

Ingo Wolfgang Sarlet
Luciano Benetti Timm
(Organizadores)

Direitos Fundamentais orçamento e "reserva do possível"

Ana Paula de Barcellos	Luciano Benetti Timm
Danielle Melo	Luis Otavio Barroso da Graça
Fernando Facury Scaff	Malla Pollack
Fernando Moutinho R. Bittencourt	Mariana Filchtiner Figueiredo
Gustavo Amaral	Ney Wiedemann Neto
Ingo Wolfgang Sarlet	Paulo Caliendo
Jayme Weingartner Neto	Ricardo Lobo Torres
José Reinaldo de Lima Lopes	Ricardo Lupion
Leandro Martins Zanitelli	Ricardo Seibel de Freitas Lima
Leonel Pires Ohlweiler	Vinicius Diniz Vizzotto



livraria
DO ADVOGADO
editora

O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária

RICARDO LOBO TORRES¹

Sumário: I – Introdução; II – A problemática surgida com o advento da Constituição de 1988; 1. A doutrina; 1.1. As posições iniciais; 1.2. A tese da indivisibilidade dos direitos humanos; 2. A jurisprudência; III – As mudanças constitucionais a partir do Governo Fernando Henrique (1995-2002); 1. As emendas constitucionais; 2. A legislação ordinária; 3. A doutrina; 3.1. As teses defendidas na UERJ; 3.2. A doutrina de Ingo Sarlet; 4. A jurisprudência; IV – Os desafios atuais de natureza orçamentária; 1. Reserva do possível; 2. Reserva orçamentária; 3. Seqüestro de recursos públicos; 4. Vinculação do orçamento; V – Conclusão.

I – Introdução

Problema que vem sendo muito discutido no Brasil nos últimos 15 anos é o da efetivação dos direitos sociais. Há duas fases distintas no plano da legislação, da doutrina e da jurisprudência: a) a que se seguiu à promulgação da Constituição de 1988; b) a que se corporificou a partir das mudanças constitucionais levadas a efeito no Governo Fernando Henrique e continuadas no Governo Lula. Com base nessa evolução o País procura, sob nova perspectiva, solucionar as principais questões relacionadas com a tensão entre mínimo existencial e direitos sociais, sem romper com os princípios orçamentários, máxime a reserva do possível.

II – A problemática surgida com o advento da constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 trouxe extensa enumeração dos direitos sociais nos arts. 6º e 7º, incluindo-os na seção intitulada “Direitos Fundamentais”. Não recebeu a complementação da lei ordinária, pois foram poucas as regras surgidas para a efetividade dos direitos sociais. Mas a nova topografia constitucional, em País com longa tradição positivista, levou à preponderância da tese da assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais, na doutrina, na jurisprudência e nas definições administrativas de políticas públicas.

¹ Professor Titular de Direito Financeiro na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

1. Doutrina

1.1. As posições iniciais

No plano da doutrina passou a prevalecer a idéia de que os direitos sociais eram direitos a prestações originárias, por influência do constitucionalismo alemão de corte social-democrata das décadas de 50 a 70 e da obra do jurista português J. J. Gomes Canotilho.

Com efeito, a corrente da social-democracia, principalmente na Alemanha, radicalizara o seu discurso, para defender o primado dos direitos sociais. O notável grupo de constitucionalistas germânicos que pontificou nas "décadas de ouro" do século XX (1950 a 1970), quando o Ocidente assistiu ao extraordinário incremento da riqueza das nações, defendia a prevalência dos direitos sociais mediante algumas teses básicas:

- a) todos os direitos sociais são direitos fundamentais sociais;²
- b) os direitos fundamentais sociais são plenamente justiciáveis, independentemente da intermediação do legislador;³
- c) os direitos fundamentais sociais são interpretados de acordo com *princípios de interpretação constitucional*, tais como os da máxima efetividade, concordância prática e unidade da ordem jurídica.⁴

