positiva imposta ao Estado de promover o acesso à moradia adequada e tem três elementos-chave. O Estado é obrigado: (a) a tomar razoáveis medidas legislativas e outras; (b) dentro de seus recursos disponíveis; (c) para atingir a realização progressiva desse direito. A terceira oferece proteção contra despejos arbitrários.

Os direitos fundamentais não podem ser isoladamente interpretados, o tribunal entendeu que o direito de acesso à moradia deve ser contextualizado e concretizado conjuntamente com os demais direitos prestacionais. O Estado, nesse sentido, é o responsável por agir positivamente para suprir as necessidades daqueles que vivem em condições de extrema necessidade, enfrentando problemas como moradia, pobreza ou habitação intolerável. A seção 26 da Constituição sul-africana deve ser lida tendo como guia o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, todavia a Corte Constitucional rejeitou a abordagem estabelecida pelo Comitê, por entender que o mínimo colocado como padrão pelo Pacto é inapropriado para o contexto do país, por ser impossível determinar o limite mínimo para a realização progressiva dos direitos sem antes identificar as necessidades e oportunidades para o gozo de tal direito. Para o Comitê, estes irão variar de acordo com as condições econômicas da sociedade, além de

⁸⁷ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. **Case CCT 32/97**. Disponível em: <http://www.escri-net.org/usr_doc/Soobramoney_Decision.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2012.

se declarar ciente das necessidades do caso concreto, pois alguns precisam de terra, outros precisam de terra e casas, outros ainda precisam de ajuda financeira. Em alguns casos, é possível considerar o “*minimum core*” para averiguar se as medidas estatais do Estado são razoáveis. No entanto, mesmo que fosse apropriado fazê-lo, não poderia ser feito em Grootboom, dada a urgência da condição de miserabilidade das pessoas e o contexto sul-africano.

No caso do direito à moradia, em que pese existir um plano de ação a médio e longo prazos que envolve todas as esferas de governo para a sua realização, não há disposição expressa para facilitar o acesso a um remédio temporário para pessoas que vivem em condições intoleráveis e também para as que estão temporariamente sem moradia em virtude de calamidades públicas, pois o plano não é flexível o suficiente para responder às pessoas que estão em situações emergenciais.

De acordo com Elisabeth WICKERI, foi o primeiro caso perante o tribunal, onde a sua decisão poderia potencialmente impactar de forma generalizada a política governamental nos âmbitos nacional, provincial e local, diferentemente de Soobramoney.⁸⁸

A corte procurou estabelecer um *standard* de *razoabilidade* como requisito básico para que as políticas governamentais sejam tidas como constitucionais. Assim, concluiu que qualquer limitação aos direitos, mesmo que seja de natureza financeira, deve ser razoável, exigindo também a ampla possibilidade de revisão dos planos governamentais, como o de habitação ensejaria no caso de situações emergenciais.

À primeira vista pode parecer que o tribunal está agindo como um agente de justiça distributiva, ignorando a política legislativa, portanto numa postura ativista, trata-se na verdade apenas de estabelecer critérios de razoabilidade, como propõe ALEXY.⁸⁹

Em síntese, a corte procurou não delimitar o conteúdo mínimo ao direito de moradia com base na heterogeneidade das necessidades e circunstâncias sociais africanas, pela impossibilidade de prestação fática do mínimo.⁹⁰

⁸⁸ WICKERI, Elisabeth. Grootboom’s legacy: securing the right to access to adequate housing in South Africa? *Center for Human Rights and Global Justice Working Paper Economic, Social and Cultural Rights*, n. 5, 2004.

⁸⁹ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

BILCHITZ criticou com veemência a decisão, pois o tribunal deveria ter se pautado pela interpretação do Comitê da ONU sobre o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.⁹¹

ABRAMOVICH e COURTIS entenderam que o caso não se tratava de realização progressiva, mas de obrigação imediata estatal, qual seja, realizar vigilância efetiva e supervisão sobre os direitos sociais, em especial o de moradia. No caso, incumbiria ao município de Oostenberg levantar os dados necessários a fim de determinar quantos estavam na condição de vulnerabilidade.⁹²

Para Cass R. SUNSTEIN, nesse caso, a corte desenvolveu um modelo de gestão administrativa ao exigir do governo um plano emergencial de alívio. Esta é a lacuna irreparável na decisão, pois, se a corte já tinha constatado a ausência de plano, bastava conceder o direito às pessoas desprovidas de moradia adequada.⁹³

BILCHITZ pondera que o modelo pautado na razoabilidade adotado pela corte não alcança resultados efetivos.⁹⁴ Certo é que não se afastou completamente do modelo de autocontenção judicial, pois ainda reconhece ao Poder Executivo a competência para a realização de programas que concretizem os direitos sociais e o seu controle posteriormente,⁹⁵ mas não se pode deixar de reconhecer que, com falhas ou não, é um novo padrão de controle judicial.

A exemplo do julgado referido, a análise da imputação de eficácia imediata ou progressiva aos direitos prestacionais fez-se necessária, na medida em que a escolha por uma ou outra opção reflete diretamente a ideia de que a implementação de tais direitos representam um compromisso estatal, eis que para a eficácia imediata impõe a urgência de implementação de políticas públicas, o que coloca a necessidade de um grande aporte de recursos financeiros. Isso porque é fato inexorável que os direitos fundamentais possuem uma relevância econômica, temática que será a seguir abordada.

⁹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p. 214.

⁹¹ BILCHITZ, David. Op. cit., p. 150.

⁹² ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Chistian. Op. cit., p. 84.

⁹³ SUNSTEIN. Cass R. **Designing democracy: what constitutions do**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 235.

⁹⁴ BILCHITZ, David. Op. cit., p. 151.

⁹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p. 216-218.

1.1.5 Direitos que carregam um custo financeiro intrínseco

A opção neste item consiste em abordar exclusivamente a posição que é um divisor de águas, o estudo de Stephen HOLMES e Cass R. SUNSTEIN,⁹⁶ por ser a posição que melhor define a relação entre o custo dos direitos e sua relação com o Estado e a sociedade,⁹⁷ já que se aproxima do cerne desta pesquisa. Não significa que seja o único estudo existente, tampouco o melhor, contudo a escolha se justifica pela sua completude. Nessa perspectiva, esta pesquisa está dividida nos principais pontos acerca do papel do Estado diante dos custos dos direitos, tendo por base o entendimento dos autores.

1.1.5.1 A teoria de Holmes e Sunstein

HOLMES e SUNSTEIN⁹⁸ elaboraram um estudo acerca do custo dos direitos em geral, não, apenas, dos prestacionais, chamado *O custo dos direitos: por que liberdade depende dos impostos*. O tema é introduzido pela explicação dos autores sobre um possível sentido comum dos direitos, que consiste no fato de que os direitos e as liberdades individuais dependem fundamentalmente da ação estatal.⁹⁹ A liberdade pessoal pressupõe cooperação social administrada por funcionários do Estado, assim a esfera privada depende da ação pública.¹⁰⁰ O estudo demonstra que sem a ação do governo é impossível obter e distribuir recursos de forma difusa para a população, tanto para problemas pontuais quanto para necessidades coletivas corriqueiras.¹⁰¹

⁹⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit.

⁹⁷ Não que seja a única doutrina. Outras há, a exemplo de BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. **The calculus of consent: logical foundations of Constitutional Democracy**. Michigan: University of Michigan Press, 1965, p. 265-283. No Brasil, podem ser citados AMARAL, Gustavo. Op. cit.; e GALDINO, Flávio. **Introdução...**, 2005.

⁹⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit.

⁹⁹ Ibid., p. 17-31.

¹⁰⁰ Ibid., p. 30-31.

¹⁰¹ Explicam os autores: “[...] Attention to the public costs of individual rights can shed new light upon old questions such as the appropriate dimensions of the regulatory-welfare state and the relationship between modern government and classical liberal rights.” (Ibid., p. 31).

Os autores propõem um axioma, cuja principal premissa teórica é a conscientização de que os direitos custam dinheiro, sendo, portanto, impossível lhes conferir proteção ou exigir prestação estatal sem a existência de fundos financeiros e apoio público.¹⁰² O axioma deve ser aplicado tanto aos direitos prestacionais quanto aos direitos de defesa, que costumeiramente são excluídos quando a temática é relativa ao custo dos direitos.

O termo ‘custo’ é definido como: custos incluídos no orçamento público; e ‘direito’, como: interesses importantes que podem ser protegidos de maneira confiável por indivíduos ou grupos utilizando instrumentos do governo.

Os autores atribuem ao termo ‘direito’ uma concepção moral, além da meramente descritiva. A concepção moral impõe o questionamento de quais direitos são moralmente relevantes aos seres humanos. É certo que não existe consenso na resposta, mas os autores entendem que é mais adequado conferir valor à pessoa humana. Explicam que a pessoa humana usufrui dos direitos mais caros à comunidade, simplesmente pelo fato de ser humano e não por ser membro de uma sociedade política determinada, ou por cumprir com alguma obrigação legal, ou, ainda, pela meritocracia, como pretendem as teorias da justiça. Os autores partem de uma valorização kantiana do ser humano, mesmo sem expor tal base filosófica.¹⁰³

A concepção descritiva procura explicar como funcionam efetivamente os direitos nos sistemas legais, por isso é uma indagação empírica sobre quais tipos de interesse são protegidos de fato em uma determinada sociedade politicamente organizada. Assim, um interesse é qualificado como direito quando um sistema legal efetivo o trata como tal.

A preocupação com o custo dos direitos é um tema descritivo e não moral, já que os direitos morais têm custos só quando são reconhecidos politicamente por meio da lei; ficando evidente a preocupação da vinculação da existência de direitos com a atividade legislativa (diferente de entendimento exposto anteriormente, qual seja, a exigibilidade pode decorrer na ausência de ação legislativa diretamente do texto constitucional). Por isso, os teóricos morais deveriam prestar mais atenção aos impostos

¹⁰² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit.

¹⁰³ Ibid., p. 37.

e ao gasto público, já que com frequência os recursos da coletividade são canalizados sem nenhuma razão válida para a proteção de alguns cidadãos, deixando de lado outros que merecem igual proteção estatal.

Afirmar que um direito tem custo é confessar que temos que renunciar a alguma coisa para adquirir o direito ou conservá-lo. O fato de tomar consciência sobre os custos não é motivo para reduzir nosso compromisso com a proteção dos direitos básicos (ainda que seja em uma concepção mínima de proteção); os direitos requerem uma avaliação moral e política, não sendo uma questão que pode ser resolvida apenas com esquemas contábeis.

Em geral, o custo da proteção dos direitos acaba com a ilusão das relações entre lei e política, já que o custo dos direitos demonstra que os poderes políticos extraem e realocam recursos públicos, afetando substancialmente o valor, alcance e previsibilidade dos nossos direitos. Compreender o custo dos direitos implica questionar não só o quanto custa, senão também quem decide a alocação de recursos escassos e para quem; ou seja, quais são os princípios que se invocam habitualmente para guiar as alocações? São princípios defensáveis?¹⁰⁴

1.1.5.1.1 Um Estado sem dinheiro não pode proteger os direitos

Na atualidade é comum distinguir entre direitos negativos e direitos positivos. Na definição clássica, os direitos negativos excluem o governo e protegem a liberdade, em contraposição aos direitos positivos, que precisam da intervenção do Estado e impulsionam a materialização da igualdade.¹⁰⁵

Aqui é importante considerar que os indivíduos gozam de direitos no sentido descritivo, ou seja, apenas se o governo positivou tais direitos.

Quase todos os direitos implicam a existência de um dever correlato, e os deveres só são concretizados se existir um poder público capaz de lhes fazer cumprir,

¹⁰⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 30-31.

¹⁰⁵ Ibid., p. 44.

com recursos do erário público.¹⁰⁶ Em termos descritivos, todos os direitos são definidos e protegidos pela lei e um Estado incapacitado não pode proteger as liberdades individuais, razão pela qual as liberdades “negativas” precisam de uma máquina estatal eficaz na supervisão do gasto público, a fim de controlar o cumprimento da lei e evitar possíveis abusos dos direitos.¹⁰⁷ O custo do funcionamento do Estado é alto. De forma que os direitos são bens públicos: serviços sociais financiados pelos contribuintes e administrados pelo Estado para melhorar o bem-estar coletivo e individual, por isso todos os direitos são positivos.¹⁰⁸

Inevitavelmente, os direitos contrapõem um poder a outro e, por consequência, a proteção “contra” o governo é impossível sem a proteção “do” governo.¹⁰⁹ Nenhum sistema jurídico pode proteger as pessoas contra funcionários públicos sem antes as defender com funcionários públicos, o que representa um forte indício de que os direitos dependem essencialmente do poder e da autoridade do governo.

Uma Constituição que não organize um governo capaz de cobrar impostos e gastar falhará no momento de proteger os direitos na prática, seja qual for a classificação desse direito.¹¹⁰

O exemplo dos autores está relacionado ao direito de propriedade. A propriedade é uma relação social legalmente constituída, um conjunto de regras de limitação e garantias criadas pelo Poder Legislativo e dotada de proteção judicial. Sem um governo capaz de ditar regras e obrigar seu cumprimento, não existiria direito a usar ou dispor das coisas.¹¹¹ Os direitos de propriedade pressupõem ao mesmo tempo a existência de muitos empregados públicos competentes, honestos e adequadamente remunerados, muito além da força policial.¹¹² A esfera privada das relações de propriedade adquiriu sua forma atual devido à organização política da sociedade. A existência do direito de propriedade depende da qualidade das instituições públicas e da ação do Estado, incluindo fazer ameaças críveis do processo judicial e da ação civil.

¹⁰⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 43.

¹⁰⁷ Ibid., p. 44.

¹⁰⁸ Ibid., p. 54.

¹⁰⁹ Ibid., p. 47.

¹¹⁰ Ibid., p. 58.

¹¹¹ Ibid., p. 59.

¹¹² Ibid., p. 61.

O Estado deve estar politicamente bem organizado e contar com um governo capaz de criar um clima favorável aos negócios, onde os investidores possam confiar em um futuro propício ao desenvolvimento econômico. Se o Estado não reúne essas características, é improvável que os mercados funcionem bem e criem prosperidade geral.

Dessa forma, os proprietários e o mercado estão longe da autossuficiência, uma vez que dependem da cooperação social orquestrada pelos funcionários públicos.

Os mercados não criam prosperidade além do “perímetro protetor” da lei, e, portanto, só funcionam bem com assistência legislativa e judicial confiável. Porém, é cediço que governos inaptos, na criação de políticas públicas mal desenhadas, acabam fazendo com que funcionem mal. A questão não é o tipo de economia, não é a ideologia adotada, mas que tipo de governo, ou seja, o mercado será eficiente e produtivo, se o governo o amparar. Os governos não só devem criar as bases legislativas e administrativas essenciais para que a economia de mercado funcione, mas também podem atuar para que os sistemas de mercado sejam mais produtivos.¹¹³

A proteção dos direitos individuais nunca é gratuita, porque sempre pressupõe a criação e manutenção de relações de autoridade. Os encarregados de fazer cumprir a lei devem estar na posição de dizer aos potenciais violadores dos direitos.¹¹⁴ A história do *habeas corpus* confirma a validade da tese de que um poder abusivo só pode ser combatido com sucesso por outro poder.

Os direitos de defesa dependem necessariamente de relações de autoridade, e sua criação e sustento são custosos. A necessidade de supervisão dos funcionários públicos que exercem coerção é geral e se aplica tanto para os cidadãos respeitosos da lei quanto para os condenados por crimes, o que pressupõe a existência de superiores burocráticos que tenham o poder de castigar e evitar a má conduta dos subordinados. É preciso estabelecer procedimentos e atribuir responsabilidades para determinar a legalidade ou ilegalidade da detenção.¹¹⁵

¹¹³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 69.

¹¹⁴ Ibid., p. 75.

¹¹⁵ Ibid., p. 79.

Qualquer que seja a atitude para com os procedimentos burocráticos, os defensores dos direitos não podem se afastar da burocracia, porque a polícia atua melhor sob o controle estatal do que quando não controlada. Portanto, o pessoal que controla deve receber capacitação adequada e um salário conforme sua função. O custo das capacitações dos funcionários públicos reflete a preocupação com a proteção das liberdades individuais.¹¹⁶

A amplitude das liberdades depende da resolução das nossas autoridades no momento de fazer cumprir a lei. Mas os direitos não podem basear-se na tolerância do governo, já que os direitos cobram existência, quando os tribunais definem termos tão básicos como ‘excessivo’, ‘razoável’ e ‘cruel’.¹¹⁷ O alcance exato dos direitos vai mudando com o tempo, à medida que as cortes mudam as decisões. O trabalho da corte não é só impedir que o Poder Executivo atue de forma abusiva, mas também estabelecer os critérios para distinguir um comportamento abusivo de outro não abusivo. Esta é uma tarefa afirmativa da qual não se exime.

O fato de que a autoridade judicial obrigue o respeito aos direitos dos funcionários públicos é um reflexo de como a liberdade individual depende da ação do Estado.¹¹⁸ A primeira forma em que as autoridades publicamente financiadas afetam a liberdade é definindo seu alcance. A comunidade não protege liberdades imaginárias, mas protege só aquelas liberdades que num determinado momento histórico são identificadas como direitos exigíveis, que o governo está disposto a financiar ou proteger.

1.1.5.1.2 Por que os direitos não podem ser absolutos: a escassez afeta a liberdade

Em geral os direitos são descritos como invioláveis, peremptórios e definitivos, mas essas características, nas palavras dos autores, são retóricas, porque nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja defesa pressuponha um gasto seletivo

¹¹⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 79.

¹¹⁷ Ibid., p. 80.

¹¹⁸ Id.

de dinheiro dos contribuintes pode ser protegido unilateralmente pelo poder judicial sem ter em conta as consequências orçamentárias, cuja responsabilidade é do governo.

Ao prestar atenção aos custos dos direitos, descobre-se até que ponto sua exigibilidade implica numerosos acordos e concessões. Isso não significa que as decisões devem ser tomadas por contadores, mas que os funcionários públicos devem ter em conta os custos no orçamento.

As finanças públicas constituem uma ciência ética, porque nos obrigam a mostrar publicamente os sacrifícios que, como comunidade, decidimos fazer e a explicar a que estamos dispostos a renunciar para alcançar as metas mais importantes; sendo que a teoria dos direitos deveria contemplar essa realidade.¹¹⁹

Muitas vezes se afirma que os direitos são afirmações com carga moral, constatação que é quase inatacável, e que devem ser distinguidos claramente dos interesses cotidianos. Os interesses sempre são assuntos de mais ou menos, o que implica negociações e concessões; os direitos, por sua parte, são questões de princípios, que exigem intransigência.

Ronald DWORKIN descreve os direitos como “cartas de trunfo” que podem jogar-se nos tribunais contra funcionários do governo, mas também reconhece a necessidade de equilibrar um direito contra outro e também a necessidade de restringir alguns direitos em nome de valores sociais em conflito ou de maior urgência.¹²⁰

A tarefa dos advogados, em boa parte, é procurar escusas aceitáveis para ações ou omissões que de outro modo seriam consideradas ilegais ou inaceitáveis. Assim, podem ser invocados fatores atenuantes para justificar ações governamentais e privadas. A postura de considerar os direitos como “cartas de trunfo” implica que, se um governo restringe as liberdades civis, deve o fazer em nome de interesses públicos muito importantes.¹²¹ Para poder violar os valores constitucionais centrais, o Estado deve ter a seu favor valores ainda maiores.

Mas, muitas vezes, alguns conflitos entre diferentes direitos são produtos do fato de que todos os direitos dependem de alocações orçamentárias limitadas. As

¹¹⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 98.

¹²⁰ Ibid., p. 101.

¹²¹ Ibid., p. 116.

limitações financeiras são o único impedimento para que todos os direitos básicos se façam cumprir ao máximo e ao mesmo tempo. Os direitos sempre requerem e implicam concessões e acordos de tipo financeiro. Em certa medida, os padrões de gasto são uma decisão política. Prestar atenção aos custos, para os autores, ajuda a explicar por que alguns direitos de propriedade chocam com outros direitos de propriedade.

Os direitos não são produtos, mas, à medida que seu preço aumenta, necessariamente a defesa do direito se torna mais seletiva. Assim, insistir que os direitos sejam absolutos pode levar à superproteção de alguns direitos em detrimento de outros que podem estar mais desprotegidos. A atenção política também é um recurso escasso, quanto mais tempo dedicam os governos a um assunto, menos tempo têm para outros.

Tendo em conta que os direitos são poderes que podem ser exercidos sobre outros, sempre existirá a possibilidade de que esse poder possa ser mal dirigido, razão pela qual é necessário que os direitos estejam limitados¹²² para evitar sua exploração com fins perversos. Legisladores e juízes devem ter em conta a possibilidade de demandas abusivas quando determinam em que condições não é válido o direito a demandar.

Uma das maneiras pelas quais o poder judicial dos Estados Unidos contribui para a responsabilidade democrática do governo é obrigando o Poder Legislativo e o Executivo a exporem de maneira pública os interesses que foram estabelecidos como direitos, explicando a legitimidade e a importância dos objetivos perseguidos, e a correção dos meios eleitos. Os direitos excluem certas justificativas para a ação ou a inação.

Ao elevar um determinado conjunto de interesses à categoria de direitos legalmente exigíveis, a lei determina, em forma normal e momentânea, certas justificações do cardápio de razões aceitáveis a inferir. Mas como sempre existem justificações mais persuasivas e igualmente admissíveis, os direitos nunca chegam a qualificarem-se como “não negociáveis”, quando seu possível violador aporta razões

¹²² Aqui em que pese a utilização do termo ‘limitados’, melhor seria entender como “regulamentados”. Outra passagem que demonstra a preocupação dos autores com a atuação legislativa.

legítimas e de peso suficiente para ignorá-los. Por mais lamentável que seja a escassez de recursos, é uma razão legítima para não proteger direitos.¹²³

1.1.5.1.3 Exigir direitos significa distribuir recursos

A população está tão habituada aos impostos e os gastos, que pressupõem um governo representativo, que simplesmente os considera como algo natural; mas todos os direitos têm custos. Quando a comunidade reconhece, protege e financia direitos, está impulsionando o que em geral é interpretado como os interesses mais profundos de seus membros. Assim, a coletividade só pode definir, conferir, interpretar e proteger direitos se está bem organizada e se é capaz de atuar de maneira coerente através da instrumentalidade de um governo responsável.¹²⁴

Aqui é importante ter em conta que nossa liberdade governamental depende do orçamento tanto quanto o nosso direito à assistência pública. Ambas são impostas pelos governos, que apoiados por dinheiros públicos têm uma margem discricionária bastante ampla para interpretar e proteger.

Todos os direitos são vagos pela simples razão de que têm custos e, portanto, nunca podem estar perfeita e completamente protegidos. Todos consistem em aspirações. É óbvio que as pessoas não podem viver uma vida desceite sem certos níveis mínimos de alimentação, abrigo e saúde; mas também é certo que proclamar a evidente necessidade de assistência pública tampouco levará para muito longe.

Uma sociedade justa asseguraria que todos os cidadãos tivessem as necessidades básicas satisfeitas, mas a pergunta que fazem aqui os autores é: devem-se perseguir esses objetivos criando direitos legais e incluindo mais direitos ao catálogo constitucional? Respondem que é uma pergunta impossível de ser respondida apenas com teoria abstrata e tudo depende do contexto de cada país.

Os que se opõem a constitucionalizar os direitos de bem-estar, em geral, consideram que, se um país tenta fazer legalmente obrigatório tudo o que a sociedade

¹²³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 107.

¹²⁴ Ibid., p. 115.

descendente requer, a Constituição corre o risco de perder coerência, já que a Carta de Direitos seria sobrecarregada de direitos.

Ainda que este seja um argumento forte, como todos os direitos dependem do estado da economia e das finanças públicas, a decisão de constitucionalizar ou não deve considerar as condições do orçamento público. Assim, a proteção que recebem os direitos de bem-estar se determina em sua maior parte de forma política e não judicial; tanto que, se estão incluídos ou não na Constituição, a proteção está nas mãos do poder constituinte.

Considerar que os direitos de primeira geração são “inestimáveis” e os direitos de segunda geração são “custosos” é pouco claro e estimula a fantasia de que os tribunais impõem seu próprio poder e suas soluções sem considerar os papéis dos demais poderes.¹²⁵

Do ponto de vista descritivo, os direitos dependem do contexto social. Sua interpretação e aplicação muda segundo as circunstâncias cambiantes e de acordo com os avanços e retrocessos do conhecimento. Os juízos sobre temas de valor, verdade e dano se modificam em cada momento e lugar. Mas existe outra variável que diz respeito às negociações e concessões que realizam políticos no momento da aprovação do orçamento anual.

Assim, tendo em conta que a realidade é instável, não se deve imaginar os direitos como algo alheio ao tempo e ao lugar, nem como entidades de caráter absoluto. É mais realista os definir como poderes individuais derivados do fato de pertencerem a uma comunidade política, e como inversões seletivas de recursos coletivos escassos, destinados a alcançar objetivos comuns e resolver problemas que, em linhas gerais, são considerados comuns a todos e urgentes.

Quem decide até que nível financiar o conjunto de direitos básicos e para quem? Exatamente quem tem o poder de decidir as assinações? Ressaltam os autores que prestar atenção nos custos não só leva a questões de cálculo orçamentário, mas também a problemas filosóficos básicos de justiça distributiva e transparência democrática.

¹²⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 119.

Em linhas gerais, a escassez de recursos é uma razão totalmente legítima para que o governo não outorgue proteção absoluta aos direitos.

*1.1.5.1.4 Por que os direitos implicam responsabilidades? É possível que os direitos tenham ido longe demais?*¹²⁶

A ideia de que os direitos “tenham ido longe demais” está associada à ideia de redução das responsabilidades,¹²⁷ porque a irresponsável proteção dos direitos por parte do governo ajudou a gerar o irresponsável descuido das obrigações por parte da população.

Falar de direitos levou a sociedade a um individualismo e egoísmo maior, desvalorizando politicamente o altruísmo, a preocupação pelos demais e a ajuda mútua.

A ideia de que os direitos são intrinsecamente corrosivos dos deveres é particularmente atrativa para os conservadores, que criticam os programas sociais destinados a ajudar aos pobres, mas também existem liberais que compartilham dessas apreciações. Assim, os dois extremos do espectro político identificam os direitos com irresponsabilidade e há a atenuação do sentido do dever, ainda que pensem em formas de moral diferentes.

Para os autores, deveríamos pensar com maior responsabilidade sobre a responsabilidade. A “conduta responsável” poderia definir-se como aquela que reduz os danos para si mesmo e para outros. Os direitos podem converter-se em fórmulas que fomentam a irresponsabilidade, mas isso acontece quando os direitos são mal entendidos ou mal interpretados.

É difícil separar os direitos das responsabilidades, porque são correlatos. Sua dependência mútua torna viável dizer que as responsabilidades são “ignoradas” porque os direitos “foram longe demais.” Ao contrário, a história parece indicar que a ausência de direitos cultiva mais a irresponsabilidade individual e social, como pode evidenciar-

¹²⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 135-150.

¹²⁷ Ibid., p. 43.

se na época em que Estados Unidos negavam a liberdade e qualquer outro direito civil à população afro-americana.

À medida que passa o tempo, os direitos e as responsabilidades vão se reconfigurando. Dessa forma, pode-se afirmar que agora os indivíduos atuam de forma mais responsável em campos onde antes não o faziam e vice-versa. Alguns exemplos são as normas sociais para proteção do meio ambiente, as leis contra fumantes, o impedimento de realizar despedidos massivos etc.

Nesse sentido, falar de uma diminuição geral da responsabilidade é exagerar demais. O que tem acontecido nos últimos anos é um processo de evolução legal totalmente normal, a partir do qual os direitos e os deveres têm sido refinados. A lei tem reconhecido alguns direitos novos e ao mesmo tempo tem suprimido alguns velhos direitos.

A dicotomia entre direitos e responsabilidades pode induzir ao erro, já que muitos direitos são criados especificamente para fazer com que o governo seja mais responsável, a exemplo dos direitos prestacionais. De fato, a maioria dos direitos constitucionais foi criada para definir condutas estatais responsáveis. As leis dos Estados Unidos normalmente impõem responsabilidades como contrapartida, ou como condição prévia aos direitos. Prestar atenção ao custo dos direitos permite compreender melhor a relação de apoio mútuo entre direitos e responsabilidades.

Assim, os direitos não só implicam responsabilidade frente a outros possuidores de direitos, mas também que os próprios possuidores de direitos devem ser mais responsáveis em virtude do exercício de seu direito. Os direitos de propriedade bem definidos e alocados com clareza fomentam a responsabilidade, ao permitirem que os indivíduos recebam os retornos de seu investimento.

No sistema legal norte-americano, os direitos são serviços públicos que o Estado deve proporcionar e deve responder como uma forma de troca pelos impostos que os cidadãos comuns pagam de maneira responsável. Desse modo, os direitos ficariam desprotegidos se essas responsabilidades mútuas falhassem.

*1.1.5.1.5 O altruísmo dos direitos*¹²⁸

Todos os direitos legalmente exigíveis são “artificiais”, pois pressupõem a existência do artifício humano da exigibilidade ao Poder Público, dedicado a impulsionar a cooperação social e inibir os danos mútuos.

