

A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE À RESERVA DO POSSÍVEL

THE GUARANTEE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN RESPECT OF THE RESERVE FOR CONTINGENCIES

Gabriela Veloso Holanda 1

Resumo: O presente trabalho tem como intuito analisar a força da utilização do argumento da reserva do possível – comumente utilizado pelo Estado para justificar o inadimplemento de deveres constitucionais impostos em razão da limitação orçamentária. Para esse estudo, será feita uma análise do princípio da proporcionalidade de Robert Alexy e do Direito como Integridade de Ronald Dworkin. Também, será feito um exame sucinto acerca da teoria dos custos dos direitos. O propósito será a busca da eficácia dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, pautados na ideia de razoabilidade das pretensões e da comprovação concreta de um limite orçamentário, quando for o caso, sem, de forma alguma, deixar de observar o mínimo existencial.

Palavras-chave: Reserva do Possível. Direitos Fundamentais. Mínimo Existencial. Políticas Públicas.

Abstract: The present work aims to analyze the strength of the use of the principle of reserve for contingencies - commonly used by the State to justify the failure to comply with constitutional duties imposed due to budget limitations. For this study, an analysis of the principle of proportionality of Robert Alexy and of Law as Integrity of Ronald Dworkin will be made. Also, a brief examination of the theory of the costs of rights will be made. The purpose will be to seek the effectiveness of the fundamental rights provided for in the Federal Constitution, based on the idea of reasonableness of the claims and the concrete proof of a budgetary limit, when applicable, without, in any way, failing to observe the existential minimum.

Keywords: Reserve for Contingencies. Fundamental Rights. Existential Minimum. Public Policy.

Introdução

A reserva do possível tem sido tema de grandes debates doutrinários e jurisprudenciais. De um lado, os defensores da intervenção judicial sustentam que os direitos fundamentais elencados no art. 6º da CRFB/88 devem ser exigidos do Estado, de modo que o Judiciário não pode deixar de satisfazê-los sob quaisquer alegações orçamentárias. De outro, os que patrocinam a ideia de que é defeso ao Judiciário implantar políticas públicas, sob os mais variados fundamentos, desde a violação ao princípio da separação dos poderes até a ausência de conhecimento técnico para optar pela melhor escolha no atendimento desses direitos.

O objetivo do presente trabalho é buscar um ponto de equilíbrio, uma tentativa de observância dos deveres constitucionalmente impostos sem desconsiderar o equilíbrio orçamentário.

A utilização da expressão “reserva do possível” ganhou relevo quando o Estado trouxe para si a responsabilidade de garantir aos indivíduos uma igualdade não apenas formal, mas também material. Isso se deu com o surgimento dos chamados direitos de segunda dimensão - sociais, culturais e econômicos, dependentes de prestações positivas¹.

Destaca-se que com a entrada em vigor da CRFB/88, os direitos fundamentais passaram a ter aplicabilidade direta e imediata ao prever que: *Art. 5º (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. A partir daí, no Brasil, o Judiciário passou a decidir, com mais frequência, questões relacionadas às políticas sociais, tais quais educação, saúde, etc.

Um breve retrospecto se faz necessário. O termo foi expresso pela primeira vez no Tribunal Constitucional Alemão em 1972, na decisão BVerfGE 33.303²: análise da constitucionalidade de leis regulamentadoras estaduais que limitavam o número de estudantes admitidos no curso de Medicina (*numerus clausus*). O condicionamento do número de estudantes teria desrespeitado a liberdade profissional assegurada na Constituição Alemã: “todos os alemães têm o direito de livremente escolher a profissão, local de trabalho e de formação profissional³. Segundo aqueles que ingressaram com a ação, não deveria haver limitação de alunos, sob pena de violação ao dispositivo citado.

A Corte Germânica, contudo, julgou não ter havido violação, pois os direitos sociais de participação em benefícios estatais se encontram sob “a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade”⁴.

