

A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL

Diogo Lima Trugilho¹

Resumo: Foi realizado na presente pesquisa um estudo acerca da reserva do possível, abordando-se a sua origem na Corte Constitucional alemã e o seu traslado para o Brasil. A partir de então, elaborou-se uma análise, através da qual se explanou a inconstitucionalidade do referido instituto, com respaldo nos princípios da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais e também, no mínimo existencial, além, obviamente, das disparidades sociais constatadas entre Brasil e Alemanha. Ressaltou-se por fim, a necessidade de intervenção do Judiciário no combate às omissões do Estado que, invoca, absurdamente, a reserva do possível para se eximir das mais básicas e necessárias prestações à coletividade.

Palavras-chave: reserva do possível, aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, mínimo existencial, intervenção judicial, Estado Democrático de Direito.

Abstract: This work's purpose is to discuss issues about the reserve of the possible, approaching its origin in the German Constitutional Court and its transference to Brazil. Since then, we made an analysis to demonstrate that this institute is unconstitutional, based on principles of the immediate applicability of the defining norms of basic rights and the Existential Minimum, considering the social differences between Brazil and Germany. Finally, we write about the necessity of the Judiciary intervention to combat the Government omissions which invokes the Reserve of the Possible to exempt from charge of give basic and necessary services to the collective.

Key-words: reserve of the possible, immediate applicability of the defining norms of basic rights, minimum existential, judicial intervention, Democratic State of Right.

¹ Advogado. Especialista em Direito Processual Civil.

INTRODUÇÃO

É tempo de responsabilidade. Mas, principalmente, é tempo de responsabilizar-se cada um por todos, para que o direito não positive ilusões, antes, concretize humanidades” (Min. Cármen Lúcia, 2004, p. 10).

Constitui objetivo geral da presente pesquisa demonstrar a inconstitucionalidade da reserva do possível no Estado Democrático de Direito brasileiro, tendo em vista ser esse um instituto trasladado pelos juristas brasileiros da Alemanha, país cujas estruturas sociais, econômicas e culturais são totalmente distintas da brasileira.

Justifica-se pela necessidade de esclarecimentos a questionamentos surgidos na esfera da hermenêutica constitucional, de forma a rechaçar a utilização desse imprudente instituto no Brasil. Nessa perspectiva, o presente trabalho desenvolveu-se fundamentalmente em pesquisa bibliográfica quanto aos significados de reserva do possível, aplicabilidade das normas constitucionais e padrão mínimo social para uma existência digna.

Impende ressaltar, ainda como justificativa deste trabalho, a necessidade de concretização de políticas públicas que assegurem ao homem existência digna, a qual é princípio fundamental da democracia, e constitui-se como um verdadeiro princípio jurídico axiomático (Rocha, 2004).

1 ORIGEM E SIGNIFICADO DA RESERVA DO POSSÍVEL

O instituto jurídico da reserva do possível surgiu na Corte Constitucional alemã, em acórdão paradigmático, através do qual ficou decidido que os direitos sociais de natureza prestacional que envolvessem custos efetivos do Estado ficariam sujeitos à reserva da lei e à disponibilidade de recursos (TORRES, 2003).

O julgamento versou sobre o direito de acesso ao ensino público superior, por não existirem vagas suficientes. O Tribunal Constitucional alemão julgou improcedente o pedido e acabou por firmar jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada

deve equivaler ao que, razoavelmente, o indivíduo pode exigir da sociedade. Assim, não haveria que se falar em uma obrigação estatal de prestar algo que não estivesse nos limites do razoável, de acordo com a ponderação do legislador. (WIEGAND *apud* SARLET, 1998).

Dessarte, a jurisprudência constitucional alemã entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está condicionada à disponibilidade destes recursos e, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos, estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos. (KRELL, 2002).

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha entende, portanto, que os direitos a prestações positivas estão sujeitos à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional pode esperar da sociedade. (KRELL, 2002). Desta maneira, este instituto impossibilita exigências acima de um certo limite básico social.

Nesta esteira, Canotilho (1991) expõe que as efetivações dos direitos sociais, econômicos e culturais, dependem dos recursos econômicos, dentro de uma “reserva do possível” e, sua realização está condicionada pelo volume de recursos suscetíveis para esse efeito.

Também com este pensamento, Holmes e Sunstein, citados por Bigolin (2004), em termos contundentes afirmam que, descrever os direitos como invioláveis, peremptórios e decisivos é mero floreio retórico, pois nada que custe dinheiro pode ser absoluto.