Para desfrutar desses direitos, o indivíduo deve renunciar a seu “direito natural” de punir de forma unilateral a qualquer um que, em sua opinião, tenha-lhe ofendido. Essa renúncia é o germe da responsabilidade liberal, e por isso o próprio possuidor do direito deve atuar de forma responsável, se quer que o governo lhe ajude a exercer seu direito.

Quando os direitos liberais funcionam bem, outorgam incentivos para fomentar o comportamento responsável e a autodisciplina tanto de cidadãos quanto de funcionários públicos. Exigir os direitos significa que a sociedade é bem organizada; ou seja, quando o político pune de forma justa e consistente quem ilegalmente pisa os interesses mais importantes dos outros. Inibir a conduta abusiva de quem pretende ganhar violando os direitos é impossível sem o emprego de fundos públicos.

Os direitos não deveriam descrever-se como faculdades naturais, nem como direitos adquiridos, mas sim como técnicas conscientemente desenhadas ou desenvolvidas historicamente para induzir um comportamento sóbrio, descente e de respeito mútuo. Os direitos obrigam tanto a quem pode os exercer quanto a quem os deve respeitar, já que existem danos que podem resultar de próprias falhas ou negligências.

A cultura dos direitos estimula as pessoas a resolverem seus conflitos juridicamente, a procurarem soluções para seus reclamos por vias legais, sem recorrerem à violência ou ameaças de violência.

Com relação às críticas sobre os direitos de bem-estar ou os direitos prestacionais, os autores questionam: é verdade que a excessiva extensão dos direitos de bem-estar tem estimulado a dependência e outros males sociais? Este é um questionamento legítimo e existem indícios de que a previdência social tem produzido

¹²⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 152-155.

dependência e outros males sociais associados, mas ainda assim os dados são confusos, e, por isso, a afirmação geral de que os direitos geram irresponsabilidade deve ser recebida com ceticismo e provada empiricamente.

*1.1.5.1.6 Os direitos como resposta à falência moral?*¹²⁹

Uma cultura liberal saudável distingue entre sanção legal e a censura moral. Os filósofos diferenciam entre o “correto” e o “bom”, ou seja, entre aquelas normas de conduta uniformes que todos devemos obedecer porque a lei nos obriga e os diversos ideais pessoais que cada um elege de forma livre. Com o mesmo espírito, poderíamos fazer uma distinção entre o que legalmente está mal e o que pessoalmente é imoral.

Assim, o Poder Público deve ser utilizado para impedir toda classe de ilegalidades, mas para impedir um comportamento imoral utilizamos a persuasão ou a desaprovação privada, não a coerção pública.

Isso não contradiz o fato de que a lei é e deve ser conformada por aspirações morais, mas aqui o ponto importante que os autores querem ressaltar é que os indivíduos podem ter direito legal de fazer algo e outros têm igual direito de reclamar sem violência. De fato, parte da educação moral consiste em inculcar normas e valores que desalentam comportamentos que são prejudiciais ou ofensivos, ainda quando não sejam ilegais.

Na realidade, as pessoas cujos direitos se exigem de maneira confiável, provavelmente, são atores mais seguros na sociedade e cooperaram de forma mais ativa com um sistema que dá igual respeito a todos. Dessa forma, é possível que as pessoas que foram esquecidas pelos governos, deixem de reclamar e passem a ser agentes e cidadãos, se seus direitos receberem proteção confiável por parte do Estado. O conteúdo, o contexto e os efeitos dos direitos determinarão se estes aumentarão ou diminuirão a confiança nas pessoas.

Os direitos nascem quando as instituições privadas e públicas falham e os indivíduos não cumprem com seus deveres de forma responsável. As reclamações

¹²⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 162-171.

devem ser compreendidas no seu contexto, como respostas compensatórias a um anterior descuido da responsabilidade social.

De outra parte, os autores chamam a atenção para o fato de que, da mesma forma que as leis, as normas sociais ajudam a coordenar a conduta social. A desaprovação social informal frequentemente é mais poderosa e eficaz que as regras legais impostas por tribunais, e oferecem um meio menos custoso e mais eficiente de alcançar fins sociais desejados pela maioria. Ainda assim, a pregação nem sempre consegue que as pessoas sejam boas.

Quando os intentos de pregação moral falham, é provável que sejam reclamados direitos. Por tanto, as reclamações contra os direitos se compreenderão melhor reinterpretando-os como queixas contra normas sociais inadequadas e como necessidade de responder a essas deficiências.

Nessa perspectiva, os direitos são reclamados quando as normas sociais falham, e, quando os direitos são reconhecidos pela lei, os custos para os contribuintes são altos. Porém, quando a capacidade do Estado de proteger seus cidadãos é limitada, deve haver na imposição mecânica mais responsabilidades morais. Nenhuma comunidade política responsável outorgará direitos aos cidadãos sem garantir o pagamento dos custos diretos e complementares que todo direito exige.

*1.1.5.1.7 Os direitos entendidos como pactos*¹³⁰

Geralmente, argumentos a favor e contra a algum direito estão apoiados em cuidadosas argumentações, e os defensores de qualquer direito querem demonstrar que seu direito favorito está na lei ou na Constituição e que não existem negociações nem valores políticos em conflito. Mas essa ideia não sobrevive a nenhum exame, já que o debate dos direitos é uma polêmica sobre valores e diferentes moralidades em conflito.

Uma sociedade justa intenta garantir oportunidades razoáveis para todos e também assegurar que ninguém fique abaixo de um umbral descente para viver. Isso é o que expressa a ideia central e liberal de uma sociedade vista como uma empresa

¹³⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 191-194.

cooperativa, já que uma sociedade onde não exista a cooperação não poderá criar nem manter a propriedade privada num sistema capitalista.

Uma economia capitalista provê as condições legais prévias para a acumulação desigual de riqueza. Os acordos que geram acumulações de riqueza desiguais podem justificar-se sobre a base de princípios liberais somente se gerarem vantagens para a maioria.

Assim, os direitos de bem-estar que procuram ajudar aos menos favorecidos são parte de um pacto social que funciona e beneficia a todos, já que sem assistência aos pobres os cidadãos nascidos na pobreza podem interpretar o contrato social como uma estafa feita pelos ricos. O pacto só pode ser estável no tempo e cumprir-se se todas as partes forem beneficiadas.

Os governos devem fazer gestos palpáveis de inclusão social, e os direitos civis atraem indivíduos excluídos ao interior da comunidade. Afirmar os direitos equivale a enrolar-se no aparelho de tomada de decisões estatais. Desse modo, tanto os direitos de propriedade quanto os direitos de bem-estar representam esforços para integrar cidadãos que ocupam diferentes posições de uma vida social comum. A riqueza e a pobreza são produtos de decisões políticas e legais.

Devemos reconhecer que a metáfora dos pactos pode parecer contrária à promessa moral de igualdade humana. Interpretar os direitos como pactos sociais legalmente exigíveis implica que os ricos e poderosos, sem nenhuma razão moral convincente, provavelmente terão mais valor do mesmo conjunto de direitos que os pobres e desvalidos. Também implica aceitar que os que têm interesses mais proeminentes, de fato, receberão dividendos maiores.¹³¹

Em sociedades como a americana, os ricos e poderosos desfrutam de mais vantagens que os pobres, incluindo a exigibilidade de seus direitos. O problema é que um governo para ser capaz de neutralizar por completo a influência dos recursos privados sobre o valor dos direitos individuais teria que ser tão poderoso que até o mais trivial abuso de poder, que pudesse realizar, seria pior para a maioria dos cidadãos, incluindo os pobres.

¹³¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 191.

A dependência dos direitos com relação à força não conduz necessariamente ao cinismo, porque a força tem diferentes origens. Não surge somente do dinheiro, do cargo ou do *status* social, pode provir também de ideias morais capazes de convocar um apoio social organizado.

*1.1.5.1.8 Os direitos de bem-estar e a política de inclusão*¹³²

A liberdade individual não pode significar liberdade de qualquer forma de dependência. Nenhum ator humano pode criar por si só todas as condições necessárias para sua ação individual. O cidadão livre é particularmente dependente. A teoria liberal deveria distinguir entre a liberdade que é desejável e a não dependência que é impossível. A liberdade bem entendida depende de um governo afirmativo, que provê as condições necessárias para que ela exista, já que a liberdade individual fomenta um tipo de dependência que estimula a iniciativa pessoal, a cooperação social e a autossuperação.

Os governos liberais também devem evitar que a disparidade entre o luxo e a miséria seja tão grande que ameace a estabilidade social e o próprio regime de propriedade privada. Assim, os direitos de bem-estar podem ser justos e convenientes, já que a equidade não é só uma norma moral, mas também é uma poderosa ferramenta de administração. Sem ela, a moral do grupo e a tendência a cooperar irão decair ou desaparecerão.

Aqui a questão não é como eliminar a intervenção estatal, senão como desenhar programas sociais que estimulem a autonomia e a iniciativa dos cidadãos. Sempre que seja possível, os receptores da assistência devem ser tratados como potenciais produtores, não como casos de beneficência. Os direitos de bem-estar deveriam parecer-se aos direitos de propriedade, direitos que dão aos indivíduos ativos, isto é, recursos do erário público para lograr seus objetivos.

O que está em jogo é a nossa capacidade – incluindo nossa vontade – de viver juntos como uma nação. Chamar a atenção sobre o custo dos direitos é instar a

¹³² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 214-219.

coletividade à definição dos direitos e gastar dinheiro neles de uma forma aceitável frente à opinião pública. Se os direitos são pactos sociais que geram benefícios mútuos, devem ser pactos que, em princípio, todos os cidadãos possam estar de acordo.

O fato de que a exigibilidade dos direitos precise de gastos públicos coloca questões urgentes sobre transparência, responsabilidade democrática e justiça distributiva, e algumas perguntas que surgem são: segundo que princípios se alocam os impostos em direitos legais? Quem decide quantos recursos vão ser destinados a subsidiar direitos específicos e para que grupo específico de indivíduos?

Todos os direitos legais, incluindo os constitucionais, pressupõem decisões políticas, e todos os direitos legais são ou aspiram ser direitos de bem-estar: intentos políticos e juridicamente desenhados para alcançar o bem-estar humano em contextos sociais cambiantes. Quando esses intentos falham, como às vezes ocorre, os direitos são e devem ser criados, suspensos, redefinidos e realocados.

Considerar o custo dos direitos equivale a pensar como um funcionário do governo, como alocar de maneira inteligente recursos limitados, tendo presente uma ampla variedade de bens públicos. Isso evidencia a importância de analisar e avaliar coletivamente as inversões públicas que são feitas pelo governo, o que gera inúmeros problemas não só sobre a racionalidade dos direitos, senão também sobre seu caráter redistributivo.

Em decorrência, a análise do custo dos direitos demonstra a necessidade do controle democrático, por meio do qual especialistas bem treinados têm um papel central a ser cumprido. Mas aqui é importante ressaltar que os especialistas devem estar prontos a servir, já que, quando estão envolvidos juízos de valor controversos, a tomada de decisão sobre alocação de recursos deve ser aberta e democrática.

As decisões sobre que direitos proteger e sobre quanta riqueza social deve investir-se deveriam estar sujeitas à crítica e ao debate público, em constantes processos de deliberação democrática.

HOLMES e SUNSTEIN¹³³ desenvolveram uma teoria amplamente aceita de que não somente os direitos sociais prestacionais, por eles denominados de positivos,

¹³³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 191.

gerariam custos para o Estado para atingir sua plena realização, mas também os direitos de defesa ou os direitos negativos. Evidenciando que o Estado, se constitucionalmente estruturado e se tomadas as decisões democraticamente, é um dispositivo indispensável.

Muito embora se adote a concepção de HOLMES e SUNSTEIN, deve-se esclarecer que a posição dos autores de entender que o Judiciário não é o local adequado ou tecnicamente preparado para resolver questões sobre a reserva do possível, entendida por alguns como “minimalismo”, não é isenta de críticas. Uma crítica à posição de HOLMES e SUNSTEIN foi tecida por SILVA:

Assim, ao contrário do que sustentam ABRAMOVICH e COURTIS, direitos sociais e econômicos distinguem-se, sim, dos direitos civis e políticos pelos gastos que sua realização pressupõe. Embora seja correta a tese de que a realização e a garantia de qualquer direito custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos sociais e econômicos custa *mais dinheiro*. Isso porque gastos que tanto ABRAMOVICH e COURTIS quanto HOLMES e SUNSTEIN apontam ser necessários para a garantia dos direitos civis e políticos são também necessários para a garantia dos direitos sociais e econômicos, especialmente aqueles gastos que ABRAMOVICH e COURTIS chamam de gastos com a manutenção das instituições políticas, judiciais e de segurança. A manutenção de instituições políticas, por exemplo, não é um gasto a ser computado somente para a garantia de direitos políticos. Pensar de outra forma seria um equívoco, pois partiria do pressuposto de que as instituições e os direitos políticos são fins em si mesmos. Por isso, os gastos com a manutenção das instituições políticas são gastos que abrangem a realização tanto dos direitos políticos, quanto dos direitos civis, quanto dos direitos sociais e econômicos.¹³⁴

Outra crítica pertinente é a de James M. BUCHNAM e Gordon TULLOCK, que procuram demonstrar qual é o papel da Constituição e dos direitos fundamentais a partir de uma análise econômica. Esses autores desenvolveram um estudo a partir de duas funções: (i) dos custos externos (*external costs function*), que consistem no risco que toda coletividade corre da decisão alheia; e (ii) dos custos da decisão em si (*decision-making costs function*). A partir dessas funções, os autores formulam uma terceira função – (iii) *interdependence costs function* – que evidencia que (i) quanto menor o grau de consenso exigido para que sejam tomadas decisões coletivas, maior o custo externo esperado pelo indivíduo e menor o próprio custo com o processo de tomada de decisões; inversamente: (ii) que quanto maior o consenso exigido para a tomada de decisões coletivas, menor o custo externo esperado pelo indivíduo e maior o

¹³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 593.

custo com o processo de tomada de decisões; e (iii) pela possibilidade de conciliação de (i) e (ii), é possível buscar um ponto-ótimo entre custo-benefício em ambos os processos de escolha: de decisões e de riscos esperados. Por fim, concluem que esse ponto-ótimo é definido pela Constituição e pelos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não seriam geradores de custos como sustentam HOLMES e SUNSTEIN, mas, sim, redutores de custos.¹³⁵

Também, embora demonstre a relevância do estudo de HOLMES e SUNSTEIN, Flávio GALDINO tece à obra uma crítica relacionada ao localismo, ou seja, o localismo leva os autores a um isolacionismo cultural, desprezando experiências do direito comparado. Os exemplos tratados no livro são restritos ao modelo americano, portanto não se atentam a amplas conceituações.

Em síntese, falar da temática dos custos dos direitos é falar sobre escassez, uma temática ampla que envolve o planejamento e a gestão de políticas públicas e sua escolha alocativa no plano orçamentário; portanto é tratar de reserva do possível.

Dessa forma, conclui-se que a Constituição não oferece parâmetros ou critérios objetivos para uma decisão que envolva o custo dos direitos, deixando a cargo dos poderes constituídos, especialmente do Legislativo que define políticas públicas.

A reflexão apurada sobre o custo dos direitos, sua possível restrição mediante a cláusula da reserva do possível e a necessária participação democrática na definição de políticas públicas são imprescindíveis para a realização de direitos sociais prestacionais.

Verifica-se, assim, que, muito embora os autores tentem afastar a temática dos custos dos direitos de escolhas ideológicas, a Constituição brasileira consagrou os direitos sociais prestacionais de forma marcadamente social. O contraponto a esse sistema de proteção está no sistema, também constitucional, orçamentário, que se pretende abordar no próximo capítulo.

¹³⁵ BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. Op. cit., p. 265-283.

2 SATISFAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS ESPONTANEAMENTE PELO ESTADO: POLÍTICAS PÚBLICAS

Como se procurou demonstrar por meio do regime jurídico dos direitos sociais prestacionais, os direitos prestacionais foram garantidos pela Constituição Federal de 1988, que, seguindo a esteira do constitucionalismo moderno, estruturou o Estado brasileiro procurando definir o pacto político e estabelecendo a ideologia social por meio da garantia dos direitos fundamentais; no entanto, a satisfação dos direitos prestacionais depende da ação estatal. Neste capítulo, pretende-se abordar as questões concernentes à ideologia estatal e sua relação com as finanças públicas, e a definição das finanças públicas no âmbito do direito constitucional positivo consistente no sistema constitucional orçamentário.

2.1 A IDEOLOGIA ESTATAL E SUA RELAÇÃO COM AS FINANÇAS PÚBLICAS

O crescimento econômico de um país depende da postura governamental com relação às finanças públicas. Assim, o questionamento que deve ser feito é qual o papel ideal que o Estado deve assumir? Qual a matriz axiológica mais eficiente na busca pela concretização de direitos fundamentais? Conforme a resposta que se apresente, a postura governamental gerará consequências na concretização de direitos fundamentais, pois, de acordo com o papel incorporado, o Estado assume uma postura mais ou menos intervencionista;¹³⁶ não devendo descurar da ideologia constitucional assumida. Como questão de fundo, Vito TANZI explica que a não geração de rendas importa em curto prazo em pessoas cada vez mais necessitadas de uma efetiva contraprestação do Estado no campo dos direitos sociais prestacionais. Cabe ao Estado corrigir o que originou a

¹³⁶ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Ensaio sobre a lei**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002; e FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

desigualdade social, mas de forma responsável, uma vez que essa correção pode acarretar um acréscimo insustentável do gasto público.¹³⁷

O Estado de ideologia liberal, nos moldes da Inglaterra na gestão atual do Primeiro-Ministro David Cameron, preocupa-se apenas com os extremamente vulneráveis, assim considerados os cidadãos abaixo da linha da pobreza. O Estado ultraliberal, a exemplo da gestão de Ronald Reagan (1981-1989) nos Estados Unidos, não se preocupa com o bem-estar social. A doutrina *reaganomics* ou *thatcherismo* se ocupa dos direitos fundamentais apenas de ordem individual.¹³⁸ A meta é, portanto, a austeridade financeira estatal. Em contrapartida, um Estado mais comprometido com os direitos fundamentais tende a assumir uma ideologia marcadamente social, a exemplo do governo de Dilma Roussef no Brasil, que financia políticas sociais de redistribuição.

É de se retratar também que existem modelos estatais que têm como base ideológica o neoliberalismo centrado na ideia da desregulamentação dos mercados, abertura comercial e, especialmente, financeira, e na redução do tamanho e papel do Estado, por conseguinte, em seu compromisso com os direitos fundamentais. O Estado passa a exercer um papel regulatório e não de execução como os direitos fundamentais tratados no primeiro capítulo exigem.¹³⁹

Mas a questão não é tão singela que possa ser definida apenas por exemplos atuais. Da mesma maneira que há diversas classes de direitos fundamentais, há diversas formas de Estado de Direito, e os direitos fundamentais são imprescindíveis à noção de Estado de Direito. O reconhecimento e a busca pela implementação de direitos fundamentais, por meio de políticas públicas, caracterizam uma forma articulada do exercício do poder político definido pela Constituição. Os direitos fundamentais e o Estado de Direito são conceitos umbilicalmente ligados. Conforme GALLE, são “conceitos essencialmente controvertidos”, pois são conceitos valorativos e portadores de uma estrutura interna complexa, sujeita a modificações conforme as circunstâncias,

¹³⁷ GUANDALINI, Giuliano. A mão que não abala o PIB. *Revista Veja*, São Paulo, ed. 2278, ano 45, n. 29, p. 70-87, 18 jul. 2012.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 81.

¹³⁹ REISSINGER, Simone. **Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2013.

dado o seu carácter aberto. Grande parte desses conceitos pertence à filosofia política ou jurídica.¹⁴⁰

Para Elias Días GARCÍA, além de um sistema normativo, o Estado de Direito possui uma dimensão substantiva,¹⁴¹ que se identifica com a proteção e garantia de direitos fundamentais. Seriam, segundo GARCÍA, quatro aspectos que identificam um Estado de Direito: (i) o império da lei; (ii) a divisão de poderes; (iii) a legalidade da administração; e (iv) direitos e liberdades fundamentais. Estes seriam o conteúdo básico do Estado de Direito. Existem variações nesse conteúdo que resultam em um maior ou menor compromisso pelo Estado com algum dos seus aspectos, como foi anteriormente exemplificado. Essas variações resultam nos modelos: liberal, social e democrático. Francisco Javier ANSUATÈGUI entende que o critério que serve para identificar cada um dos modelos é o critério que concerne à proteção e garantia dos direitos fundamentais. Um Estado liberal se caracterizaria pela presença da autonomia, da proteção à liberdade individual; o Estado Social, por direitos sociais prestacionais; e, por sua vez, o Estado democrático procura combinar mecanismos de participação política e de democracia. Em todos eles, independentemente de haver maior compromisso com os direitos fundamentais, luta-se contra a arbitrariedade e o despotismo.¹⁴²

Atualmente, como é possível verificar com os exemplos apresentados, há características sociais e liberais em um mesmo Estado. Como o Estado liberal-social, que propõe uma combinação entre fins estatais ou interesse público e interesses mercadológicos, na busca por autonomia da pessoa humana e por demandas sociais. Mas o Estado de Direito, seja qual for o modelo adotado, está baseado no estabelecimento jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, contrapondo-se a uma versão de Estado Totalitário.¹⁴³

¹⁴⁰ GALLE apud ANSUATÈGUI, Francisco Javier. Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales. **Madrid Asociación de Revistas Culturales de España**, sistema n. 158, Sept., 2000, p. 81.

¹⁴¹ Para Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA, a concepção substantiva admite que a Constituição possui valores que devem ser respeitados não só pelos cidadãos, mas também pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cabendo a este a fiscalização dos demais poderes em razão de sua conformidade aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais previstos na Constituição, não havendo que se falar em mera adequação procedimental dos processos políticos, mas em verdadeira adequação material (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 70).

¹⁴² ANSUATÈGUI, Francisco Javier. Op. cit., p. 100.

¹⁴³ GARCÍA, Elías Días. Estado de derecho y sociedad democrática. **Cuadernos para el Diálogo**, Madrid, ed. 4, 1972, p. 39.

Para falar em Estado de Direito, a condição mínima é a preocupação com direitos fundamentais, inclusive os de ordem prestacional. A questão a ser novamente enfatizada é que um Estado que segue o modelo liberal apenas se preocupa e procura proteger tais direitos em uma dimensão mínima, ou seja, oferece uma garantia mínima. Enquanto que no modelo social, a proteção é tão valorizada que tais direitos assumem uma força transformadora, que impõe ao Estado uma postura ética para sua efetivação, impõe também uma atuação governamental mais responsável.¹⁴⁴

Nesse sentido, Antonio Enrique Perez LUÑO¹⁴⁵ estabelece as vantagens da íntima relação do modelo de Estado à sua vinculação com a proteção de direitos fundamentais. Essa estreita relação fomenta nos cidadãos a busca por justiça social, entendida como exigência de resultado nas ações práticas estatais, de forma que o Estado tenha constância em suas ações e proporcione segurança jurídica.

Se admitirmos que os direitos fundamentais acabam protegendo a autonomia individual, dentro de um sistema em que se prima pela dignidade da pessoa humana, então, os modelos estatais, como propõe Rafael de ASÍS, seriam prolongações de um modelo estrito, no qual o modelo amplo, o chamado Estado democrático, em que as normas jurídicas são resultado do exercício da cidadania, inclui a proteção aos direitos fundamentais, já que a participação no processo democrático reconhece ao menos os direitos políticos.¹⁴⁶

Em que pese ser essencialmente voltada à doutrina penal, Luigi FERRAJOLI propõe uma teoria de índole substantiva; assim a relação entre Estado e direitos fundamentais serve como valoração moral do Estado.¹⁴⁷ O garantismo de FERRAJOLI consiste em uma filosofia política que impõe ao direito e ao Estado uma carga de justificação externa ao direito sobre os bens e direitos que pretende proteger. Assim, os custos dos direitos seriam uma justificação externa válida, que deve ser considerada no compromisso estatal com os direitos fundamentais.

¹⁴⁴ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, Estado de Derecho, Constitución**. Madrid: Tecnos, 1999, p. 243.

¹⁴⁵ Id.

¹⁴⁶ ASÍS, Rafael de. **Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho**. Madrid: Dykinson, 1999, p 31.

¹⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 2001, p. 107.

Apesar de o Estado de Direito ser apenas um modelo de organização político-jurídica,¹⁴⁸ a ideologia do modelo escolhido determina como será a intervenção do Estado na economia e a concretização de políticas públicas de redistribuição, gerando reflexos diretamente no modo como o Estado se relaciona com as finanças públicas para implementar políticas públicas, concretizando, com isso, direitos naturalmente custosos.

Resta saber se a ideologia governamental permanece fiel aos valores constitucionais, conferindo coerência e lógica aos sistemas jurídico, político e econômico, ou se agirá de acordo com a teoria mais confortável à situação atual.¹⁴⁹ Dar à Constituição caráter normativo, portanto com força para ser judicialmente exigível, expõe de modo menos problemático o déficit de garantia dos direitos sociais prestacionais. A questão que se mostra problemática é que a Constituição Federal de 1988 incorporou diferentes ideologias; na proteção aos direitos fundamentais, por exemplo, assume carga social, já na questão das finanças públicas, assume carga liberal, quase neoliberal.

Nesse sentido, de conferir força normativa ao texto constitucional, todos os poderes constituídos devem ser funcionalizados a fim de atingir máxima proteção dos direitos fundamentais. Em que pese o princípio da separação de poderes, bem como a tripartição do poder constituído em Legislativo, Executivo e Judiciário ser comum no constitucionalismo moderno, a divisão deve objetivar a otimização para a garantia de direitos fundamentais. Otimização aqui não significa que um poder irá desempenhar funções de outro poder, mas, sim, que os poderes agirão em conjunto de modo a atingir a concretização de políticas públicas pertinentes a direitos fundamentais que se consubstanciam no fim máximo do Estado.

Constata-se que muitas dificuldades para a implementação dos direitos sociais prestacionais são ideológicas, pois se trata na verdade de escolha política de concretização. Mas, ao lembrar as lições de HOLMES e SUNSTEIN, a ideologia é uma questão a ser ultrapassada, pois não deve ser a ideologia estatal uma barreira à

¹⁴⁸ PECES-BARBA, Gregorio M. *Curso de teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 108.

¹⁴⁹ BLYBERG, Ann. O caso da alocação indevida: direitos econômicos e sociais e orçamento público. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 11, dez. 2009, p. 142, explica que: “A dimensão, o conteúdo e as prioridades no orçamento público são determinados em grande medida pelas políticas macroeconômicas do governo.”

concretização de direitos fundamentais, mas, sim, deve o governo assumir uma gestão responsável das finanças públicas de modo a levar direitos mais caros à comunidade. Ultrapassar as barreiras ideológicas na prática não é uma questão simples, pode-se afirmar que a proposta de HOLMES e SUNSTEIN seja utópica.

2.2 POLÍTICAS E FINANÇAS PÚBLICAS

Por políticas públicas adota-se aqui o conceito de Maria Paula Dallari BUCCI, que as considera um componente de ação estratégica governamental, isto é, que incorporam elementos sobre a ação necessária e possível naquele determinado momento, naquele conjunto institucional e projetam-nos para o futuro mais próximo.¹⁵⁰ Em outra obra, a autora as conceitua como programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.¹⁵¹

Para BUCCI, as políticas públicas têm dupla função: instituem direitos prestacionais e exteriorizam a função de planejamento estatal. A autora considera que as políticas públicas na realidade têm sua principal razão de existência pelos próprios direitos sociais, e esses direitos se concretizam por meio de prestações positivas do Estado.¹⁵²

Fábio Konder COMPARATO entende que o atual modelo de Estado se mostra legítimo por meio de políticas públicas implementadas. As políticas públicas unem a ação legislativa do Estado com a função executiva. Assim, o Estado deve assumir uma concepção gerencial em que há um núcleo estratégico, criador de políticas, independentemente do legislador.¹⁵³

¹⁵⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19.

¹⁵¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 241.

¹⁵² *Ibid.*, p. 90.

¹⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, v. 737, mar. 1997, p. 17. O autor explica: “A primeira distinção a ser feita, no que diz respeito à política como programa de ação, é de ordem negativa. Ela não é uma norma nem um ato, ou seja, ela não se distingue nitidamente dos atos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolvem a maior parte de suas reflexões desde os primórdios da jurisprudência romana. Este ponto inicial é de suma importância para os

A política pública *a priori* não é somente norma nem somente ato da Administração. COMPARATO a conceitua como o conjunto entre as normas e os atos para atingir uma finalidade proposta no texto constitucional, ou, ainda, disposta em legislação ordinária com fundamento em uma norma da Carta Magna.¹⁵⁴ Para atingir seus fins, são utilizados diversos instrumentos pessoais, institucionais e financeiros, aptos para a obtenção desse resultado.¹⁵⁵ Os direitos fundamentais que exigem uma ação positiva do Estado, na verdade, se constituem em um objeto de uma política pública. Os direitos a prestações do Estado são implementados por meio de políticas públicas criadas através de normas fornecidas pela Administração Pública. Os direitos prestacionais possuem uma contingência na sua aplicação pelo Estado, que é a limitação de recursos para a sua concretização.¹⁵⁶

A concretização dos direitos encontra como limite fático a possibilidade do destinatário da norma infraconstitucional, que regulamenta a política pública, não possuir condições reais de atender às suas obrigações¹⁵⁷ que constam no texto constitucional. Explica-se, o destinatário da norma constitucional, no caso de direitos sociais prestacionais, é o Estado, por excelência, mas, se este não possui condições financeiras de adimplir a política pública, esta seria uma razão legítima para a não concretização de direitos prestacionais, ou seja, a impossibilidade financeira.