O termo foi utilizado para afastar uma pretensão que fugia da razoabilidade e que não deveria ser, portanto, imposta ao Estado. A partir daí a sua invocação passou a ser frequentemente utilizada como um obstáculo genérico à materialização de direitos fundamentais frente a disponibilidade financeira. Para não os efetivar, o “trunfo” passou a ser o de que a capacidade financeira do Estado era limitada e o número de direitos muito elevado. Tal alegação, infelizmente, muitas vezes foi suficiente para não garantir o pleito feito pelo cidadão no Judiciário.

A violação dos direitos previstos constitucionalmente é diária. Apenas a título de exemplo, a educação deveria ser direito de todos e dever do Estado⁵, entretanto, o Brasil é um dos países com a menor taxa de matrícula de crianças no ensino obrigatório⁶.

Diante desse cenário, o Judiciário é acionado para lidar com um número crescente de demandas sociais. Desde o paciente que precisa de um leito de UTI urgente até o cidadão que pede mais segurança em sua vizinhança.

1 A classificação dos Direitos Fundamentais foi feita pela primeira vez pelo tcheco-francês Karel Vasak, no Instituto Internacional de Direitos do Homem em Estrasburgo, no ano de 1979. Ele dividiu tais direitos em três gerações “conforme a marca predominante dos eventos históricos e das inspirações axiológicas que a elas deram identidade [...]” (SAMPAIO, 2010, p. 241).

2 BVerfGE 43.291 (313s.); BVerfGE 33.303 (333) apud ALEXY (1997, p. 425).

3 Artikel 12 [Berufsfreiheit](1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungs- stätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

4 Schwabe, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, p. 657.

5 Art. 205: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

6 Dados trazidos no Panorama da Educação divulgado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 2017.

Com essa explanação, o que se busca é defender que não se empreste força vinculante à alegação da reserva do possível, e que se empreenda persecução de solução cautelosa quando estamos diante de direitos fundamentais e um orçamento limitado e cada vez mais impositivo.

A análise será feita em três tópicos com o seguinte enfoque: a proporcionalidade; a teoria do direito como integridade; a teoria dos custos dos direitos e, por fim, a necessidade de garantia de uma interpretação deontológica da CRFB/88.

A Proporcionalidade e a Teoria dos Princípios Aplicados à Reserva do Possível na Visão de Robert Alexy

De início, cumpre delinear que para Alexy tanto os princípios quanto as regras são normas e, portanto, possuem aplicabilidade imediata. Contudo, enquanto as regras devem ser sempre satisfeitas ou não, os princípios constituem-se em mandamentos de otimização, em outras palavras, devem ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades existentes (ALEXY, 2008, p. 90). A não utilização de um princípio em um caso concreto não o invalida e nem torna necessária a inclusão de uma cláusula de exceção, eles adquirem maior ou menor peso dependendo da situação analisada.⁷

A partir do momento em que os princípios podem ter a sua aplicação diferida, eles acabam se aproximando dos valores (“sugestões” do que é melhor ser feito), exceto pela sua normatividade.

Com isso, já se antevê a relação intrínseca entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Veja, o autor criou o método da proporcionalidade para que, quando houvesse uma colisão entre princípios, o aplicador do direito pudesse, até certo ponto, ter um método objetivo para decidir qual deveria sobrepor-se naquela determinada situação. Em suas próprias palavras: “O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto” (ALEXY, 2008, p. 95).

O método proposto pode ser resumido nas seguintes etapas: 1. Adequação: meio apto para alcançar o resultado visado; 2. Necessidade: a escolha do meio menos gravoso e 3. Proporcionalidade em Sentido Estrito: a ponderação propriamente dita. Assim:

Quando uma norma de direito fundamental, com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação dos princípios válidos – caso sejam aplicáveis - obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 118).

