

A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITAÇÃO À EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Leonardo de Paula Souza Pereira (G-UEMS/CNPq)
Mário Lúcio Garcez Calil (UEMS)

RESUMO

A reserva do possível e o mínimo existencial são temas ligados aos direitos sociais, em relação às suas garantias, eficácia e outros aspectos. Nesse contexto da vida e da dignidade da pessoa humana, e sua efetivação por meio da satisfação das necessidades dos indivíduos, o objetivo do presente trabalho é a discussão das teorias hermenêuticas relativas à reserva do possível e a sua utilização com relação com os direitos sociais. A relevância do presente estudo se demonstra pela sua novidade, merecendo aprimoramento, tendo em conta que os direitos sociais se demonstram indispensáveis para a construção da dignidade humana. Desta forma, por intermédio de pesquisa bibliográfica e documental buscou-se estudar a temática da reserva do possível como limite à eficácia dos direitos sociais, tendo-se concluído pela impossibilidade jurídica de que o instituto em comento possa juridicamente restringir a eficácia dos direitos sociais, tornando-os inexigíveis.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Mínimo Existencial. Reserva do Possível.

Introdução

É sempre de grande importância abordar questões hermenêuticas referentes ao direito constitucional positivo brasileiro como, por exemplo, os direitos fundamentais sociais como direitos reconhecidos e garantidos pela Constituição, ressaltando as características da própria fundamentalidade, da natureza, da eficácia e da efetividade. Na atualidade, não se permite mais que proposições como essas não sejam estudadas e questionadas por muitos, pelo fato de estarem totalmente relacionadas com a vida cotidiana.

Tendo em vista todas essas possibilidades de interpretações dos direitos fundamentais sociais, baseados no artigo 6º da Constituição Federal e aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, este trabalho buscará contribuir para o aperfeiçoamento das alternativas de concretização desses respectivos direitos.

Nos últimos anos, a doutrina nacional vem aceitando uma conceituação de origem alemã, que compromete a efetividade dos direitos sociais ainda mais do que as teorias sobre a aplicabilidade das normas constitucionais. Trata-se da chamada “reserva do possível”, que condiciona a fruição dos direitos fundamentais a prestações estatais à existência de recursos financeiros, ou mesmo de dotação orçamentária específica.

As opiniões doutrinárias acerca da referida teoria se dividem. Desta forma, tendo em conta a importância que o instituto em comento tem para a efetivação ou não dos direitos sociais, é de extrema importância o estudo de questões hermenêuticas relacionadas a ele, visando constatar qual o seu impacto no sistema constitucional brasileiro.

O presente artigo terá como objeto o estudo às teorias hermenêuticas dos direitos sociais em relação à teoria da reserva do possível e de sua “contrapartida”, o mínimo existencial, na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Assim, por intermédio de pesquisa bibliográfica e documental, buscou-se levantar questões abstratas e concretas sobre o tema, de modo a se entender qual o grau de relativização dos direitos sociais alcançados pela reserva do possível e, em especial, sua natureza jurídica.

Justifica-se o presente estudo, tendo em vista que a utilização indiscriminada da reserva do possível para justificar as omissões do poder público na implementação dos direitos sociais, pode comprometer a efetividade de tais direitos fundamentais como um todo.

Desenvolvimento

1. Direitos Fundamentais Sociais

Foram com as Constituições do México (1917), do Brasil (1934) e também da República Alemã (1919) que os Direitos da então conhecida “segunda geração” surgiram em nível constitucional no século XX, tempo depois da Revolução Industrial e dos movimentos sindicais.

Os Direitos Fundamentais Sociais são conhecidos como direitos através do Estado, e não contra o Estado, dessa forma, permitindo a exigência de prestações materiais do poder público, por meio do interesse coletivo e das chamadas políticas públicas (KRELL, 2002). Essas últimas, podendo ser destinadas para a educação, trabalho, saúde, previdência social, dentre outros pontos. Vidal Serrano Nunes Júnior assim define:

Podemos conceituar direitos sociais como o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 70).