As políticas públicas são o meio para a escolha racional e coletiva dos interesses públicos a serem defendidos pelo direito.¹⁵⁸ Assim, de forma sistematizada, estão consagrados direitos fundamentais de natureza prestacional na Constituição da República, que deverão ser implementados por meio de políticas públicas, as quais exigem recursos financeiros. Para a adequada alocação de recursos, existe a política fiscal do Estado cujos parâmetros de ação pela Administração também estão descritos

desenvolvimentos a serem feitos a seguir, pois tradicionalmente o juízo de constitucionalidade tem por objeto, como sabido, apenas normas e atos.”

¹⁵⁴ COMPARATO, Fabio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 248.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 249.

¹⁵⁶ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Op. cit.*, p. 177.

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 305.

¹⁵⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito...**, p. 264.

no Texto Maior. Em que pese a circularidade, a ideia não padece de lógica e racionalidade, se considerarmos o sistema elaborado pelo constituinte de 1988.

Nesse sentido, pondera Thiago Lima BREUS: “O fundamento das políticas públicas é, a rigor, a existência dos direitos sociais, aqueles que precisam se concretizar mediante prestações positivas do Estado.”¹⁵⁹

As políticas públicas são enunciadas a partir da verificação de um problema que basicamente reside na falha da prestação eficiente ou adequada dos direitos sociais prestacionais. Constata o administrador que há um déficit do gozo em direitos mais elementares, de forma a demonstrar a necessidade de sua atuação.

A ação do administrador será previamente autorizada e posteriormente fiscalizada pelo legislador, como adiante se demonstrará, de forma a conferir plenitude ao controle recíproco dos poderes constituídos. Apenas na falha desse processo de formulação de políticas devidamente autorizadas pelo legislador, ou seja, na verificação de que o indivíduo não possui direitos fundamentais na órbita do mínimo existencial, é que o Judiciário será acionado. *A priori* busca-se que o mandado de otimização de plena efetivação dos direitos fundamentais seja concretizado na relação entre indivíduo e Administração Pública, mas isso não retira de tais direitos o caráter de direito subjetivo a ser concretizado por meio do Judiciário, apenas, excepcionalmente, como já se demonstrou.

As finanças públicas são o processamento de receitas e despesas determinadas pela organização do governo.¹⁶⁰ YOURDON sustenta que finanças públicas constituem um desses assuntos que se situam na linha divisória entre a economia e a política. Trata-se da despesa e da renda dos poderes públicos, bem como da coordenação entre ambas; sendo que essa coordenação não visa, necessariamente, à igualdade, mas à relação aritmética mais indicada, de acordo com as condições dadas.¹⁶¹

A atividade financeira do Estado, direcionada para a obtenção e o emprego dos meios materiais e de serviços para a realização das necessidades da coletividade, é, de

¹⁵⁹ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

¹⁶⁰ PIGOU, Artur C. **A study in public finance**. London: MacMillan, 1929, p. 31.

¹⁶¹ YOURDON, Edward. **Análise estruturada moderna**. Trad. de Dalton Conde de Alencar. Rio de Janeiro: Campus, 1990.

interesse geral, satisfeita por meio do processo do serviço público. Nesse sentido, as finanças públicas se apresentam como ferramenta indispensável para o funcionamento do Estado, além de assegurar a manutenção da administração e dos serviços públicos, bem como para influenciar a economia do país e corrigir seus desequilíbrios.¹⁶² Esse termo designa também o setor que controla a massa de dinheiro e de crédito, que o Poder Público e seus órgãos subordinados movimentam em um país.

Diversos aspectos são influenciados pela atividade financeira do Estado, uma vez que existe uma administração de recursos materiais escassos sujeitos a usos alternativos; que se concretizará por meio de uma decisão política buscando a distribuição de bens de forma mais justa possível.

As finanças públicas, portanto, consistem nas atividades de captação, na aplicação e na distribuição eficiente de recursos obtidos pelo Estado a fim de implementar políticas públicas. São três as funções que se inserem na política fiscal de um governo: (i) função alocativa, que consiste no fornecimento de bens públicos. A utilização por um indivíduo não significa que tal bem posteriormente não será passível de utilização por outros.¹⁶³ A função alocativa é considerada eficiente quando proporciona o fornecimento eficiente de tais bens. Essa função deve ser exercida pelo Estado, pois não existe a necessária eficiência no mercado; (ii) função distributiva compreende a distribuição de renda e riqueza à população,¹⁶⁴ e, conseqüentemente, os direitos sociais prestacionais. Essa função está diretamente relacionada com a busca pela igualdade material que serve de fundamento aos direitos sociais prestacionais, ou seja, busca-se a melhoria da posição das pessoas.¹⁶⁵ As políticas distributivas envolvem alto custo financeiro mesmo que o Estado esteja comprometido apenas com a concretização de limites toleráveis para a manutenção da dignidade da pessoa humana, isto é, com o mínimo existencial; como exemplo de políticas de natureza distributiva, tem-se o ensino público gratuito. Por fim, a (iii) função estabilizadora,¹⁶⁶ que busca manter o nível de

¹⁶² MATIAS-PEREIRA, José. **Curso de administração pública**: foco nas instituições e ações governamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁶³ SANTOS, Clezio Saldanha. **Introdução à gestão pública**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 78.

¹⁶⁴ Ibid., p. 79.

¹⁶⁵ GIACOMONI, James. **Orçamento público**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 24.

¹⁶⁶ Esta função é a base da teoria de Keynes.

emprego elevado, controlar a inflação e proporcionar o crescimento econômico do país. Podem ser políticas de fomento a algum setor econômico ou políticas de controle, como o tabelamento de preços ou redução da taxa básica de juros, ou, ainda, permitir o empréstimo de dinheiro junto a bancos de desenvolvimento. São políticas públicas que objetivam definir o curso da economia para possibilitar o crescimento econômico.¹⁶⁷

O Estado moderno corresponde à democracia deliberativa com uma ênfase nos deveres e na participação do cidadão, exigindo que se otimizem as funções clássicas dos poderes constituídos,¹⁶⁸ em que os cidadãos são livres para formar sua opinião nas decisões de âmbito político, decisões que moldam a vida do todo,¹⁶⁹ inclusive no processo de decisão de implementação de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais prestacionais. Assim, o cidadão passa a ter consciência de que os custos dos direitos são essenciais para a sua concretização.

Como programa, a política pública deve ocupar-se do planejamento, pois geralmente seus objetivos não são alcançáveis de imediato. Assim sendo, a execução das políticas públicas deve observar, para atingir suas finalidades, além dos meios para sua consecução, o tempo necessário para notarem-se os resultados pretendidos.¹⁷⁰ As políticas públicas devem ser planejadas a médio e longo prazos.

Certo é que as normas constitucionais de conteúdo social prestacional acabam sendo determinantes para as normas constitucionais de conteúdo econômico. Esta é uma característica do Estado Social, que não se compromete com os direitos fundamentais de forma neutra, como o faz com os direitos de defesa. As normas constitucionais de conteúdo econômico possuem como dogma, que frequentemente é violado por atos do Executivo, como se demonstrará adiante, a consagração do papel do legislador na fixação do gasto público tendo por base as demandas sociais, pois a Constituição reflete uma ordem de valores e como um sistema suas normas devem dialogar entre si.

¹⁶⁷ MUSGRAVE, Richard A. **Teoria das finanças públicas**. São Paulo: Atlas, 1974, p. 3-17. E no mesmo sentido GIACOMONI, James. Op. cit., p. 26.

¹⁶⁸ Norberto BOBBIO entende que esta seria uma versão ideal de Estado, um modelo moral que não existe e nunca existirá (BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. **Diálogo intorno ala Repubblica**. Roma: Editori Laterza, 2001, p. 7-8).

¹⁶⁹ TAYLOR, C. **Philosophical arguments**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 192-192.

¹⁷⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito...**, p. 39.

Adentra-se, portanto, no estudo do sistema constitucional orçamentário, como viabilizador de políticas públicas.

2.3 PLANEJAMENTO

O planejamento é condição prévia para a execução de ações governamentais. Com ele é possível prever o custo, a duração, os riscos, as implicações, a dimensão, entre outros aspectos relativos às ações governamentais.¹⁷¹

O planejamento permite o saneamento geral das finanças públicas, convivendo-se em contraponto com a escassez de recursos financeiros para processar as grandes e variadas demandas de uma sociedade cada vez mais complexa. De acordo com Richard MUSGRAVE, o sistema de finanças públicas é flexível, trabalha conforme as mudanças econômicas.¹⁷²

Planejamento, orçamento e gestão de políticas públicas devem fazer parte de um compromisso com a busca pela eficácia progressiva dos direitos fundamentais sociais. Isso porque, se a efetivação dos direitos fundamentais de grupos mais vulneráveis (pobres, mulheres, crianças, indígenas e grupos de minorias) não for contemplada nas finanças públicas, pouco resultado prático se irá alcançar. Nesse aspecto, é de se enfatizar, como Ann BLYBERG o fez, que não é suficiente que governantes façam a coisa certa, mas assumam a tarefa como uma obrigação de resultado.¹⁷³

Em face da escassez de recursos, dos anseios e necessidades da população para que as decisões políticas sejam eficazes e racionais, há a necessidade do planejamento para a definição dos objetivos públicos. O planejamento é essencial para a determinação e concretização de metas políticas. Trata-se de um processo cujo fim é a adequada realização das políticas públicas. Mas, para tanto, deve ser uma atividade normal à rotina da Administração Pública e deve estar presente em todos os níveis

¹⁷¹ MUSGRAVE, Richard A. Op. cit., p. 250.

¹⁷² SOARES, Maurélio et al. O emprego da análise de balanços e métodos estatísticos na área pública: o ranking de gestão dos municípios catarinenses. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 5, out. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122011000500008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 ago. 2012, p. 23.

¹⁷³ BLYBERG, Ann. Op. cit., p. 144.

governamentais. No âmbito federal, o planejamento é definido pelo Decreto-lei nº 200/1967 como princípio fundamental às atividades da Administração federal.

Ao mesmo tempo que o planejamento tem como objetivo a previsão de gastos, ele deve ser flexível, tal qual o orçamento público, para atender às eventuais contingências de forma a ter continuidade e não ser interrompido diante de inesperados acontecimentos ou necessidades consideradas mais urgentes. Por contingências, consideram-se as variáveis da equação de Miguel Madrid GONZÁLES: problema da realidade + política pública = resultado social + impacto orçamentário.¹⁷⁴ São as contingências que impedem que a formulação, concretização e análise dos seus resultados sejam completamente vislumbradas pelo administrador público no momento do planejamento. Nas palavras de Regina Lírio do VALLE, “[...] A ação pública, no mais das vezes, como já se pôde comentar, é ditada pelas emergências [...]”¹⁷⁵ Com o planejamento é justamente isso que se pretende evitar, devendo até a “emergência” ser considerada no momento em que se realiza o planejamento.

A escolha das diretrizes e objetivos da política é vetor para a implementação de formas de ação estatal, que conduzirão ao resultado almejado. A concretização da política deve seguir um processo no qual as decisões referentes ao interesse público seriam decorrentes do próprio interesse público.¹⁷⁶ A execução de políticas deve ser determinada por um conjunto de elementos, como a legislação sobre o assunto, o quadro de pessoal disponível para tal e as disponibilidades financeiras.¹⁷⁷

O processo de planejamento deve ser estruturado prevendo uma equipe interdisciplinar capacitada a analisar as necessidades e possíveis contingências de todos os órgãos governamentais e camadas populacionais.¹⁷⁸ A construção de uma política pública, de acordo com VALLE, é uma fase do seu planejamento. Basicamente, o processo de planejamento consiste em: (i) reconhecer o problema; (ii) verificar se esse

¹⁷⁴ GONZÁLES, Miguel Madrid. Las políticas públicas: carácter y condiciones vinculantes. **Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial**, v. 2, n. 96, p. 197-225. Disponível em: <<http://148.206.53.230/revistasuam/polis/include/getdoc.php?id=154&article=143&mode=pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

¹⁷⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 87.

¹⁷⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito...**, p. 268.

¹⁷⁷ MUSGRAVE, Richard A. Op. cit., p. 260.

¹⁷⁸ SANTOS, Clezio Saldanha. Op. cit., p. 24.

problema está na agenda do governo; (iii) verificar se o governo irá formular a política pública; e (iv) escolher a política pública.¹⁷⁹

VALLE, em seu trabalho, procura colocar a escolha quanto ao planejamento e execução de políticas públicas diante dos problemas que a realidade apresenta dentro de uma ótica do sistema constitucional. Isso porque todas as fases deverão estar ligadas entre si e gravitando em volta dos valores e objetivos impostos pela Constituição Federal. Contudo, faz-se necessário complementar essa proposição da autora com a verificação prévia da consonância da política escolhida, a fim de se ter um Estado Social e Democrático de Direito.¹⁸⁰

Uma cultura de planejamento governamental deve ser baseada na previsão dos cursos de ação a partir de um diagnóstico não platônico da realidade, ou seja, um diagnóstico que espelhe os problemas verdadeiros para a concretização dos direitos fundamentais mais caros à matriz axiológica expressa na constituinte de 1988. Portanto, ideias de imediatismos ou atuação governamental diante do fato já ocorrido devem ser condutas rejeitadas na cultura do administrador público. Nesse sentido, entende COMPARATO que o planejamento exige uma forma de apreensão da realidade globalmente para que os fatos sociais que refletem problemas sejam todos abordados pela política pública a ser efetivada.¹⁸¹ A demanda social por políticas públicas é infundável e deve, portanto, além da conformidade com a matriz axiológica constitucional, ser aliada a uma técnica eficiente de administração pública.

O sistema de planejamento deve ser permanente e contínuo, apresentando três planos: (i) objetivos que podem descrever como as políticas públicas serão concretizadas; (ii) recursos financeiros existentes para posterior realização do orçamento público, considerando (iii) a estrutura organizacional das esferas governamentais.¹⁸²

¹⁷⁹ VALLE, Vanicce Regina Lírio do. Op. cit., p. 87.

¹⁸⁰ Nesse sentido a autora citada pontua: “[...] Significa dizer que o quadro normativo de ação da Administração há de ser teleologicamente orientado, num ambiente de formulação de decisões que incorpora o caráter pluralista da sociedade, num exercício de política constitucional que permita identificar o compromisso possível das alternativas.” (Ibid., p. 75).

¹⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais do Estado Moderno. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 37, 1987, p. 105.

¹⁸² SANTOS, Clezio Saldanha. Op. cit., p. 25.

O planejamento, entendido como um conjunto de processos, procura o equilíbrio desses planos para que diante de recursos existentes os objetivos sejam alcançados.¹⁸³ Para tanto, conta-se com a boa vontade do político ou administrador público que tem em suas mãos o poder decisório.

Existem na Administração Pública quatro concepções de planejamento. Inicialmente, a forma mais rudimentar é o “planejamento tradicional”, que geralmente é estático. Os objetivos nesse tipo não se alteram mesmo que outros governantes sejam eleitos. Até existe uma revisão de planos, mas estes continuam sendo estáticos, sem grandes alterações.¹⁸⁴ Sempre com a consciência de que a execução de políticas públicas, principalmente em se tratando de direitos prestacionais, envolve um expressivo aporte financeiro, geralmente, originado da própria coletividade, cujas políticas irão futuramente beneficiar. Diante disso, instaurou-se como valor a transparência nos gastos tornando a figura do orçamento público obrigatória.

A segunda concepção é o “planejamento estratégico”, que procura mudar políticas públicas que falharam por meio de um constante processo de revisão e tomada de providências; diferentemente do planejamento tradicional, que pode ser deficiente por não contar com a perspectiva de revisão. Nesse tipo de planejamento, os planos são constantemente submetidos à revisão conforme as emergências que podem surgir. Assim, o sucesso ou fracasso das políticas públicas é analisado sem considerar os fatores financeiros que o orçamento impõe, a realidade é analisada para a adequação dos planos por meio de estratégias e avaliações comparativas de políticas públicas.¹⁸⁵ Para se considerar uma política pública como sendo bem-sucedida ou fracassada deve-se verificar a efetiva concretização dos direitos fundamentais. Esse planejamento considera a mudança estratégica considerando os interesses coletivos.

Como terceira concepção, tem-se o “planejamento estratégico situacional”, no qual são consideradas as propostas para que problemas sejam solucionados. É o orçamento que prima pela solução de uma contingência, como, por exemplo, uma

¹⁸³ VIDIGAL, Geraldo. **Fundamentos do direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 253, afirmou: “As propostas orçamentárias que periodicamente se encaminham à apreciação do Poder Legislativo representam a fusão de numerosos mananciais de informações e juízos.”

¹⁸⁴ SANTOS, Clezio Saldanha. Op. cit., p. 26.

¹⁸⁵ Ibid., p. 29.

catástrofe natural que priva uma determinada coletividade de sua moradia. Carlos MATUS exemplifica esse modelo como a figura de um arquivo de problemas que são considerados na ação governamental. Esse modelo é o que melhor reflete a relação entre planejamento de políticas públicas e orçamento público. O planejamento deve procurar vislumbrar todas as ações ou necessidades, existindo ou não aporte de recursos financeiros.¹⁸⁶

O quarto modelo é o “planejamento participativo”, que se constitui num processo político em que se proporciona abertura à coletividade para que participe e delibere acerca da escolha de políticas públicas. Procura-se num primeiro momento a participação do maior número possível de pessoas que representem o interesse de grupos sociais.¹⁸⁷ Esse modelo reflete uma cultura comunitária,¹⁸⁸ na qual as pessoas têm consciência das necessidades que podem ou não corresponder ao direito fundamental de ordem social prestacional. O planejamento participativo também reflete a força daquela parcela representativa da população, seja ela maioria ou minoria, refletindo, portanto, um procedimento democrático também no âmbito da gestão pública. A participação enseja maior responsabilidade no gasto público e torna os interessados corresponsáveis. Na verdade, o diferencial desse modelo é a presença da comunidade no processo decisório em momento anterior ao planejamento em si, e posteriormente o planejamento assumirá uma das feições anteriores.

Superados os modelos de planejamento público, este pode passar por três níveis: (i) estratégico, (ii) tático e (iii) operacional. No nível estratégico, o objetivo do gestor público é o de especificar como concretizar as políticas públicas. Esse nível é o mais abrangente, pois detalha cada ação governamental. O nível tático visa a resultados específicos; já o operacional refere-se ao planejamento realizado por atividade e a curto prazo.

Para Arthur SMITHIES, as atividades de planejamento e orçamento são processos em que são considerados objetivos e recursos a fim de obter um programa de

¹⁸⁶ MATUS, Carlos. **Política, planejamento & governo**. Brasília: IPEA, 1993.

¹⁸⁷ SANTOS, Clezio Saldanha. Op. cit., p. 32.

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 298.

ação coerente para o governo.¹⁸⁹ O planejamento deve ser associado ao orçamento como parte de um sistema. A postura da Administração Pública é de crucial importância para que todos os elementos do sistema estejam interligados; *mutatis mutandis*, compara-se o sistema constitucional com o sistema solar, em que a Constituição está no centro e tudo o que está à sua volta sofre irradiações e deve com ela estar em conformidade. Desse modo, a conduta de planejamento deve ser de tal forma construída pelo Executivo para que este sempre esteja alicerçado na Constituição e dos seus objetivos não se desvie. Assim, em uma sociedade em que reina o pluralismo político, o interesse de todos deve ser buscado, sejam minorias ou majorias, atuando de forma organizada ou não.

Cabe ao Estado implementar políticas públicas com a finalidade de prestar os direitos consagrados no catálogo constitucional. Juntamente a essa obrigação, cabe ao Estado planejar e agir para alcançar as diretrizes constitucionais. As políticas públicas devem ser estruturadas visando à sua continuidade, ou seja, de forma que sejam renovadas no exercício financeiro seguinte, uma vez que as prestações inevitavelmente possuem um limite. Em um ambiente de escassez de recursos, o planejamento de políticas públicas torna-se essencial, de modo a possibilitar a concretização da justiça social. No campo do planejamento, ressalta-se a necessidade de eficiência no uso dos recursos financeiros.

2.4 ORÇAMENTO PÚBLICO

A discussão sobre o estudo orçamentário começou com Paul LABAND,¹⁹⁰ já em 1876. Observou LABAND que para a gestão ser expressiva exige um esforço de planejamento e controle.¹⁹¹ O autor alemão, conjuntamente com os franceses Émile BOUVIER e Gaston JÈZE, questionou a natureza legal da peça orçamentária, pois entendia que se constituía em atos sem a substância ou conteúdo de lei em sentido

¹⁸⁹ SMITHIES, Arthur. Conceptual framework for the program budget. In: NOVICK, David (Org.). **Program budgeting**. 2. ed. New York: Holt, Rineart and Winston, 1969, p. 24.

¹⁹⁰ LABAND, Paul. **Le droit de l'Empire Allemand**. Paris: Giard & Brière, 1904, v. 2, p. 266-267.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 267.

material;¹⁹² contrariamente ao que entendia Rheinfeld Franz von MYRBACH.¹⁹³ Naquele momento já se verificava a confluência entre gestão administrativa, a natureza legal do orçamento e a busca pela adequada interpretação dos dispositivos constitucionais.¹⁹⁴ O orçamento não se vinculava ao formato constitucional estabelecido, tampouco era característica do modelo estatal adotado. Ao contrário dos direitos prestacionais, o orçamento público não teve sua origem em processos de lutas políticas ou movimentos sociais, mas da necessidade de organização da grandeza estatal.¹⁹⁵

A não aceitação da natureza legal do orçamento decorre do entendimento de que a lei é ato de regulamentação política da ordem jurídica, assim só pode ser lei em sentido formal. A natureza do orçamento era somente de controle contábil da atividade estatal, relacionando-se apenas com a administração do Estado e não como ato de natureza política. Insurgia-se LABAND contra o papel exercido pelo Parlamento, pois este acabava exercendo um papel muito extenso de controle.

Enquanto ZORN,¹⁹⁶ contrariamente, afirmou que havia a necessidade de autorização pelo Parlamento para que o Estado pudesse realizar despesas, de mesma forma argumentava HAENEL.¹⁹⁷ Vislumbrava na recusa da peça orçamentária apresentada pela Administração ao Parlamento uma possibilidade de derrubar o Poder Executivo.

BOUVIER e JÈZE procuraram conferir ao estudo acerca do orçamento tratamento diferenciado do expresso em LABAND. Os autores encampam a ideia de que o orçamento constitui, sim, lei, mas apenas em sentido formal. Em nenhum dos autores clássicos¹⁹⁸ verifica-se a preocupação com a vinculação da peça orçamentária com a conjectura econômica do Estado, não há, ainda, o entendimento de que essa

¹⁹² BOUVIER, Émile ; JEZÈ, Gaston. La véritable notion e la loi annuelle de finances de finance. **Revue Critique de Législation**, v. 26, p. 440.

¹⁹³ MYRBACH, Rheinfeld Franz von. **Précis de droit financier**. Paris: Giard & Brière, 1910, p. 33.

¹⁹⁴ Nesse sentido, VIDIGAL afirma: “Nenhuma gestão bem conduzida pode prescindir de uma atividade planejadora e de uma sistemática de registro contábil e de controle e verificação periódicos.” (VIDIGAL, Geraldo. Op. cit., p. 236).

¹⁹⁵ Id.

¹⁹⁶ Apud Ibid., p. 241.

¹⁹⁷ Apud Id.

¹⁹⁸ BOUVIER, Émile; JEZÈ, Gaston. Op. cit., p. 427.

conjectura pode estar sujeita a alterações conforme as contingências. Essa noção está ligada à noção de flexibilidade da peça orçamentária, a flexibilidade que o sistema de políticas públicas contém intrinsecamente.

Leon DUGUIT diferenciou as autorizações orçamentárias para despesas públicas e as autorizações para arrecadar tributos. O orçamento assume o caráter de simples ato administrativo, e a autorização para criar e cobrar tributos será lei em sentido material.¹⁹⁹ JÈZE amplia posteriormente a noção de DUGUIT e confere ao orçamento a natureza de ato-condição, por entender que não há criação de norma jurídica, mas ato do Executivo condicionado à chancela do Legislativo.²⁰⁰

O orçamento público para James GIACOMONI é o principal instrumento para viabilizar políticas públicas distributivas.²⁰¹ A função do orçamento público, além de possibilitar o controle político dos órgãos de representação sobre os órgãos executivos, é um instrumento de administração para auxiliar o Poder Executivo a programar a ação de governo na concretização de políticas públicas.²⁰² Serve, portanto, para auxiliar o Executivo nas etapas do processo administrativo que consistem na programação, execução e controle do gasto do dinheiro público. Assim, o orçamento público pode ser conceituado como o plano que expressa monetariamente, para um período de tempo, todo o programa operacional do governo e suas fontes de financiamento. O orçamento no sentido atual tem natureza de decisão político-administrativa,²⁰³ pois contém permissões à Administração Pública.²⁰⁴

O orçamento público é o instrumento da política fiscal do governo buscando a estabilidade da atividade econômica. O principal desafio do orçamento é sua conformação com a realidade. O orçamento público é a ligação entre o planejamento e a execução de políticas públicas. VALLE constata que o sistema de orçamento previsto na Constituição procura atender a uma racionalidade essencialmente econômica,²⁰⁵ ou seja, a busca por austeridade nas finanças públicas, gerando, assim, falhas na concreção de

¹⁹⁹ Apud VIDIGAL, Geraldo. Op. cit., p. 242.

²⁰⁰ Apud Id.

²⁰¹ GIACOMONI, James. Op. cit., p. 25.

²⁰² Ibid., p. 58.

²⁰³ VIDIGAL, Geraldo. Op. cit., p. 245.

²⁰⁴ BUCHANAN, James M. **Hacienda pública**. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1968, p. 473.

²⁰⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 110.

políticas públicas pela ausência de recursos; pois, como já se afirmou anteriormente, os direitos fundamentais prestacionais custam.

Cercam o orçamento público os princípios que, muito embora não demonstrem e não correspondam à mudança da realidade, são clássicos, que demonstram a dinamicidade e a estaticidade com que é tratado o orçamento público.

2.4.1 Breve abordagem sobre os princípios orçamentários

O orçamento público deve ser uma peça única para cada unidade da Federação. O princípio da unidade, previsto no art. 2º da Lei Federal nº 4.320/1964, acaba sendo descumprido em situações de catástrofe ou calamidades que acabam ensejando a abertura de orçamentos complementares. Então, o princípio foi reformulado exigindo não a unidade, mas, sim, a totalidade, de forma a permitir que vários orçamentos coexistam. Exige-se que o administrador público no mínimo anteveja as possíveis contingências que poderão ensejar a abertura de orçamento complementar²⁰⁶ e, com isso, promova a previsão responsável do gasto público.

Por universalidade, prevista no § 5º do art. 165 da Constituição Federal, entende-se que o orçamento deve conter todas as receitas e despesas do Estado. Isso permite que o Legislativo conheça previamente o gasto público e que o orçamento seja realizado, bem como impede que o Executivo realize qualquer gasto sem autorização popular.²⁰⁷ Essa situação demonstra que o orçamento público é uma consequência da democracia, pois a sociedade escolhe onde gastar, por meio de seus representantes, possibilitando, assim, o controle pelo Parlamento e pelo povo dos atos do Executivo.

Pelo princípio do orçamento bruto, tem-se que todas as parcelas da despesa ou receita devem aparecer na forma bruta sem deduções. Nesse sentido, Gaston JÈZE pontuou que as regras do orçamento bruto e da universalidade são condições essenciais para o controle financeiro pelo legislador; até mesmo em momentos em que irá autorizar receitas, ou seja, instituir novos impostos sobre o cidadão, o fará ciente de que existe

²⁰⁶ SILVA, Sebastião de Sant'Anna e. **Os princípios orçamentários**. Rio de Janeiro: FGV, 1962, p. 5.

²⁰⁷ GIACOMONI, James. Op. cit., p. 67.

fundamento para tal exação, pois é conhecedor das necessidades que geram as despesas.²⁰⁸

O princípio da anualidade ou periodicidade determina que o orçamento deve ser elaborado pelo Poder Executivo por período determinado de tempo, geralmente um ano. A Lei Federal nº 4.320/1964 exige que os orçamentos anuais sejam complementados por projeções plurianuais. Os planos plurianuais têm caráter informativo ao Parlamento.²⁰⁹ Essa forma de previsão é autorizada pelo art. 165, § 5º, da Constituição da República.