De modo exemplificativo, imaginemos que determinado indivíduo ingressa em juízo

⁷ Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. (ALEXY, 2008, p. 96).

buscando que o seu filho tenha a sua matrícula efetivada em uma creche municipal⁸. O Estado responde no sentido de que não há número de vagas suficientes para todos e que não possui disponibilidade financeira suficiente para a construção de uma nova creche. Diante disso, o magistrado poderá valer-se do método da ponderação para decidir qual princípio irá prevalecer no caso concreto: direito à educação x reserva do possível. Faço apenas a observação de que o exemplo é simplório e apenas elucidativo.

Segundo o método proposto por Alexy, a insuficiência orçamentária pode ser atributo único e relevante para a não observância de um determinado direito fundamental, como o direito à educação e à saúde, direitos básicos trazidos pela constituição.

Imaginemos outras possíveis situações. Uma senhora com determinada doença cujo tratamento é oferecido pelo Sistema Único de Saúde, mas que teve indicação médica de um tratamento experimental de alto custo nos Estados Unidos e ingressa em juízo para que o Estado arque com todas as despesas do tratamento. Nessa hipótese, a partir do método da ponderação, é provável que o resultado do exercício hermenêutico conduza à prevalência da observância dos limites do orçamento.

Alexy justifica a criação desse método para que as decisões que envolvam princípios não sejam obra de meras opiniões pessoais dos magistrados, mas sim fruto de um método racional.

Muitos são os autores que criticaram esse método. Um dos principais críticos contemporâneos, Lênio Streck diz que a escolha via proporcionalidade tenta mascarar “o subjetivismo que escolhe e depois tenta justificar”:

Essa vulgata nasceu na doutrina pátria que importou, parcialmente, a teoria de Alexy e piorou quando os tribunais passaram a utilizar o argumento da proporcionalidade sem qualquer tipo de critério. A partir de então, proliferaram-se os trabalhos que se utilizam do “princípio” da proporcionalidade na condição de suporte central da tese para o desenvolvimento científico-jurídico dos mais diversos direitos fundamentais. Aliás, proporcionalidade e ponderação passaram a andar sempre juntas, como se fossem gêmeas siamesas. Disso resultam, costumeiramente, dois outros problemas: primeiro, o sentido da proporcionalidade assume a direção que o intérprete quer dar, independentemente da proposta de sistematização reclamada por Alexy, o que exige “testes” diferentes quando se tratam de direitos de liberdade e direitos prestacionais; segundo, esquece-se que estes “testes” da proporcionalidade são apenas estruturas formais do pensamento. Como disse o próprio Alexy, o procedimento argumentativo não envolve, por si só, os necessários elementos materiais que devem fazer parte da justificação racional e legítima.⁹

Habermas adota o mesmo posicionamento ao defender que a ponderação não é um método racional e que, por meio dele, os princípios acabam sendo confundidos com valores. Segundo ele, isso pode ser facilmente percebido quando Alexy admite o estabelecimento de uma hierarquia entre os princípios e, também, que os argumentos políticos se sobreponham sobre direitos fundamentais:

Normas e princípios possuem uma força de justificação maior que a dos valores: “(...) uma vez que podem pretender, além de

⁸ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

⁹ TRINDADE, André Karam e STRECK, Lênio Luiz. Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia>. Acesso em 3 de maio de 2020.

uma especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores, e, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordem de precedência e padrões consuetudinários". (HABERMAS, 2003, p. 320).

Segundo o pensamento de Alexy, a ponderação poderia ser um método adotado para se imiscuir na efetivação de direitos sociais básicos. Sem quaisquer delineamentos de especificidades segundo as quais o óbice financeiro não poderia influir, a Constituição da República perde a sua normatividade. Na sua obra, não há a construção de uma separação entre o universo jurídico e político.