A Constituição portuguesa de 1976 estabelecia, em texto ulteriormente modificado (1982, 1989 e 1997), que incumbe ao Estado a obrigação de "promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo, a igualdade real entre os portugueses e a efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais, mediante a transformação das estruturas económicas e sociais, designadamente a socialização dos principais meios de produção, e abolir a exploração e a opressão do homem pelo homem". Coube ao jurista J. J. Gomes Canotilho captar a mensagem dos constitucionalistas da Alemanha social-democrata e introduzi-la em Portugal, para a interpretação do texto da Constituição de 1976; defendia o insigne jurista a idéia de uma *Constituição Dirigente*, que definiria direitos a prestações originárias, que valeriam independentemente da *interpositio legislatoris*.⁵ Posteriormente o constitucionalista lusitano modificou as suas opiniões básicas, como veremos adiante.

² Cf. HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus*. Königstein: Athenäum, 1980, p. 181: "Todas as diferenças são de grau: por exemplo, todos os direitos fundamentais são direitos fundamentais sociais (*soziale Grundrechte*) em sentido amplo".

³ *Id.*, *ibid.*, p. 185 deslocava o princípio da reserva de lei formal, quanto aos direitos sociais, para uma difusa reserva de processo.

⁴ Importantíssimas foram as contribuições de SCHNEIDER, Peter. "Prinzipien der Verfassungsinterpretation". *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 20: 1-52, 1963 e de EHMKE, Horst. "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", *ibidem*, p. 53-102, 1963.

⁵ *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1982, p. 371: "direitos subjetivos públicos, sociais, económicos e culturais, mesmo na parte em que pressupõem prestações do Estado". *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 193: "o status social do cidadão pressupõe, de forma inequívoca, o direito a prestações originárias (saúde, habitação, ensino, etc. *Originäre Leistungsansprüche*)".

No Brasil a influência do pensamento germânico se fez sentir sobretudo através das traduções e referências feitas por Canotilho. A doutrina brasileira dos anos 80 passou a defender o primado dos direitos sociais e a sua plena efetividade. Paulo Lopo Saraiva falou em mandado de segurança dos direitos sociais.⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello defendeu a materialidade da idéia de igualdade.⁷ Eros Grau⁸ e Paulo Bonavides⁹ fundaram as suas idéias sobre os direitos sociais na tese da efetividade das normas programáticas. Sugestiva obra sobre o tema desenvolveu-a, a partir do final dos anos 80, Luís Roberto Barroso, apoiando-se em quatro vetores principais: a) a plena exequibilidade das normas definidoras de direitos sociais;¹⁰ b) a função emancipadora da interpretação jurídica;¹¹ c) a viabilidade do mandado de injunção para a garantia dos direitos sociais;¹² d) a defesa da posição progressista.¹³ Idéias semelhantes foram adotadas por A. Krell¹⁴ e Clemerson Cleve.¹⁵

⁶ *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 28. "O direito social constitucional é um direito fundamental, insito à pessoa humana, que, sem o exercício deste, jamais poderá realizar seus mínimos objetivos".

⁷ "Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social". *Revista de Direito Público* 57/58 255, 1981. "todas as normas constitucionais concernentes à justiça social" geram direitos que "são verdadeiros direitos subjetivos na acepção mais comum da palavra".

⁸ *Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988, p. 126: "Sustento, nestas condições, que as normas constitucionais *programáticas*, sobretudo – repita-se – as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário".

⁹ *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980: "O Estado de Direito do constitucionalismo social precisa de absorver a programaticidade das normas constitucionais" (p. 197): "Não se deve por outro lado esquecer que a programaticidade das normas constitucionais nasce abraçada à tese dos direitos fundamentais. Os direitos sociais, revolucionando o sentido dos direitos fundamentais, conferiu-lhes nova dimensão, tendo sido inicialmente postulados em bases programáticas" (p. 208). O Professor cearense mantém até hoje essas idéias – cf. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 211 e seguintes.

¹⁰ *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 97: "Modernamente já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e *acionabilidade* dos direitos fundamentais, na sua tríplice tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais".