A não afetação das receitas ou não vinculação significa que as receitas não podem ser vinculadas aos gastos públicos específicos, ou seja, recursos não podem ser previamente comprometidos. Se recursos sobrarem na execução de algum programa, estes poderão ser utilizados para concluir outro programa, pois não estão previamente vinculados àquele primeiro programa.²¹⁰ Na Constituição Federal, a previsão consta no art. 167, IV, entretanto, denota-se que a observância desse princípio é problemática, uma vez que algumas receitas são naturalmente destinadas a alguns programas. Tal princípio tem origem no Direito Tributário, que não permite a vinculação de impostos a órgãos, fundos ou despesas, ou seja, os impostos são tidos como receitas que permitem o funcionamento do Estado e a concretização de direitos fundamentais por meio de programas de políticas públicas. As exceções a não afetação estão previstas nos arts. 158 e 159 da Carta Magna e consistem nas participações municipais na arrecadação dos impostos estaduais e federais.

A preocupação do constituinte é tamanha que em 1994, por meio da Emenda Constitucional de Revisão nº 1, instituiu a Desvinculação de Receitas da União (DRU), que é chamada também de Fundo de Estabilização Fiscal e funciona com a desafetação de 20% das parcelas de impostos e contribuições que estão vinculadas no art. 159. A desvinculação tem por objetivo dar liberdade ao administrador público para gastar as principais fontes de receitas: impostos e contribuições; isso porque pela não afetação essas fontes, que já deveriam estar desvinculadas, estão vinculadas às despesas pela

²⁰⁸ GIACOMONI, James. Op. cit., p. 72.

²⁰⁹ Ibid., p. 74.

²¹⁰ Ibid., p. 75; e SILVA, Sebastião de Sant'Anna e. Op. cit., p. 26.

própria Constituição.²¹¹ De outro lado, como alerta VALLE, para a escolha da Administração por realizar certa política pública existe uma autovinculação, mas não são os recursos que estão previamente vinculados e sim a Administração Pública que depois sofrerá o devido controle.²¹²

Por discriminação ou especialização, entende-se que as receitas e despesas devem constar discriminadas a fim de permitir o controle do Legislativo sobre o Executivo, conforme o art. 5º da Lei nº 4.320/1964. Certo, porém, é que alguns programas podem constar no orçamento de forma global, como dispõe o art. 20 do mesmo diploma normativo.

A exclusividade, prevista no art. 7º da Lei nº 4.320/1964, é outro princípio que se direciona ao Legislativo, pois impede que a lei orçamentária disponha sobre assuntos estranhos à matéria de finanças públicas. É a proibição da cauda legislativa.

Por fim, mas não menos importante, é a exigência refletida no princípio do equilíbrio orçamentário, que exige que as despesas não poderão superar as receitas obtidas pelo Estado. JÈZE considera que o balanceamento entre receitas e despesas impõe uma responsabilidade maior do Estado com o gasto do dinheiro público.²¹³

BLYBERG ressalta a importância do orçamento público principalmente no que se refere aos direitos sociais prestacionais. A autora destaca a importância de instrumentos investigativos para a promoção de direitos sociais; e defende a ideia de que uma análise orçamentária apurada apresenta dados técnicos relevantes para fundamentar demandas relativas aos direitos fundamentais. Os dados desse tipo de análise são persuasivos, pois são originados pelo próprio governo, contudo expõem violações de direitos ao permitir o controle pela sociedade civil.²¹⁴

BLYBERG parte do fundamento de que o orçamento evidencia a falha do Estado na concretização de direitos fundamentais, pois a análise orçamentária demonstra

²¹¹ REZENDE, Fernando; CUNHA, Armando (Coords.). **O orçamento público e a transição do poder**. Rio de Janeiro: FGV, 2003, capítulo 2.

²¹² VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 88.

²¹³ JÈZE, Gaston. **Cours élémentaire de science des finances et de législation financière française**. Paris: Giard & Brière, 1909, p. 382; e OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Gastos públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 16. E como restou consignado ao final do primeiro capítulo desta dissertação, com a exposição do pensamento de HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit.

²¹⁴ BLYBERG, Ann. Op. cit., p. 101.

as ações governamentais, seus sucessos e fracassos em sede de direitos fundamentais, e serve de guia para o cumprimento dessas obrigações, podendo justificar até mesmo mudança no curso de determinado programa governamental. Muito embora tal tipo de análise envolva habilidades técnicas, é de crucial importância para verificar a ação governamental com determinados direitos por meio de políticas públicas inseridas no orçamento.

A análise apenas com base no orçamento distanciando-se do planejamento acaba gerando a “percepção tardia” das falhas orçamentárias em atingir padrões mínimos de direitos fundamentais. Propõe BLYBERG que devem ser desenvolvidas metodologias, especialmente no seio de organizações civis, a fim de bem identificar onde serão melhor aplicados os recursos e proporcionar que os custos sejam considerados logo no início da formulação dos orçamentos públicos, na fase de planejamento. Não importa quão detalhada seja a análise relativa à política pública realizada por meio do orçamento público, pois esta não vai responder se a política pública está sendo efetivada de forma satisfatória, se essa análise for meramente econômica.²¹⁵

2.4.2 Sistema constitucional de leis orçamentárias

Em 1964, com a Lei Federal nº 4.320, foi adotado no Brasil o modelo orçamento-padrão para as três esferas de governo. A Portaria nº 9 de 28/01/1974, que regulamenta a Lei nº 4.320, introduziu a classificação funcional programática da despesa orçamentária. A lei estabeleceu normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal.

Em 1988, foi inserido na Constituição o sistema constitucional de finanças públicas, que consta dos arts. 163 ao 169 do texto constitucional e consiste no Plano Plurianual (PPA), na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual, todos em forma de lei de iniciativa do Poder Executivo. A Constituição Federal trouxe

²¹⁵ Mesma crítica de VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit.

regras específicas para o processo legislativo de análise, discussão e aprovação do projeto da Lei Orçamentária Anual. O projeto da Lei Orçamentária Anual é de iniciativa exclusiva do Poder Executivo, que deve elaborá-lo e encaminhá-lo ao Poder Legislativo.

Durante a análise, discussão e aprovação do projeto de Lei Orçamentária Anual pelo Legislativo, são permitidas alterações dos dois poderes envolvidos. O montante das despesas fixadas poderá tornar-se inferior ao das receitas previstas na Lei Orçamentária, ou seja, o orçamento aprovado poderá apresentar receitas sem a contrapartida de despesas. Diante desse fato, o § 8º do art. 166 da Constituição Federal disciplinou que nesses casos deverão ser criados créditos especiais ou suplementares, desde que haja a prévia autorização legislativa.

A Constituição Federal, art. 165, § 1º, determina que a lei que instituir o Plano Plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e as metas da Administração Pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

O Plano Plurianual é o instrumento que contém o planejamento do governo federal, estadual ou municipal para um período determinado de quatro anos fiscais,²¹⁶ tendo como objetivo principal conduzir os gastos públicos, durante a sua vigência, de maneira racional e de modo a possibilitar a manutenção do patrimônio público e a realização de novos investimentos.²¹⁷ Nesse instrumento, constam todos os programas e ações governamentais.

O planejamento estratégico é base para a elaboração do PPA. De acordo com a Constituição Federal brasileira, o Estado exercerá a função de planejamento, considerando, para tanto, duas modalidades de planos: (i) planos e programas nacionais, regionais e setoriais, e (ii) planos plurianuais.

Os primeiros, determinantes para o setor público e indicativo para o setor privado, seguem, em linhas gerais, o modelo concebido no Ato Complementar nº

²¹⁶ Ano fiscal entendido aqui como o período que vai de 1º de janeiro a 31 de dezembro.

²¹⁷ ANDRADE, Nilton de Aquino. Lei orçamentária (LOA) e os conceitos básicos para a sua elaboração. In: AGUILAR, Adélia Martins D. et al. (Orgs.). **Planejamento governamental de municípios: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 16.

43/1969.²¹⁸ Os segundos compõem a modalidade Plano Plurianual, que ao portar as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública federal aproxima-se mais do plano geral de governo concebido pelo Decreto-Lei nº 200/1967.²¹⁹

Com relação ao planejamento, a obrigatoriedade da adoção sistemática nas várias esferas de governo tornou-se realidade com a Constituição de 1988. A função do planejamento difunde a ideia de que o orçamento deve espelhar as políticas públicas, propiciando sua análise pela finalidade de gastos. As receitas públicas são constituídas basicamente pelos tributos pagos pela sociedade, sujeitos, então, à prestação de contas – princípio da transparência e da publicidade.

Como expressão da situação fiscal e da associação com as finanças públicas, o PPA tem sido a função mais destacada dos orçamentos contemporâneos. Esse plano orienta a gestão governamental, sendo executado através dos orçamentos anuais, na estruturação da lei. GIACOMONI²²⁰ enumera os seguintes princípios do PPA: (i) orientação para o cidadão – consiste no fato de fazer o aparelho de Estado voltar-se para o atendimento das demandas dos cidadãos; (ii) transparência – nos processos decisórios e na execução das ações, que viabiliza a responsabilização dos administradores; (iii) responsabilização – caracteriza-se pelo deslocamento do foco do desempenho dos processos para o controle de resultados; e (iv) participação – manifesta-se, sobretudo, pela participação dos cidadãos, exigindo que as políticas, programas e projetos estejam centrados nas pessoas.

O PPA é síntese dos esforços de planejamento de toda a Administração, orientando a elaboração dos demais planos e programas de governo, assim como do próprio orçamento anual.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias foi introduzida no Direito Financeiro brasileiro pela Constituição Federal de 1988, tornando-se, a partir de então, a ligação entre o Plano Plurianual e a Lei Orçamentária Anual.

²¹⁸ BRASIL. Ato Complementar nº 43, de 29 de janeiro de 1969. Fixa normas para a elaboração de planos nacionais de desenvolvimento e vincula sua execução ao orçamento plurianual de investimentos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1969.

²¹⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1967.

²²⁰ GIACOMONI, James. Op. cit., p. 206.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias deve dispor sobre o equilíbrio das receitas e despesas, determinando os critérios de limitação das despesas, estabelecendo metas fiscais e riscos fiscais e avaliando os passivos, os quais são essenciais para o equilíbrio das contas públicas. Nela, serão ainda definidas as diretrizes que orientarão a Administração Pública na elaboração da Lei Orçamentária Anual, que define as ações prioritárias para a proposta orçamentária.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias objetiva conferir transparência ao processo orçamentário e ampliar a participação do Poder Legislativo, legitimado democraticamente por excelência, no disciplinamento das finanças públicas.

Afora manter caráter de orientação à elaboração da Lei Orçamentária Anual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias é utilizada como um manual de instruções a ser cumprido na execução do orçamento.

A Lei Orçamentária Anual é o próprio orçamento anual. A iniciativa da elaboração da proposta orçamentária anual é sempre do Poder Executivo. O conteúdo, conforme disposição constitucional, da Lei Orçamentária Anual é constituído por três orçamentos: fiscal, seguridade social e investimentos das empresas. Os vários orçamentos do Poder Executivo federal (orçamento fiscal, orçamento de investimento e o orçamento da seguridade social) refletem os planos que o governo pretende realizar nas suas diversas áreas de atuação, contendo um conjunto de previsões de receitas que serão distribuídas em diversos programas de trabalho, que viabilizarão a realização das políticas públicas.

O Orçamento Fiscal é basicamente a transposição do planejamento para a área financeira do Estado, é o planejamento expresso em números. Ele estima a receita e fixa a despesa. A receita depende de fatores externos, como a arrecadação, por exemplo, e o Estado não tem tanto controle assim, já a despesa tem caráter interno e pode ainda representar risco para o Estado, por isso existem mecanismos de controle dos gastos públicos, como a Lei de Responsabilidade Fiscal.²²¹

O Orçamento de Investimento é a previsão de investimentos das empresas em que o Poder Público direta ou indiretamente detenha a maioria do capital social. O

²²¹ Lei Complementar nº 101/2000, cujo objetivo é estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

Orçamento da Seguridade Social abrange todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta e indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público e compreende todos os órgãos e entidades a quem compete executar ações nas áreas da saúde, previdência e assistência social.

O Orçamento Público materializa o planejamento do Estado,²²² uma vez que é o instrumento do Poder Público para expressar seus programas de ação, por meio da discriminação da origem e destinação de recursos, bem como o montante.

Fora do sistema constitucional de finanças públicas, mas intimamente ligada a ele, tem-se a Lei de Responsabilidade Fiscal, que por meio das leis orçamentárias exige do Poder Público o equilíbrio das contas públicas. A Lei de Responsabilidade Fiscal tem como preocupação, juntamente com o controle dos gastos públicos, a melhor gestão da receita pública, disciplinando aspectos como arrecadação tributária e renúncia de receita. Para tanto, destaca como responsabilidade do administrador público na gestão fiscal a instituição, a previsão e a efetiva arrecadação de todos os tributos previstos constitucionalmente para os entes da Federação (art. 155 da Constituição Federal no caso dos tributos de competência dos estados, e art. 156 para os tributos de competência dos municípios).

O não cumprimento dessas disposições legais, no que se refere, especificamente, aos impostos, impede o ente da Federação de receber transferências voluntárias (art. 11, § único, da LRF), exceto aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social (art. 25, § 3º, da LRF).

2.4.3 Conceitos próprios do orçamento público

Alguns conceitos são necessários para compreender como os recursos financeiros são tratados no orçamento, tais como receita pública e despesa pública.

Régis Fernandes de OLIVEIRA explica que nem todo ingresso financeiro nos cofres públicos é considerado receitas públicas, diferenciado, assim, receita de entradas. As entradas constituem todo e qualquer dinheiro que ingressa nos cofres públicos. Mas

²²² ANDRADE, Nilton de Aquino. Op. cit., p. 133.

nem toda entrada constitui receita pública. As entradas podem ser provisórias ou definitivas. As receitas são as entradas definitivas.²²³ Segundo Nilton de Aquino ANDRADE, receita pública é o conjunto de ingressos monetários aos cofres públicos, provenientes de várias fontes e fatos geradores, que formam as disponibilidades financeiras que a Fazenda Pública pode dispor para o financiamento das despesas públicas.

Para José MACHADO JÚNIOR, o conceito de receita, o qual abrange as receitas públicas (orçamentária proveniente de impostos) e as receitas de terceiros (extraorçamentária), é descrito, em sentido lato, como um conjunto de entradas financeiras no patrimônio, oriundas de fontes diversificadas, conquanto possam existir reivindicações de terceiros sobre alguns desses valores; e, em sentido restrito, como um conjunto de recursos financeiros obtidos de fontes próprias e permanentes, que integram o patrimônio na qualidade de elemento novo, que lhe produzem acréscimos financeiros, sem, contudo, gerar obrigações, reservas ou reivindicações de terceiros.²²⁴

OLIVEIRA distingue ainda receita pública originária, que decorre da exploração do Estado de seus próprios bens, de receita pública derivada, que provém do constrangimento do Estado sobre o patrimônio particular, por meio da arrecadação tributária.²²⁵

A despesa pública constitui-se de toda saída de recursos ou de todo pagamento efetuado, a qualquer título, pelos agentes pagadores para saldar gastos fixados na lei do orçamento ou de lei especial, e destinados à execução dos serviços públicos, entre eles custeios e investimentos, além dos aumentos patrimoniais, pagamentos de dívidas, devolução de importâncias recebidas a títulos de caução, depósitos e consignações.²²⁶

As despesas públicas tomam grande parte das disposições da Lei Complementar nº 101 de 2000. A preocupação está centrada em limitar a assunção de despesas crescentes pelo Poder Público, de maneira a buscar o equilíbrio das contas públicas.

²²³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVARTH, Estevão. **Manual de direito financeiro**. 5. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, p. 33.

²²⁴ MACHADO JR., Jose Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. **A lei 4.320 comentada**. 27. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1997.

²²⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVARTH, Estevão. Op. cit., p. 35.

²²⁶ ANDRADE, Nilton de Aquino. Op. cit., p. 154.

Assim, a Lei de Responsabilidade Fiscal se constitui em mais um instrumento voltado ao equilíbrio orçamentário, ou seja, entre receitas e despesas.

Nesse sentido, verifica-se que a preocupação com o equilíbrio das contas públicas e a manutenção da austeridade financeira do Estado é uma preocupação do legislador, pois, mesmo que a lei disponha acerca das receitas, o objetivo principal está direcionado para o aspecto das despesas, de forma que o Estado não gaste além do que pode.

No confronto da receita pública com a despesa pública, o resultado negativo indica que houve gasto maior que a arrecadação tributária. O resultado é a geração de dívidas para os entes federados, denominadas de dívida pública ou dívida consolidada. A Lei de Responsabilidade Fiscal define dívida pública consolidada ou fundada como o montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito para amortização em prazo superior a doze meses. Integram a dívida pública consolidada as operações de crédito de prazo inferior a doze meses cujas receitas tenham constado do orçamento; e a dívida pública mobiliária, representada por títulos emitidos pela União.

O déficit público ocorre quando o valor das despesas de um governo é maior que as suas receitas. Normalmente, o valor do déficit público é considerado em função do Produto Interno Bruto (PIB) do país, permitindo a comparação com a situação de outros países e a avaliação do excesso de despesa em relação à sua riqueza. O déficit público pode ser caracterizado como: (i) déficit primário, quando as despesas com juros são excluídas do seu cálculo, ou como (ii) déficit operacional (ou déficit nominal), quando as despesas com juros também são consideradas. Por déficit nominal, entende-se o resultado nominal das contas do setor público, ou seja, não é excluído o efeito da inflação sobre o fluxo de receitas e despesas do governo. Já por déficit operacional, entende-se o resultado real das contas públicas, ou seja, exclui-se do resultado nominal o efeito da inflação. Por fim, o déficit primário corresponde ao resultado fiscal das contas

públicas, ou seja, exclui-se do resultado operacional a despesa com juros que o governo tem que pagar sobre as suas dívidas.²²⁷

A compreensão dos conceitos de receita, de despesa pública, de dívida pública, de déficit público e de dívida pública traduz a necessidade de uma gestão governamental, visando à responsabilidade fiscal.

Por outro lado, o art. 42, da Lei de Responsabilidade Fiscal, veda “ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito”, considerando disponibilidade de caixa “os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício” (parágrafo único). Explica-se, o ordenador de despesas deve verificar se há disponibilidade de caixa líquida, deduzindo todas as despesas que o vincularão até o final do mandato, para previamente saber se poderá ou não assumir nova despesa. Seria mais um dispositivo voltado ao equilíbrio entre gasto e arrecadação pública. Durante esse período proibitivo, para assumir nova despesa, não basta apenas demonstrar previsão orçamentária, visto que a arrecadação poderia estar superestimada, o que criaria receitas virtuais. É necessário comprovar que há condições de pagar a despesa com a arrecadação do próprio ano.

O administrador pode, no final de mandato, determinar o empenho de despesa sem recursos financeiros, contando com verba que será repassada por convênio, desde que este já tenha sido assinado.

Se, a partir de maio do último ano de seu mandato, o gestor contrair obrigação de despesa que não poderá ser integralmente cumprida até seu término, o respectivo empenho poderá ser inscrito como “restos a pagar”, desde que haja suficiente disponibilidade de caixa para saldá-lo no exercício seguinte. O mandamento também se aplica às obrigações acessórias, sendo que as disponibilidades de caixa deverão ser consideradas para seu respectivo pagamento.

²²⁷ GIAMBIAGI, Fabio. Cenários para as contas públicas: 1996/2002. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 2, p. 277-306, ago. 1996.

2.4.3.1 Dotações orçamentária suplementares

Para possibilitar a utilização dos recursos que ficaram sobrando na Lei Orçamentária Anual, a solução trazida pelo legislador constituinte foi a abertura de crédito especial ou suplementar, conforme o caso, ou seja, créditos suplementares para reforçar as dotações orçamentárias já existentes ou créditos especiais para criar as dotações orçamentárias não existentes.

A abertura dos créditos suplementares e especiais depende de prévia autorização legislativa e da indicação dos recursos correspondentes, como determinam os arts. 167, V, da Constituição Federal, e 42, da Lei nº 4.320/1964.

O § 1º do art. 43 da Lei Federal nº 4.320/1964 permite a utilização de recursos para a abertura dos créditos suplementares e especiais, desde que não comprometidos: superávit financeiro apurado em balanço patrimonial do exercício financeiro anterior, os recursos originados de excesso de arrecadação, os recursos que resultaram de anulação parcial ou total de dotações orçamentárias ou de créditos adicionais e o produto de operações de créditos autorizadas.

Assim sendo, percebe-se que a Constituição Federal trouxe um novo recurso para a abertura dos créditos suplementares e especiais, o qual corresponde às receitas que ficaram sem despesas correspondentes na Lei Orçamentária Anual. Permite-se, por meio de atos administrativos legislativos emanados pelo Poder Executivo, que sejam criadas dotações orçamentárias se houver superávit financeiro, excesso de arrecadação tributária. Em resumo, se houver aumento de receitas, os recursos financeiros podem ser escoados para políticas públicas prioritárias, mesmo que não previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias ou em Plano Plurianual. Essa previsão constitucional faz ruir, como explica Eugênio Rosa de ARAÚJO, a cláusula da reserva do possível.²²⁸

Uma demonstração de que as dotações orçamentárias quebram a ideia de inflexibilidade do orçamento público, bem como fazem ruir a teoria da reserva do possível, foi o julgado da Medida Cautelar em Ação Direta de Constitucionalidade nº

²²⁸ ARAÚJO, Eugênio Rosa de. O princípio da reserva do possível e ponderação com regras a ele pertinentes: viagem na irrealidade do cotidiano financeiro. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 15, nov. 2005, p. 19-34.

4.048,²²⁹ pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, contra a Medida Provisória nº 405 de 2007, que tinha por objeto a abertura de crédito extraordinário no valor de 5,4 bilhões em favor da Justiça Eleitoral e outros órgãos do Executivo. Os recursos eram provenientes de superávit financeiro, excesso de arrecadação, anulação parcial de dotações orçamentárias, ingresso de operação de crédito relativa ao lançamento de títulos da dívida agrária e repasse da União Federal sob a forma de capital de empresas estatais. A medida afrontaria os arts. 62, § 1º, I, “d”, c/c 167, § 3º, da Constituição Federal, sob o argumento de que créditos extraordinários somente podem ser abertos para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Estas somente assumem tal feição se decorrerem de guerra, comoção interna ou calamidade pública, conforme a previsão constitucional do art. 167, § 3º. A insurgência era basicamente contra o meio adotado para a abertura de crédito extraordinário, pois a Constituição Federal somente admite a abertura por meio de Medida Provisória nos casos ventilados no § 3º do art. 167. Portanto, a medida em questão fere o texto constitucional, posto que o crédito não tinha a natureza de crédito extraordinário, o que revela sua inaptidão de abertura por meio de medida provisória.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal era o de afastar a possibilidade de propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra atos de efeitos concretos, pois a ação direta é o meio adequado para questionar a constitucionalidade de normas jurídicas *in abstracto*. As leis orçamentárias eram tidas por aquele tribunal como leis de efeitos concretos,²³⁰ cenário que começou a mudar com a ADI nº 2.925-DF²³¹ e com a ADPF nº 63-AP.

²²⁹ BRAISL. Supremo Tribunal Federal. **Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.048-1 DF**, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 14 de maio de 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542881>>. Acesso em: 2 jan. 2013.

²³⁰ Vide julgados: ADI nº 647, Rel. Min. Moreira Alves, DJ, 27 de março de 1992, p. 3801; ADI nº 842, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 14 de maio de 1993; ADI nº 842, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 18 de junho de 1993, p. 12110. O critério adotado pela corte para diferenciar normas de efeito concreto de normas de efeito abstrato é o de Hans KELSEN, o qual explica: “o caráter individual de uma norma não depende de se a norma é dirigida a um ser humano individualmente determinado ou a várias pessoas individualmente certas ou a uma categoria de homens, ou seja, a maioria não individualmente certas ou a uma categoria de homens, ou seja, a uma maioria não individualmente , mas apenas certas pessoas de modo geral. Também pode ter caráter geral uma norma que fixa como devida a conduta de uma pessoa individualmente designada; não apenas uma conduta única, individualmente determinada, é posta como devida, mas uma conduta dessa peça estabelecida em geral. Assim quando por exemplo, por uma norma moral válida – ordem dirigida a seus filhos – um pai autorizado ordena a seu filho Paul ir à igreja ou não mentir. Essas normas gerais são estabelecidas pela autoridade autorizada pela norma moral válida; para os destinatários das normas, são normas obrigatórias, se bem que elas sejam dirigidas a uma pessoa individualmente

O ministro relator na medida cautelar da ADIn nº 4.048 entendeu que em que pese a possibilidade de abertura de crédito extraordinário por meio de medida provisória, no caso da MP nº 405/2007, não está vinculada a situações de anormalidade autorizadas de sua abertura.

Do corpo do voto extraí-se que

a previsão constitucional de abertura de créditos extraordinários (art. 167, § 3º) visa dar suporte financeiro à adoção de medidas urgentes à superação desses estados de crise criados por acontecimentos tais como ou semelhantes à guerra, à comoção interna ou à calamidade pública. Por isso, não é tão difícil constatar a adequação do instrumento legislativo excepcional da medida provisória para este mister. Por meio da medida provisória o Poder Executivo pode dispor, com a necessária urgência, de créditos para fazer face às despesas imprevisíveis decorrentes dessas situações especiais. [...] São esses os mecanismos que permitem ao Poder Público, em situações de crise atuar com a devida prontidão na percepção e alocação de receitas derivadas de caráter extraordinário para dar conta de despesas imprevisíveis e urgentes.

Após analisar os motivos determinantes de edição da MP nº 405/2007, o ministro constatou que o crédito ali aberto estaria destinado ao provimento de despesas correntes que passam longe do critério de imprevisibilidade e urgência exigido pela Constituição Federal. Constatou também que, mesmo em casos de natureza que fosse ensejadora de uma situação de crise que justificasse a abertura de crédito, os casos não eram dotados da característica da imprevisibilidade, deflagrados por situações de risco previamente conhecidas. Concluindo pelo desvirtuamento dos parâmetros

determinada. Se pela autoridade para tanto autorizada por uma norma moral válida é dirigido um mandamento a uma maioria de sujeitos individualmente determinados e apenas é imposta uma certa conduta individualmente – como porventura, no fato de um pai que ordenou a seus filhos Paul, Jugo e Friedrich felicitares seu professor Mayer pelo seu 50º aniversário – então há tantas normas individuais quantos destinatários de norma. O que é definido numa norma – ou ordenado num imperativo – é uma conduta definida. Esta pode ser uma conduta única, individualmente certa, conduta de uma ou de várias pessoas individualmente; pode, por sua vez, de antemão, se um número indeterminado de ações ou omissões de um pessoa individualmente certa ou de uma categoria de pessoas. Esta é a decisiva distinção.” (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 11). O STF utiliza tal critério, pois não existe critério de distinção no corpo da Constituição. O que a Constituição Federal permite é que sejam editadas leis de natureza meramente formal, pois seu conteúdo possui efeitos concretos.

²³¹ ADIn nº 2.925-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 11/12/2003, cuja ementa, transcreve-se: “PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORÇAMENTÁRIA. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. LEI ORÇAMENTÁRIA – CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONOMICO – IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E DERIVADOS, GÁS NATURAL E DERIVADOS E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL – CIDE – DESTINAÇÃO – ARTIGO 177, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária nº 10.640 de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no §4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do inciso II do citado parágrafo.”

constitucionais que autorizam a concessão de crédito extraordinário, concedeu a medida cautelar para suspender os efeitos da MP nº 405. O ministro foi acompanhado pelos ministros Eros Grau, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. O resultado do julgamento foi de 6 votos pela suspensão dos efeitos da MP, posteriormente, convertida na Lei nº 11.658/2008, sendo que cinco ministros que entendiam ser melhor a não concessão da medida foram vencidos.

O Supremo Tribunal Federal consignou essa posição no intuito de tornar clara sua preocupação com a má utilização de um mecanismo orçamentário constitucionalmente idôneo. Ressaltando que não se admitiu a natureza dos créditos em si mesmos considerados, mas sim o real enquadramento deles na categoria de créditos extraordinários, que é a única permitida à medida provisória. Admite sua utilização pelo Executivo em casos tão graves que ensejem, no limite, até mesmo a decretação ou do estado de defesa ou até mesmo do próprio estado de sítio, o que não era o caso de nenhum dos créditos abertos pela MP ora impugnada. O tribunal estava ciente de que somente de 1º de janeiro de 2007 até 17 de abril de 2008 foram editadas 23 MPs relativas à abertura de créditos extraordinários, que somavam aproximadamente R\$ 62 bilhões e 500 milhões, tais medidas corresponderam a mais de 10% do orçamento de 2007, como se verifica no voto do ministro Celso de Mello. O que evidencia uma apropriação institucional do poder de legislar por parte do Executivo, de forma a suprimir a possibilidade de prévia discussão parlamentar de matérias que ordinariamente estão sujeitas ao poder decisório do legislador.