Dessa feita, apesar de a metodologia aparentar ser correta, não necessariamente levará a uma resposta justa. A técnica traz resultados, mas carece de um enlace com a realidade fática existente. Pelo método da ponderação, é possível fundamentar o inadimplemento de direitos sociais de observância obrigatória pelo Estado. O resultado disso num país onde, para muitos, faltam condições materiais mínimas de existência digna, será certamente desastroso.

A Separação entre Argumentos de Princípios e de Política e a Relevância da Proposta do Direito como Integridade. O Julgamento da ADPF n. 45 pelo STF

Ronald Dworkin é sem dúvida um dos principais expoentes da teoria dos princípios. Segundo ele, os princípios possuem uma dimensão de importância ou de peso que pode ser observada quando há uma tensão entre mais de um princípio. Nessa situação, um dos princípios, para aquele determinado caso concreto, irá assumir maior relevância, e o princípio cedente permanecerá válido. Situação oposta é quando há uma colisão entre regras, que se opera na base do tudo ou nada. Noutros termos, ou a regra é válida e obrigatoriamente deve ser aplicada, ou ela não é válida. (Dworkin, 2002, p. 32-44).

Além dessa distinção, Dworkin foi pioneiro no estabelecimento de uma diferenciação em o que ele chamou de argumentos de política (policy) e argumentos de princípios. Em apertada síntese, os argumentos de política fundamentam uma decisão política demonstrando a busca por algum objetivo da comunidade como um todo. Por outro lado, os argumentos de princípios são frutos de convicções morais da sociedade – buscam justificar o direito de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos. (Dworkin, 2002, p.129). Essa separação possui uma utilidade prática de que as decisões jurídicas difíceis devem ser justificadas tendo por base apenas argumentos de princípios, só assim, os direitos seriam levados a sério.

Assim, as questões de princípio devem se sobrepor, inclusive, em detrimento de uma maioria democrática, já que não estariam sujeitas à opinião da maioria. Dworkin traz como exemplo o retorno à escravidão (Dworkin, 2002, p. 214). Apenas assim, o constitucionalismo poderia fortalecer a democracia.

Outra questão relevante para a teoria de Dworkin é que todo caso só possuiria uma resposta correta, assegurando a integridade do direito – justiça, imparcialidade, igualdade. Contudo, para encontrá-la, o julgador teria que fazer um esforço sobre-humano (impossível), então, apenas a ideia de sua existência representaria um norte a ser seguido. (Dworkin, 1978, p. 105).

Nessa busca incessante, apenas os argumentos de princípios seriam capazes de conduzir a manutenção da integridade do direito sem o comprometimento da ordem democrática. Assim, a problemática se afasta da contradição entre direitos para se aproximar, em realidade, de uma concorrência entre eles. (Dworkin, 1986, p. 270).

Exportando a teoria para a prática, sabemos que a implementação de políticas públicas cabe ao Executivo. Para isso, ele elabora leis orçamentárias, aprovadas pelo Legislativo, com o detalhamento de receitas e despesas. Como os recursos não são infinitos, certas escolhas são feitas para que determinados setores recebam menos ou mais provisões- as denominadas es-

colhas trágicas. Ou seja, ao Executivo cabe o papel de dar efetividade aos direitos previstos na Constituição. Já o Legislativo tem por função precípua a elaboração de normas, contendo, invariavelmente, escolhas políticas. O Judiciário, de forma ampla, deve observar e garantir que as escolhas feitas pelo Constituinte sejam observadas, ou seja, que os direitos nela previstos não sejam violados. Tudo isso para dizer que, questão acerca da limitação financeira do Estado não seria apta a motivar uma decisão jurídica, uma vez que ao juiz não cabe utilizar argumentos que estejam baseados em orientações às políticas públicas do governo. O argumento da reserva do possível não poderia ser levado em consideração na tomada de uma decisão difícil, uma vez que, como argumento de política, não seria adequado estar inserido dentro da argumentação jurídica e, portanto, se constituir em barreira para a efetivação dos direitos fundamentais. A exigência da integridade faz com que apenas os argumentos principiológicos possam solucionar os casos difíceis sem que haja o comprometimento da democracia (Dworkin, 1978, p. 26).