¹¹ *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 260: "O legislador constitucional é invariavelmente mais progressista que o legislador ordinário. Daí que, em sua perspectiva de avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no limite máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional".

¹² "O Mandado de Injunção como Novo Remédio Constitucional". *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* 43: 101, 1991: "Aliás, é precisamente no campo dos direitos sociais que se registram os principais precedentes de omissão legislativa, em temas como seguro-desemprego e participação nos lucros das empresas". Cf. tb. "Mandado de Injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma Proposta de Reformulação" *Revista da Faculdade de Direito da UERJ* 5: 149-155, 1997

¹³ *Interpretação e Aplicação da Constituição*, cit., p. 269: "Cuida-se de produzir um conhecimento e uma prática asseguradoras das grandes conquistas históricas, mas igualmente comprometidos com a transformação das estruturas vigentes. O esboço de uma dogmática autocrítica e progressista, que ajude a ordenar um país capaz de gerar riquezas e distribuí-las adequadamente".

¹⁴ "Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais" In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. O Autor baseia a fundamentalidade dos direitos sociais no argumento topográfico (p. 40) e vislumbra "a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, inclusive as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica" (p. 47).

¹⁵ *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo. Ed. Acadêmica, 1993, p. 126.

1.2. A tese da indivisibilidade dos direitos humanos

A partir do início da década de 90, aproximadamente, houve a inflexão na compreensão dos direitos sociais.

A tese da indivisibilidade dos direitos humanos, que leva a que se considerem os direitos sociais como extensão dos direitos da liberdade ou como uma especial geração de direitos com as mesmas características e fundamentos dos direitos de 1ª geração (direitos individuais ou da liberdade), passou a ser muito seguida após o colapso do socialismo real e a crise do Estado de Bem-estar Social, simbolizados na queda do muro de Berlim (1989).

No Brasil os internacionalistas defendem a teoria da indivisibilidade,¹⁶ fundada em declarações e pactos sobre direitos humanos e sociais, mas chegam à conclusão de que os direitos sociais não são plenamente justiciáveis.¹⁷

Influência marcante, nesse período, foi a de Norberto Bobbio, que em trabalho largamente difundido no Brasil, equipara os direitos sociais (de 2ª geração) aos fundamentais e lhes estende a retórica dos direitos humanos, em busca de uma eficácia que ele próprio reconhece não ser plena, tendo em vista que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”;¹⁸ em outra passagem de sua obra anota que o reconhecimento de direitos sociais ao lado dos direitos da liberdade é uma das características da “esquerda”.¹⁹

Na Alemanha a mudança também foi considerável. Alguns autores sociais-democratas emudeceram após a queda do muro de Berlim, como foi o caso de Horst Ehmke, ou mudaram o rumo da temática, como P. Haberle, que passou a se interessar pelos problemas da Constituição Européia. Outros, embora continuem a falar em *direitos fundamentais sociais* (*soziale Grundrechte*), não lhes dão o sentido de veros direitos fundamentais, senão que os subordinam à justiça social e entendem que constituem meras diretivas para o Estado, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade.²⁰

¹⁶ Cf. MELLO, Celso de Albuquerque. “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 7. “A posição da ONU de que eles são indivisíveis é adotada apenas pelos internacionalistas e abandonada ou esquecida pelos constitucionalistas”.

¹⁷ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, v. 1, p. 369. reconhece o déficit de justiciabilidade que cerca tais direitos, para a proteção dos quais “ainda resta um longo caminho a percorrer”. Cf. tb. MELLO, Celso de Albuquerque “Algumas Notas sobre os Direitos Humanos, Econômicos e Sociais”. In: *Anais do VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. Rio de Janeiro: UERJ, 1997, p. 60; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 175: “Se os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora – têm a chamada auto-aplicabilidade – os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva”.

¹⁸ *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 1992, p. 24.

¹⁹ *Direita e Esquerda. Razões e Significados de uma Distinção Política*. São Paulo: UNESP, 1995, p. 109.