Respalda o entendimento do Supremo Tribunal Federal a posição de Clémerson Merlin CLÈVE, ao se referir sobre prestações sociais:

Todavia, cumpre compelir o Estado a contemplar no orçamento dotações específicas para tal finalidade, de modo a, num prazo determinado, resolver o problema do acesso do cidadão a esses direitos. Desta forma, tratar-se-ia de compelir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias (evitando, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades), assim como de obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais. E aqui é preciso desmistificar a idéia de que o orçamento é meramente autorizativo. Se o orçamento é programa, sendo programa não pode ser autorizativo. O orçamento é lei que precisa ser cumprida pelo Poder Executivo.²³²

²³² CLÈVE, Clemerson Merlin. **Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

Para Fernando Borges MANICA, a partir da Carta de 1988 e, portanto, sob a égide do Estado Social, o orçamento desempenha um novo e importante papel em relação às políticas públicas, define objetivos, metas e deixa de lado a neutralidade para se transformar em instrumento da Administração Pública para a materialização de políticas públicas.²³³

Diante do exposto, verifica-se que há na Constituição dois objetivos estatais que podem ser contraditórios entre si: a concretização dos direitos sociais prestacionais como mandato de otimização e o tratamento responsável das finanças públicas sempre procurando manter o equilíbrio financeiro do Estado; sendo que o segundo interfere diretamente na concretização do primeiro. A reserva do possível é um ponto de intersecção entre os dois regimes jurídicos, a qual será abordada no capítulo seguinte.

²³³ MANICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de Políticas Públicas. **Boletim de Direito Administrativo da Editora NDJ**, n. 10, p. 1123-1134, 2008.

3 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

3.1 HISTÓRICO: DECISÕES EMBLEMÁTICAS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO

Inicialmente, pretende-se realizar um aporte histórico da origem da teoria da reserva do possível, pois, como já advertiu Carlos de CABO, considerar o direito como técnica social pressupõe admitir sua condição histórica, ou seja, pressupõe admitir que não existe direito fora da história.²³⁴ Analisar as origens do instituto pode auxiliar no entendimento das profundas diferenças sociais geradas pela ausência de concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais e a necessidade de austeridade nas contas públicas, fator que impulsiona a alegação da reserva do possível.

Luís Fernando SGARBOSSA aponta uma remota origem da reserva do possível na Idade Média, com o pensamento do *nec ultra vires* ou *secundum vires*, de acordo com o qual as comunidades deveriam prestar amparo aos pobres “na medida de suas forças”. A caridade, a filantropia e a assistência social, segundo informa o autor, estariam condicionadas aos recursos disponíveis. Isso remonta ao século VI, tendo sido registrado nos anais do II Concílio de Tours, ocorrido na cidade francesa homônima, no ano de 576 d.C.²³⁵

A origem mais próxima da teoria da reserva do possível foi concebida em um caso emblemático chamado de “*numerus clausus I*”, em 1972, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão.²³⁶ O caso *Hochschul-Urteil* ou “a decisão sobre as universidades”. Tratava-se de ação questionando a constitucionalidade de lei que

²³⁴ CABO, Carlos de. **Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional**. Barcelona: PPU, 1993. v. II, p. 269.

²³⁵ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos, reserva do possível**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010, p. 76; e PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 155.

²³⁶ GAIER, Reinhard. **Pretensões positivas contra o Estado e a reserva do possível na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal**. Trad. Dr. Márcio Flácio Ma, jun. 2011, p. 13; e BVerfGE 33, 303 (333) disponível em SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Trad. Leonardo Martins. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

discriminava o número de vagas de curso de medicina na Universidade de Hamburg diante do aumento da demanda relativa a esse curso superior. A decisão se tornou paradigmática, tanto que sua *ratio decidendi* influenciou também a nossa ordem jurídica.²³⁷

O Tribunal Constitucional alemão, nesse caso, colocou os direitos sociais prestacionais derivados diretamente da Constituição plenamente exigíveis, desde que respeitada a reserva do possível. A reserva funcionou como um limite imposto pela razoabilidade, ou seja, prestações que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade.²³⁸ A decisão determinou que esse limite em casos concretos, como o acesso a vagas em universidades públicas, deve ser definido pelo legislador,²³⁹ pois há o exercício de competência própria, sob a justificativa de que o legislador tem condições de analisar todos os interesses da sociedade e não descurar da meta econômica estatal, não criando, dessa forma, custos desnecessários ou exagerados.²⁴⁰ O tribunal alemão concluiu que colocar uma pretensão subjetiva (o acesso ao estudo de nível superior) à custa da sociedade com base em princípios do Estado Social é inconcebível.²⁴¹

Reinhard GAIER contextualiza a decisão, expondo que no fim dos anos 1960 era muito alto o número de estudantes que pretendiam ingressar em universidades na Alemanha, contudo a oferta de vagas não acompanhou esse número, especialmente no curso de medicina. Havia uma limitação de acessos, que se chamava “*numerus clausus*”. Em 1971, 71% dos candidatos que pleiteavam uma vaga de medicina foram rejeitados, as vagas eram conferidas conforme a meritocracia, ou seja, ingressaria na universidade o candidato que se saísse melhor no *Abitur*,²⁴² exame que afere as notas finais do ensino médio, e que estivesse há mais tempo esperando a vaga.

²³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 419-429.

²³⁸ *Ibid.*, p. 499-503.

²³⁹ Marco Aurélio NOGUEIRA critica o papel do cidadão demonstrando que existe uma crise na ideia de cidadania, que reduz o indivíduo à condição de eleitor, alguém que é chamado para referendar decisões que são tomadas em âmbitos aos quais não tem acesso. “Os cidadão reclamam, protestam, fazem plebiscitos, votam regulamente de dois em dois anos ou de quatro em quatro, mas não conseguem entrar no ventre em que são geradas as decisões.” (NOGUEIRA, Marco Aurélio. Os direitos sociais como causas cívicas. **Saude soc.**, v. 11, n. 1, p. 15-24, 2002. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902002000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jan. 2013, p. 20).

²⁴⁰ GAIER, Reinhard. *Op. cit.*, p. 14.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 14.

²⁴² O equivalente no Brasil seria o Exame Nacional do Ensino Médio (Enem).

A questão chegou ao tribunal como quais medidas podem ser exigidas do Estado a fim de oferecer o maior número possível de vagas nas universidades, pois a Lei Fundamental alemã garante, no art. 12, I, o direito de escolha de profissão, emprego e instituição de ensino. A questão era específica de um direito social prestacional, qual seja, a de imputar ao Estado um agir positivo, possibilitando o livre acesso à universidade. Para solucionar o problema, o tribunal alemão entendeu que direitos fundamentais colocados na Lei Fundamental, como normas objetivas, estão sujeitos também a uma ordem de valores, para tanto deveria ser observado o conteúdo dos deveres estatais a uma prestação de ordem social. Os direitos fundamentais na Constituição alemã têm aplicabilidade imediata e conferem ao cidadão um direito subjetivo,²⁴³ portanto devem ser diferenciados os direitos prestacionais derivados e originários. No caso dos originários, o Estado deve obrigatoriamente implementá-los, já nos derivados, não.²⁴⁴ No caso do acesso à universidade, o tribunal alemão entendeu que se tratava de um direito originário, ou seja, o Estado deveria adimplir a prestação social independentemente da reserva financeira, todavia, não existia no caso uma limitação absoluta ao direito. Explica-se, não havia uma situação em que o candidato jamais obteria a vaga na universidade.²⁴⁵ Assim para a doutrina da reserva do possível, em sua origem, não era considerada apenas a insuficiência de recursos, mas também a limitação que sofre o direito fundamental.

A tese da reserva do possível, *Der Vorbehalt des Möglichen*, parte da premissa de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*impossibilium nulla obligatio est*). Assim, considerar a insuficiência de recursos orçamentários não seria mera retórica argumentativa. A reserva do possível em sua origem está diretamente relacionada com a

²⁴³ GAIER, Reinhard. Op. cit., p. 14.

²⁴⁴ Sobre os direitos derivados a prestações, SARLET explica: “[...] os direitos derivados a prestações (aqui considerados como direitos subjetivos), são considerados como sendo uma espécie de reação à atuação estatal pretérita – ou seja, já existente e, portanto, concretizada – no âmbito prestacional, [...]. Cuida-se, essencialmente, de assegurar a possibilidade da participação em sistemas prestacionais já existentes (se e na medida em que o Estado os tiver criado), cuja fundamentação reside numa interpretação do princípio da isonomia (direito geral de igualdade) à luz do Estado Social, expressamente positivado na Lei Fundamental da Alemanha.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...*, p. 301).

²⁴⁵ O tribunal considerou que a imposição de limitações absolutas somente seria constitucional se: “1. For prescrito nos limites do estritamente necessário, sob a utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes de formação [...], e quando 2. A escolha e a distribuição ocorrem segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato em si qualificado ao ensino superior e com o maior atendimento possível à escolha individual do local de formação [...]” (BVerfGE 33, 303 apud SCHWABE Jürgen. Op. cit., p. 666-667).

ideia de que a decisão sobre o direcionamento dos recursos financeiros estatais no Estado Democrático de Direito é função do legislador. Ao legislador cabe a responsabilidade de aprovar o orçamento público proposto pelo Executivo. Assim, o Executivo estabelece planos e metas, mas ao final tais planos são aprovados pelo Parlamento. É o Parlamento que recebe, no plano político, a competência para aprovar as prioridades definidas pelo Executivo. Na decisão, vislumbra-se que deve existir uma confluência entre os poderes em um Estado Democrático de Direito.²⁴⁶ Para GAIER, a prerrogativa orçamentária é um dos instrumentos de controle de políticas públicas efetivadoras de direitos sociais prestacionais do Legislativo sobre o Executivo.

Como instrumento do Legislativo no controle de políticas públicas, a realização dos direitos fundamentais no meio social é, nesse sentido, um processo, para o qual contribuem os titulares do direito e também o legislador. Este é o sentido da colocação de Peter HABËRLE:

Os direitos fundamentais, concebidos como instituição, [...] não são dependentes da vontade subjetiva de determinados indivíduos; eles ganham vida na medida em que fazem parte da consciência de um número indeterminado de indivíduos. A partir daí, transformam-se em coisa social objetiva.²⁴⁷

A atividade legislativa, na visão de HABËRLE, passa a ser a garantia da concretização dos direitos sociais prestacionais. Uma vez assegurados no âmbito infralegal, fora da previsão abstrata da Constituição, ou uma vez que o orçamento público que contemple políticas públicas concretizadoras de tais direitos passou pela aprovação do legislador, este se torna garantia de tais direitos. Este foi o sentido da decisão do tribunal alemão.

SGARBOSSA vincula essa primeira decisão, que tornou popular a reserva do possível, à progressividade da segunda geração de direitos, pois evidencia o fator

²⁴⁶ GAIER, Reinhard. Op. cit., p. 15. Solução semelhante é a de solução proposta por MENDES, Conrado Hübner, **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Sociais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008; quando este explica o diálogo entre os poderes constituídos.

²⁴⁷ Apud SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 136.

econômico no momento de efetivação dos direitos sociais como limite fático à normatividade, ou seja, como limitação ao papel do legislador.²⁴⁸

O que se evidencia na decisão alemã é que o Estado está constitucionalmente obrigado a garantir prestações de ordem social que, como já se demonstrou, são naturalmente custosas, sob o crivo do Parlamento. O que significa que o Executivo não pode utilizar recursos que foram vinculados a uma política pública em outra. A questão problemática que se coloca é a do equilíbrio entre os poderes.²⁴⁹

O tribunal alemão estabeleceu afinal que, na medida em que os direitos de tomar parte são limitados e não existentes (universalmente) *a priori*, estes encontram-se sob a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade.²⁵⁰

A decisão demonstrou que deve haver racionalidade nos pleitos subjetivos baseados em direitos fundamentais, de forma que tais pleitos devem se compatibilizar com a noção de Estado Social.²⁵¹ Naquela particular situação, observa Ana Carolina

²⁴⁸ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Do estado-providência ao mercado-providência**: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal. 2009. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/18011/DISSERTACAO%20SGARBOSSA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 5 dez. 2012, p. 80.

²⁴⁹ Em O Federalista n° 48, é demonstrada especial preocupação com o agigantamento do Legislativo: “Parece que nunca perceberam o perigo de usurpações legislativas, as quais, por concentrarem todo o poder nas mesmas mãos, podem dar margem à mesma tirania como no caso das usurpações do Executivo.” (p. 308). E mais adiante: “[...] Em uma república representativa, porém, em que a atuação do Executivo é cuidadosamente limitada, tanto na extensão como na duração de seu poder; onde o Legislativo é exercido por uma Assembleia, credenciada por uma suposta influência sobre o povo e com absoluta confiança em seu poderio; sendo suficientemente numerosa para perceber as tendências que atuam sobre a massa, mas não tanto que se torne incapaz de perseguir os objetivos de suas ambições, utilizando os meios prescritos pela razão – é contra os abusos deste legislativo que o povo deve orientar suas suspeitas e concentrar todas as suas precauções.” (p. 308) “[...] Mas não é tudo somente o Legislativo tem acesso ao bolso do povo e, em algumas Constituições, inteira liberdade a esse respeito, sendo que em todas desfruta privilegiada influência sobre as remunerações dos funcionários lotados em outros ramos do poder, acentuando uma dependência de parte destes, que ainda torna mais fácil as usurpações daquele.” (p. 308).

Para concluir, no Federalista n° 49, afirmam que: “Uma vez que o povo é a única fonte legítima do poder, sendo dele que provém a Carta Constitucional, segundo a qual se distribuem os poderes dos diferentes ramos do governo, parece perfeitamente consoante com a teoria republicana recorrer-se à mesma autoridade original, não apenas quando for necessário ampliar, reduzir ou remodelar os poderes do governo, mas também sempre que qualquer dos três ramos possa invadir as atribuições legais dos outros.” (p. 313). “Há certamente uma grande força neste argumento e deve ser considerado para provar que, em determinadas e extraordinárias circunstâncias, é necessário que seja previsto e mantido aberto um caminho constitucional para a decisão do povo.” (p. 314). (HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2005).

²⁵⁰ BVerfGE 33, 303 (334); e ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 247.

²⁵¹ Por outro lado, não há qualquer ordem constitucional no sentido de que, para cada candidato, em qualquer época e local de estudo à sua escolha, os custosos investimentos em educação superior sejam orientados exclusivamente em função da demanda pelos flutuantes e por diversos fatores individuais. Isso conduziria a uma outra falsa

Lopes OLSEN que o Estado alemão estava fazendo ou tinha feito tudo que estava ao seu alcance a fim de tornar o ensino superior acessível. Exigir mais, para o fim de satisfação *individual* de cada cidadão, obrigando o Estado a negligenciar outros programas sociais, ou mesmo comprometer suas políticas públicas, não se mostrava razoável.²⁵²

Na sequência, em 1973, o Tribunal Constitucional alemão, na decisão BVerfGE 35, 79, novamente decidiu no mesmo sentido do precedente anterior.²⁵³ Esse caso estava relacionado à participação de diversos setores do mundo universitário em órgãos colegiados das universidades e à sujeição de tais direitos à reserva do possível, compreendida como o que se revela razoável ao que o indivíduo espera da sociedade.

Essa segunda decisão procurou dar racionalidade e proporcionalidade às demandas individuais em face da sociedade, também procurou não estender demais direitos subjetivos com base no princípio da igualdade e no Estado Social. Naquele contexto social, as demandas individuais pleiteando prestações chegavam quase à exaustão. O tribunal alemão buscava, por meio dessas decisões, limitar, de alguma forma, esses pedidos individuais e determinar o exato papel de um Estado Social enquanto responsável pelo compromisso social com os direitos fundamentais e seu principal concretizador.

Em 1977, chegou ao tribunal alemão o precedente BVergGE 43, 291, o chamado “*numerus clausus IP*”. A corte deveria decidir se o art. 32, § 3º, item 1, alínea 6, da *Hochschulrahmengesetz*, de 26/02/1976 (HRG), ou Lei sobre o ensino superior, seria compatível com a Lei de Bonn. Também deveria decidir se eram constitucionais a parte A, nº 3.2, primeira frase do anexo do acordo acerca da distribuição de vagas de estudos, de 20/10/1972, em conjunto com o art. 12, § 3º, do tratado do Estado, e as decisões de aprovação dos parlamentos dos estados.²⁵⁴

concepção da liberdade, na qual seria desconsiderado que a liberdade pessoal não pode ser dissociada da função da capacidade e do equilíbrio do conjunto, permitindo realizar uma conexão ilimitada da compreensão dos direitos subjetivos em detrimento da coletividade, a qual é incompatível com a ideia de Estado Social.

²⁵² OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais, efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 232.

²⁵³ BVerfGE 43, 291 apud SCHWABE Jürgen. Op. cit.

²⁵⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional na república federal da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 237; ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 515; e BVerfGE 43, 291.

Novamente, o problema era a regulamentação do ensino superior e suas condições de acesso, como adotar cotas para selecionar candidatos e, mais uma vez, o tribunal alemão firmou a mesma concepção acerca das obrigações estatais encaradas dentro do Estado Social de forma racional.

A decisão consignou que a Lei Fundamental garante o direito à livre escolha da profissão e do local de formação em conjunto com o princípio geral de igualdade; e o princípio do Estado Social decorre de uma garantia constitucional ao direito subjetivo de acordo com os requisitos de admissão para a universidade de sua escolha. O direito à escolha da profissão, embora seja abrangente, encontra limites na reserva do possível, entendida como o que os indivíduos podem racionalmente pretender com base na regulamentação legal, e – sob a condição do uso exaustivo de todas as capacidades de formação –, na prioridade constitucional de medidas anteriores à seleção do candidato.²⁵⁵

ALEXY, comentando a decisão, afirma que o tribunal partiu de um direito subjetivo vinculante *prima facie* de todo cidadão que tenha concluído o segundo grau de ingressar ao nível superior de sua livre escolha. Esse caráter *prima facie* é expresso corretamente quando diz que esse direito pertence ao seu titular “em si” e que é limitável; e que o direito, enquanto direito *prima facie*, é um direito vinculante e que não tem, por exemplo, somente um caráter programático; o que se percebe, claramente, quando se afirma que o direito não pode “depender, para sua validade normativa, do maior ou menor grau de suas possibilidades de realização”. Mas a propriedade de direito vinculante *prima facie* significa que a cláusula restritiva de tal direito, a “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”, não tem como consequência a ineficácia do direito, mas significa simplesmente a necessidade de ponderação pelo Estado desse direito para sua realização.²⁵⁶

A formulação da teoria como limites à concretização de direitos sociais prestacionais encontra fonte nessas três decisões alemãs. Mesmo sucinta a análise dos julgados do tribunal alemão, é suficiente para comparar com o entendimento da jurisprudência brasileira da teoria e suscitar o problema da reserva do possível como

²⁵⁵ BVerfGE 43, 291.

²⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 511-519.

limite legítimo aos direitos fundamentais, sendo assim considerada como critério válido de ponderação de interesses.

3.2 RECEPÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As decisões alemãs se tornaram emblemáticas, o que fez a teoria influenciar posteriormente outras ordens jurídicas,²⁵⁷ inclusive a brasileira, como se verifica com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, de relatoria do ministro Celso de Mello, que foi promovida contra o veto do presidente da República, incidente sobre o § 2º, do art. 55, da proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias, convertida, posteriormente, na Lei nº 10.707/2003, destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da Lei Orçamentária de 2004. O dispositivo vetado possuía o seguinte conteúdo material: “§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.”

Em síntese, a inicial da ADPF sustentou que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC nº 29/2000, promulgada justamente para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. No entanto, o presidente da República, logo após o veto parcial questionado, remeteu ao Congresso Nacional novo projeto de lei que foi transformado na Lei nº 10.777/2003. O projeto restaurou a integralidade do texto vetado, ainda a tempo de ser aplicado na criação da Lei Orçamentária Anual de 2004. Assim, suprimiu-se o motivo do ajuizamento da ação constitucional. A partir daí, o ministro Celso de Mello chama a atenção aos seguintes pontos: (i) 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

²⁵⁷ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica...*, p. 408.

governamental; (ii) a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal; (iii) considerações em torno da cláusula da reserva do possível; e (iv) a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial.

Foi reconhecida a ADPF como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando previstas na Constituição, tal como ocorre no caso da EC nº 29/2000, quando estas venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Carta Política. Ao qualificar a ADPF como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, o ministro automaticamente reconheceu a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

A partir dessa ADPF, tornou-se possível pleitear-se, no Supremo Tribunal Federal, a implementação de políticas públicas não respeitadas pelo Poder Executivo. Todavia, é preciso esclarecer que, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas do Supremo Tribunal Federal, não se incluem as atribuições de formular e de implementar políticas públicas. Somente, de forma excepcional, tal atribuição recairá à nossa Suprema Corte, como consignou o ministro na decisão: “os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.”²⁵⁸

O grande mérito da ADPF nº 45 foi afastar a questão de uma possível violação ao princípio da separação dos poderes, permitindo a intervenção do Judiciário. O ministro Celso de Mello, considerando a dimensão política da jurisdição constitucional, entendeu que a corte não poderia se omitir de efetivar direitos sociais, sob pena de restar comprometida a integridade e a eficácia da própria Constituição, motivada pela inércia governamental.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 345**, Brasília, DF, 26 a 30 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5,²⁵⁹ em 2005, o ministro Celso de Mello, especificamente sobre o direito à educação, estabeleceu que tal direito não se expõe em seu processo de concretização à avaliação meramente discricionária da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Fundamenta o seu voto com a doutrina de Celso LAFER, ligando os direitos sociais diretamente à concretização da dignidade da pessoa humana.²⁶⁰

O ministro não ignora que direitos econômicos e sociais, além de se caracterizarem pela sua concretização gradual, envolvem sempre uma reserva financeira estatal, mas a impossibilidade econômica deve ser objetivamente comprovada e não somente alegada pelos entes federativos, sob pena de comprometer a eficácia de direitos constitucionalmente previstos. Assim, entende que o Estado não pode dolosamente se omitir de efetivar a Constituição Federal com base na teoria da reserva do possível.

Muito embora a realização da maioria dos direitos sociais enseje uma margem discricionária de atuação estatal, a simples alegação de conveniência e oportunidade do administrador público, ou de argumentos de natureza política e econômica, para o Supremo Tribunal Federal, também está vinculada à Constituição Federal.

Em 2007, o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 566.471,²⁶¹ cujo relator foi o ministro Marco Aurélio, reconheceu repercussão geral em questão relativa a fornecimento de medicamento de alto custo pelo Estado.²⁶²

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no RE nº 410.715-5 SP**, Rel. Min. Celso de Mello, São Paulo, SP, 22 de novembro de 2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

²⁶⁰ “[...] É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo ‘welfare-state’, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – tem como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governante e governado, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a sua complementaridade, na perspectiva ‘ex parte populi’, entre os direitos de primeira e se segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos direitos eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômicos-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo.” (LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 130-131).

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em RE nº 566.471-6 RN**, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 24 out. 2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499864>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

Caso mais recente é o da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175,²⁶³ julgado em março de 2010, no qual se discutiu sinteticamente a responsabilidade estatal em fornecer medicamentos, no qual o ministro invocou a tese de CANARIS de proibição de proteção insuficiente.²⁶⁴

Entendeu o ministro que o direito público subjetivo à saúde é assegurado mediante políticas públicas, trazendo consigo o binômio: razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado, pois ausente qualquer um desses elementos não se caracteriza a possibilidade estatal de realização prática dos direitos sociais, nos mesmos moldes do entendimento do ministro Celso de Mello na ADPF nº 45 de 2004.

Em seguida, o ministro ponderou acerca da eficácia dos direitos sociais no Brasil, e concluiu que os problemas de eficácia se devem mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas já existentes – problema que passa pelo orçamento dos entes Federativos – do que à falta de legislação específica. Ou seja, o problema não é de inexistência de políticas públicas, mas de execução das políticas já existentes por parte dos entes federados.

Em que pese a existência de severas críticas doutrinárias acerca da recepção do instituto como mera importação sem a devida adequação ao contexto social brasileiro, sem a cautela com a manutenção de sua originalidade, como adverte Andreas Joachim KRELL,²⁶⁵ o instituto foi aceito pelos tribunais brasileiros, todavia a jurisprudência nacional, talvez pelas condições no país, deu ênfase ao aspecto econômico da teoria. Ou seja, a eficácia dos direitos sociais esbarram necessariamente no problema da escassez ou dos custos dos direitos, incorrendo, portanto, em uma limitação fática para a

²⁶² Também em 2007, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768 de 2007, Carmen Lúcia discutia a constitucionalidade do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), que estabelecia a gratuidade do transporte público aos maiores de 65 anos. Em seus argumentos, a ministra entendeu que direitos fundamentais, independentemente da geração a que pertençam, têm aplicabilidade imediata. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn nº 3.768-4 DF**. Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, 19 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada 175 CE**. Tribunal Pleno, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, Brasília, DF, 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

²⁶⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts. **JuS**, 1989, p. 161.

²⁶⁵ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 51.

satisfação do direito prestacional.²⁶⁶ Nesse sentido, OLSEN observou que, ao que parece, a preocupação original com a proporcionalidade e a razoabilidade cedeu lugar à disponibilidade de recursos financeiros, à teoria dos custos dos direitos.²⁶⁷

No Brasil, portanto, a base da teoria é constituída por argumentos referentes à reserva de orçamento e, sobre tal aspecto, pela incumbência constitucionalmente destinada ao legislador de dispor as verbas orçamentárias. Afastou-se, pois, do teor originário do conteúdo da reserva do possível, que é considerado como aquilo que é razoavelmente concebível como prestação social devida em decorrência da interpretação dos direitos fundamentais.

Também deixaram de ser observadas no contexto brasileiro as bases de direito positivo em que se baseou a teoria. Sabe-se que a Constituição alemã não contém um catálogo de direitos fundamentais, a exemplo da brasileira, ao contrário, lá todos os direitos decorrem do primeiro artigo que consagra o princípio de um Estado Social.²⁶⁸ Mesmo não sendo fiel à decisão original, a recepção da alegação de insuficiência de recursos faz parte da realidade brasileira, resta, no entanto, verificar se existe respaldo para sua adoção.

3.3 CONCEPÇÕES DA TEORIA: A RESERVA DO POSSÍVEL FÁTICA E A RESERVA DO POSSÍVEL JURÍDICA

O conceito originário de reserva do possível consiste no limite imposto pela razoabilidade, o que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade. Suas derivações são as teorias clássicas limitativas da eficácia das normas constitucionais e de direitos fundamentais sociais,²⁶⁹ com base no estabelecimento de um parâmetro de escassez a ser utilizado real ou economicamente, ou ficta ou juridicamente, que se aproxima do aspecto econômico da limitação que foi enfatizado pela jurisprudência

²⁶⁶ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica...*, p. 219.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 147

²⁶⁸ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 179.

²⁶⁹ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica...*, p. 215.

pátria, como se verificou no item anterior. Necessário se faz um breve aporte acerca do fenômeno da escassez.

Flávio GALDINO adentra no tema da escassez de recursos, da colisão de direitos e das escolhas trágicas da sociedade. Explica que os recursos são limitados e os bens existentes são limitados e insuficientes para atender a todos os que deles necessitam; as necessidades no sentido econômico e não no sentido filosófico. Bem no sentido econômico, para GALDINO, é qualquer coisa que material ou imaterial seja capaz de atender às necessidades humanas. Sob a ótica da escassez, os bens no sentido econômico são divididos em: (i) livres: aqueles bens sobre os quais a escassez não projeta seus efeitos e (ii) econômicos: são bens dotados de utilidade e que sofrem os efeitos da escassez de recursos.²⁷⁰

A classificação é marcada pela característica da transitoriedade, pois em alguns momentos um bem pode ser escasso e em outros não, depende do momento histórico e econômico sob análise. O cerne das atuais teorias da justiça é estudar a distribuição dos bens e recursos entre os homens e os conflitos que a escassez gera. O conceito econômico de bens não coincide com o conceito jurídico (que divide os bens conforme a titularidade entre públicos e privados). Assim, havendo escassez de recursos, surgirá o conflito intersubjetivo em torno dos bens que são escassos para a alocação de recursos. O conflito pode ser resolvido por meio da ponderação dos princípios envolvidos, aqui sempre haverá a opção política que implicará o sacrifício de algum direito, sendo esta, de acordo com GALDINO, uma escolha trágica.

A escassez de recursos, conforme Guido CALABRESI e Philip BOBBIT, impede a realização completa dos objetivos sociais e impõe o sacrifício de outros por mais imprescindíveis que sejam. Nisso consistem as “escolhas trágicas”. Essas escolhas por óbvio têm conteúdo ético e político. Aqui fica claro o sentido da expressão *trade-off*, que significa, no nível orçamentário, que uma vez que a escolha política foi para determinada política pública dentro daquele orçamento, nunca mais aquela verba será

²⁷⁰ GALDINO, Flávio. **Introdução...**, p. 155-156.

destinada a outra política; então, sim, este é o sentido da “escolha trágica. O Estado faz essas opções dramáticas.”²⁷¹

O papel da economia consiste em orientar a gestão da coisa pública, do dinheiro público. Mas não podemos falar o mesmo com relação às escolhas jurídicas, pois, de acordo com a racionalidade jurídica dominante, quando há colisões entre direitos fundamentais, ignora-se por completo a análise econômica e os *trade-offs*. Uma ação positiva por parte do Estado demanda uma análise prévia de todas as possibilidades reais e materiais para sua execução, e *a priori* os direitos de liberdade não envolveriam escolhas trágicas, enquanto os direitos sociais sim. Esta é a distinção fundamental.