Outro aspecto relevante para a sua teoria é a dos direitos como “trunfos”. Esclarecendo, ser possuidor de um direito fundamental, em um Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas. A carta de trunfo se sobrepõe a todas as demais: ganha da força do número, da quantidade e das próprias cartas com outros naipes. (NOVAIS, 2006, p. 17). No jogo hipotético do sistema jurídico do Estado de Direito, de um lado está o indivíduo e do outro o Estado. O indivíduo possuidor do direito fundamental tem um trunfo contra o governo eleito democraticamente. Ao final e a cabo, ter um direito fundamental nada mais é do que ter um trunfo contra a vontade da maioria.

Assim, haveria uma contraposição insuperável entre os direitos fundamentais e o poder democrático, já que os trunfos seriam uma “exigência material do reconhecimento da dignidade da pessoa humana” e refletem “a consagração constitucional da indisponibilidade dos direitos fundamentais e da correspondente vinculação das entidades públicas”. (NOVAIS, 2006, p. 27-28).

Para melhor compreender o que foi dito, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (ADPF 45) pode ser bastante útil¹⁰. Na ocasião, discutia-se veto do Presidente da República sobre dispositivo de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), responsável por fixar às metas e prioridades pertinentes à lei orçamentária anual (LOA) de 2004. O preceito possuía a seguinte redação:

“Art. 55, § 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.”

O autor, Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), defendeu que o veto violou a EC 29/2000, responsável por assegurar recursos financeiros mínimos a serem utilizados nos serviços e ações públicas de saúde. Importante frisar que a Ação acabou perdendo seu objeto, uma vez que o Congresso não acatou o veto presidencial.

De qualquer modo, o Ministro Relator, Celso de Mello, em decisão monocrática paradigmática, deixou assentado que o Supremo Tribunal Federal não poderia se imiscuir de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, dependentes de aporte financeiro, sob pena de comprometimento da integridade da própria Constituição Federal.

Dito isso, o Ministro deixou claro que a reserva do possível não deveria ser acatada pelo Poder Judiciário de maneira irrestrita, ou seja, como um argumento genérico para que o Estado se eximisse das suas obrigações constitucionais, podendo ser admitida apenas quando

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator: Ministro Celso de M. Pesquisa de Jurisprudência, Decisões Monocráticas, 22 maio 2020. Disponível <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>. Acesso em: 22 maio 2020.

objetivamente comprovada a insuficiência financeira.

Ora, o objetivo precípua das Constituições contemporâneas consiste na promoção do bem-estar do homem, de modo a garantir as condições da sua própria dignidade. Nesse sentido, o binômio (i) razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (ii) existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas requeridas, deveria ser levado em consideração pelos magistrados quando do julgamento de suas demandas.

Por esse posicionamento, haveriam situações em que a limitação financeira do Estado consistiria em obstáculo para a concretização de direitos fundamentais. Todavia, pela teoria do direito como integridade de Dworkin, isso não seria possível, já que num caso difícil, argumentos financeiros (políticos) seriam irrelevantes na elaboração de uma fundamentação jurídica.

A teoria, apesar de dar a relevância necessária aos preceitos fundamentais, não é capaz de solucionar definitivamente problemas relacionados a concretização de direitos que invariavelmente exigem um dispêndio financeiro (muitas vezes acima da capacidade do Estado). É simples, o dinheiro é limitado e os direitos extensos.

O Custo Dos Direitos e a Eficácia dos Direitos Fundamentais

Cass Sustein e Stephen Holmes¹¹ defenderam que todos os direitos (inclusive os negativos) implicariam em custos para o Estado e que, portanto, a análise dos custos seria imprescindível para a sua efetivação. Portanto, levar os direitos fundamentais a sério também englobaria a conscientização de que os recursos são limitados para todas as necessidades públicas. Apenas assim, seria possível evitar soluções fictícias e insatisfatórias¹². Sendo os bens escassos, não seria possível que todos os direitos fossem realizados uniformemente para todos os cidadãos, o que reverbera, necessariamente, em escolhas trágicas acerca da alocação de recursos¹³. Os custos devem estar inseridos na própria concepção dos direitos.