2 TRANSLADO PARA O BRASIL

No Brasil, vários juristas já se manifestaram sobre a reserva do possível. Sarlet (2001) menciona que a limitação dos recursos públicos é considerada limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

O Min. Celso de Mello expôs seu pensamento acerca do tema na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, onde atuou como relator, expondo 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 incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (BRASÍLIA, STF. APDF nº 45-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 2004)

Em posição contrária, Cunha Júnior (2006) apresenta visão bem crítica sobre o assunto, ao relatar que doutrina brasileira vem adotando comodamente essa criação do direito estrangeiro, aceitando-a indiscriminadamente como obstáculo à efetividade dos direitos sociais. Menciona que a doutrina estrangeira tem dado grandes contribuições ao direito brasileiro, proporcionando indiscutivelmente consideráveis avanços na literatura jurídica nacional, todavia deixa claro que é discutível e de duvidosa pertinência o traslado de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases cultural, econômica, social e históricas próprias, para outros países cujos modelos jurídicos estão sujeitos a condicionamentos socioeconômicos e políticos completamente diferentes.

Os institutos jurídicos-constitucionais devem ser compreendidos a partir da história e das condições socioeconômicas do país em que se desenvolveram, sendo impossível “transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos.” (DANTAS, 1996, p. 66).

A primeira condição para o estudo dos fenômenos jurídicos no âmbito do direito comparado é o conhecimento do direito estrangeiro à vista do meio social e político em que ele se aplica, o que exige uma compreensão primária da história política e social daquele país. Há casos em que os mesmos textos legais e procedimentos jurídicos produzem efeitos jurídicos distintos, quando utilizados em domínio político-sociais diferentes, como o alemão e o brasileiro. Assim, é completamente sem sentido aplicá-los, descuidadamente e sem critérios, uma vez que a adoção de soluções estrangeiras nem sempre se compatibiliza com a realidade jurídica e material do Estado brasileiro (CUNHA JÚNIOR, 2006).

As normas dos catálogos monumentais de Direitos Fundamentais na Carta de 1988 ainda não lograram causar os efeitos desejados na realidade do país, sobretudo na área dos direitos sociais (KRELL, 2002).

A doutrina jurídica brasileira, no passado, sempre foi aberta a discutir modelos e propostas provindas do exterior. Nesse contexto, a doutrina constitucional alemã e a jurisprudência da Corte Constitucional exercem papel de destaque. No entanto, as teorias desenvolvidas na Alemanha sobre a interpretação dos direitos sociais não podem ser facilmente transferidas para a realidade brasileira, sem as devidas adaptações. (KRELL, 2002, p. 107).

A reserva do possível se desenvolveu na Alemanha, num contexto jurídico e social distintos da realidade brasileira. Nestas diferentes ordens jurídicas variam as formas de lutas, conquistas e realização e satisfação dos direitos, variam também os próprios paradigmas jurídicos aos quais se sujeitam.

Desta forma, enquanto a Alemanha está contextualizada entre os países centrais, onde já existe um padrão ótimo de bem-estar social, o Brasil é ainda, considerado um país periférico, onde milhares de pessoas passam fome e não têm as mínimas condições de existência digna nas áreas da saúde, educação, trabalho e moradia, assistência e previdências sociais, de tal modo que a efetividade dos direitos sociais ainda depende da luta pelo direito, entendida como processo de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a concretização desses direitos.

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um mesmo sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos como a reserva do possível (CUNHA JÚNIOR, 2006)

3 APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Consoante o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição de 1988, “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Entretanto,

não há consenso doutrinário acerca do alcance deste princípio. Teria ele força suficiente para tornar todos os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia?

Existem três posições relativas a este tema. A primeira entende que o art. 5º, § 1º, da Constituição não pode atentar contra a natureza das coisas, assim, os direitos fundamentais só têm aplicação imediata caso as normas que o definam sejam completas na sua hipótese e no seu dispositivo. De forma contrária, são desprovidas de conteúdo, na medida que não têm o efeito de emprestar às normas carentes de concretização sua imediata aplicação e plena eficácia.

Bastos (1989), em entendimento intermediário, sustenta que os direitos fundamentais são, em princípio, diretamente aplicáveis, regra que, no entanto, comporta duas exceções: a primeira quando a Constituição expressamente remete a concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo, por exemplo, que este apenas será exercido na forma prevista em lei; a segunda quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar a aplicabilidade, no sentido de que não possui a normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais sem que seja necessária a assunção, pelo Judiciário, da posição reservada ao legislador.