Gustavo AMARAL tece considerações acerca da escassez com base nas distinções de Jonh ELSTER, que classifica o gênero escassez em três espécies: (i) natural, (ii) quase natural e (iii) artificial. A escassez natural apresenta-se quando o bem é escasso e nada há que se possa fazer para aumentar sua oferta no mercado; a quase natural acontece quando essa escassez pode ser aumentada; e a artificial acontece quando o governo decide tornar o bem acessível a todos ou não.²⁷²

A reserva do possível, se analisada como foi recebida pelo direito pátrio, ou seja, com enfoque exclusivamente na escassez econômica ou jurídica, entendida a escassez econômica como a ausência de recursos e a jurídica como impossibilidade de alocação de recursos, com base na prévia alocação da lei orçamentária para outra política, configura um limite fático aos direitos sociais, por absoluta falta de recursos econômicos. O que se pretende nesta pesquisa é analisar uma possível revisitação à teoria em sua origem enquanto limitação racional e não apenas com base na escassez financeira. Nesse sentido, procura-se evitar o “autismo economicista” que insere a eficácia dos direitos sociais somente em questões econômicas, sem a perspectiva de se promover a igualdade real e conferir relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana. O Direito brasileiro passou ao largo de questões mais profundas, ficando somente na parte rasa da teoria que é justamente a faceta do custo das políticas públicas implementadoras dos direitos sociais prestacionais.

²⁷¹ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic choices** – The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: W. W. Norton & Company, 1978, p. 19.

²⁷² AMARAL, Gustavo. Op. cit., p. 73.

A reserva do possível envolve dois aspectos: o fático e o jurídico. Por reserva do possível fática, entende-se a limitação evidente da falta de recursos financeiros, humanos ou mesmo de infraestrutura para o cumprimento do direito fundamental.²⁷³ O conceito da reserva do possível fática é baseado na escassez. Para SGARBOSSA, a escassez é um conceito econômico e se caracteriza como uma situação em que a produção máxima de um bem não satisfaz completamente todas as necessidades, pois os recursos disponíveis são limitados.²⁷⁴

A reserva do possível fática, por se basear no conceito econômico de escassez, permite que o Estado se exima de suas responsabilidades constitucionalmente impostas pela inexistência de recursos financeiros suficientes. Para OLSEN, na verdade, esse tipo de escassez significa apenas encarar a realidade com lógica,²⁷⁵ pois a concreção de determinados direitos fundamentais está associada a dados da realidade; não pode o Poder Público concretizar o que lhe é impossível.

NOVAIS, a seu turno, expõe que esse quadro é uma situação típica do Estado Social, mas a escassez não deve ser tomada por absoluta, mas sempre moderada. Assim, a reserva do possível, em sua acepção fática, implica definir prioridades ou escolhas políticas de distribuição de recursos em um cenário de escassez moderada. A escassez moderada significa na prática que sempre há dinheiro e simultaneamente existem inúmeras opções de escolha para realizar o direito fundamental.²⁷⁶ Para o autor, a presença da reserva do possível é inevitável em tais direitos para colocá-la como um fator “desqualificante” à própria natureza jusfundamental dos direitos sociais prestacionais,²⁷⁷ ou seja, é mais uma justificativa aos que negam a fundamentalidade aos direitos sociais prestacionais.²⁷⁸

²⁷³ BORGES, Tarcísio Barros. A eficácia dos direitos sociais e o princípio da reserva do possível. **Revista da Esmafe**, Escola da Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 18, 2008, p. 88.

²⁷⁴ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica...**, p. 217.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 219.

²⁷⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p. 91. Explica o autor: “Nestes termos, seja porque, na referida situação de escassez moderada, o Estado pode sempre invocar insuficiência de recursos para a prestação fática requerida, seja porque a prestação depende de opções de distribuição ou redistribuição orçamental que competem, em Estado de Direito, ao legislador democrático, isto é, a decisão política da maioria perante a qual se pretende fazer valer juridicamente o direito, o alcance jusfundamental efectivo, dos direitos sociais resulta substancialmente afectado.”

²⁷⁷ *Id.*

²⁷⁸ Também vislumbra um cenário menos estereotipado BARCELLOS: Embora a ideia de escassez de recursos possa parecer verdadeiramente assustadora, é preciso recolocá-la em seus devidos termos. Isso porque, em primeiro lugar, afora países em que os níveis de pobreza da população sejam extremos, faltando mesmo capacidade

Já a perspectiva jurídica da teoria se refere à legalidade orçamentária. O Estado não se obriga a prestações sociais se não se vinculou a tais prestações previamente no orçamento público.²⁷⁹ É a escassez decorrente da indisponibilidade jurídica. A norma jurídica que regula a alocação de recursos financeiros impossibilita a realocação de recursos ou lhes limita o valor. É a escassez que se fundamenta em uma decisão política.²⁸⁰ O Estado não tem a intenção de tornar o bem disponível para todos. Explica-se, o Poder Público deve agir conforme as políticas públicas aprovadas pelo legislador para atender às demandas constitucionais. Nesse particular aspecto, Eduardo APPIO pontua que a atividade legislativa se assenta na representatividade popular e na separação dos poderes, isso justificaria a primazia do legislador para escolher o momento e o conteúdo de políticas públicas.²⁸¹

Fala-se que a reserva do possível, em sua concepção jurídica, também tem sido aplicada em favor do princípio isonômico,²⁸² ou seja, um direito fundamental não pode ser concedido a um indivíduo, por meio de decisão judicial, em detrimento dos demais que não se socorreram ao Poder Judiciário, mas que esperam ou necessitam da mesma resposta estatal em termos de concretização de direitos fundamentais.²⁸³ Ainda sobre a igualdade, SARLET explica que, com base nesse princípio, caso o Estado tenha contemplado determinados cidadãos ou grupos de cidadãos com benefícios

contributiva, os Estados têm, em geral, uma capacidade de crédito bastante elástica, tendo em vista a possibilidade de aumento de receita. Em um curto espaço de tempo, pouco mais de um ano no caso brasileiro, a autoridade pública tem condições de incrementar suas receitas, com a majoração de tributos, por exemplo (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...**, p. 266).

²⁷⁹ Esta perspectiva relaciona-se intimamente com o capítulo 2.

²⁸⁰ Este é o entendimento de Ana Carolina Lopes OLSEN: “As escolhas alocativas revestem-se de nítido caráter político, os recursos podem ou deveriam ser realocados de diferentes maneiras no caso concreto, segundo as prioridades definidas pelos órgãos com atribuição legal para tanto.” (OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit., p. 221).

²⁸¹ APPIO, Eduardo. **Controle judicial de políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 81.

²⁸² Este foi o entendimento do Tribunal Constitucional da Alemanha: “[...] Como o Tribunal Constitucional Federal repetidas vezes enfatizou em relação ao direito fundamental de liberdade de ação (cf. BVerfGE 4,7 [15]; 8,274 [329]; 27, 344 [351]), a Grundgesetz decidiu a tensão indivíduo-coletividade na acepção de dependência da vinculação com a coletividade da pessoa (Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsbezogenheit); o indivíduo deve, por isso, tolerar aqueles limites à sua liberdade de ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa. Essa considerações são válidas principalmente no campo de participação em benefícios estatais. Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.” (SCHWABE, Jürgen. Op. cit., p.663-664).

²⁸³ BORGES, Tarcísio Barros. Op. cit., p. 88.

prestacionais, este não poderá excluir os demais.²⁸⁴ Ressalvado o posicionamento de Andreas KRELL, que defende o controle pelo Judiciário no âmbito da constitucionalidade das leis orçamentárias para conferir efetividade aos direitos sociais prestacionais. Esse autor sustenta, inclusive, o remanejamento de verbas orçamentárias de outras alocações para a efetivação de direitos fundamentais prestacionais.²⁸⁵ O controle de políticas públicas exclusivamente pelo Legislativo e excepcionalmente pelo Judiciário é a essência da teoria.

SARLET atribui à teoria uma terceira concepção, a teoria envolve o problema da proporcionalidade da prestação e também a razoabilidade no que se refere à exigibilidade da prestação. Essa concepção relaciona-se com a teoria em sua origem no Tribunal Constitucional alemão. Para SARLET, as concepções guardam um vínculo entre si para promover um equacionamento adequado constitucionalmente para que garanta o cumprimento do princípio da máxima eficácia dos direitos prestacionais.²⁸⁶

A reserva do possível jurídica é o resultado da ponderação com as regras de direito financeiro que concretizam os direitos fundamentais por meio de políticas públicas.²⁸⁷ Existindo eventual falha na previsão de tais políticas poderá, até mesmo pela reserva do possível jurídica, haver o deslocamento de verbas orçamentárias, isso teoricamente, pois se questiona se na prática a realocação de recursos financeiros de uma política para outra é orçamentariamente viável, diante de princípios como o da discriminação do orçamento público. Isso porque para possibilitar o direcionamento das verbas para outra política pública seria exigido um novo suporte infralegal, como é o caso das dotações orçamentárias suplementares. Portanto, passa ao largo do crivo do poder constitucionalmente legitimado aprovar políticas públicas por meio das peças orçamentárias: o Legislativo.

A concretização de direitos fundamentais de ordem social é uma convergência do sistema constitucional de proteção e eficácia aos direitos fundamentais com o sistema

²⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 301.

²⁸⁵ KRELL, Andreas. Op. cit., p. 53.

²⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 30.

²⁸⁷ ARAÚJO, Eugênio Rosa de. Op. cit., p. 34.

orçamentário, que depende da ação do Legislativo (poder que assegura que as políticas públicas sejam distribuídas de forma equânime), que é também constitucionalmente previsto. Nesse aspecto, a reserva do possível, como já se referiu anteriormente, funciona como ponto de intersecção entre os sistemas. Todavia, esse ponto de intersecção pode ou não se mostrar legítimo ou em conformidade com o sistema constitucional que serve de apoio ao Estado Social e Democrático de Direito, como pretende se mostrar adiante.

Contrariamente ao entendimento exposto aqui, Marco Aurélio NOGUEIRA entende que, como os direitos sociais prestacionais constituem importantes conquistas do movimento democrático e de lutas sociais nos séculos XIX e XX,²⁸⁸ estes acabam na dependência da vontade política dos governantes, o que gera a defasagem entre a norma constitucional e a efetiva aplicação. Os direitos sociais trazem em si implicitamente a necessidade de aporte excessivo de recursos, mas devem ser afastados da noção de “item no orçamento público” ou como opção de política financeira. Encarar os direitos fundamentais como mero item do orçamento público os torna dependentes do mercado e os retira da proteção do Estado, banalizando-os; perdem, assim, o seu valor imputado pela Constituição Federal.²⁸⁹ Por outro lado, os colocar como item no orçamento materializado por meio de políticas públicas apenas torna a prática de concretização mais viável e dificulta a alegação da teoria da reserva do possível no âmbito processual. Os direitos fundamentais dificilmente serão concretizados longe de um sistema financeiro e orçamentário coerente, a falta de coesão nesse sistema implica a viabilidade de argumentos, como a reserva do possível fática, conforme lecionam HOLMES e SUNSTEIN.

A teoria da reserva do possível já foi tratada como falácia liberal em um Estado Social. A implementação de direitos sociais violentaria os direitos que constituem o núcleo do Estado liberal, quais sejam: as liberdades individuais e a propriedade privada; então como argumento para a não implementação utiliza-se a reserva do possível.²⁹⁰

²⁸⁸ NOGUEIRA, Marco Aurélio. Op. cit., p. 16-17.

²⁸⁹ Ibid., p. 23.

²⁹⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 115.

Nessa concepção, o mínimo existencial consiste apenas em uma minimização da teoria da reserva do possível,²⁹¹ ou seja, a mesma teoria, com outra roupagem; a reserva justifica a não implementação por ausência de recursos. O mínimo existencial seria a reserva do possível mitigada, o Estado cumpre com tais deveres apenas na dimensão mais básica, correspondendo à dignidade da pessoa humana.²⁹² Para o argumento neoliberal, os direitos prestacionais não passam de promessas vazias, conferindo-lhes um caráter atentatório às liberdades individuais, afastando-se da noção aqui encampada de direitos sociais assumidos como valores e compromisso estatal.

Verifica-se, portanto, que a reserva do possível fática é tida como óbice insuperável à concretização de direitos fundamentais, enquanto que a reserva do possível jurídica ainda pode ser revista pelo Judiciário, como nos casos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que admite a alteração na alocação de recursos; e também pelo Executivo no momento em que se vislumbram as dotações orçamentárias complementares.

As situações que se apresentam constituem espécies do mesmo gênero, “a reserva do possível”, ora se apresentam como limite fático, ora como restrição jurídica, ambas baseadas no gasto racional do Estado. Todavia, sempre, seja qual aspecto seja enfatizado, constitui uma teoria que busca restringir ou negar a eficácia de normas constitucionais que consagram direitos fundamentais. Essa restrição pode ser considerada válida ou não, desde que se enfrentem as teorias que procuram justificar as restrições aos direitos fundamentais e se enquadre em uma delas, como adiante se pretende fazer.

Ana Lúcia Pretto PEREIRA aponta também uma concepção política da reserva do possível. Para a autora, com apoio em BARCELLOS, conforme os dispositivos constitucionais estabelecem as metas fundamentais, que seriam a igualdade material e a

²⁹¹ Vicente de Paulo BARRETO assim consignou: “Neste contexto, ganha relevância o debate entre constitucionalistas brasileiros sobre o conceito de mínimo existencial. Inspirada na doutrina e na jurisprudência constitucional alemã, o mínimo existencial pretende atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público, que seria obrigado a garantir uma existência mínima digna a todos os cidadãos. Em nenhum momento, pode-se entretanto, determinar em que reside esse mínimo existencial, caindo-se assim, no argumento do voluntarismo, onde o mínimo para a vida humana fica a depender da vontade do governante. Essa teoria, por sua imprecisão básica, tem servido de justificativa para interpretar a aplicação dos direitos sociais de forma restritiva, esvaziando a sua amplitude e magnitude.” (BARRETO, Vicente de Paulo. Op. cit., p. 122).

²⁹² Ibid., p. 116.

promoção da dignidade da pessoa humana, as despesas públicas entram em cena justamente para satisfazer essas metas fundamentais, como inclusive já foi afirmado em capítulo anterior deste trabalho. O texto constitucional estabelece o que deve ser feito, o como fazer é decisão de natureza política.²⁹³

Este é o sentido das ponderações de CLÈVE:

O que já está definido (está-se a referir aos direitos, princípios e objetivos). O como (como satisfazer os direitos, princípios e objetivos fundamentais), esta, sim, é matéria residente no âmbito de decisão de natureza política. Alguns buscarão técnicas com determinada fisionomia, outros preferirão mecanismos dotados de natureza diversa. Mais intervencionista ou menos intervencionista, esses mecanismos decorrem de políticas que terão como compromisso último a satisfação dos direitos fundamentais, a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil e, ao mesmo tempo, o respeito aos princípios fundamentais.²⁹⁴

Assim, os atos voltados para a concretização de direitos fundamentais não estão previamente determinados na Constituição, mas os atores executivos os vinculam aos seus objetivos. Em se tratando de escassez de recursos, a escolha política deve ser racional.²⁹⁵ Explica-se, as necessidades existem, mas não há como atender a todas ao mesmo tempo diante da escassez, o que evidencia a necessidade de se imputar a eficácia progressiva aos direitos prestacionais. O aspecto da reserva do possível como decisão política resta evidenciado, pois a decisão a ser tomada exige o estabelecimento de prioridades e a utilização de critérios que mudarão caso a caso.²⁹⁶ São as escolhas trágicas a que se referiu AMARAL.²⁹⁷

A escolha não se confunde com a ausência de recursos, mas implica necessariamente que foram realocados para outra política pública, cuja decisão política julgou mais conveniente. Muitas vezes, a opção política não é gastar com os direitos sociais e a frustração de tais direitos decorre não da exaustão do orçamento público

²⁹³ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira**: entre constitucionalismo e democracia. 2009. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em:

<<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/18234/Dissertacao%20DEPOSITO.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

²⁹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit.

²⁹⁵ RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 14.

²⁹⁶ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. Op. cit., p. 51.

²⁹⁷ AMARAL, Gustavo. Op. cit.

(reserva do possível jurídica) ou da ausência absoluta de recursos financeiros (reserva do possível fática), mas da escolha prévia de não gastar com aquele direito fundamental.

Diretamente relacionada com a escassez de recursos, ou, dito de outra forma, com a temática dos custos dos direitos, fala-se em dimensão negativa da reserva do possível. A dimensão negativa consiste na impossibilidade de satisfação de uma prestação, pois há o comprometimento na satisfação de outra prestação. Seria a ideia de colocar todos os recursos econômicos na concretização de apenas um direito prestacional oneroso, sem a possibilidade de se vislumbrar a concretização dos demais, pois o dinheiro já foi gasto.²⁹⁸

Essas considerações nos levam à conclusão de que com ou sem recursos disponíveis trata-se de uma decisão estatal a concretização de direitos fundamentais de ordem prestacional, pois, mesmo existindo recursos, as prioridades políticas podem ser outras diretamente relacionadas com a ideologia estatal e seu compromisso com direitos fundamentais. Questão esta abordada no capítulo anterior, que revela a falta de compromisso com os objetivos constitucionais e recai na parêmia de HOLMES e SUNSTEIN de que não deve ser relevante a ideologia encampada, mas, sim, um Estado responsável com a eficiência na criação de bases legislativas para o gasto público pelo Poder Executivo.

Não há na doutrina pátria acordo acerca da natureza do instituto. Para alguns, é considerada uma cláusula restritiva aos direitos fundamentais,²⁹⁹ outros a consideram como condição da realidade que tem influência na concretização de direitos fundamentais,³⁰⁰ até mesmo como nota de consistência o instituto já foi abordada³⁰¹ e como falácia neoliberal.³⁰²

²⁹⁸ KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 88.

²⁹⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 97-98.

³⁰⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit., p. 200.

³⁰¹ A expressão é de Sérgio Fernando MORO, que assim explica: “Na interpretação dessas normas, especialmente das que veiculam direitos a prestações materiais, como o direito à educação ou à saúde, o juiz deve agir com redobrada cautela. Ele não pode desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto. Por outro lado, o atendimento de determinada pretensão a prestações materiais pode esvaziar outras. Nestas hipóteses, pode-se falar no limite da “reserva do possível.”

³⁰² BARRETO, Vicente de Paulo. Op. cit., p. 120-121.

No próximo tópico adentra-se no âmago da pesquisa, qual seja, aprofundar a validade da teoria da reserva do possível enquanto restrição à concretização dos direitos fundamentais. Para tanto, faz-se necessário um aporte teórico acerca da distinção entre regras e princípios e suporte amplo e suporte restrito.

3.4 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL ENQUANTO RESTRIÇÃO VÁLIDA AOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Diante da escassez econômica, a reserva do possível é de fato um limite fático, imposto pela realidade para a concretização dos direitos, mas este é apenas um dos aspectos de que trata o instituto que quebra diante da consideração de que a escassez é um conceito moderado, como pontuou NOVAIS. Outro aspecto é a reserva do possível na sua dimensão jurídica, e justamente é a validade desta perante os valores constitucionais que se pretende afirmar ou rejeitar.

Explica-se, o conflito envolvendo direitos fundamentais pode acontecer entre os titulares de direitos, a exemplo da liberdade de imprensa e o direito à intimidade, mas também pode ocorrer entre um direito fundamental e um interesse geral.³⁰³ Mas também pode acontecer entre um direito fundamental e um interesse geral, esse interesse geral pode também ser baseado no Constituição.³⁰⁴ Tal qual o que se verifica com o conflito entre a concretização dos direitos sociais prestacionais e a austeridade das contas públicas, interesse este que tem amparo constitucional. Esse conflito é objeto de exemplo da doutrina de Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS:

Tem-se um problema, isto é uma situação de tensão (*Spannungsverhältnis*) a partir do momento em que se constata um choque de interesses entre indivíduos ou grupos que desejam ou estão tendo, ao mesmo tempo, condutas que são mutuamente exclusivas por razões fáticas: ninguém pode circular livremente nas ruas onde se realiza uma manifestação e ninguém pode receber uma prestação educacional se os recursos orçamentários foram dedicados ao atendimento de outras pessoas e direitos sociais [...] De forma esquemática, a dogmática dos direitos fundamentais tem como início e como ponto de chegada o choque de interesses causado pela concretização de direitos fundamentais.³⁰⁵

³⁰³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 131.

³⁰⁴ Id.

³⁰⁵ Ibid., p. 137.

O titular do direito prestacional encontra-se em conflito com autoridades estatais que justificam uma não realização de seu direito em lei orçamentária. O titular do direito não está impedido do exercício do direito pela conduta de outros indivíduos, mas está impedido pela omissão estatal de criar condições e estrutura que são custosas para prestar o direito adequadamente. Caracterizado o conflito, expõem Dimitri DIMOULI e Leonardo MARTINS que o papel da dogmática não consiste em solucioná-las, mas sim em analisar se as intervenções estatais que limitam direitos fundamentais com base em outros interesses gerais estão em conformidade com a Constituição ou não.³⁰⁶ Assim, um limite ou restrição pode ser constitucionalmente justificado.³⁰⁷ Pretende-se aprofundar essa análise nos itens seguintes.

3.4.1 Direitos fundamentais enquanto regras ou princípios

Antes de adentrar na possibilidade de restrição de um direito social prestacional por meio da teoria da reserva do possível, faz-se necessária uma prévia abordagem sobre a estrutura da norma de direitos fundamentais, quanto ao seu caráter de regras ou de princípios.

O início do debate acerca dos princípios é atribuído a Jean BOULANGER.³⁰⁸ O autor propôs o desenvolvimento de uma teoria dos princípios jurídicos e realizou uma distinção ainda incipiente entre princípios e regras. O enquadramento de espécies normativas que especificam direitos fundamentais em regras ou princípios é distinção que remonta ao pós-positivismo jurídico ou neoconstitucionalismo.

Casos, como o que se defronta aqui, qual seja, a utilização de uma restrição ou limite ao um direito fundamental, baseada na escassez de recursos financeiros, são considerados casos juridicamente não regulados. Nesses casos, não existe solução pronta e acabada previamente dada pelo direito e este se apresenta como indeterminado ou

³⁰⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 139.

³⁰⁷ Ibid., p. 142.

³⁰⁸ Conforme traz notícia ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Boch, 1961, p. 17.

incompleto.³⁰⁹ Para Hebert L. A. HART, a solução deve ser buscada pela criação do direito por meio do poder discricionário judicial,³¹⁰ ou seja, não existindo regulamentação legislativa acerca de um direito social, ou no caso de inadimplemento desse direito diante da escassez de recursos do Executivo, a decisão sobre sua viabilidade seria do Judiciário.

DWORKIN, inserido na categoria do pós-positivismo, entende que não há discricionariedade judicial, pois esta seria um entendimento enganoso do próprio raciocínio jurídico. Defende o autor, outro padrão para a solução de casos difíceis, seja a produção de nova regra ou a complementação da que já existe, por meio do entendimento do sistema jurídico como um sistema de princípios e não de regras.³¹¹

Assim, DWORKIN sustenta que o positivismo jurídico é um modelo de e para aplicação de “regras” que estabelece um objetivo a ser alcançado, qual seja, uma melhoria nos aspectos econômico, social ou político da comunidade, enquanto o modelo de princípios consiste em um padrão cujo objetivo não é a promoção de melhorias, mas, sim, um padrão que busca promover a justiça ou equidade.³¹² Mas não se pode optar por um modelo puro de regras, nem por um modelo puro de princípios, ALEXY defende um modelo misto de regras e princípios, pois é o mais apto para a solução de controvérsias no âmbito dos direitos fundamentais,³¹³ tal qual se apresenta, aqui, a máxima concretização de direitos sociais prestacionais.

A diferença entre os dois modelos seria que “nos casos das regras, garantem-se direitos definitivos (ou impõem-se deveres ao Estado, no caso dos direitos prestacionais), ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou são impostos deveres estatais) *prima facie*”.³¹⁴

³⁰⁹ HART, Hebert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 335.

³¹⁰ Id.

³¹¹ DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 39.

³¹² A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso em nada contribui para a decisão (Id.).

³¹³ ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 136-141.

³¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...**, p. 27.

A diferenciação entre princípios e regras consiste no elemento fundamental para a compreensão das normas de direitos fundamentais sociais e a problemática da ponderação. ALEXY expõe que essa diferenciação consiste na base da teoria da fundamentação dos direitos e é chave para a solução dos seus problemas centrais, propiciando uma teoria adequada sobre a restrição, colisões, funções, bem como elemento fundamental dos direitos a prestações em sentido estrito.³¹⁵

ALEXY pontua que quando um direito é garantido por uma norma que possui a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo, logo deverá ser totalmente realizado no momento da aplicação da regra ao caso concreto. As regras exigem uma realização completa.³¹⁶ Para ALEXY, o raciocínio perdura até mesmo quando as regras têm exceções, uma vez que as exceções a uma regra devem ser tomadas como se parte da própria regra excepcionada fossem.³¹⁷ As regras, portanto, constituem-se em normas a serem satisfeitas ou não satisfeitas, faz-se exatamente o que determinam no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. De acordo com ALEXY, tem-se a colisão entre princípios e o conflito entre regras. O conflito entre regras soluciona-se por meio de uma cláusula de exceção ou de invalidade.³¹⁸ Em outras palavras, quando se está diante de uma colisão entre regras, a solução possível é a admissão de invalidade de uma das normas, aplica-se a norma considerada válida e a partir desse mecanismo constrói-se uma exceção.

No que atine aos princípios, não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. A realização é parcial, porque há uma distinção entre aquilo que é garantido como direito fundamental (ou imposto como dever ao Estado) *prima facie* e o que é garantido ou imposto definitivamente. Verificar se há a possibilidade de restrição entre o direito estabelecido *prima facie* até que seja tido como definitivo é o que se pretende.³¹⁹

Os princípios são mandamentos de otimização “que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua

³¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 85-86.

³¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...**, p. 27; e ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 91.

³¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 87.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 91-94.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 91.

satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.³²⁰ Como princípios, os direitos fundamentais sociais encontram-se submetidos com frequência à colisão com outros princípios integrantes da ordem constitucional, tal como as leis orçamentárias, evidenciando-se necessário, nesse caso, o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre eles, com base nas circunstâncias do caso concreto. Determina-se com isso qual princípio prevalece e qual cede naquele caso.

Formula ALEXY a sua “lei de colisão”, com a seguinte configuração: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência’. Por essa ‘lei’ tem-se a inexistência de relação absoluta de precedência e a sua referência a ações e situações que não são quantificáveis.”³²¹

Como exigência de que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, os princípios contêm um caráter *prima facie*, e não mandamento definitivo como as regras. Os princípios, assim, se encontram em conexão com a máxima da proporcionalidade, com suas parciais da adequação, da necessidade (escolha do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento propriamente dito). ALEXY explica que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.³²² Tal exposição é de crucial importância quando se concebe a possibilidade dos custos dos direitos serem admitidos como restrições, pois, em um primeiro momento, constituem impossibilidades fáticas, para depois, à medida que o legitimado democraticamente exercer seu crivo por meio de leis orçamentárias, passar a constituir também uma limitação jurídica.

Assim, conforme BOROWSKI, se uma norma possui o caráter de regra, não poderá ser limitada, mas se é tida como princípio, será limitável. Ou seja, um direito

³²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 93.

³²¹ *Ibid.*, p. 99.

³²² *Ibid.*, p. 118.

garantido por uma regra não pode passar pela ponderação, pois o conteúdo do direito é previamente conhecido e determinado, não há espaço para colisão. Mas o direito garantido por uma norma com o caráter de princípio admite limitações em seu conteúdo, por meio das restrições.³²³

O entendimento também é o de Luis Prieto SANCHÍS, que explica que o limite se caracteriza como algo externo ao direito, apresentando uma dupla fisionomia: antes da ponderação possui um caráter aberto, inicialmente *prima facie* e, depois da ponderação, assume caráter fechado, e, portanto, um direito definitivo.³²⁴ Nesse sentido, seria a reserva do possível parte do exercício de ponderação, ao se realizar o conteúdo dos direitos sociais prestacionais, *prima facie* e definitivo, considerando os custos que tais direitos impõem ao Estado.

A discussão sobre regras e princípios se mostra relevante, pois entender os direitos sociais prestacionais como regra leva à concepção de impossibilidade de restrição; dado o seu caráter de completude, seriam disposições absolutas. Conceber tais direitos como princípios abre o caminho para a sua restrição.³²⁵

É a partir desses pontos que se passa ao exame do suporte fático dos direitos fundamentais sociais, uma vez que são tidos pela doutrina como normas que definem princípios,³²⁶ inclusive como já se consignou no primeiro capítulo desta dissertação. Se afasta aqui do entendimento de Gustav ZAGREBELSKY de que os princípios não possuem suporte fático.³²⁷ Mesmo contidos em normas tidas como princípios, possuem os direitos fundamentais suporte fático, caso contrário nega-se a sua natureza de norma jurídica.

³²³ BOROWSKI, Martin. Op. cit., p. 42.