²⁰ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1999, p. 131: “Ao contrário, a Lei Fundamental não conhece direitos fundamentais (*Grundrechte*) (origi-

Alteração radical em seu posicionamento teórico ocorreu com o professor português J. J. Gomes Canotilho, que passa a reconhecer que “os direitos sociais não são mais que pretensões legalmente reguladas” e que “o legislador determina o que é um direito social, mas não está vinculado aos direitos sociais”.²¹ relativizando as suas anteriores afirmações para reconhecer como inequívoco que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracteriza: 1) pela graduação de sua realização; 2) pela dependência financeira do orçamento do Estado; 3) pela liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização de tais direitos; 4) por serem insuscetíveis de controle jurisdicional os programas políticos-legislativos, a não ser quando se manifestem em clara contradição com as normas constitucionais ou quando apresentam dimensões pouco razoáveis.²² Canotilho hoje se aproxima das posições do seu conterrâneo Jorge Miranda,²³ que também exerce muita influência sobre os autores brasileiros, mas que teve trajetória intelectual mais estável desde os tempos da Revolução dos Cravos.

No Brasil, além dos internacionalistas referidos no início deste item, inúmeros constitucionalistas passaram a reconhecer a convivência dos direitos sociais com os fundamentais. Luís Roberto Barroso mitigou as suas afirmações iniciais para se aproximar de posições pós-positivistas e valorativas, abrindo espaço para a temática do mínimo existencial e transmigando do paradigma das normas para o dos princípios.²⁴

A tese da indivisibilidade dos direitos fundamentais chega a alguns impasses: não consegue resolver o problema da eficácia dos tais direitos fundamentais sociais sem a intermediação do legislador; banaliza a temática dos direitos da

nários – *originäre* –, portanto existentes independentemente de sistemas de prestações disponíveis legalmente regulados, que se deixem qualificar como direitos de ter parte (*Teilhaberechte*) no sentido de direitos individuais (*individuelle Rechte*) à participação nas prestações estatais. Ela se restringe essencialmente à garantia dos tradicionais direitos humanos e civis (*Menschen- und Bürgerrechte*), renuncia aos direitos fundamentais sociais (*soziale Grundrechte*) e em vez disso abre o caminho para a normatização da fórmula do Estado Social de Direito (*sozialen Rechtsstaat*), que não fundamenta diretamente pretensões individuais. De acordo com esta situação constitucional, não é possível buscar uma conversão de direitos fundamentais (*Grundrechte*) em direitos de participação em prestações estatais (*Teilhaberechte*); BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang “Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge”. In: --. *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992, p. 158 “... a consideração dos direitos fundamentais sociais (*sozialer Grundrechte*) como mandados constitucionais (*Verfassungsaufträge*) na Lei Fundamental deve conduzir a diferenciá-los e separá-los dos direitos fundamentais (*Grundrechten*). Se não podem exibir as garantias dos direitos fundamentais, não deveriam formular-se e apresentar-se como direitos fundamentais”.

²¹ “Metodología “Fuzzy” y “Camaleones Normativos” en la Problemática Actual de los Derechos Economicos, Sociales y Culturales”. *Derechos y Libertades* 6: 42, 1998.

²² *Ibid.*, p. 44.

²³ *A Constituição de 1976. Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais*. Lisboa: Livraria Petrony, 1978, p. 339. ———. *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais (tomo IV)*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 100.

²⁴ “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade. Teoria Crítica e Pós-Positivismo). *Revista de Direito Administrativo* 225: 5-37, 2001: o núcleo material elementar da dignidade da pessoa humana é “composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade” (p. 31).

liberdade sem fortalecer a dos direitos da justiça; apóia-se na idéia de “justiça social”, que postula a distribuição da riqueza social entre classes, mas não leva à adjudicação de parcelas dessa riqueza a indivíduos concretos; tenta substituir as políticas públicas pela subsunção no processo judicial, atitude típica do bacharelismo; amortece a dimensão reivindicatória da cidadania; busca, enfim, a própria *quadratura do círculo*.²⁵

