

O DIREITO CONSTITUCIONAL PÁTRIO: AS IMPLICAÇÕES DA UTILIZAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

THE CONSTITUTIONAL LAW PATERNAL:
IMPLICATIONS OF POSSIBLE USE OF THE
THEORY OF RESERVE FOR CONTINGENCIES

Guilherme Barbon Paulo*
Edinilson Donisete Machado**

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Graduado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha. Professor titular do Centro Universitário Eurípedes de Marília e da Universidade Estadual Norte do Paraná. E-mail: ednilson@univem.edu.br

** Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília. E-mail: gbpaulo_87@hotmail.com

Como citar: PAULO, Guilherme Barbon; MACHADO, Edinilson Donisete. O direito constitucional pátrio: as implicações da utilização da teoria da reserva do possível. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 2, p.14-38, ago. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n2p14. ISSN: 1980-511X.

Resumo: A Constituição da República do Brasil de 1988 incluiu normas valorativas e elencou extenso rol de direitos fundamentais que ampliou os limites do constitucionalismo tradicional. Entretanto, a consolidação legal das garantias basilares não é suficiente para a diminuição das desigualdades que afetam a sociedade. Nesse sentido, o artigo abordou a utilização da reserva do possível no Brasil pela pesquisa em duas esferas: a conceituação da teoria e a análise da atuação do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas elaboradas pelo Poder Executivo. O artigo examinou a partir dos

posicionamentos dissonantes os pontos positivos e negativos da aplicação da teoria no Direito pátrio e sua influência para a materialização das garantias sociais positivadas no Texto Supremo. Concluiu-se que a reserva do possível define-se pela certificação de um mínimo existencial de direitos de cumprimento obrigatório conforme o orçamento público. O Poder Judiciário auxilia na efetivação das garantias formais por meio da promulgação de sentenças que impelem a atuação do Poder Público na atenuação dos problemas sociais do país. A intervenção judicial deve respeito aos limites constitucionais, à razoabilidade e proporcionalidade e a tripartição de poderes. As referências bibliográficas utilizadas foram artigos científicos, doutrinas jurídicas e livros sobre a temática exposta.

Palavras-Chave: Direito constitucional. Neoconstitucionalismo. Mínimo existencial. Direitos fundamentais sociais

Abstract: The 1988 Brazilian Federal Constitution includes fundamental norms and principles, while also expanding its normative list of liberties and rights; thusly, enlarging the traditional boundaries of constitutionalism. Unfortunately, this important consolidation of fundamental rights and guarantees did not reduce economic and social inequalities plaguing

Brazilian society. With that in mind, this paper explores the intricacies of the contingency reserve principle present in the Brazilian legislation – firstly, analyzing from the perspective of its concept and theory to finally examining the implementation of public policies designed by the Executive branch. From dissonant positions, this paper investigates the pros and cons of applying this theory in domestic law and its influence in the materialization of social guarantees safeguarded by the Brazilian Constitution. On another note, this study concludes that the previously stated principle should be applied in accordance with existential minimum rights and the public administration's budget. It is also important to highlight that the Judiciary branch assists in the execution of formal guarantees through their decisions, which forces government administrative action, thusly mitigating Brazil's many social problems. Additionally, judicial intervention should respect constitutional limits, such as the principles of reasonableness, proportionality, and the tripartite division of powers. Scientific articles, legal doctrines and books were used as bibliographic references.

Keywords: Constitutional law. Neoconstitutionalism. Existential minimum. Fundamental social rights

INTRODUÇÃO

O artigo aborda a reserva do possível a partir da análise da concepção internacional, de sua recepção pelo ordenamento jurídico pátrio e da ação dos Poderes Públicos na efetivação do mínimo existencial. Essa materialização ocorre por meio da elaboração de leis, políticas públicas e da promulgação de sentenças que submetam os governantes ao cumprimento material dos direitos sociais formalmente garantidos.

A história constitucional do Brasil marcou-se fortemente pelo positivismo jurídico, apoiado principalmente em Hans Kelsen e a Teoria Pura do Direito, que propôs a concepção de um conjunto hierarquizado de normas, no qual as leis superiores subordinam as inferiores com o objetivo do alcance da objetividade e certeza por meio razão.