Diante disso, os autores argumentam que nada que custa dinheiro pode ser absoluto, inviolável. Flávio Galdino resume bem tal posicionamento ao afirmar que: “Mesmo o mais belo dos direitos, forjado na mais célebre teoria jurídica, pode sucumbir diante da realidade. A mais brilhante e consistente construção dogmática dos direitos humanos pode não se realizar se alguma minúcia – como por exemplo as despesas a serem geradas na tentativa de efetivação de um direito – não forem tomadas na devida consideração”¹⁴.

Noutros termos, não é possível a proteção unilateral pelo Judiciário sem a verificação das consequências orçamentárias. Essa preocupação pode ser vista no ordenamento brasileiro na Lei nº 13.655/88, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e determinou que o Judiciário não fique alheio as consequências práticas de suas decisões:

Art. 20 – Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

11 HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

12 GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos Não Nascem em Árvores. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2005, p. 342

13 Sustein e Holmes, apud OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008, p. 18

14 GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos Não Nascem em Árvores. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2005, p. 338.

É claro que entre as consequências práticas incluem-se os efeitos orçamentários. Isso não significa um retrocesso social, mas a garantia de que as decisões judiciais sejam efetivamente cumpridas.

Cumpra trazer à baila também o posicionamento de Ingo Sarlet acerca do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais no sentido de que a eficácia dos direitos fundamentais sempre deve ser potencializada, à luz do que previsto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal¹⁵. Assim, um padrão mínimo de segurança material tem de ser assegurado ao indivíduo. Sarlet não ignora o problema da limitação orçamentária nos casos em que o Estado comprova não dispor de recursos para atender exigências em educação, saúde, segurança, etc. Entretanto, entende que a reserva do possível não pode se contrapor a direitos que envolvam o valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana (um mínimo existencial) e, nesses casos, deveria ser reconhecido um direito subjetivo definitivo. Onde o mínimo fosse ultrapassado, haveria apenas um direito subjetivo *prima facie*.¹⁶ Assim, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana consistiria no verdadeiro limite à restrição dos direitos fundamentais.

A ausência de recursos constitui inegável obstáculo fático a concretização desses direitos, independente de qual dos três poderes seja visto como competente para a alocação/distribuição dos valores (Executivo, Legislativo, Judiciário). Num país em que a desigualdade social escancara uma má alocação dos recursos públicos, o debate acerca da necessidade de atuação dos magistrados na proteção dos direitos insculpidos na carta magna ganha ainda mais relevância.

Considerações Finais

Todo governo que ousa fazer tudo, acaba fazendo nada –
Winston Churchill.

O objetivo do presente artigo foi expor teorias – da proporcionalidade e da integridade – para debater acerca do argumento da reserva do possível em face da efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Como visto, o termo foi utilizado pela primeira vez na Corte Alemã como sinônimo de razoabilidade de pretensão do cidadão em face do Estado, entretanto, quando exportado para o Brasil acabou se tornando um sinônimo de limitação financeira do Estado, mesmo que abstrata. O debate, infelizmente ainda é cenário de muitas controvérsias e fundamento para a negação de muitos direitos individuais.