2. A jurisprudência

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inviabilizou a utilização do mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI, da CF), para a garantia assim dos direitos fundamentais que dos direitos sociais, até mesmo para coarctar os abusos que seriam acometidos em decorrência da extensão daquele remédio constitucional de origem norte-americana para garantir qualquer direito constitucional, como sugeriram processualistas de prestígio.²⁶

III – As mudanças constitucionais a partir do governo Fernando Henrique (1995-2002)

1. As Emendas Constitucionais

No período do Governo Fernando Henrique e no início do Governo Lula a Constituição Brasileira foi profundamente reformada. Interessam-nos aqui as Emendas Constitucionais nºs 14/96 (educação pública e vinculação de receitas), nº 29/2000 (vinculação de receitas da União, Estados e Municípios a ações e serviços públicos de saúde), nº 30/2000 (flexibilização do cumprimento de precatórios judiciais) e nº 31 (criação do Fundo de Combate e Erradicação de Pobreza) e 42 (Reforma Tributária, com autorização para vinculação de receita a programa de apoio à inclusão e promoção social – art. 204).

2. A legislação ordinária

A *legislação ordinária*, ampliando a tendência que se iniciara um pouco antes e que se complementou por providências que ainda estavam sob apreciação do Congresso Nacional e foram aprovadas pelo Governo Lula, trouxe inúmeras novidades:

a) regulamentação do sistema único de Saúde (SUS) e da Agência Nacional da Saúde (Lei 8.080, de 19.9.90, e Lei 9961, de 28.01.2000);

²⁵ Cf. VILLEY, Michel. *Le Droit et les Droits de l'Homme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1983, p. 13: “uma certa literatura cristã progressista cultiva o sonho de reconciliar os direitos do homem de 1789 e os “direitos sociais e econômicos”. Mas isso é a quadratura do círculo”. (*mais c'est la quadrature du cercle*).

²⁶ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. “O Mandado de Injunção e a Legalidade Financeira”. *Revista de Direito Administrativo* 187: 94-110, 1992.

- b) fornecimento de remédios para aidéticos (Lei Sarney: nº 9313/96);
- c) regulamentação da assistência social (Lei 8742, de 7.12.93);
- d) programa bolsa escola (Lei 10.219, 11.04.01);
- e) estatuto do idoso (Lei nº 10.741, 1/10/03);
- f) renda básica de cidadania (Lei 10.835, 8.01.04);
- g) programa bolsa família (Lei 10.836, 9.01.04).

A *Administração Federal* (Governo Lula) implantou também o programa símbolo “Fome Zero”.

3. A doutrina

A *doutrina* modificou-se radicalmente, abandonando o positivismo sociológico e adotando a visão principiológica em que se realçam:

a) a redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial e ao núcleo essencial dos direitos da justiça, o que exige a distinção entre direitos da liberdade e direitos econômicos e sociais de natureza contraprestacional, pois estes últimos só se metamorfoseiam em direitos de liberdade quando tocados pelos interesses fundamentais;²⁷

b) a defesa da necessidade de implementação de políticas públicas pelo Legislativo e pela Administração, como caminho democrático para a afirmação de direitos sociais a ser trilhado com base na ponderação dos diversos interesses insuscetíveis de controle jurisdicional, que não se manifesta nas questões políticas;

c) o equilíbrio entre os aspectos da liberdade e da justiça, que passa pela *maximização* do mínimo existencial e pela *minimização* dos direitos sociais em sua extensão, mas não em sua profundidade;

d) a possibilidade de superação do princípio da reserva orçamentária no caso de contradição incontornável com o princípio da dignidade humana, consubstanciado no direito a prestação estatal jusfundamental.

Chegaram ao Brasil, no final da década de 90, as teorias que justificam e fundamentam o mínimo existencial, elaboradas principalmente no ambiente do neokantismo que vem predominando no campo da filosofia política e do direito. Dignas de registro, pela influência exercida, as obras de Rawls,²⁸ Habermas²⁹ e Alexy.³⁰

²⁷ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. “A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais”. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro* 12: 356, 2003

²⁸ *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1980.