Assim, tem-se que os direitos fundamentais sociais são essenciais à igualdade em sentido substancial, material, no plano dos fatos, para além da igualdade exclusivamente legal, formal. São, portanto, essencial à efetivação do plano constitucional da dignidade humana.

Dentro deste conceito, na Constituição de 1988, esses direitos são encontrados em normas conhecidas como “programáticas”, normas essas que definem certas metas e finalidades, as quais devem ser concretizadas pelo Estado. Portanto não são apenas morais, mas, sim, de Direito diretamente aplicável. Segundo vários autores, como por exemplo, Pontes de Miranda, elas são dirigidas aos três poderes estatais, onde a legislação, a execução e a jurisdição ficam sujeitas a esses aspectos.

Uma norma que exemplifica essa classificação e traz importância para este respectivo trabalho seria o artigo 6º da Constituição Brasileira de 1988, no que diz: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL, 1988). São esses direitos tratados neste artigo que dependem de uma série de fatores, os quais vão ser mencionados mais adiante.

Muitos autores indagam a respeito das normas programáticas sobre direitos sociais na sua visão de um mero “simbolismo”, ou seja, somente para criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas da sociedade, demonstrando assim, a função que deveria realmente ser desempenhada.

O Brasil, como já se pode perceber, sofreu muitas influências quanto a questões jurídicas de outros países latinos americanos e de países centrais, com destaque para o Direito Alemão. Neste diapasão, Andreas J. Krell diferencia questões de direito constitucional comparado entre Brasil e Alemanha no que concerne à programaticidade:

Na Alemanha, como no Brasil, se reconhece que promessas constitucionais exageradas mediante Direitos Fundamentais Sociais sem a possibilidade real da sua realização são capazes de levar a uma ‘frustração constitucional’ (*Verfassungsenttauschung*), o que acaba desacreditando a própria instituição da constituição como sistema de normas legais vigentes e pode abalar a confiança dos cidadãos na ordem jurídica como um todo. No entanto, ‘a frustração e desconfiança que essas proclamações solenes, carentes de eficácia, possam provocar não autoriza a abordar essa questão em termos de um utopismo ingênuo ou um voluntarismo irreflexivo’. (KRELL, 2002, p. 26).

Pode-se concluir que o que realmente existe é uma relação quanto às teorias relativas à eficácia social desses direitos. Pela inexistência de leis ordinárias haveria ausência de prestações desses direitos pelo Estado. O problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e dos Municípios. (KRELL, 2002).

Outra temática que merece destaque quanto aos Direitos Fundamentais Sociais é sua aplicabilidade. Essa questão é garantida pela nossa Constituição Federal, §1º, Art. 5º, em que faz menção à aplicabilidade imediata dessas normas fundamentais. Segundo ela, eles podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei.

Segundo Paulo Caliendo, a concretização desses respectivos direitos gera diversas interpretações e entendimentos, devido a eles exigirem uma ação positiva do Estado e estarem sujeitos a esbarrar na escassez de recursos para satisfazer todos os beneficiários. Diante disso, George Marmelstein Lima diferencia entre três teorias sobre a eficácia desses direitos: “teoria da eficácia zero (Judiciário não pode implementar direitos sociais); teoria da eficácia mínima (o Judiciário somente pode agir negativamente, ou, também sob outra formulação, o Judiciário somente pode agir para efetivar o mínimo existencial) e a teoria da efetividade máxima (o Judiciário pode e deve agir para efetivar as normas de direitos fundamentais sociais)”. (CALIENDO, 2008).

Ainda por meio da posição de Caliendo, torna-se importante ressaltar que a defesa da busca da máxima eficácia da proteção dos direitos fundamentais sociais, ainda que não unívoca, não pode ser tomada como uma decisão alheia às circunstâncias históricas, devido ao fato de que esses direitos observam limites em sua proteção. Desta forma, pode-se concluir que a classificação dos direitos sociais como fundamentais merece uma atenção especial e um trabalho mais específico, devido à sua enorme importância na vida cotidiana dos indivíduos.