A corrente situada no outro extremo, segundo a qual nos posicionamos, defende a imediata e direta aplicação das normas definidoras de direitos fundamentais, ainda que de caráter programático, no sentido de que os direitos subjetivos nelas consagrados podem ser imediatamente desfrutados, independente de concretização legislativa. Segundo esta linha de raciocínio, as concepções da primeira corrente são simplistas e pessimistas, desalinhadas aos melhores posicionamentos da doutrina nacional e estrangeira acerca do tema.

Ademais, é princípio conhecido de hermenêutica aquele que prestigia uma interpretação que extraia do texto interpretado a sua máxima efetividade. Desmerecer a utilidade e o grau normativo contido no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição é ir, aí sim, contra a natureza jurídica das coisas. Logo, é inadmissível, uma interpretação que negue qualquer eficácia do dispositivo em comento, recusando ao mesmo o regime jurídico reforçado que o constituinte a ele reservou (CUNHA JÚNIOR, 2006).

Eros Roberto Grau, Flávia Piovesan, Luís Roberto Barroso e Álvaro Ricardo de Souza Cruz são alguns dos juristas brasileiros que defendem a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, independente de intermediação legislativa.

Grau (1988) afirma ser a Constituição, toda ela, norma jurídica e, como ela tem aplicação direta, vincula o Judiciário, Executivo e Legislativo. Nestas condições, as normas programáticas, sobretudo as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes dos três poderes. Nesta concepção, pontua existir um caráter reacionário nas normas programáticas, pois:

nelas se erige não apenas um obstáculo à funcionalidade do direito, mas, sobretudo, ao poder de reivindicação das forças sociais. O que teria a sociedade civil a reivindicar já está contemplando na constituição. Não se dando conta, no entanto, da inocuidade da contemplação destes direitos sem garantias, a sociedade civil acomoda-se, alentada e entorpecida de que esses mesmos direitos um dia venham a ser realizados (GRAU, 1988, p. 42-43).

Sobre a efetividade das normas que consagram direitos fundamentais, Luís Roberto Barroso relata que:

Modernamente, já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e a *acionabilidade* dos direitos fundamentais, na sua múltipla tipologia. É puramente ideológica e não científica a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. Também os direitos políticos e individuais, enfrentaram, como de assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação. A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade plena, vem sendo positivada nas Cartas Políticas mais recentes, como se vê do art. 2º da Constituição Portuguesa e do Preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama ser o país um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais (BARROSO, 2001, p. 106).

Cruz (2000), ao defender a garantia da efetividade do texto constitucional, critica a teoria italiana, disseminada no Brasil por José Afonso da Silva, da eficácia limitada/contida de algumas normas constitucionais.

Deve-se ressaltar, neste ponto, que há pouco mais de vinte anos, sustentou Ulysses Guimarães, presidindo a Assembléia Nacional Constituinte a qual culminou na Constituição de 1988, que aos direitos fundamentais “não é necessário lei complementar para que sua aplicabilidade seja garantida.”. Tal assertiva foi, outrossim, corroborada

pelo então Deputado Gastone Righi, que asseverou: “aliás, nem se justificaria que os direitos e garantias desta Constituição tivessem aplicação apenas quando a lei complementar os regulasse” (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 1987 p. 7314). Percebe-se, pois, que era nítida a intenção do constituinte em evitar que os direitos fundamentais ficassem ao obséquio do legislador infraconstitucional.

Dessarte, mister se faz salientar os ensinamentos de Cruz (2000), ao expôr que o único instrumento legítimo do operador do direito na sustentação do Estado Democrático de Direito é a interpretação. O intérprete deve ter coragem suficiente para impor a vontade constituinte aos casos concretos e, simultaneamente, saber que essa mesma vontade não lhe confere livre-arbítrio.

Hermenêutica é a ciência que estuda as diferentes maneiras de interpretar um texto, ou seja, de avaliar e valorar signos verbais e escritos. Interpretar não é apenas compreender ou extrair significações. Ao contrário, interpretar significa, antes de mais nada, uma ato construtivo. Eis o grande desafio dos operadores do direito nacional, especialmente quando debruçam sobre o texto constitucional (Cruz, 2000, p.21).