²⁹ *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992.

³⁰ *Theory der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986

3.1. As teses defendidas na UERJ

Tirante a colaboração dos velhos liberais brasileiros, como Rui Barbosa,³¹ o tema do mínimo existencial não vinha despertando o interesse de filósofos do direito e de juristas no Brasil. Alguns pensadores de índole liberal criticavam a tese da eficácia plena dos direitos sociais, mas não ofertavam construções teóricas sobre o mínimo existencial.³²

De algum tempo esta parte vem crescendo o interesse pela matéria, principalmente a partir dos trabalhos produzidos no âmbito dos Cursos de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Já havíamos escrito sobre o tema em diversas oportunidades.³³ Dissertações e teses defendidas naquela Faculdade de Direito foram ou estão para ser publicadas, entre outros, por Gustavo Amaral,³⁴ Waleska Marcy Rosa,³⁵ Ana Paula de Barcellos,³⁶ Marcos Maselli de Gouvêa³⁷ e Flávio Galdino.³⁸

Assim é que Gustavo Amaral, influenciado por Holmes e Sunstein, desconsidera a distinção entre direitos fundamentais e direitos sociais, por partir da premissa de que todos os direitos custam dinheiro; combina o grau de essencialidade da prestação pública, que “está ligado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana”, com o de excepcionalidade da ação estatal, de modo que “quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida”, cifrando-se a justificativa da denegação apenas na existência de circunstâncias concretas que impedem o atendimento de todas que demandam prestações essenciais”.³⁹ A proposta de Gustavo Amaral apresenta a desvantagem de exigir a determinação de conceitos abertos constantes de duas variáveis (essencialidade e excepcionalidade) de difícil interseção; tem o mérito de criar mecanismo para a interpretação da exigibilidade das prestações de saúde,

³¹ *Relatório do Ministro da Fazenda. Obras Completas*, 1891, v. 18, t. 3. Rio de Janeiro. MEC, 1949, p. 62.

³² REALE, Miguel. “Constituição Terceiro-Mundista”. *Convivium* 31 (6): 497, 1988 recomenda que se desconfe “dos dispositivos ingênuos que prometem o paraíso a todos os brasileiros graças aos recursos do Estado”; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 51: “A garantia que o Estado dá a esses direitos (sociais) é a instituição de serviços públicos a eles correspondentes. Trata-se de uma garantia institucional, portanto”; HORTA, Raul Machado. “Constituição e Direitos Sociais”. *Revista de Direito Comparado* 2: 66, 1998; MERQUIOR, José Guilherme. *A Natureza do Processo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 102.

³³ “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”. *Revista de Direito Administrativo* 177: 29-49, 1989, “A Cidadania Multidimensional”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-342; ———. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 5, p. 172 e seguintes.

³⁴ *Direito, Escassez & Escolha. Em busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³⁵ *Direito à Moradia*. Rio de Janeiro: UERJ, 2000, mime.

³⁶ *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

³⁷ *O Controle Judicial das Omissões Administrativas. Novas Perspectivas de Implantação dos Direitos Prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

³⁸ *Direitos não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: UERJ, 2001, mime.

³⁹ *Op. cit.*, p. 216.

que desde a Lei 8.080/90 ficam na zona cinzenta entre os direitos fundamentais e os sociais.

Ana Paula de Barcellos afirma que “o chamado *mínimo existencial*, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica”.⁴⁰ Continua a jovem autora: “o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário”.⁴¹

Marcos Maselli de Gouvêa desenvolve o tema da sindicabilidade dos direitos prestacionais, concluindo: “A teoria dos direitos fundamentais desponta nos dias de hoje como conceito-chave de nodal importância para a sindicância das prestações materiais do Estado. Além de eventualmente suprir omissões no rol traçado legal e constitucionalmente e de densificar posições jurídicas positivadas de modo incompleto ou vago, ela determina a *prioridade* das prestações abrangidas no âmbito do mínimo existencial sobre outros encargos do poder público. Este critério jurídico de prioridade é o que permite ao magistrado superar os obstáculos doutrinários da reserva do possível e da separação de poderes”.⁴²