O advento da Teoria Tridimensional do Direito, de autoria do ilustre jusfilósofo Miguel Reale, contribuiu com a formação doutrinária de nosso ordenamento jurídico ao introduzir a integração entre fato, valor e norma. Essa relação possibilitou a definição do Direito como uma realidade histórico-cultural ordenada por normas conforme costumes aceitos pela sociedade. Essa conceituação é importante, pois agrega elementos sociais, éticos e morais ao conceito puro do positivismo, o que facilita a elaboração de leis conforme a condição social do país.

A promulgação da Constituição da República do Brasil em 1988 foi outro ponto de extrema importância no Direito pátrio. Sua adoção coroou a implantação do regime democrático, o fortalecimento da cidadania e a inserção contundente dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos no âmbito constitucional.

Na Constituição da República do Brasil as garantias legais se referiram às liberdades públicas e individuais, aos aspectos socioeconômicos e aos

direitos coletivos, o que contribuiu para a ampliação axiológica normativa condizente com os valores objetivados pela sociedade brasileira.

No âmbito dos direitos fundamentais sociais, a Constituição da República do Brasil prevê a existência de dispositivos formais que acautelem níveis mínimos de liberdade e igualdade real a partir das prestações positivas e negativas do Estado.

O artigo 5º, §1º determina a aplicação imediata dos direitos essenciais pelos Poderes Públicos, que agem na promulgação de leis, na execução de programas sociais e no julgamento de decisões que pressionem os governantes na efetivação das políticas públicas em prol da sociedade. O Estado atua, portanto, na garantia formal e na execução material dos direitos fundamentais com o objetivo de melhoria da qualidade de vida da sociedade.

A teoria da reserva do possível insere-se nesse contexto ao determinar ao Poder Público a obrigatoriedade de efetivação do mínimo existencial a partir de três preceitos: a disponibilidade de recursos orçamentários, a disponibilidade da atuação jurídica e a proporcionalidade da prestação. Contudo, a absorção doutrinária e jurisprudencial pelo ordenamento jurídico pátrio ocorreu de modo distorcido e ensejou a utilização errônea da teoria aos titulares dos direitos sociais. Nesta senda, é primordial a adaptação da tese à realidade do país, fundamentada na alocação e controle orçamentário estatal para a concretização dos direitos essenciais mínimos garantidos na Constituição da República do Brasil de 1988.

1 DESENVOLVIMENTO

A teoria da reserva do possível originou-se na Alemanha na década de 1970 com o propósito de aplicação dos direitos sociais conforme a

disponibilidade econômica do Estado e a realização da justiça por meio do princípio da igualdade e razoabilidade.

O principal exemplo prático foi a decisão do Tribunal Constitucional Alemão conhecida como *numerus clausus*, que se referia ao pedido de estudantes não admitidos em escolas de medicina por causa da legislação que limitava os números de vagas em cursos superiores. Os alunos fundamentaram o pedido no artigo 12 da Lei Fundamental, segundo o qual “todos os alemães tem direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação.”

O referido dispositivo constitucional afirma que o direito a liberdade profissional é amplo e confere ao indivíduo a capacidade para a escolha do local de sua formação e atuação profissional. Contudo, o Tribunal Constitucional sentenciou pela restrição das vagas a partir da alegação de que o Estado não era obrigado à prestação fora do limite razoável. Acerca da decisão, o *Bundesverfassungsgericht* estabeleceu como parâmetro a proporcionalidade da demanda individual com a capacidade financeira estatal.

Schwabe (2005, p. 664), elucida:

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.

Entende-se, portanto, que o preceito da justiça social é elemento basilar e capital da ordem jurídica germânica e as instituições jurídicas têm a função primordial de zelar pela implementação e efetivação de

medidas que corroborem os princípios inseridos em sua Carta Magna.

O Tribunal Federal Alemão adiciona importante elemento conceitual ao exprimir que a teoria da reserva do possível se relaciona com a solicitação razoável do indivíduo perante o Estado. Conforme o Tribunal, “o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas à custa da coletividade é incompatível com a idéia do Estado Social (SCHWABE, 2005, p. 664).” Compreende-se, portanto, que a teoria da reserva do possível conforme a jurisprudência e a doutrina alemã compõem-se do seguinte binômio: a razoabilidade da pretensão e a capacidade econômica do Estado de atender as demandas sociais.