³²⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 221.

³²⁵ Nesse sentido: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 127; MORAES, Guilherme Peña de. **Direitos fundamentais**: conflitos e soluções. São Paulo: Labor Juris, 2000, p. 60; MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 26; e ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 281.

³²⁶ Nesse sentido: ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 86; BOROWSKI, Martin. Op. cit., p. 47-48; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...**, p. 139; e PULIDO, Carlos Bernal. **El derecho de los derechos**: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 584.

³²⁷ ZAGREBELSKY, Gustav. **El derecho dúctil**: leys, derechos y justicia. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 110-111.

3.4.2 O suporte fático dos direitos sociais prestacionais

Para a exata compreensão do suporte fático dos direitos sociais, necessário se faz uma breve explanação acerca de sua área de proteção ou âmbito de proteção. O âmbito de proteção do direito não consiste apenas nos dados normativos, mas deve guardar relação com as finalidades constitucionais e com seus valores. Como ensina CANOTILHO, significa dizer que um bem é protegido, mas esse âmbito pode sofrer intervenções desvantajosas por parte dos entes públicos ou até mesmo privados; mesmo que essas intervenções sejam lícitas, devem ser justificadas ou até mesmo limitadas.³²⁸ É justamente o que ocorre com a reserva do possível, na medida em que se trata de uma intervenção desvantajosa a um direito fundamental, mas a restrição que a reserva impõe, qual seja, a concretização de direitos prestacionais em menor medida, é ou não justificada. Ainda sobre o âmbito de proteção da norma de direito fundamental, SARLET pontua:

[...] Neste contexto, calha referir a lição de Sérvulo Correia, ao sustentar que o âmbito de proteção de um direito não resulta apenas da tipificação e dados pré-normativos, mas que guarda relação com determinadas finalidades constitucionalmente e vinculadas a determinados valores, evidenciando a complexidade do processo da identificação e mesmo em se tratando do perfil *prima facie* do direito fundamental, que ainda não leva em conta restrições legítimas.³²⁹

O autor explica que a distinção entre o âmbito de proteção e limites oferece vantagens para a operacionalidade jurídico-normativa, além de afastar o ônus de justificação de uma restrição ao intérprete.³³⁰ Rafael Naranjo de la CRUZ justifica a relevância da exatidão na definição do âmbito de proteção do direito fundamental, posto que somente com essa exatidão tem-se a noção dos conflitos de bens e direitos reconhecidos constitucionalmente.³³¹ No caso em tela, a colisão entre a concretização dos direitos sociais prestacionais e a austeridade das contas públicas impostas pelo

³²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 199-200.

³²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 390.

³³⁰ Id.

³³¹ CRUZ, Rafael Naranjo de la. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 55.

sistema orçamentário constitucional. A limitação ao direito fundamental deve ser expressa ou, no mínimo, sistemicamente autorizada pela Constituição.³³²

Definido o âmbito de proteção da norma de direito fundamental, passa-se ao exame do suporte fático. O conceito de suporte fático deita suas origens na teoria geral do direito. A norma jurídica tem uma estrutura, e, nela, há uma hipótese e uma consequência, que são separadas por um modal deôntico. Explica-se, adota-se o modelo de estrutura de norma “binada”³³³ em que são articulados logicamente dois elementos: (i) suporte fático e (ii) consequência ou efeito jurídico.

Para que se verifique a consequência, é necessário o preenchimento da hipótese, que, no mundo concreto, só se dará se ocorrer exatamente aquele evento jurídico. Assim, separam-se suporte fático em abstrato e concreto. O suporte fático abstrato está previsto na hipótese normativa, enquanto o concreto representa o evento ocorrido no mundo concreto, dos fatos ou ôntico.³³⁴

Por suporte fático abstrato, Luís Díez PICAZO define que uma realidade futura antecipadamente prefigurada trata-se de uma rede de fatos naturais e de condutas e situações. Por suporte fático concreto, tem-se a constatação de que os fatos abstratamente previstos na norma jurídica ocorreram no mundo da realidade.³³⁵ Francisco Cavalcanti Pontes de MIRANDA, por sua vez, em sintética definição, explica que o suporte fático abstrato é o que a regra jurídica prevê, e suporte fático concreto é a aparição da previsão.³³⁶

Adentrando à noção de suporte fático restrito, Friedrich MÜLLER conferiu tamanha relevância ao âmbito de proteção da norma, que construiu uma teoria para delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental, a teoria estruturante do direito.³³⁷ Essa teoria busca excluir hipóteses de colisão, que na verdade consistem em conflito

³³² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 143.

³³³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99.

³³⁴ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos fundamentais e suporte fático: notas a Virgílio Afonso da Silva. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 6, jun./dez. 2009, p.68-69.

³³⁵ PICAZO, Luís Díez. **Experiencias jurídicas y teoría del derecho**. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1993, p. 56-57.

³³⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Incidência e aplicação da lei. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Seção de Pernambuco, Recife, ano I, n. I, 1956, p. 52 e 54.

³³⁷ MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 7, 2003, p. 315-327; e MÜLLER, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid, ano 9, n. 27, p. 111-126, set./dez. 1989.

aparente. Assim, MÜLLER adota o princípio da concordância prática em detrimento ao da ponderação em situações que são aparentemente conflitivas e que não podem solucionar-se apenas com a determinação do âmbito de proteção do direito fundamental, mas em situações em que a norma não especifica o âmbito de proteção do direito fundamental. Para tanto, utiliza como critério a *especificidade*, ou seja, uma forma é específica de exercer o direito fundamental quando restar evidenciada sua conexão com o âmbito normativo, ou âmbito de proteção. Se não há proibição específica, não haveria restrições.

MÜLLER exemplifica sua teoria com o art. 5, III, 1, da Constituição alemã, que garante a liberdade artística. Para MÜLLER, mesmo que a norma garanta a liberdade artística, não garante ações como “pintura em um cruzamento entre ruas movimentadas” ou “improvisações de trombone durante a noite na rua”. O que se evidencia com o exemplo é que não se está diante de uma hipótese de colisão de direitos, mas meramente da não proteção de algumas ações pelas normas que, aparentemente, deveriam abarcá-las.³³⁸

Por isso, o que importa para a teoria do suporte fático restrito é a extensão da validade da própria norma, haja vista que os fatores externos não intervêm no seu conteúdo ou na sua extensão.

SILVA aponta que o principal predicativo do suporte fático restrito para as normas de direito fundamental é “a não-garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas”.³³⁹

Para os defensores do suporte fático restrito é possível definir o cerne de cada direito fundamental a partir da interpretação constitucional histórica e sistemática, negando-se, assim, qualquer possibilidade de colisão entre direitos.³⁴⁰

A teoria do suporte fático restrito foi rejeitada por ALEXY, que apresentou a tese do suporte fático amplo que busca incluir no âmbito de proteção do direito fundamental tudo o que está a favor de sua proteção.³⁴¹

³³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos...*, p. 34.

³³⁹ *Ibid.*, p. 32.

³⁴⁰ MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 69.

A justificativa de ALEXY, para construir a tese do suporte fático amplo, consiste no fato de que teorias restritivas não excluem por completo a necessidade da ponderação.³⁴² A teoria do suporte fático amplo insere no âmbito de proteção tudo o que está em favor de sua proteção e, com isso, levanta a necessidade de ponderação. Com o modelo de princípios, há uma indeterminação *prima facie* do conteúdo da norma, há, como diz SANCHÍS, “zonas de penumbra”, não existindo critério seguro para estabelecer quando uma situação representa restrição ao direito.³⁴³

A teoria do suporte fático amplo é aceita também por autores brasileiros, a exemplo de SILVA, que a defende sob o argumento de alargar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais ao máximo e coloca qualquer regulamentação como potencial ou real restrição. A vantagem da adoção do suporte fático amplo é que transfere o ônus argumentativo de justificar a restrição para aquele que a implementa; não impondo tal ônus nos ombros do detentor do direito subjetivo que se discute, no caso o titular ou beneficiário do direito prestacional. Assim, posições jurídicas são consideradas garantidas.³⁴⁴

O suporte fático amplo, conforme explica SILVA, não consiste em uma expressão intuitiva no âmbito dos direitos fundamentais, para delimitá-lo devem ser respondidos quatro questionamentos: (i) o que é protegido?; (ii) contra o quê?; (iii) qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer?; e (iv) o que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?³⁴⁵

No âmbito dos direitos fundamentais, a proteção circunda atos, fatos, estados ou posições jurídicas protegidas pelas normas de direitos fundamentais contra a intervenção estatal e, no caso dos direitos prestacionais, contra a falta de ação estatal.

A norma de direito fundamental procura assegurar sua proteção contra a indevida intervenção estatal e haverá consequência jurídica se o objeto de proteção descrito na norma for submetido a uma intervenção, geralmente, estatal. Daí a

³⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 322-332.

³⁴² *Ibid.*, p. 322.

³⁴³ SANCHÍS, Luis Prieto. *Op. cit.*, p. 247.

³⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...**, p. 25.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 28.

necessidade da presença da intervenção estatal na composição do suporte fático do direito fundamental.³⁴⁶

O quarto questionamento não existe na doutrina de ALEXY, é formulado por SILVA.³⁴⁷ Dizendo de outro modo, ALEXY e BOROWSKI denominam suporte fático a soma do “âmbito de proteção” e da “intervenção estatal”. A esse conjunto (âmbito de proteção + intervenção estatal) falta a chamada “fundamentação constitucional”.

Na formulação de BOROWSKI: se (APx e IEx) e não FCx, então CJx. Nessa formulação, “x” consiste em uma ação, um estado ou uma posição jurídica. Isso significa que: se “x” é algo protegido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx), se há uma ação estatal que intervém em “x” (IEx) e, ainda, se essa intervenção não é fundamentada (não FCx), então deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de “x” (CJx), que é, em geral, uma exigência de cessação da intervenção estatal.

O problema desse modelo, conforme SILVA, é que é definido o suporte fático como o conjunto: âmbito de proteção e intervenção estatal (APx e IEx). O autor afirma que, caso se entenda que suporte fático seja os elementos que, quando preenchidos, ensejam a realização do postulado normativo de direito fundamental, “é facilmente perceptível que não basta a ocorrência desses dois elementos para que a consequência jurídica de um direito de liberdade seja acionada”.³⁴⁸ Assim argumenta:

É ainda necessário que não haja fundamentação constitucional (não-FC) para a intervenção. Se houver fundamentação constitucional para a intervenção, estar-se-á diante não de uma violação, mas de uma restrição constitucional ao direito fundamental, o que impede a ativação da consequência jurídica (declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*). Por isso, parece-me mais correto definir o suporte fático não apenas como a soma do âmbito de proteção e da intervenção estatal, mas incluir nesse conceito a ausência de fundamentação constitucional.³⁴⁹

De certo, a intervenção estatal adquire perspectivas diferenciadas, intimamente relacionadas com a natureza do direito envolvido. Assim, no caso dos direitos de defesa,

³⁴⁶ MOREIRA, Alinie da Matta. Op. cit., p 61.

³⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...**, p. 30-31.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 31.

³⁴⁹ *Id.*

a intervenção estatal é mínima. Mas no caso dos direitos sociais a intervenção estatal é necessária para a sua promoção (ação prestacional).³⁵⁰

Para que a consequência jurídica aconteça, deve existir na fundamentação constitucional o dever de realizar.³⁵¹

No caso dos direitos sociais prestacionais, os quatro questionamentos devem ser reformulados para: (i) o que integra o âmbito de proteção desses direitos?; (ii) que tipo de ação estatal caracteriza uma intervenção nesse âmbito de proteção?; (iii) a intervenção estatal é fundamentada constitucionalmente?; e (iv) qual é a consequência do preenchimento do suporte fático?

No caso de direitos sociais prestacionais, os quatro questionamentos seriam assim respondidos: no primeiro, o âmbito de proteção ao direito consistirá em realizar esse direito, posto que o âmbito de proteção de um direito social é formado pelas ações do Estado que fomentam a realização do direito. No segundo, há de se consignar que a intervenção estatal corresponde a “não agir” ou a “agir de forma insuficiente”.³⁵² E, por fim, a fundamentação constitucional deixa de consistir uma ação permissiva da intervenção do Estado, de sorte a representar agora uma omissão ou uma ação insuficiente.³⁵³ A consequência é o dever de realizar a prestação.³⁵⁴

Se uma ação estatal é destinada ao fomento da efetivação de um direito social, e isso não ocorre, sem que exista fundamento constitucional, a consequência jurídica é a construção de um direito definitivo para que a ação seja realizada.³⁵⁵

Verifica-se a importância na distinção de suporte fático restrito e suporte fático amplo para a imposição de restrições aos direitos fundamentais sociais prestacionais, uma vez que a escolha por um ou outro tem efeitos na definição de como controlar as restrições aos direitos fundamentais, na fundamentação do conteúdo essencial dos

³⁵⁰ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Op. cit.

³⁵¹ Apud MOREIRA, Alinie da Matta. Op. cit., p. 63.

³⁵² O não agir ou agir de forma insuficiente é explicada por SARLET: “[...] Por outro lado, poderá o Estado frustrar seus deveres de proteção, atuando de modo insuficiente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar – hipótese, por sua vez, vinculada (ao menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 397).

³⁵³ MOREIRA, Alinie da Matta. Op. cit., p. 63.

³⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...**, p. 135.

³⁵⁵ MOREIRA, Alinie da Matta. Op. cit., p. 64.

direitos fundamentais e no embate sobre a eficácia das normas constitucionais que garantem sua aplicabilidade.³⁵⁶

Dessa forma, a teoria do suporte fático amplo preocupa-se apenas em definir o que é resguardado pela norma *prima facie*, sem isolar seu conteúdo de forma inicial e exata,³⁵⁷ pois sua demarcação será alcançada quando se estiver diante da norma definitiva.

Diante disso, a perquirição correta a se fazer é: “quais direitos a norma busca proteger *prima facie*?” Virgílio Afonso da SILVA³⁵⁸ ressalta que essa indagação deve ser respondida do seguinte modo:

[...] toda ação, estado ou posição jurídica que possua alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” de um determinado direito fundamental, deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis. A definição é propositalmente aberta, já que é justamente essa abertura que caracteriza a amplitude da proteção. Também a resposta individualizada à mesma questão – o que é protegido *prima facie*? – segue o mesmo caráter aberto.

Tomando como exemplo o art. 5º, IV, da Constituição Federal, poder-se-ia perguntar: “O que é protegido pelo direito à livre manifestação do pensamento?” A resposta, baseada no pressuposto teórico do suporte fático amplo, é que é protegida “toda e qualquer manifestação de pensamento, não importa o conteúdo (ofensivo ou não), não importa a forma, não importa o local, não importa o dia e o horário”.³⁵⁹

E, nesse ponto, não há de se falar em direitos absolutos, pois o que se delimita, nesse primeiro plano, é o âmbito de proteção *prima facie*, e que, portanto, poderá sofrer restrições futuramente, quando da conclusão daquilo que é protegido definitivamente. Nesse sentido,

a definição sustentava que, para toda ação, estado ou posição jurídica x, que seja abarcada pelo âmbito de proteção de um direito fundamental, e que tenha sofrido uma intervenção estatal não fundamentada constitucionalmente, deverá ocorrer a consequência jurídica desse direito atingido que, em geral, é a exigência da cessação da intervenção. Ocorre que é

³⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...**, p. 35.

³⁵⁷ MOREIRA, Alinie da Matta. Op. cit., p. 69.

³⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, v. 4, p. 23-51, 2006, p. 34-35.

³⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...**, p. 35.

perfeitamente possível que haja, ao mesmo tempo, uma intervenção estatal em um direito fundamental e uma fundamentação para essa intervenção. Nesses casos, fala-se em intervenção estatal fundamentada. Quando isso ocorre, não se está diante de uma violação a um direito fundamental, mas diante de uma restrição. Essa formalização ilustra bem, portanto, o caráter não-absoluto dos direitos fundamentais e a centralidade do exame da fundamentação das restrições para a dogmática dos direitos fundamentais e para a decisão final acerca de sua constitucionalidade (restrição permitida) ou inconstitucionalidade (violação).³⁶⁰

Diante de tais considerações, conclui-se que os direitos fundamentais sociais, que reclamam uma prestação do ente estatal para fomentar sua concretização, sujeitam-se a uma intervenção externa, sendo avaliada a devida fundamentação constitucional. Assim, adiante, busca-se examinar as teorias que justificam restrições aos direitos fundamentais, para verificar a possibilidade da teoria da reserva do possível ser aceita como restrição válida, se inserida nessas teorias.

3.4.3 O enquadramento da teoria da reserva do possível nas teorias interna e externa

Fixadas as premissas, passa-se ao exame das teorias que possibilitam a restrição a direitos fundamentais: a teoria interna, que considera as normas regulamentadoras dos direitos fundamentais como regras e adota o critério do suporte fático restrito; e a teoria externa, que considera as mesmas normas, ora como regras, ora como princípios, e que adota o critério do suporte fático amplo.³⁶¹ Para a tentativa de colocar a teoria da reserva do possível como uma restrição constitucionalmente justificada, por restrição justificada aos direitos fundamentais, entende-se somente o que guarda compatibilidade formal e material com o texto constitucional.³⁶²

³⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...**, p. 35.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 128.

³⁶² Nesse sentido é a lição de SARLET: “Em síntese, o que importa destacar nesta quadra, é que eventuais limitações dos direitos fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição. Sob perspectiva formal, parte-se da posição de primazia ocupada pela Constituição na estrutura do ordenamento jurídico, no sentido de que suas normas, na qualidade de decisões do poder constituinte, representam atos de vinculação fundamental-democrática que encabeçam a hierarquia normativa imanente ao sistema. No que diz com a perspectiva material, parte-se da premissa de que a Constituição, não se restringe a regulamentar formalmente uma série de competências, mas estabelece, paralelamente, uma ordem de princípios substanciais, calcados essencialmente nos valores da dignidade da pessoa humana e da proteção dos direitos fundamentais que lhe são inerentes.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 395).

Para a teoria interna, a definição dos limites ao direito fundamental parte do próprio direito fundamental, ou seja, a limitação do direito é intrínseca a esse direito; não há como se conceber o direito fundamental sem a limitação. Não há influências externas na limitação do exercício dos direitos, não há sopesamentos, pois os direitos na teoria interna possuem caráter de regra e não de princípios, portanto o seu exercício se dá na lógica do “tudo ou nada”.

Para os adeptos dessa teoria, é inadmissível a ideia de restrição a direitos fundamentais. É possível somente que o conteúdo do direito fundamental seja delimitado, isso porque para a teoria interna não há categorias distintas: a categoria do direito fundamental e a categoria de restrição desse direito. Não haveria restrição, mas um limite conceitual que é imanente ao próprio direito fundamental. NOVAIS explica que as fronteiras são reveladas a partir do próprio direito, não há a figura de uma restrição legítima, pois fora das fronteiras do direito não há direito fundamental. A legislação que vai regulamentar os direitos não os limita, não constitui sobre eles limite, mas apenas os interpreta.³⁶³ Da mesma forma, Konrad HESSE se posiciona: se as garantias são fundamentadas pela Constituição, somente a Constituição pode limitar essas garantias.³⁶⁴ O limite decorre da própria norma constitucional.³⁶⁵

Assim, no campo dos direitos sociais prestacionais, não haveria sopesamento, se adotada a teoria interna, entre qual direito será priorizado, por meio de políticas públicas, e qual direito merece ser concretizado pelo Estado, pois não há colisão entre eles, ou se aplicam ou não. A teoria interna exclui o sopesamento até mesmo na fase de planejamento, ou seja, como todos os direitos sociais prestacionais são constitucionalmente garantidos, todos, portanto, deveriam ser colocados em políticas públicas que os amparem, sem a prévia escolha política com base na impossibilidade econômica, o que beira o absurdo. Essa acepção consistiria em conferir um caráter de

³⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições...**, p. 313-314.

³⁶⁴ Cada direito fundamental encontra seu limite principalmente lá onde termina seu alcance material. “Esse limite é, uma vez, uma questão do seu ‘âmbito da norma’, isto é, daquela parte da – muitas vezes, juridicamente já moldada – ‘realidade’, que é objeto de garantia, [...] Em segundo lugar, pode ele ser uma questão da restrição por ordens normativas adicionais eventuais que estão contidas na garantia do direito fundamental mesma [...] Estes limites imanentes aos direitos fundamentais devem ser determinados por interpretação; eles são, muitas das vezes, objeto da organização do direito fundamental pelo legislador.” (HESSE, Konrad. Op. cit., p. 250).

³⁶⁵ OTTO Y PARDO, Ignacio de. **La regulación del ejercicio de los derechos y libertades**. Madrid: Cuardenos Civitas, 1988, p. 143-144.

direito absoluto aos direitos sociais prestacionais e abandonar a ideia de realização progressiva que o custo de tais direitos impõe.

Quando há a necessidade de restrição aos direitos fundamentais, a teoria interna recorre à ideia de limites imanentes, caso contrário teria que admitir que existem direitos absolutos. O que no campo das prestações materiais estatais seria problemático, pois o Estado não poderia alegar sequer a reserva do possível fática.

A teoria interna apenas declara limites que já existem previamente no âmago dos direitos fundamentais, os limites imanentes. Admitir a reserva do possível como limite imanente seria transformar uma característica própria dos direitos prestacionais, qual seja, o seu custo financeiro em limite para o seu exercício e aceitar seu déficit de garantia.

O papel do legislador para a teoria interna é somente o de conformar os direitos fundamentais, tal como previstos no texto constitucional.³⁶⁶

BOROWSKI entende que a subsunção da norma de direito fundamental no caso concreto exige que se verifique a correspondência entre o conteúdo aparente do direito e o seu conteúdo verdadeiro. Deve existir identidade entre o âmbito normativo e a realidade fática que a norma pretende disciplinar. O direito aparente não é uma posição normativa, mas uma expectativa de proteção pela norma de direito fundamental.³⁶⁷

A teoria externa partiu de preocupações com a legitimidade da intervenção das posições subjetivas dos indivíduos, relacionadas a direitos fundamentais, pelo Poder Público.³⁶⁸ Parte, também, da concepção da diferença entre direitos e restrições. Ao demonstrar a relevância dessa distinção, SILVA explica que a partir dessa diferenciação que se chega ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais que isso, à regra da proporcionalidade. De acordo com essa teoria, os direitos fundamentais são, *prima facie*, ilimitados, e, somente através da imposição de restrições, poderá ser limitado, tornando-se direitos definitivos.³⁶⁹

Paulo Gilberto Cogo LEIVAS explica desta forma:

³⁶⁶ HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003, p. 169.

³⁶⁷ BOROWSKI, Martin. Op. cit., p. 69.

³⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 268.

³⁶⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...**, p. 138-139.

Segundo a teoria externa, em um primeiro momento, indaga-se se uma determinada ação ou omissão é conteúdo de um direito *prima facie*. Reconhecido o direito *prima facie*, procede-se a uma busca de eventuais restrições a este direito como base em normas restritivas. Estas normas restritivas tanto podem ter as características de princípios como de regras. No caso de existirem normas restritivas, procede-se, então ao exame de sua proporcionalidade. Caso estas normas restritivas não sejam proporcionais, então se reconhece um direito definitivo.³⁷⁰

A reserva do possível se encaixa como limite externo ao exercício de direitos sociais prestacionais. As restrições para a teoria externa não influenciam o conteúdo do direito, no caso dos direitos sociais prestacionais, a dignidade da pessoa humana, *prima facie* o direito a uma prestação social não sofre limitação de ordem financeira. Num Estado ideal, todos os direitos sociais prestacionais seriam, além de garantidos, também exercidos (os sociais, prestados pelo Estado). Mas, nos casos concretos, a norma garante os direitos apenas *prima facie*, sofrendo limitações posteriores que constituirá o direito social prestacional em *direito definitivo*; ou seja, após sofrer a intervenção externa, qual seja, a constatação do Estado de que não há possibilidade financeira, mediante análise das leis orçamentárias, para o exercício de todos os direitos fundamentais ou que há recursos, mas já foram direcionados para outra política.

A reserva do possível, aceita como limite externo, vai influenciar externamente na escolha, na ponderação de quais direitos sociais prestacionais são mais urgentes, a fim de serem adimplidos pelo Poder Público. Nesse particular aspecto, a teoria serve como critério para uma ponderação de interesses contrapostos.

A restrição da reserva é formal, as restrições materiais são baseadas em princípios. A restrição formal é prevista na legislação infraconstitucional no caso de alocação de recursos pela lei orçamentária ou quando se constituir em situação não prevista pelo legislador, que seria a inexistência de recursos.³⁷¹

A tentativa de amoldar os direitos sociais prestacionais à teoria externa é apoiada também por Ari Ferreira QUEIROZ e Vistor França DIAS:

É a teoria externa, no entanto, que parece ter sido recebida pela Constituição de 1988. Isto, pois, ao conceber os direitos sociais como integrantes de um sistema normativo de regras e princípios, estes são passíveis de criar posições jurídicas *prima facie*, sujeitas à ponderação de bens valores, etc. [...] Para seus adeptos, a partir da concepção de um direito fundamental,

³⁷⁰ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 63.

³⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...**, p. 142-143.

este poderá criar uma posição jurídica *prima facie*, aparentemente, ilimitada, sobre a qual poderá recair, em um segundo momento uma restrição. Ao contrário do que ocorre na teoria interna, nota-se a formulação de duas categorias distintas, de um lado o direito fundamental pré-restrição, amplo, de outro, o direito definitivo, resultante da conformação do primeiro às realidades fáticas. A restrição, no entanto, deve ser fiel a dois aspectos no caso concreto: primeiro, deve ser legítima, feita pelos poderes competentes e, segundo, é fundamental que a conduta restringida se insira no conteúdo do direito original *prima facie*.³⁷²

Raquel Denize STUMM explica que o direito não é necessariamente restringível. A necessidade de restringi-lo advém das relações que o homem mantém com outros homens e com bens coletivos. Dessa forma, a restrição acontece por uma necessidade externa ao direito, que tem de compatibilizar diferentes direitos individuais e bens coletivos. A necessidade de restrição do direito é sempre *a posteriori*, pois o direito não nasce desde já limitado. Somente surge da necessidade de harmonização e conciliação com outro direito fundamental ou interesse constitucional suficientemente caracterizado e determinado.³⁷³

Assim, mesmo ausente a previsão de uma “posição mínima definitiva”, após a restrição do direito na Constituição de 1988, ao contrário da Lei Fundamental alemã e da Constituição portuguesa de 1976, que contêm previsão expressa autorizando a restrição ao direito fundamental, os direitos sociais prestacionais são absolutos e, portanto, não podem ser restringidos. Mas, sim, que podem ser limitados, desde que se preserve o seu conteúdo mínimo essencial, que, como já se defendeu no capítulo anterior, corresponde ao princípio da dignidade da pessoa humana; este seria o conteúdo que não pode ser limitado e sobre esse conteúdo há o dever de prestação do Poder Público, o mínimo existencial. Esse núcleo intangível nos direitos sociais prestacionais constitui o mínimo para a existência indispensável do indivíduo.³⁷⁴

Aceitar a reserva do possível como limite externo aos direitos sociais prestacionais de forma legítima não significa diminuir o compromisso assumido pelo

³⁷² QUEIROZ, Ari Ferreira; OLIVEIRA, Vitor França Dias. A reserva do possível como parâmetro de sindicância dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 33, n. 1, jan./jun. 2009, p. 53.

³⁷³ *Ibid.*, p. 53.

³⁷⁴ Este é o sentido da colocação de Cristina QUEIROZ: “não vemos como, em relação aos direitos fundamentais mais básicos, como o trabalho, a saúde e a educação, estes não possam ser concebidos e valorados como direitos prestacionais de natureza subjetiva naquilo que neles possa ser tido como por eminentemente ‘pessoal’, isto é, diretamente, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana na dimensão ‘individual’ e ‘social’, numa palavra, como ‘ser socialmente integrado.’” (QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 155).

Estado na concretização de direitos fundamentais; desde que não seja restringido sob o argumento da reserva do possível o conteúdo mínimo dos direitos sociais prestacionais que consiste na dignidade da pessoa humana. No entanto, significa considerar as disposições constitucionais em sua unidade e como sistema.

A restrição do direito fundamental de cunho prestacional se dá inicialmente como escolha política, ou seja, é inicialmente realizada pelo legislador ao aprovar o orçamento público que contempla políticas realizadoras de tais direitos, preservando o princípio da unidade da Constituição, isto é, deve-se compatibilizar a limitação da reserva que existe na alocação de políticas públicas na legislação orçamentária.

Posteriormente, enquanto direito subjetivo, cabe ao juiz assegurar a concretização do direito individualmente, por meio do critério da ponderação de interesses, apenas no caso de falha na previsão de políticas públicas pelo Executivo e sua aprovação pelo Legislativo.

Assim, a teoria externa permite que a reserva do possível seja considerada um limite externo legítimo para a definição do direito fundamental definitivo, desde que o seu conteúdo mínimo, aqui tido como o mínimo existencial, reste incólume.