Flávio Galdino, no trabalho com o sugestivo título “Direitos não Nascem em Árvores”, esforça-se para “demonstrar que o senso comum formado no pensamento jurídico brasileiro em torno dos direitos fulcra-se em premissa equivocada, qual seja, de que existem direitos fundamentais cuja tutela por parte do Estado independe de qualquer ação positiva, e, portanto, de qualquer custo”.⁴³

3.2. A doutrina de Ingo Sarlet

O Prof. Ingo Wolfgang Sarlet, da Universidade Católica do Rio Grande do Sul, vem produzindo obra singular no campo da teoria do mínimo existencial. A sua familiaridade com o direito alemão e a alentada bibliografia germânica que utiliza abrem-lhe novas perspectivas para o exame da matéria, embora nem sempre utilize a expressão “mínimo existencial”, preferindo a terminologia “direitos fundamentais sociais”.

No livro *A Eficácia dos Direitos Fundamentais* o jurista gaúcho procede a longa análise da questão dos direitos fundamentais, que divide em “direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa” e “direitos fundamentais como di-

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 248.

⁴¹ *Ibid.*, p. 258

⁴² *Op. cit.*, p. 382 (na versão mimeografada).

⁴³ *Ibid.*, p. 391.

reitos a prestações”.⁴⁴ Os direitos sociais prestacionais, como direitos subjetivos a prestações, que são direitos fundamentais sociais, têm certos limites de eficácia, principalmente a “reserva do possível” e a competência do Legislativo.⁴⁵ Diante dessas dificuldades Ingo Sarlet passa a analisar o direito à garantia de uma existência digna, consubstanciado na problemática do salário mínimo, da assistência social, do direito à previdência social, bem como o direito social à educação,⁴⁶ aos quais reduz a jusfundamentalidade dos direitos sociais. Conclui com as seguintes palavras, que resumem excelentemente o seu pensamento: “Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada”.⁴⁷

No livro intitulado *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Ingo Sarlet deixa claro que o mínimo existencial está imbricado na dignidade humana,⁴⁸ chamando a atenção para dois pontos relevantes: a) a dignidade humana é princípio fundante assim dos direitos de defesa que dos direitos sociais a prestações;⁴⁹ b) a dignidade humana se abre para o jogo de ponderação com outros princípios constitucionais diante de interesses emergentes.⁵⁰

Trabalho importante para fixar o contorno da eficácia dos direitos sociais escreveu-o o jurista gaúcho sob a forma de artigo, para discutir o problema da proibição de retrocesso, no qual há também a interação entre os direitos prestacionais e os direitos fundamentais, tendo em vista que a vedação de eficácia retrooperante de modificação jurídica de direitos sociais se vincula ao respeito ao

⁴⁴ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 170 e seguintes.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 265.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 287 e seguintes.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 324. Cf. tb., no mesmo sentido: SARLET, Ingo. “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988”. In: --. (Org.). *O Direito Público em Tempos de Crise. Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruzchal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 164: “A solução preconizada por Alexy afina com a natureza principiológica da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, já que esta, impondo a otimização (maximização) da eficácia de todos os direitos fundamentais, não poderia admitir nem uma realização plena dos (e de todos) direitos sociais prestacionais, pena de sacrifício de outros princípios ou direitos fundamentais colidentes, nem a negação absoluta de direitos subjetivos a prestações, pena de sacrifício de outros bens igualmente fundamentais”.

⁴⁸ *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 102.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 85 e seguintes.

direito de propriedade, que estaria conspurcado se violadas as situações jurídicas consolidadas.⁵¹

Em artigos mais recentes Ingo Sarlet vem buscando mapear os direitos fundamentais sociais, a ver a sua exata efetividade; assim aconteceu com o direito à moradia⁵² e o direito à saúde.⁵³

4. A jurisprudência

O Supremo Tribunal Federal não tem dispensado atenção ao problema do mínimo existencial, a não ser incidentalmente.