Barcellos (2008, p. 261), explica:

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre finitas a serem por eles supridas. [...] significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado - e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta -, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

A citação acima é elucidativa quanto aos objetivos da teoria da reserva do possível, ao explanar sobre a existência de uma limitação material de recursos públicos para a efetivação integral dos direitos sociais.

Já Sarlet e Figueiredo (2007, p. 19) entendem que a teoria da reserva do possível fundamenta-se em três pólos principais, a saber: a disponibilidade de recursos para a concretização dos direitos fundamentais, a conexão entre os bens jurídicos e a razoabilidade da

prestação.

Temos também a vertente que exclui a natureza econômica do entendimento. Krell (2002, p. 54) expõe: o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria”. Conforme a divergência conceitual acima, se denota a existência de dúvidas acerca da definição predominante, o que dificulta melhor aplicação prática do instituto.

No Brasil, a referida teoria foi absorvida a partir de suas características econômicas, que focalizaram a questão da disponibilidade orçamentária e da reserva do financeiramente possível. Scaff (2007, p. 112) explica: “Todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral.” No contexto brasileiro, o importante é a identificação das prioridades da sociedade, posto que a Constituição da República do Brasil de 1988 estabeleceu em seu artigo 6º o seguinte: “São direitos sociais a educação, a saúde, 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”. Contudo, o referido artigo abordou os direitos fundamentais sociais genericamente, o que suscitou dúvidas para a classificação constitucional dessa espécie de garantias.

À priori, para a formulação conceitual dos direitos sociais é necessário o entendimento dogmático dos direitos fundamentais. Georg Jellinek partiu da *teoria do status*, que depreende que a qualificação do indivíduo ocorre na relação com o Estado a partir de quatro correntes: o *status* passivo, o negativo, o positivo e o da cidadania ativa. Conforme

a teoria, os direitos sociais localizam-se no polo do status positivo, pois este atribui a pessoa individual a capacidade jurídica para a utilização dos instrumentos estatais na obtenção das prestações positivas (ALEXY, 2008, p. 263).

Robert Alexy (2008, p. 419), na esteira do posicionamento de Jellinek, concebeu uma formulação geral de direitos divididos em: garantia a algo, liberdade e competência. Este modelo abrange as prestações negativas e positivas, as alternativas de escolhas pessoais e a capacidade individual de modificar sua condição jurídica na sociedade.

José Gomes Canotilho (2012, p. 543) recepcionou a teoria de Alexy e a adaptou ao direito português pela divisão em direitos originários a prestação, que correspondem aqueles diretamente depreendidos da norma constitucional, e em direitos derivados a prestações, que se relacionam a participação igual dos cidadãos conforme as capacidades estatais existentes.

Por fim, Ingo Wolfgang Sarlet apresenta o entendimento crucial de direitos fundamentais para o ordenamento jurídico pátrio. A partir de suas funções exercidas, ele os divide em dois grandes grupos: os direitos fundamentais de defesa e os direitos fundamentais a prestações, o qual se subdivide em sentido amplo (direitos de proteção, organização e procedimento) e sentido estrito (direitos materiais sociais) (SARLET, 2003, p. 174).

As definições de direitos fundamentais permitem depreender que os direitos fundamentais sociais objetivam o mínimo de igualdade formal e material, ou seja, pela elaboração de leis e atuação do poder estatal tanto no âmbito negativo, como direitos de defesa, quanto positivos, como direitos prestacionais.

Abramovich e Courtis (2003, p. 138) analisam a dimensão

negativa no direito comparado:

En sentido simétrico, los derechos sociales tampoco se agotan em obligaciones positivas: al igual que em el caso de los derechos civiles, cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos – salud, vivienda, educación, seguridade social – el Estado tiene la obligación de abtenerse de realizar conductas que los afectan.

Sarlet (1999, p. 143), destaca a atuação do Estado face às prestações positivas:

[...] de colocar a disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.

Depreende-se, portanto, que os direitos fundamentais sociais são efetivados por condutas ativas e negativas do Estado, o qual deve atuar como agente transformador da realidade social.