Pela teoria de Robert Alexy, utilizando-se do mecanismo da proporcionalidade, é possível que, em determinadas situações, o princípio da reserva do possível se sobreponha a um direito fundamental. Segundo o método proposto, a insuficiência orçamentária pode ser atributo único e relevante para a não observância de um determinado direito fundamental, como o direito à educação e à saúde, direitos básicos trazidos pela constituição. Esse mecanismo criado, apesar de comumente utilizado ainda hoje, foi objeto de inúmeras críticas, entre elas, Habermas defendeu que a ponderação não é um método racional e que, por meio dele, os princípios acabam sendo confundidos com valores. Segundo afirma, isso poderia ser facilmente percebido quando Alexy admite o estabelecimento de uma hierarquia entre os princípios e, também, que os argumentos políticos se sobreponham sobre direitos fundamentais.

O método proposto por Alexy enfraquece o caráter deontológico da Constituição, tendo em vista que a reserva do possível poderia servir, muitas vezes, como limitadora de direitos dispostos na lei maior.

Por outro lado, Ronald Dworkin defende que questões orçamentárias nos casos difíceis não poderão constituir em empecilho para a efetivação de um direito, uma vez que se encon-

15 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 318.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 324.

tram dentro do âmbito de justificação político, e não jurídico. Isso garantiria a integridade do direito (sistema coerente e único de justiça e igualdade) e a prevalência dos direitos individuais, mesmo os juízes não sendo detentores de características sobre-humanas capazes de chegar na única resposta correta para cada caso. Os direitos devem ser levados à sério e isso só se torna possível com a aplicação coerente e igualitária dos princípios da comunidade, destacando-se que a sua aplicabilidade apenas pode ser verificada nos casos concretos.

Essa teoria é de extrema relevância já que garante a força deontológica da Constituição ao encartar a prevalência dos direitos fundamentais. O magistrado, diante de uma tensão entre princípios, não poderia pautar-se na reserva do possível, sob pena de enfraquecimento da força vinculante constitucional.

Entretanto, como pode ser visto, não é possível desprezar a realidade fática existente e desconsiderar que os direitos sempre dependem de aporte financeiro. Levar os direitos à sério, portanto, também impõe o reconhecimento de que o cobertor é curto para todas as necessidades públicas e, por isso, escolhas trágicas inegavelmente serão feitas.

No caso da ADPF 45, o Ministro Celso de Mello defendeu que a concretização dos direitos de segunda geração deveria ser traduzida no binômio (i) razoabilidade e (ii) disponibilidade financeira do Estado.

A solução para o atingimento da integridade do direito defendida por Dworkin não é simplória. O mundo real clama por respostas objetivas aos problemas práticos. Nesse quesito, Sarlet se aproxima de uma conclusão adequada. A limitação orçamentária não pode ser simplesmente alegada, deve ser comprovada, e os direitos que afetem o núcleo da dignidade da pessoa humana, são sempre de observância vinculante (mínimo existencial). Para que se encontre esse patamar mínimo judicialmente exigível, tem-se o valor fundamental da dignidade da pessoa humana.

Ao juiz incumbe o dever de efetivação dos direitos fundamentais, de modo a preservar a integridade Constitucional. Mas não apenas a ele, os administradores e os legisladores também estão vinculados às disposições constitucionais e, conseqüentemente, a proteção desses direitos.

O que mais parece factível nesse momento é que, sem sombra de dúvida, a não efetivação de um direito depende de comprovação específica de insuficiência orçamentária. Se for o caso, a verificação da correta alocação dos recursos.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Vigílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Derechos Sociales y Ponderacion**. Madrid: Fundacion Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

_____. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator:** Ministro Celso de M. Pesquisa de Jurisprudência, Decisões Monocráticas, 22 maio 2020. Disponível <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>. Acesso em: 22 maio 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____ . Cambridge: **Harvard University Press**, 1978.

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. Disponível em: http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf. Acesso em: 23 abr. 2020.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos Não Nascem em Árvores**. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2005, p. 342.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. Tradução de W. Rehg. Cambridge: Polity, 1994.

HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 9ª edição. Salvador: Juspodium, 2020, p. 64.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas**. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, p. 169-186, jul. /set. 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Recebido em 13 de julho de 2020.

Aceito em 20 de julho de 2020.