2. A influência da Doutrina Alemã e sua repercussão no Brasil

Muitos preceitos e formulações da Constituição Brasileira de 1988 foram inspirados nela, tornando a dogmática constitucional alemã pelo menos transponível ou adaptável ao Brasil. Porém, a estrutura da Carta de 1988 difere bastante da Lei Fundamental de Bonn. Os textos contêm um alto número de normas de cunho programático, mandamentos, diretivas,

fixação de metas e dão menos valor a uma normatividade estrita, à obrigatoriedade e justiciabilidade. Na Alemanha, todavia, o Estado não é chamado somente para preservar e proteger o funcionamento livre da ordem econômica, mas para desenhar e planejar a vida social e o futuro da sociedade como um todo. (KRELL, 2002).

Muitos autores alemães são contra os Direitos Fundamentais na constituição, pois segundo eles isso seria nada mais do que uma “construção de frases” ou um “catecismo popular”, cheio de utopias e que resultaria na perda da normatividade da Carta e da sua força de estabelecer valores. Pode-se perceber claramente essa questão quando Krell ressalta:

A não inclusão de direitos sociais na Lei Fundamental alemã, no entanto, não significa uma recusa do seu ideário subjacente. Assim, o conceito do ‘Estado Social’ (artigo 20, LF), representa uma ‘norma-fim do Estado’ (Staatszielbestimmung) que fixa, de maneira obrigatória, as tarefas e a direção da atuação estatal presente e futura, sem, no entanto, criar direitos subjetivos para a sua realização. A doutrina alemã se refere a essas normas constitucionais como ‘mandados’ (Aufträge) e não propriamente ‘direitos’. (KRELL, 2002, p. 48).

No entanto, no Brasil, não se permite essa interpretação da Doutrina Alemã, pelo fato de se ter inserido uma vasta gama de direitos sociais no texto da Constituição de 1988, especificamente no Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, do Título II da Carta, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Perante a questão da fundamentalidade desses direitos, muitos autores falam sobre a tentativa de relativizá-los ou de retirar-lhes essa qualidade, que não traria nenhuma vantagem, mas é, ao contrário, perigosa. É necessário ressaltar que “os direitos à educação, saúde, dentre outros, não deixam de ser subjetivos pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à sua fruição”. (KRELL, 2002).

Portanto, todas as influências que derivam de outras nações devem ser posicionadas diante das condições em que o país vive, dentro de seu desenvolvimento e condicionamentos políticos e econômicos, para que questões como a reserva do possível e do mínimo existencial possam ser definidos e compreendidos da melhor forma.

3. Da Reserva do Possível - Limitação à eficácia dos direitos sociais

Os direitos fundamentais compõem um sistema aberto de normas, com o papel de conferir direitos subjetivos e conformar a atividade estatal, de modo a proteger as liberdades, as necessidades e as solidariedades humanas (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 15). No que concerne aos direitos sociais (direitos subjetivos a prestações), estes estão limitados, de acordo com Ricardo Lobo Torres, à reserva do possível e à competência do Legislativo (TORRES, 2008, p. 77). No que tange aos conceitos ora trabalhados, Paulo Caliendo assim define a “reserva do possível”:

A reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã da limitação de acesso ao ensino universitário de um estudante (*numerus-clausus Entscheidung*). Nesse caso, a Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*) entendeu existirem limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito. (CALIENDO, 2008, p. 200).