A postura omissiva dos entes governamentais se relaciona a não interferência nos direitos e ações previamente garantidos no texto constitucional, com o objetivo de garantir ao titular a manutenção de sua segurança jurídica. Por sua vez, a conduta positiva traduz aos Poderes Públicos a obrigação de elaborar programas públicos conforme a capacidade orçamentária do Estado.

Dessa forma, a execução dos planos sociais relaciona-se à prática financeira estatal, centrada na discricionariedade dos entes governamentais e parlamentares que organizam o orçamento público (KRELL, 2002 apud SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 18).

Krell (2002, p. 19-20), corrobora o entendimento:

Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. São os Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que aos individuais. O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme às circunstâncias, as chamadas ‘políticas sociais’ (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

Nota-se, portanto, que os direitos sociais prestacionais se relacionam com a capacidade do governo na execução das verbas públicas e no reconhecimento do mínimo existencial, ou seja, o rol de direitos de cumprimento obrigatório.

O instituto do mínimo existencial compreende o núcleo essencial de garantias mínimas a serem concretizadas pelo Estado através de prestações sociais que atendam todos os indivíduos (BERNAL PULIDO, 2007, p. 408-409). Ingo Sarlet e Figueiredo (2007, p. 33), também discorre sobre o assunto e ressalta que embora o mínimo existencial não esteja expresso na Constituição da República do Brasil de 1988, há no

artigo 170, caput, CF a garantia que assegura a todos uma vida digna conforme os ditames da justiça social.

Sarlet (2004, p. 62) conceitua o mínimo existencial como:

O conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida digna, saudável e que tem sido identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, que estaria blindado contra qualquer intervenção do Estado e da sociedade.

Compreende-se, portanto, que essas garantias constituem o âmago dos direitos basilares da sociedade, sendo concretizadas por meio de políticas públicas elaboradas e efetivadas pelo Estado.

Apesar do entendimento sobre o mínimo existencial, existem divergências acerca de sua composição, pois tais garantias essenciais dependem das condições temporais, espaciais e econômicas do território específico.

No Direito pátrio, Barcellos (2002, p. 258) expõe que o mínimo existencial contém a educação fundamental, a saúde básica, o acesso à justiça e a assistência aos desamparados, que também inclui a alimentação, o vestuário e o abrigo.

Contudo, não basta apenas o entendimento da existência do mínimo existencial e da reserva do possível, pois sua eficácia plena depende da atuação conjunta das três esferas de Poder.

Inicialmente a função pertencia ao Poder Executivo e Poder Legislativo, pois é função do legislador elaborar leis que possibilitem a transferência de recursos para as necessidades principais da sociedade enquanto ao governante cabe a função de organizar as finanças públicas

para o atendimento dos direitos fundamentais sociais e da dignidade humana.

Barcellos (2008, apud SALDANHA, 2009, p. 13) ratifica o entendimento:

[...] seja porque apenas o Legislativo e o Executivo teriam legitimidade para fixar políticas públicas; seja porque a decisão sobre onde investir e de que forma investir seja uma decisão eminentemente política e o espaço do Judiciário é jurídico e não político e finalmente porque o Judiciário não teria capacitação técnica necessária para realizá-la.

Entretanto, em razão da dificuldade de aplicação das políticas prestacionais a sociedade e das alarmantes disparidades socioeconômicas, o Poder Judiciário encontrou outras formas de atuação para auxiliar os Poderes Legislativo e Executivo na implementação dos programas sociopolíticos.

Em relação às políticas públicas, a doutrina se modificou a partir do neoconstitucionalismo, que propõe maior atuação prática dos juízes e tribunais nas outras esferas de poder.

Bonavides (2003, p. 584), elucida:

[...] a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna – separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que se entende com os direitos fundamentais e as garantias

processuais da liberdade, sob a égide do Estado social.

Entende-se, portanto, que a mudança na atuação do Poder Judiciário em face das questões sociais mais relevantes deve-se à modificação dos paradigmas em relação ao desempenho dos juízes, pois ao invés da tradicional aplicação meramente positivista e inquisitória da lei, os magistrados tornaram-se mais políticos e participativos nas questões dos direitos prestacionais.