Contrário ao posicionamento adotado aqui, NOVAIS entende que, como os custos aos direitos sociais prestacionais estão intrinsecamente ligados à sua concretização, a reserva do possível deve ser entendida como constituindo uma limitação imanente a esse tipo de direito.³⁷⁵ Todavia, não podemos enquadrar essa posição como adepta da teoria interna, pois NOVAIS não afasta da teoria interna a ponderação. A ponderação, no momento em que se define o âmbito normativo da norma definidora de direito fundamental, se traduz em uma reserva de lei geral que pode limitar os limites do direito fundamental.

Essa reserva de lei geral é considerada imanente aos direitos fundamentais. O conteúdo e os limites de cada direito fundamental só podem ser determinados com recurso a um processo de **ponderação de bens cuja responsabilidade incumbe ao legislador** encarregado de actualizar os limites imanentes que resultam da necessária integração dos direitos fundamentais no sistema escalonado de valores constitucionais. [...] Esta concepção funda-se, portanto, numa relação de imanência ou de unidade entre conteúdo e limites de um direito

³⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p. 91.

fundamental e na conseqüente inseparabilidade entre lei conformadora de conteúdo e lei delimitadora do âmbito de proteção de um direito fundamental.³⁷⁶

Os custos dos direitos seriam considerados como reserva imanente nos direitos sociais prestacionais, mas passariam pela ponderação no momento em que as políticas públicas, que se destinam à sua concretização, passassem pelo crivo do legislador ao aprovar a lei orçamentária. A lei orçamentária somente revelaria os limites já existentes na norma do direito social prestacional, que seria, na concepção de NOVAIS, a lei conformadora dos conteúdos dos direitos sociais prestacionais.

Também SGARBOSSA propõe uma hipótese de conjugação, sob o fundamento de que limites e restrições são inconfundíveis, e ao mesmo tempo são conceitos que não são excludentes. A proposta consiste em considerar a reserva do possível fática em *limite* ao direito fundamental e a reserva do possível jurídica como *restrição*. O autor procura trabalhar com a ambivalência semântica do instituto da reserva do possível. Os limites seriam as situações não abrangidas pelo âmbito normativo da norma que concebeu o direito fundamental, pois a escassez real, que impõe a reserva do possível fática, impossibilita a expectativa do suposto titular do direito subjetivo. A expectativa não é cumprida, pois não passava de uma interpretação exagerada do âmbito de proteção da norma de direito fundamental, desconsiderando a realidade financeira do Estado.³⁷⁷ Para o autor, o que existe é o direito de “tomar parte” aos procedimentos de alocação de recursos e não a alocação para outra política pública em si.

SGARBOSSA entende que a reserva do possível jurídica se submeteria à ideia de restrição; a restrição significaria uma intervenção legítima ou não no âmbito de proteção do direito fundamental. Se legítima, constitui uma restrição propriamente dita; se ilegítima, uma violação ao direito fundamental.³⁷⁸

³⁷⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições...**, p. 309.

³⁷⁷ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica...**, p. 267.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 269. Com base nas distinções entre escassez econômica e escassez econômica e escassez jurídica, e entre limites e restrições a direitos fundamentais, sustenta-se aqui que a reserva do possível, quando alegada com base em limitações jurídicas, como a lei orçamentária, configura-se como restrição a direitos fundamentais. Com efeito, a alegação de ausência de disponibilidade jurídico-financeira sobre recursos existentes, seja por força de lei orçamentária, seja em virtude de dispositivo legal que imponha padrões de austeridade fiscal, caracteriza uma situação em que a decisão alocativa consubstanciada no diploma legal implica restrição a direitos fundamentais sociais (*Ibid.*, p. 273).

Assim, as situações distinguem-se na medida em que, se no caso dos limites se pode plausivelmente afirmar que a posição ou pretensão correspectiva jamais esteve compreendida no âmbito de proteção da norma jusfundamental, na hipótese das restrições (*Schranken*) trabalha-se com posições ou pretensões que inicialmente parecem recair dentro de tal âmbito de proteção, mas que são posteriormente dele excluídas ou sofrem reduções, de modo que se pode vislumbrar a existência de restrição no âmbito de proteção.³⁷⁹

Todavia, esse entendimento, apesar de respeitável, é aqui rechaçado, pois a Constituição não prevê direitos cuja concretização seja impossível. Relembrando sempre a consideração de NOVAIS, a realidade demonstra um cenário de escassez moderada. Além disso, o alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se revestem os direitos sociais prestacionais não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu primeiro destinatário.

Certo é que os recursos são limitados, mas sua fonte não é finita, por isso invoca-se novamente a necessidade de conferir aos direitos prestacionais a eficácia progressiva. Admitindo-se, portanto, a reserva do possível jurídica como legítima restrição,³⁸⁰ que pode ser contornada pelas realocações ou pela figura das dotações orçamentárias complementares. Mas rejeita-se a reserva do possível fática ao se considerar que o cenário que a realidade impõe é o da escassez moderada de recursos financeiros. Isso afasta o entendimento dos direitos sociais prestacionais como ilusão constitucional, ou seja, considerar as disposições constitucionais como mera retórica. Nesse sentido, tem-se a lição da ADPF nº 45, em que o ministro Celso de Mello ponderou que não é lícito ao Poder Público a criação de obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – 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 existência.

³⁷⁹ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica...*, p. 270.

³⁸⁰ Nesse sentido, confira-se o entendimento de SARLET: “Além disso, há que distinguir normas que limitam bens jurídicos protegidos *prima facie* das que fundamentam a competência estatal para realizar essas limitações. Com efeito enquanto as primeiras, as limitações propriamente ditas, consistem em mandados ou proibições dirigidos aos cidadãos (titulares de direitos fundamentais), as últimas – chamadas de reservas legais – não configuram limitações na acepção mais rigorosa do termo, e sim autorizações constitucionais que fundamentam a possibilidade de o legislador restringir direitos fundamentais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...*, p. 391).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerar os direitos sociais prestacionais como direitos que foram consagrados constitucionalmente como direitos fundamentais e que, por isso, dependem do papel do Estado para que possam ser concretizados e usufruídos pelos indivíduos, é a base do entendimento de que tais direitos, muito embora diante de todas as adversidades, como o custo econômico para a sua realização, constituem um compromisso a ser perseguido pelo Estado em favor de uma sociedade como menos desigualdades.

Os direitos sociais prestacionais possuem íntima relação com o princípio da dignidade humana, com a noção kantiana de se conceber o homem como fim em si mesmo e não instrumento para os objetivos de outrem. A dignidade estabelecida como um dos fundamentos da República em nosso texto constitucional denota a importância de se colocar o Estado a serviço do indivíduo e não o contrário, notadamente no que concerne a conferir um mínimo de dignidade a todos e, assim, equipará-los, aparando arestas deixadas pela realidade que demonstra que uns vivem com mais do que outros, e estes últimos dependem da ação estatal para viver com um mínimo padrão para que a sociedade seja de fato justa. Nesse contexto, muito embora a noção de mínimo existencial seja criticada por ser um rótulo liberal, ou por ser uma noção mitigada da ideia de reserva do possível, constata-se que, se houver uma correspondência entre as noções de dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o objetivo do Estado, como se sustentou no corpo desta pesquisa, ou seja, priorizar políticas públicas para a consecução de direitos prestacionais, resta facilitado. Esse mínimo existencial impõe que cada direito social prestacional seja previamente delimitado e que, portanto, seja conhecido o conteúdo a ser adimplido pelo Estado. Nessa perspectiva, furtar-se-ia a concepção de reserva do possível, ou seja, diante dos direitos mais básicos dos indivíduos não pode ser admitida a alegação de que não há dinheiro ou a de que não há previsão orçamentária para a realização dos direitos prestacionais em sua dimensão mínima.

Os direitos prestacionais exigem prévia conformação legislativa, mas a atuação do legislador deve ser a de harmonizar os direitos e valores consagrados no texto constitucional com as restrições que os custos para a concretização desses direitos impõem, e não ser encarada como reserva legal imposta pela Constituição. Com escólio nas lições de Virgílio Afonso da SILVA, dado o caráter principiológico dos direitos fundamentais, essa situação é plenamente viável, uma vez que, no âmbito dos poderes constituídos, o Legislativo deve iniciar o processo de escolha, diante de vários interesses, muitas vezes contrapostos, de realização dos direitos e de quais direitos serão realizados pelo Estado. Esse papel do legislador se mostra até mesmo na legislação pertinente ao sistema orçamentário constitucional, que, muito embora seja de iniciativa do Executivo, deve passar pelo Legislativo. Assim, desde logo, verifica-se que a concretização dos direitos sociais prestacionais exige uma atuação de convergência entre os interesses dos poderes constituídos, de forma a alcançar a meta constitucionalmente imposta: a sua concretização, ainda que em medida progressiva.

Ressalta-se que a inércia do legislador não pode constituir óbice à concretização desses direitos. Não existindo previsão de política pública pelo Executivo e falhando o Legislativo, ao estabelecer os contornos de adimplemento da prestação social, os direitos prestacionais assumem um caráter de direito subjetivo que pode ser plenamente buscado no Judiciário com base no texto constitucional; mas se deve enfatizar que esta é situação alternativa, o ideal é que haja a concretização pela atuação do Executivo e do Legislativo e que o Judiciário somente atue na falha de concretização de políticas públicas pelos demais Poderes. Dessa forma, sempre que houver a previsão constitucional de um direito prestacional, haverá a possibilidade de uma ação judicial para que o Estado o preste. O grande problema na possibilidade de se colocar o Judiciário como concretizador de políticas públicas é que a determinação judicial passa ao largo do prévio planejamento orçamentário realizado pelo Executivo, poder constitucionalmente legitimado para exercer esse papel, e pode ensejar desequilíbrio financeiro das contas públicas. Todavia, o caráter de direito subjetivo não pode ser afastado diante de condições econômicas desfavoráveis.

Além da verificação dos papéis dos poderes constituídos para a realização de tais direitos, impõe-se vislumbrar tais direitos no sistema constitucional e diante da própria realidade, de forma que não beire a utopia. Dessa forma, muito embora consistam em um compromisso estatal a ser perseguido pelo Estado, dado o custo que tais direitos demandam para sua realização, é impossível que sejam concretizados de uma só vez. Impõe-se, portanto, a exemplo do Tribunal Constitucional da África do Sul, no julgamento do caso Grootboom, que seja imputado ao Estado uma responsabilidade de realizá-los progressivamente. Se os direitos sociais prestacionais forem tidos como mandados de otimização, estes serão cumpridos na medida do possível. A realização progressiva evita o impacto financeiro na política governamental.

Finalmente, constata-se que a existência de custos para a realização dos direitos sociais prestacionais, assim como nos direitos de defesa, não pode ser considerada um óbice para a sua realização, ao contrário, como ensinam HOLMES e SUNSTEIN, a conscientização de que os direitos representam um custo facilita a compreensão de que somente é possível lhes conferir proteção com a existência de fundos públicos. Os autores afastam o problema da concretização dos direitos prestacionais, aproximando-o da perspectiva descritiva, que significa que todos os direitos são definidos e protegidos pela lei e um Estado incapacitado não pode proteger as liberdades individuais; razão pela qual mesmo as liberdades “negativas” precisam de uma máquina estatal eficaz na supervisão do gasto público, a fim de controlar o cumprimento da lei e evitar possíveis abusos dos direitos. Essa perspectiva coloca sobre os ombros dos poderes constituídos a avaliação adequada de como escolher quais direitos têm prioridade na agenda política. Isso não significa diminuir o compromisso do Estado com a concretização de direitos fundamentais com base na escassez econômica. Os autores esclarecem que uma Constituição não pode falhar no momento de exigir da sociedade como um todo que esta arque com as políticas públicas que beneficiarão a todos por meio dos impostos. A chave para encarar os custos dos direitos e a possibilidade de realização de direitos, mesmo diante de seus custos, está no papel do Estado, ou seja, como o Estado se relaciona com as finanças públicas. O Estado que procura desprender-se de ideologias e tratar o problema de forma ética demonstra com maior clareza quais direitos deverão ser

sacrificados diante da ausência de recursos. Para os autores, as limitações financeiras são a única justificativa para que o Estado não procure adimplir com prestações sociais. Assim, uma conduta governamental responsável constitui uma ferramenta indispensável para o tratamento da questão de alocação de recursos financeiros.

A conduta responsável, que foi definida no segundo capítulo por meio das questões de planejamento e orçamento públicos, acaba por deflagrar outra questão problemática: a existência de interesses contrapostos em jogo quando se persegue a concretização de direitos fundamentais. De um lado, se a postura do Estado é responsável e existe uma confluência dos poderes constituídos, na medida em que cada um assume o papel que lhe foi designado constitucionalmente, o Executivo assume o planejamento, orçamento e gestão de políticas públicas, o Legislativo promove a aprovação das ações do Executivo, como se retratou no funcionamento do sistema orçamentário constitucional, e o Judiciário somente atuará na falha desse processo de avaliação de necessidade de políticas públicas e alocação de verbas para as políticas prioritárias. Consta-se que o esquema definido na Constituição impõe a manutenção da austeridade nas finanças públicas, interesse estatal este que se choca com a também constitucional necessidade de concretização de direitos fundamentais. A busca pela otimização das funções estatais não significa que um Poder desempenhará as funções de outro, mas que haverá uma atuação conjunta a fim de implementar políticas públicas para a prestação social. Assim, mesmo que a concretização de valores constitucionais esbarre na ideologia abraçada pelo governo, as questões ideológicas devem ser abandonadas para que as finanças públicas sejam tratadas com ética para a adequada escolha das políticas prioritárias.

Como problema central, tem-se que a concretização dos direitos encontra como limite fático a possibilidade do destinatário da norma infraconstitucional, que regulamenta a política pública, não possuir condições reais de atender às suas obrigações; sendo que, muitas vezes, esse limite fático é retratado como a escusa mais comum utilizada pelo Executivo no âmbito processual, a teoria da reserva do possível.

Em sua origem, a teoria da reserva do possível, abordada no capítulo terceiro, retrata um limite imposto pela razoabilidade, ou seja, quais prestações de natureza social

pode o indivíduo racionalmente esperar da sociedade. Salta aos olhos a responsabilidade com que o Tribunal Constitucional alemão trata os benefícios sociais, em momento algum, em nenhuma das decisões, o Poder Judiciário alemão toma para si a responsabilidade estatal de implementação de políticas públicas. De forma a não se afastar dos valores constitucionais expressos no texto constitucional alemão, afere que o ônus de concretizar direitos prestacionais por meio de políticas públicas deve sempre ser do legislador, que tem melhores condições de observar a isonomia na prestação. O tribunal afasta a questão problemática da realização de direitos fundamentais dos empecilhos econômicos e orçamentários, para estabelecer um padrão de justiça social calcado na isonomia na prestação e no princípio da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a teoria recebeu outra roupagem. Diferentemente do Tribunal Constitucional alemão, o Supremo Tribunal Federal mitiga o papel do Legislativo, mas também não se coloca como possível implementador de políticas públicas para preservar o princípio da separação dos Poderes. Muito embora tenha entendido que não pode se omitir na concretização de direitos, na falha dos demais Poderes, para manter a integridade e eficácia da Constituição Federal. Enfatiza, contudo, que tais direitos dependem da disponibilidade financeira do Estado (matéria ligada diretamente à teoria da reserva do possível), mas se apresenta como guardião da dignidade da pessoa humana, na medida em que busca preservar a integridade do mínimo existencial. Desse modo, verifica-se que a jurisprudência pátria imputou uma perspectiva mais econômica à matéria, aproximando-se das lições de HOLMES e SUNSTEIN e afastando-se da racionalidade original da teoria que foi trazida pelo Tribunal Constitucional alemão.

Não se pode dizer que a posição abordada pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões que envolvem os custos dos direitos seja equivocada, pois se justifica tendo em vista o modo como tais direitos foram concebidos constitucionalmente e as condições sociais e econômicas do Brasil. Contudo, esse posicionamento abriu margem para que a teoria da reserva do possível recebesse, entre nós, duas perspectivas: a reserva do possível fática e a reserva do possível jurídica.

A reserva do possível fática, diretamente ligada ao conceito de escassez econômica, consiste na limitação evidente da falta de recursos financeiros, humanos ou

mesmo de infraestrutura para o cumprimento da prestação social. Por sua vez, a reserva do possível jurídica fundamenta-se na noção de escassez decorrente da indisponibilidade jurídica, ou seja, não significa que não há recursos para determinada política pública de conteúdo social, mas que os recursos foram previamente, diante da constatação daquela necessidade específica, direcionados a outra política pública por meio da lei orçamentária. Embora, receba outras alcunhas, como falácia neoliberal ou como viabilização do princípio da igualdade ou ainda como decisão política, bastam as concepções jurídica e fática para constatar que se verifica da análise do texto constitucional interesses contrapostos: a manutenção da austeridade econômica das finanças públicas e a concretização de direitos fundamentais.

Para a resolução do conflito, propõe-se a utilização da teoria da reserva do possível, como critério de ponderação. Para tanto, faz-se necessária a análise de sua justificação no sistema constitucional. Para tal intento, parte-se das premissas de Robert ALEXY, que postulam que os direitos fundamentais assumem um caráter de princípios que possuem um conteúdo *prima facie*, quando dispostos no texto constitucional, que, após a necessária ponderação de interesses pelos poderes constituídos, tornam-se direitos definitivos. A reserva do possível dentro da distinção proposta por ALEXY funcionaria como um possível critério de ponderação de interesses legítimos, porém contrapostos. Todavia, para que seja adotada como critério de ponderação de interesses para determinar o conteúdo e alcance do direito social prestacional, deve ser justificada constitucionalmente. Diante disso, fez-se necessário seu enquadramento nas teorias do suporte fático amplo e na teoria externa de restrição aos direitos fundamentais.

Diante do exposto, conclui-se que a teoria da reserva do possível em sua acepção fática não pode ser aceita como uma restrição constitucionalmente justificada, diante da realidade imposta pela escassez moderada. Em outras palavras, sempre há dinheiro para as opções politicamente priorizadas. Enquanto a teoria, em sua versão jurídica, pode ser aceita como uma restrição legítima aos direitos fundamentais de ordem prestacional, ou seja, é constitucionalmente justificada diante da existência de limitações constitucionalmente impostas constituídas nas leis orçamentárias, que

previamente direcionam os recursos para a opção considerada politicamente mais relevante.

Assim, embora o texto constitucional mostre-se permeado de ideologias distintas quando protege os direitos prestacionais e impõe um sistema dinâmico entre os poderes constituídos na manutenção da austeridade econômica do Estado, no momento em que consagra o sistema constitucional orçamentário, isso não impede a conversação entre os Poderes no momento de priorização de políticas públicas. Todavia, no momento de autorizar a inclusão das políticas públicas de ordem social nas contas públicas, o Poder Legislativo mostra-se mais apto para exercer a ponderação entre os interesses divergentes (concretização de direitos fundamentais e legalidade orçamentária), pois observa melhor o princípio da igualdade no momento da prestação e tem uma visão global sobre a escassez moderada.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Chistian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editodial Trota, 2004.

ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of Souf Africa. **Case CCT 32/97**. Disponível em: <http://www.escri-net.org/usr_doc/Soobramoney_Decision.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2012.

ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Alamedina: Coimbra, 2009.

ANDRADE, Nilton de Aquino. Lei orçamentária (LOA) e os conceitos básicos para a sua elaboração. In: AGUILAR, Adélia Martins de et al. (Orgs.). **Planejamento governamental de municípios: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual**. São Paulo: Atlas, 2006.

ANSUATÈGUI, Francisco Javier. Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales. **Madrid Asociación de Revistas Culturales de España**, sistema n. 158, Septiembre, 2000.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial de políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARANGO, Rafael. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **O princípio da reserva do possível e ponderação com regras a ele pertinentes: viagem na irrealidade do cotidiano financeiro**. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, n. 15, nov. 2005.

ASÍS, Rafael de. **Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho**. Madrid: Dykinson, 1999.

ÁTRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Claudio Ari (Coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Revista do Ministério Público n° 56, 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 3, jan./mar. 2002.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 221, p. 159, jul. 2000.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARQUER, Lorenzo Martín-Retortillo; OTTO, Ignacio Pardo. **Derechos fundamentales y Constitución**. Madrid: Civitas, 1988.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: LEITE, S. L. (Org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimação democrática. **Atualidades Jurídicas**, n. 4, p. 34-40, jan./fev. 2009.

BILCHITZ, David. **Poverty and fundamental rights**: the justification and enforcement of sócio-economic rights. New York: Oxford University Press, 2007.

BLYBERG, Ann. O caso da alocação indevida: direitos econômicos e sociais e orçamento público. **Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 6, n. 11, dez. 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. **Dialogo intorno ala Repubblica**. Roma: Editori Laterza, 2001.

BORGES, Tarcísio Barros. A eficácia dos direitos sociais e o princípio da reserva do possível. **Revista da Esmafe**, Escola da Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 18, 2008.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.

BOUVIER, Émil; JEZÈ, Gaston. La véritable notion e la loi annuelle de finances de Finance. **Revue Critique de Législation**, v. 26, 1937.

BRASIL. Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1967.

_____. Ato Complementar nº 43, de 29 de janeiro de 1969. Fixa normas para a elaboração de planos nacionais de desenvolvimento e vincula sua execução ao orçamento plurianual de investimentos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1969.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 345**, Brasília, DF, 26 a 30 de abril de 2004. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no RE nº 410.715-5 SP**, Rel. Min. Celso de Melo, São Paulo, SP, 22 de novembro de 2005. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em RE nº 566.471-6 RN**, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 24 out. 2007. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499864>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADIn nº 3.768-4 DF**. Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, 19 de setembro de 2007. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.048-1 DF**, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 14 de maio de 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542881>>. Acesso em: 2 jan. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 130**. Tribunal Pleno, Inf. STF nº 544, Rel. Min. Carlos Britto, Brasília, DF, 30 de abril de 2009. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada 175 CE**. Tribunal Pleno, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, Brasília, DF, 17 de março de

2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>.

Acesso em: 14 ago. 2011.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. O conceito de política pública em direito. In: _____ (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCHANAN, James M. **Hacienda pública**. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1968.

BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. **The calculus of consent**: logical foundations of Constitutional Democracy. Michigan: University of Michigan Press, 1965.

CABO, Carlos de. **Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional**. Barcelona: PPU, 1993. v. II.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic choices** – The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts. **JuS**, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais do Estado Moderno. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 37, 1987.

_____. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, v. 737, mar. 1997.

_____. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRUZ, Rafael Naranjo de la. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Boch, 1961.

FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: os direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCÍA, Elías Díaz. Estado de derecho y sociedad democrática. **Cuadernos para el Diálogo**, Madrid, ed. 4, 1972.

GAIER, Reinhard. Pretensões positivas contra o Estado e a reserva do possível na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Trad. Dr. Márcio Flácio. II Seminário Internacional Brasil-Alemanha Thompson Flores, **Série Cadernos do CEJ** 27, jun. 2011.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. São Paulo: Atlas, 2010.

GIAMBIAGI, Fabio. Cenários para as contas públicas: 1996/2002. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 2, p. 277-306, ago. 1996.

GONZÁLEZ, Miguel Madrid. Las políticas públicas: carácter y condiciones vinculantes. **Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial**, v. 2, n. 96, p.

197-225. Disponível em
<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/polis/cont/20001/pr/pr3.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

GUANDALINI, Giuliano. A mão que não abala o PIB. **Revista Veja**, São Paulo, ed. 2278, ano 45, n. 29, p. 70-87, 18 jul. 2012.

GUERRA FILHO, Wilis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. 2. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005.

HART, Hebert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional na república federal da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 2011.

JÈZE, Gaston. **Cours élémentaire de science des finances et de législation financière française**. Paris: Giard & Brière, 1909.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores – Kant, II).

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

KRIELE, Martin. **Libertação e iluminismo político: uma defesa da dignidade do homem**. São Paulo: Edições Loyola, 1983.

LABAND, Paul. **Le droit de l'Empire Allemand**. Paris: Giard & Brière, 1904, v. 2.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

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

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, Estado de Derecho, Constitución**. Madrid: Tecnos, 1999.

MACHADO JR., Jose Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. **A lei 4.320 comentada**. 27. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1997.

MANICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Boletim de Direito Administrativo da Editora NDJ**, n. 10, 2008.

MATIAS-PEREIRA, José. **Curso de administração pública: foco nas instituições e ações governamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTÍN, María José Corchete. **El defensor del pueblo y la protección de los derechos**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2001.

MARTIN, Claudia; RODRÍGUE-PINZÓN, Diego; GUEVARA, José Antonio. (Orgs.). **Derecho internacional de los derechos humanos**. Ciudad de Mexico: Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University; Fontamara y Universidad Iberoamericana, Programa de Derechos Humanos, 2004.

MATUS, Carlos. **Política, Planejamento & governo**. Brasília: IPEA, 1993.

MENDES, Conrado Hübner, **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado) – Departamento de ciência política da FFLCH, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Incidência e aplicação da lei. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Secção de Pernambuco, Recife, ano I, n. I, 1956.

MIRANDOLA, Giovanni Francesco Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: GRD, 1988.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Ensaio sobre a lei**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direitos fundamentais: conflitos e soluções**. São Paulo: Labor Juris, 2000.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MUSGRAVE, Richard A. **Teoria das finanças públicas**. São Paulo: Atlas, 1974.

MÜLLER, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid, ano 9, n. 27, p. 111-126, set./dez. 1989.

_____. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 7, 2003.

MYRBACH, Rheinfeld Franz von. **Précis de droit financier**. Paris: Giard & Brière, 1910.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Os direitos sociais como causas cívicas. **Saude soc.**, v. 11, n. 1, p. 15-24, 2002. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902002000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jan. 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Gastos públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVARTH, Estevão. **Manual de direito financeiro**. 5. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais, efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Genebra: 1996.

OTTO Y PARDO, Ignácio de. **La regulación del ejercicio de los derechos y libertades**. Madrid: Cuardenos Civitas, 1988.

PECES-BARBA, Gregorio M. Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política). **Cuadernos “Bartolomé de Las Casas”**, Universidad Carlos III, Madrid, n. 11, 1999.

_____. **Curso de teoría del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 1999.

_____. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**. Madrid: Editorial Dykinson, 2002.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira**: entre constitucionalismo e democracia. 2009. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/18234/Dissertacao%20DEPOSITO.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PICAZO. Luís Díez. **Experiencias jurídicas y teoría del derecho**. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1993.

PIGOU, Artur C. **A study in public finance**. London: MacMillan, 1929.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: LEITE, S. L. (Org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, p. 206-226, jul./dez. 2011.

_____. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Sur, Rev. int. direitos human**, v.1, n.1, p. 20-47, 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452004000100003>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. **El derecho de los derechos**: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universida Externado de Colobia, 2007.

QUEIROZ, Ari Ferreira; OLIVEIRA, Vitor França Dias. A reserva do possível como parâmetro de sindicância dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 33, n. 1, jan./jun. 2009.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REISSINGER, Simone. **Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2013.

REZENDE, Fernando; CUNHA, Armando (Coords.). **O orçamento público e a transição do poder**. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

ROCA, Guillermo Escobar, **Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos**. Madrid: Trama, 2005.

ROCA, Guillermo Escobar. Los derechos fundamentales y la protección de la salud. **UNED, Revista de Derecho Político**, n. 71-72, p. 113-148, 2008. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:DerechoPolitico2008-4/PDF>>. Acesso em: 29 out. 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, Rio de Janeiro, v. 4, 1999.

RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SANTOS, Clezio Saldanha. **Introdução à gestão pública**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHWABE Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Trad. Leonardo Martins. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SEM, Armartya. **The idea of justice**. Cambridge, Harvard University Press, 2009.

SEVERO, Renata Corrêa. O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais em face da Administração Pública. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, n. 112, ano 10, 2010.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Do estado-providência ao mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal**. 2009. Dissertação (Mestrado) – Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/18011/DISSERTACAO%20SGARBOSSA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 5 dez. 2012.

_____. **Crítica à teoria dos custos dos direitos, reserva do possível**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010.

SILVA, Nívia Monica da. Considerações sobre a exigibilidade dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. **De Jure: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 16, jan./jun. 2011.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, 1988.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, v. 4, p. 23-51, 2006.

_____. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Sebastião de Sant’Anna e. **Os princípios orçamentários**. Rio de Janeiro: FGV, 1962.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos fundamentais e suporte fático: notas a Virgílio Afonso da Silva. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 6, jun./dez. 2009.

SMITHIES, Arthur. Conceptual framework for the program budget. In: NOVICK, David (Org.). **Program budgeting**. 2. ed. New York: Holt, Rineart and Winston, 1969.

SOARES, Maurélio et al. O emprego da análise de balanços e métodos estatísticos na área pública: o ranking de gestão dos municípios catarinenses. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 5, out. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122011000500008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 ago 2012.

TAYLOR, C. **Philosophical Arguments**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIDIGAL, Geraldo. Fundamentos do direito financeiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1973.

YOURDON, Edward. **Análise estruturada moderna**. Tradução de Dalton Conde de Alencar, Rio de Janeiro: Campus, 1990.

WICKERI, Elisabeth. Grootboom's Legacy: Securing The Right To Access To Adequate Housing In South Africa? **Center for Human Rights and Global Justice Working Paper Economic, Social and Cultural Rights**, n. 5, 2004.

ZAGREBELSKI, Gustav. **El derecho dúctil: leys, derechos y justicia**. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008.