Deste modo, já fica evidente que o conceito se relaciona à efetivação racional de direitos sociais, com base em critérios muito mais fáticos do que jurídicos. É justamente a

partir daí que a questão se complica, tendo em vista o fato de que a doutrina nacional tem, insistentemente, conferido um dimensionamento jurídico à questão. Neste sentido, a aplicação da cláusula da reserva do possível no Brasil é fruto de um processo hermenêutico de comparação constitucional (BARROSO, 2009), considerado por alguns como “Direito Constitucional Comparado”. É uma comparação obtusa (KRELL, 2002), até porque é capaz de promover um “esvaziamento” dos direitos sociais, retirando qualquer traço de sua obrigatoriedade, por meio de seu condicionamento a uma “reserva dos cofres cheios” (CANOTILHO, 2008). Até mesmo para amenizar essa possibilidade de retirada total de eficácia, passou-se a aceitar a teorização do chamado “mínimo essencial”.

Neste contexto, há que enfatizar que o mínimo existencial - compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida, tem sido identificado - por alguns - como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 25).

Como já se afirmou, a influência da Alemanha no direito brasileiro foi muito marcante. Desse modo, alguns pontos devem ser levantados a respeito das tradições absorvidas pelo Brasil desses países, como a alemã. Como afirma Krell, é necessária uma atenção para a questão do “Direito Comparado”, pois é impossível transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos sócio-culturais e econômico-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos. Ainda mais quando se trata de uma sociedade desenvolvida e uma subdesenvolvida. (KRELL, 2002).

Em sentido contrário, Sarlet afirma que a reserva do possível há de ser encarada com reservas, pois é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal na efetivação dos direitos fundamentais sociais (SARLET, 2008). Na Alemanha, onde surgiu esse “conceito”, o Tribunal Constitucional Alemão diz:

Esses direitos a prestações positivas (Teilhaberechte) ‘estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade’. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos. (KRELL, 2002, p. 52).

Assim se conclui que há divergências quanto à chamada da reserva do possível aplicada aqui no Brasil quanto a aplicada na Alemanha, constituindo uma “adoção de soluções estrangeiras, nem sempre coerentes com as verdadeiras necessidades materiais” do país.

A chamada reserva do possível pode ser de ordem fática (falta de recursos) ou jurídica (orçamentária). Quando há ausência total de recursos necessários para o atendimento de um direito a prestações impede faticamente o cumprimento da demanda social (CALIENDO, 2008). Essa reserva do possível deve ser entendida, segundo Ana Paula Lopes Olsen, como uma condição da realidade, visto que as normas jurídicas se caracterizam como uma forma de

ordenação da realidade, deve existir certa coerência entre a realidade e a ordenação normativa. (OLSEN, 2008).

Diante dessa coerência com a realidade, pode-se afirmar que a reserva do possível em relação com os direitos fundamentais sociais, não é absoluta, mas sujeita a um padrão de razoabilidade, enquanto racionalidade, e de proporcionalidade. Nestes termos, Olsen define a reserva do possível como:

Como visto, a reserva do possível é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes. Todavia, não se trata de simplesmente afirmar que os direitos fundamentais existem no mundo jurídico, mas só encontrarão efetividade quando houver recursos suficientes em caixa, disponíveis pelos poderes públicos, para realizar as prestações neles previstas. (OLSEN, 2008, p. 212).

No entanto, há algumas situações em que a reserva do possível não poderá ser alegada na medida em que ela não representará uma condição da realidade a ser ponderada para fins de efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas será a “maquiagem” de uma escassez indevidamente “produzida”, contra os princípios constitucionais. (OLSEN, 2008).

Paulo Caliendo faz uma observação importante quando ele fala sobre uma comparação entre o que o governo orça para gastar em saúde, educação e segurança e o que gasta pagando dívida pública, mostrando que existe uma reserva do possível geral no Brasil que impede os gastos sociais que se chama dívida pública. Enquanto não se reverter essa situação, o Brasil viverá em uma servidão que impede o desenvolvimento nacional e social. (CALIENDO, 2008).