Bittar (2005, p. 311), contribui com a seguinte citação:

Eram seus paradigmas: a distância política do magistrado; a tripartição estática de poderes; o julgamento cego conforme a lei; o formalismo procedimental; a equidistância dos juízes das partes; o impedimento de produção de provas pelo juiz, característico do chamado processo inquisitivo, entre outros. Tem-se, portanto, que considerar a necessidade de re-adequação do Poder Judiciário, para o cumprimento de suas metas, às necessidades imediata e gritantemente presentes no sentido da politização de suas funções, algo que, na prática, por vezes, já ocorre, mas que, em teoria, ainda parece ser uma idéia inaceitável”.

José Eduardo Faria (1994, p. 56) também destaca a necessidade da aproximação do Poder Judiciário com a sociedade ao ressaltar que este é o principal caminho para a diminuição do problema da ausência de eficácia plena dos direitos sociais prestacionais, tendo em vista a deficiência do Poder Executivo e Poder Legislativo em garanti-los à população.

Ao Poder Judiciário, três pontos são essenciais para a participação mais qualificada dos magistrados nas políticas públicas: a identificação

dos parâmetros de controle, a garantia de acesso à informação e a elaboração dos instrumentos de controle.

Segundo Barcellos (2007, p. 16-30), o estabelecimento dos parâmetros de controle liga-se diretamente às vinculações constitucionais existentes aos direitos sociais, enquanto que o direito a informação pode facilitar as soluções jurídicas para o bem da sociedade e os instrumentos de controle envolvem a elaboração de medidas punitivas no caso de violação das políticas tendentes a instituir os direitos sociais.

Ressalva-se, contudo, que não é papel do Poder Judiciário elaborar as políticas públicas e interferir indiscriminadamente nas funções administrativas e legislativas. Os juízes devem agir na observação e controle dos programas políticos para enquadrá-los em consonância com a Carta Magna, atuando de modo firme e condizente com o papel social que os magistrados possuem. A interferência racional e equilibrada do Poder Judiciário é saudável, pois inibe o Poder Público de utilizar erroneamente o discurso da reserva do possível para não implementar as políticas sociais devido a falta de recursos financeiros.

Barcellos (2008, p. 261), corrobora:

O debate em torno dessa questão tem sido identificado no Brasil por meio da expressão “reserva do possível” e popularizado, em boa parte, pelo empenho da administração pública em divulgá-lo e argüi-lo nas mais diversas demandas, a pretexto do sempre iminente apocalipse econômico.

Olsen (2008, p. 221-222) também expõe a distorção verificada no argumento utilizado pela administração pública ao alegar a falta da disponibilidade de recursos ao invés da razoabilidade e proporcionalidade

daquilo que se pode exigir.

Nessa linha, todo o corpo administrativo deve fundamentar suas escolhas políticas conforme suas capacidades orçamentárias. Sarlet e Figueiredo (2007, p. 32) afirmam que é função do Poder Público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.

Diante desse posicionamento, o Judiciário se depara com a necessidade de “criar o Direito” ao decidir acerca dos casos que envolvem as lacunas existentes na lei. As deliberações fundamentam-se nos preceitos teóricos do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, o que nos remete a breve relato histórico destes movimentos doutrinários no Brasil.

Primeiramente, os juristas Luis Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève defenderam a possibilidade da emancipação da dogmática centrada na Constituição da República do Brasil de 1988 realizada pelo Poder Judiciário. Em seguida, Paulo Bonavides e Eros Roberto Grau divulgaram a Teoria dos Princípios dos autores Ronald Dworkin e Robert Alexy, enfocando as discussões acerca da ponderação de interesses, proporcionalidade e eficácia dos direitos fundamentais. Destaca-se também o aprofundamento dos estudos sobre a união entre Direito, Moral e Política, enfatizando os princípios constitucionais e as peculiaridades de sua aplicação (COSTA, 2010, p. 46).

Atualmente, o neoconstitucionalismo no Brasil estrutura-se no posicionamento construtivista, racional e argumentativo e transita a passos largos para sua utilização na interpretação constitucional, o que situa o Poder Judiciário como principal ator para a ocorrência das mudanças sociais.