Obstáculos que usualmente se erguem contra a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, como a reserva do possível, não podem prosperar ante a inquestionável vontade do constituinte de ver os direitos fundamentais diretamente usufruídos por seus titulares, independentemente da vontade do legislador ordinário. Aos direitos fundamentais deve ser conferida plena eficácia e efetividade, por estarem imbuídos, outrossim, de promover o padrão mínimo social para uma existência digna.

4 O PADRÃO MÍNIMO SOCIAL PARA UMA EXISTÊNCIA DIGNA

A teoria do mínimo existencial tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público, em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna. Entretanto, até hoje foi pouco discutida na doutrina constitucional brasileira e ainda não foi adotada com todas as suas conseqüências na jurisprudência do país. (ROCHA, 2004).

Sarlet (2001) sugere como diretrizes para o mínimo existencial, os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde. O estabelecimento no Brasil de um sistema público de saúde que garanta padrões mínimos de qualidade não deveria pertencer ao mundo das utopias ou sonhos. Por isso, não procede a titulação de ideologismo, a tais padrões mínimo, conferida pelos defensores de uma interpretação progressiva de alguns direitos expressamente consagrados no texto constitucional. (KRELL, 2002).

Frischeisen (2000) observa que, a ideia do mínimo existencial pode ser extraída, inclusive, em alguns projetos de leis municipais os quais prevêm uma “renda mínima necessária à inserção a sociedade” (FRISCHEISEN, 2000, p. 68)

O padrão mínimo social para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico: vestimentas, educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia. O conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país (LEDUR, 1998). Os direitos fundamentais e o mínimo existencial, nos países em desenvolvimento, têm uma extensão maior do que nas nações ricas, pela necessidade de proteção estatal aos bens essenciais à sobrevivência das populações necessitadas. Assim, nestes casos, as pretensões dos que carecem de assistência social requerem interpretação mais extensiva (TORRES, 1999).

Tendo em vista o supra explanado, percebe-se que o Brasil encontra-se muito distante de atingir o mínimo existencial. Paradoxalmente, este país possui uma das maiores economias do mundo, muito embora, dados do IBGE apresentem grande parcela da população brasileira em condições inferiores à linha da pobreza. A maioria dessas pessoas não dispõem de um atendimento de mínima qualidade nos serviços públicos de saúde, educação e assistência social. Vivem em condições indignas e subumanas, sem alimentação, sem moradia, sem higiene e, o que é pior, sem a mínima perspectiva de melhoria (KRELL, 2002).

Transladar para o direito brasileiro as limitações da reserva do possível é negar esperança àquelas pessoas que depositaram suas expectativas nas garantias proclamadas pelo Estado Democrático de Direito. Obstáculos como esses, transplantados de ordens jurídicas de paradigmas diversos, só vêm reforçar a contradição entre a pretensão normativa dos direitos sociais e o fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços públicos essenciais à efetivação desses direitos, os quais promovem o padrão

mínimo de existência para a maioria da população. Assim, as discussões que se travam nos chamados países centrais sobre os limites do Estado Social e redução de suas prestações não podem ser transportadas para a realidade brasileira, onde o mínimo existencial ainda não foi efetivamente implantado.

Ora, os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais em Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos outros países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham uma vaga nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há alto número de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem etc.

Certamente, quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação socioeconômica de exclusão social com a falta das condições mínimas de uma existência digna para boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado a agir onde os outros poderes não cumprem as exigências básicas da constituição. (KRELL, 2002).

5 A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO EM FACE DAS OMISSÕES DO ESTADO SOB O ABSURDO AUSPÍCIO DA RESERVA DO POSSÍVEL - AFRONTA À SEPARAÇÃO DE PODERES?

A “(in)constitucionalidade” da reserva do possível pelos órgãos do Judiciário no Brasil é ainda muito controvertida. A título exemplificativo, citaremos decisões mencionadas por Gustavo Amaral (2001) no livro “Direito, Escassez e Escolha: em busca e critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.”

Na primeira, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, julga o Agravo de Instrumento nº 97.000511-3. O Rel. Des. Sérgio Paladino entendeu que o direito à saúde, garantido na Constituição, seria suficiente para ordenar ao Estado, liminarmente

e sem mesmo sua oitiva, o custeio de tratamento nos Estados Unidos, beneficiando um menor, vítima de distrofia muscular progressiva de Duchenne, ao custo de US\$ 163.000,00, muito embora não houvesse comprovação da eficácia do tratamento para a doença, cuja origem é genética. Nesse julgamento foi asseverado que: Ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário, sendo afastados os argumentos de violação aos artigos 100 e 167, I, II e VI, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, em decisão de seu presidente Min. Celso de Mello negou pedido de suspensão dos efeitos da liminar por grave lesão à ordem e à economia pública, solicitada pelo Estado de Santa Catarina.