4. Do Mínimo Existencial

O Mínimo Existencial é algo diretamente ligado com a reserva do possível e com a efetivação dos direitos fundamentais sociais. É um fator que deve ser garantido pelo Estado para todos os indivíduos, sinônimo de mínimo vital, assim entendido como o dever do Estado, de assegurar um *standard* social mínimo incondicional (NUNES JÚNIOR, 2009). Krell assim afirma sobre o mínimo existencial:

É obrigação de um Estado Social controlar os riscos resultantes do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais (...) Um valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. (KRELL, 2002, p. 60).

Esse referido “padrão mínimo social” para sobrevivência inclui sempre atendimento básico e eficiente de saúde, alimentação básica e vestimentas, educação de primeiro grau, moradia, dentre outros. Esse mínimo deriva de país para país. (NUNES JÚNIOR, 2009).

Alguns autores destacam como núcleo essencial ou núcleo vital. Nunes Júnior fala em um aspecto onde ele precisa preservar materialmente o ser humano, assegurando condições mínimas para a preservação da vida e para a convivência em sociedade.

Considerações finais

O tema discutido é tão importante quanto complexo e diante disso, o estudo merece destaque para que futuramente possa servir como instrumento para o direito atual. Neste trabalho, pretendeu focar somente alguns pontos relevantes e cruciais da questão e chamar a atenção para um dos maiores desafios do Direito Constitucional Brasileiro na atualidade.

O artigo veio propor e tentar delimitar a natureza do conceito da reserva do possível em relação aos seus aspectos, em especial o jurídico, juntamente com o mínimo existencial. Por meio do estudo, buscou-se construir uma definição e expor comentários a respeito da temática da reserva do possível, levantando idéias e concepções de diversos autores.

De fato, a essa reserva é, em termos jurídicos, um instituto novo, que ainda não possui estudos aprofundados por parte dos doutrinadores. Diante disso, faz-se necessário o estudo do tema, pelo fato de suas conseqüências serem importantes para a atualidade e vida dos indivíduos, quanto para a efetivação das prestações dos direitos fundamentais sociais por parte do Estado brasileiro.

Percebe-se que quase todos os estudiosos que escrevem sobre o assunto tratam de suas conseqüências práticas, relacionando-as com a prestação dos direitos sociais. Assim sendo, tem-se que este instituto é de extrema relevância no cenário jurídico atual, merecendo estudos mais específicos e aprofundados.

De fato, o que se constata a esta altura é que seguimos nos deparando com todo um conjunto de aspectos que pelo menos estão a merecer maior atenção e que, a partir de uma análise crítica, bem como considerados no seu conjunto, podem contribuir para um avanço na matéria dos direitos fundamentais sociais. O que é necessário é que não se confunda as dimensões e conexões da reserva do possível, do mínimo existencial e da plena eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Enfim, algo que merece uma atenção especial seria o fato da importação de conceitos estrangeiros. Muitas vezes, eles não possuem aplicabilidade prática adequada e podem estar em desacordo com a situação histórico-jurídica. Há a necessidade de se ressaltar a importância de se observar as questões políticas, culturais, econômicas e sociais em que o país está inserido, para que não haja divergências quanto aos conceitos estrangeiros.

Todo esse estudo mostra que os direitos fundamentais sociais vêm enfrentando sérias dificuldades para sua realização, especialmente devido à alegação de escassez de recursos. Sabemos que existem meio de contorná-las, de forma racional, comprometida, de um lado, com a materialidade da Constituição, e de outro, com a realidade fática.

Destarte, deve a reserva do possível, assim como os conceitos relacionados a ela, passar por um processo de adaptação ao direito brasileiro para que se torne algo em favor do cidadão brasileiro, e não contra, na respectiva efetivação dos direitos fundamentais do cidadão, garantidos em nosso país pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 set. 2011.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Reserva do possível, natureza jurídica e mínimo essencial: paradigmas para uma definição. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI...* Brasília, p. 3721-3744, nov. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

KRELL, Andréas Joachin. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na constituição de 1988: Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.