A adoção do neoconstitucionalismo, contudo, depende da

concretização de alguns pressupostos. Moreira (2008, p. 73-80) destaca como elementos formais a existência da presença de uma jurisdição constitucional, da força vinculante e da supremacia da Constituição. Já como requisitos materiais, ele cita a aplicação e interpretação das normas constitucionais aliadas à sua influência no campo das relações políticas.

Em suma, o neoconstitucionalismo prega a supremacia constitucional a todos os entes e esferas de Poder para o alcance eficaz da aplicação dos direitos fundamentais. O direito neoconstitucional objetiva o método interpretativo aberto e valorativo, que modifica a ação jurídica, que de *mantenedor* do *status quo*, passa a ser de *transformador* da realidade social.

O neoconstitucionalismo, apesar de conter um procedimento de interpretação que objetiva a diminuição das mazelas sociais, é observado com ressalvas por parte da doutrina. As principais críticas apontam para sua instauração, que caracteriza uma atitude antidemocrática, pois as decisões mais relevantes devem ser tomadas pelo povo ou por seus representantes eleitos e não pelos juízes.

Os críticos também defendem a evolução natural das técnicas interpretativas, sem a interferência constante do Poder Judiciário, que deve ser aliado na promoção de maior igualdade social e não como a peça chave para a resolução de todos os problemas sociais do país. Na temática da interpretação, há também aqueles que sustentam o posicionamento seguro do positivismo, que prima pela segurança jurídica, enquanto o neoconstitucionalismo objetiva a justiça material do caso concreto, fundamentando-se na ponderação (COSTA, 2010, p. 101-102).

Ao observar que a aplicação prática dos instrumentos neoconstitucionais já ocorre, devemos utilizá-los com respeito aos silogismos e às formalidades do positivismo e com o apoio do ativismo

judicial. O neoconstitucionalismo deve complementar o positivismo sem superá-lo por completo, atuando na concretização do texto constitucional em todas as esferas e colaborando com a maximização da efetividade dos direitos sociais. No campo prático, os tribunais já emitiram decisões sobre seu posicionamento nos casos envolvendo a teoria da reserva do possível, o mínimo existencial e a máxima efetivação dos direitos sociais.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45 de 2004 foi a mais importante sentença julgada no Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilidade estatal relacionada aos direitos fundamentais.

O eminente relator Ministro Celso de Mello, proferiu:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (BRASIL, 2004).

Esta decisão dispôs que o mínimo existencial compreende a ocorrência de um núcleo de direitos essenciais sempre tutelados,

sendo que os demais orbitam a reserva do possível. A sentença também estabelece que a capacidade econômica estatal não é argumento válido para a falta de ações governamentais que promovam os direitos sociais, sob o risco de infringir o princípio constitucional supremo da dignidade da pessoa humana.

O Ministro Celso de Mello também analisou o recurso impetrado pelo Ministério Público contra decisão do TJ-SP, acerca a reivindicação do acesso à educação infantil, relacionando-o com a reserva do possível.

Em sua argumentação, o Ministro expôs:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou política – 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. [...] a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando,

dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais [...] (BRASIL, 2005).

Nesta análise o Ministro corrobora o entendimento da Arguição de Preceito Fundamental nº 45 de 2004 ao relacionar a concretização dos direitos sociais à capacidade econômica do Estado, no qual este somente poderá alegar a insuficiência monetária de forma objetiva, sem a exigência imediata do asseguração das garantias constitucionais. O Poder Público, contudo, não deve utilizar a responsabilidade objetiva como justificativa para a falta de efetividade dos direitos, dado que esta argumentação enseja a nulidade das garantias constitucionalmente expressas.

Em relação ao orçamento, o Supremo Tribunal Federal compreendeu até o momento que este não é passível de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, pois as leis orçamentárias são normas gerais e abstratas, que não especificam os devedores e os beneficiários das prestações estatais. Silva (2007, p. 231-232), explica:

O orçamento, quando fixa uma despesa pública, está impondo aos agentes públicos uma obrigação de realização das políticas públicas, conferindo executoriedade e efetividade aos direitos fundamentais sociais contidos nas normas constitucionais e garantindo em abstrato as condições de pagamento a quem for necessário na concretização de tais direitos. Ora, se os direitos fundamentais sociais não podem ser exigidos antes de delimitados, como após essa delimitação eles não podem ser objeto de demanda judicial para cumprimento?