Na outra decisão, Gustavo Amaral narra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em exame de idêntico pedido em favor de menores portadores da mesma doença, lançada sob os seguintes argumentos:

Não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevaletimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu (...). (AMARAL, 2001, p. 98).

Como se pode perceber, tais decisões contêm concepções jurídicas totalmente distintas. Posicionamo-nos a favor da primeira, provida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, desconsiderou a reserva do possível diante do citado caso concreto. Coadunamos com a tese de que, em caso de descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental ou de lacuna legislativa impeditiva de sua fruição, o Judiciário tem o poder-dever de controlá-las, desde logo e em processo de qualquer natureza, conferindo aos indivíduos imediato desfrute aos direitos fundamentais, independente de qualquer providência de natureza legislativa ou administrativa.

Neste sentido manifesta-se Eros Grau ao expor que:

o juiz não é, tão-somente, (...), a boca que pronuncia as palavras da lei. Está, ele também, tal qual a autoridade administrativa – e, bem assim, o membro

do Poder Legislativo -, vinculado pelo exercício de uma *função*, isto é, de um *poder-dever*. Neste exercício, que é desenvolvido em clima de *interdependência* e não de *independência* de Poderes, a ele incumbe, sempre que isso se ponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário de inová-lo primariamente. O processo de aplicação do direito mediante a tomada de decisões judiciais, todo ele – aliás – é um processo de perene recriação e mesmo de renovação (atualização) do direito. Por isso que, se tanto se tornar imprescindível para que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exequível, deverá o Poder Judiciário, caso por caso, nas decisões que tomar, não apenas *reproduzir*, mas *produzir* o direito – evidentemente retido pelos princípios jurídicos. (GRAU, 1993, p.78-79).

Para Piovesan cabem aos órgãos judiciais:

a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima e b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras. (PIOVESAN, 2003, p. 90-91).

Barroso, sobre esse tema, sustenta que:

parece bem a sua inclusão no Texto, diante de uma prática que reiteradamente nega tal evidência . Por certo, a competência para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de ser do Poder Judiciário. E mais: a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do dispositivo vigente, consoante se extrai do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (...). (BARROSO, 2001, p. 142-143).

Cunha Júnior (2006) deixa claro que, de acordo com o sistema jurídico brasileiro, qualquer órgão do Poder Judiciário está autorizado a remover lacunas indesejadas, colmatando-as e suprindo-as com base na analogia, nos costumes, nos princípios gerais de direito, não existindo, nesse caso, qualquer afronta ao princípio da separação dos poderes.

O referido autor menciona que, devido à vinculação de todos os órgãos públicos (eficácia vertical) e dos particulares (eficácia horizontal) aos direitos fundamentais; ao princípio de aplicação imediata das normas definidoras desses direitos e; devido também à inafastabilidade do controle judicial, qualquer órgão do Judiciário encontra-se, diante do caso concreto, investido do dever-poder de aplicar imediatamente as normas de direitos fundamentais, garantindo o pleno gozo das posições subjetivas neles

consagradas, independentemente da natureza e a função desses direitos, sem sujeição à qualquer concretização legislativa.

A inércia ou o comportamento abusivo do Estado com a intenção de neutralizar ou minimizar a eficácia dos direitos sociais e econômicos de forma a abalar as condições mínimas de existência digna, autoriza a intervenção do Judiciário para que seja viabilizado a todos o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado” (BRASÍLIA, STF. ADPF nº 45-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 2004).

A falta de concretização não pode obstar a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais pelos juízes e tribunais já que, o Judiciário, amparado no que dispõe o art. 5º, §1º, combinado com esse mesmo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, está investido no dever de garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais e também está autorizado a remover eventual lacuna decorrente da falta de concretização, podendo se valer, para tanto, dos meios fornecidos pelo próprio sistema jurídico positivado, que contempla normas do art. 4º da LICC, segundo a qual “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Cruz (2000) expõe que o Brasil encontra-se num quadro de ausência de políticas públicas de cunho social e de total subserviência do Legislativo perante o “rei” e isso torna o Judiciário o último bastião dos ideais democráticos. Assim, para ele, a via judiciária se tornou o único caminho possível para a efetivação dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição:

O dogma, segundo o qual todas as nossas mazelas podem ser sanadas por decreto ou por modificação legislativa, não mais prevalece. O eixo central das expectativas sociais deslocou-se no Estado Democrático de Direito para o Poder Judiciário. Deve-se reconhecer a importância dessa capacidade de extração dos textos normativos do sentido de Justiça a cada caso concreto (Cruz, 2000, p. 19).