A partir da citação depreende-se que a definição do orçamento impõe ao legislador e ao governante a função de efetivação dos direitos sociais por meio de programas públicos que garantam a inclusão e a justiça em todas as áreas sociais. A falta de ação do Poder Legislativo e do Poder Executivo comprometem a responsabilidade política com a afirmação do princípio basilar da dignidade humana na sociedade e enseja a participação ativa do Poder Judiciário no sentido de viabilizar os projetos com a finalidade de materialização dos direitos fundamentais sociais.

CONCLUSÃO

A partir do exposto no artigo, entende-se que a teoria da reserva do possível suscita discussões sobre sua conceituação, aplicação e objetivos. Concluiu-se que sua origem ocorreu no direito germânico pela decisão do Tribunal Constitucional Alemão conhecida como *numerus clausus*, que abordou os paradigmas da proporcionalidade e razoabilidade da pretensão e da capacidade econômica do Estado no atendimento dos direitos sociais.

No ordenamento jurídico brasileiro, a teoria foi recepcionada na vertente econômica com a união de três fatores: a disponibilidade orçamentária, o financeiramente possível e a identificação das prioridades sociais. Entretanto, as garantias elencadas no artigo 6º, C.F. são genéricas, o que exige a complementação do entendimento dogmático para sua correta utilização.

Nesta seara, os direitos fundamentais sociais se consolidam pela atuação negativa e positiva dos entes estatais para a afirmação dos direitos de defesa e dos prestacionais. Constatou-se, portanto, que o Estado exerce

papel crucial na formalização e materialização do mínimo existencial para a garantia da dignidade e da justiça social por meio da ação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Denotou-se, também, que a omissão na elaboração de leis e programas públicos para a redução das disparidades sociais acarretou a participação real do Poder Judiciário no auxílio da concretização dos direitos formalmente garantidos.

Os organismos judiciários atuam conforme os ditames do neoconstitucionalismo, que se fundamenta na supremacia constitucional, nas técnicas interpretativas e nos métodos construtivistas e racionais. A partir destes preceitos, os magistrados e tribunais aproximam-se da sociedade e se caracterizam como agentes de transformação pelo julgamento dos casos fundados na ponderação conforme a Constituição da República do Brasil de 1988.

Ressalta, contudo, que a atuação neoconstitucional deve complementar as práticas positivistas, unindo a segurança jurídica com a busca da justiça material de modo que todos os Poderes atuem conjuntamente para a diminuição dos problemas sociais crônicos que assolam o país.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 138.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo:

Malheiros, 2008. 670 p.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 380 p.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. 572 p.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.** 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. 881 p.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. 456 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 859 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recuso extraordinário nº 410.715-5.** Relator: Ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 22 nov. 2005. Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 24**. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de distribuição: 15 out. 2003. Data de julgamento: 29 abr. 2004. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 14 jan. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2012. 1522 p.

COSTA, Ruth Barros Pettersen da. **A efetividade do mínimo existencial pelo poder judiciário, à luz do paradigma neoconstitucionalista**. 2010. 291 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2010.

FARIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 47-57, 1994.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. 120 p.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008. 239 p. (Coleção Gilmar Mendes, 7).

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008. 351 p.

SALDANHA, Ana Claudia. A interpretação constitucional dos direitos sociais e o mínimo existencial. **Revista Acadêmica da ESMP**, Fortaleza, v. 1, p. 1-15, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2004. 158 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 508 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito a saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 1, p. 171-213, out./dez. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: _____. (Org.). **O direito público em tempos de crise**: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 145-162.

SCHWABE, Jurgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão**. São Paulo: Konrad Adenauer, 2005. 1000 p.

SILVA, S.A. **Direitos Sociais: Leis Orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2007

Como citar: PAULO, Guilherme Barbon; MACHADO, Edinilson Donisete. O direito constitucional pátrio: as implicações da utilização da teoria da reserva do possível. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 2, p.14-38, ago. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n2p14. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 01/12/2015

Aprovado em: 05/06/2018