Insta salientar que o Judiciário não pode pretender substituir o Executivo na escolha das opções políticas de seu governo nem tampouco estabelecer o conjunto normativo que regerá a sociedade. Todavia, deverá ser o Judiciário intransigente no acertamento das condutas estatais face aos ditames do Poder Constituinte. “Trabalhar

sobre o “fio dessa navalha” exige coragem, discernimento e qualificação técnica.” (Cruz, 2000, p. 22).

De acordo com Barroso, o argumento de que alguns direitos são inexigíveis não existe juridicamente. “Assim, é puramente ideológica, e não científica, a oposição que ainda hoje se faz à efetivação, por via judicial, dos direitos sociais.” (Barroso, 2001, p. 113-114).

Consoante Sarlet (2001), o entendimento de que a reserva do possível obsta a competência do Poder Judiciário para decidir sobre a distribuição dos recursos públicos orçamentários, não se aplica ao direito brasileiro, ante a vigente Constituição de 1988. Para ele, cabem ao Legislativo e Executivo, a princípio, a deliberação da destinação dos recursos orçamentários, todavia expõe que essa competência não é absoluta, pois se encontra adstrita às normas constitucionais, notadamente àquelas definidoras de direitos fundamentais sociais que exigem prioridade na distribuição desses recursos, considerados indispensáveis para a realização das prestações materiais que constituem o objeto desses direitos. A liberdade de conformação do legislador nos assuntos orçamentários, “encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira.” (SARLET, 2001, p. 299).

6 CONCLUSÃO

O direito comparado tem trazido grandes contribuições ao brasileiro, todavia, antes de transladarmos quaisquer doutrinas e jurisprudências estrangeiras para o nosso país, devemos verificar se tais aplicam-se aqui, utilizando-nos de um exame desta pelos princípios e regras que norteiam o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Foi justamente o que fizemos na presente pesquisa, ao explicar a inconstitucionalidade da reserva do possível no Brasil, por violar os princípios da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais e o mínimo existencial, ressaltando-se, por fim, a conseqüente necessidade da intervenção

jurisdicional. Isto porque, infelizmente, tem-se constatado a omissão das autoridades nas mais básicas e necessárias prestações de serviço à coletividade, sob o falacioso pretexto da falta de recurso.

Importante asseverar também que, consoante explanado na pesquisa, poderíamos sim, solucionar a grande maioria dos casos de aparente falta de recurso através da intervenção judicial. Todavia há situações em que a falta de recursos é patente. Mesmo nesses casos não há que se falar em reserva do possível, há simplesmente ausência de recursos e, nem por isso o Estado deixa de ser devedor das prestações.

O que queremos demonstrar é que, o discurso da reserva do possível é perigoso. Não podemos permitir que tal instituto se instale no Brasil, seja em forma de doutrina, princípio, lei, jurisprudências etc, porque seria mais um motivo para o Estado se eximir de suas obrigações e tornar pior a nossa situação. Ressalte-se, tal instituto é totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito brasileiro.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BIGOLIN, Giovanni. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. Revistas de Doutrina da 4ª Região, publicado em 30/06/2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br> Acesso em: 15 set. 2007.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Problemas fundamentais de direito**. Porto: RES, 1998.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Hermenêutica Constitucional e Democracia. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 13-39, 1º e 2º sem. 2000.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado**: introdução, teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Diário da Assembleia Nacional Constituinte, p. 7314, 1987.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas – A responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**, São Paulo. Max Limonad, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **Despesa Pública**. Conflito entre Princípios e Eficácia das Regras Jurídicas. O princípio da Sujeição da Administração às Decisões do Poder Judiciário e o Princípio da Legalidade da Despesa Pública. *RTDP*, Malheiros editores, São Paulo, n.2, p. 144,1993.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2006.

KRELL, Andréas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: O (des)caminhos de um direito constitucional. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. v.1.

LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MELLO, Celso. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. STF, 2004. Disponível em: <http://www.notadez.com.br/content/noticias.asp?id=8855>. Acesso em 28 set. 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Disponível em: www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf Acesso em: 30 set. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **A jusfundamentabilidade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, 2003, v. 12.