No que concerne à imunidade tributária, como proteção negativa aos direitos fundamentais sociais, o STF tem se recusado a analisá-la a partir da ótica dos direitos humanos. Ainda sensibilizado pela tese positivista de que imunidade tributária é qualquer não-incidência constitucionalmente qualificada, tem recusado que a proteção às entidades filantrópicas e às instituições de assistência (art. 150, VI, c, CF) se restrinja àquelas que gratuitamente atendam à camada mais pobre da população.⁵⁴ Levou anos para decidir que a imunidade não se aplica às instituições de previdência fechada, que sabidamente têm por objetivo garantir suplemento de aposentadoria a funcionários das empresas estatais e outras que não se preocupam com os pobres.⁵⁵

Recentemente instaurou-se o debate sobre o fornecimento de remédios e a entrega de prestações de saúde. O STF tem caminhado no sentido maximalista, dilargando o conceito de direitos fundamentais.⁵⁶

⁵¹ "O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade". *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro* 5: 131-150, 2001

⁵² "O Direito Fundamental à Moradia na Constituição, Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia". *Arquivos de Direitos Humanos* nº 4 – no prelo: "Considerando apenas as possibilidades apontadas ao longo do presente texto (e já bastaria aqui a praticamente incontroversa eficácia da dimensão negativa do direito à moradia e dos direitos sociais em geral), constata-se que também o direito à moradia não precisa (nem deve) ser interpretado como uma promessa de que todos passarão a ter, desde logo e por decreto normativo, plena condição de fruir deste direito, sem que com esta afirmação se esteja (muito antes pelo contrário) a repudiar a sua possível eficácia e efetividade".

⁵³ "Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988". *Revista Diálogo Jurídico* nº 10, p. 13 (www.direitopublico.com.br): "Emboia tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitanto entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, sustentamos o entendimento, que aqui vai apresentado de modo resumido, no sentido de que sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando da saúde – da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo".

⁵⁴ Cf. RE 74.792, Ac. da 1ª T., de 15.5.73, Rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 66: 257, RE 93.463-RJ, Ac. da 2ª T., de 16.4.82, Rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ 101: 769

⁵⁵ Cf. RE 202.700, Ac. do Pleno, de 8.11.01, Rel. Min. Maurício Corrêa, Informativo STF nº 249, 5-9/11/01.

⁵⁶ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. "O Supremo Tribunal Federal e as Decisões Minimalistas" *Arquivos de Direitos Humanos* 3: 388-391, 2001.

A *jurisprudência dos tribunais brasileiros*, máxime a dos de instância inferior, diante da lacuna deixada pelo mandado de injunção, dilargou a aplicação da ação civil pública, espécie brasileira de *class action*, com o que obteve notáveis progressos na afirmação do mínimo existencial. Papel importante foi exercido pelo Ministério Público, nomeadamente através da assinatura de “termos de ajuste de conduta” com os agentes da Administração, mediante os quais se institucionalizaram as soluções judiciais.

IV – Os desafios atuais de natureza orçamentária

Mas ainda existe uma zona de penumbra a despertar intensas discussões no Brasil. Parece-nos que a solução terá que vir pela maior clareza na distinção entre *mínimo existencial* (ou *direitos fundamentais sociais*) e *direitos sociais*, a ver o exato limite dentro do qual é obrigatório prever e implementar a entrega de prestações públicas.

1. Reserva do possível

Uma diferença importante entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais: enquanto aquele pode prescindir da lei ordinária, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão do legislador,⁵⁷ que pode ser a orçamentária. As normas constitucionais sobre os direitos econômicos e sociais são meramente programáticas: restringem-se a fornecer as diretivas ou a orientação para o legislador e não têm eficácia vinculante.⁵⁸ As prestações positivas para a proteção desses direitos implicam sempre despesa para o ente público, insuscetível de ser imputada à arrecadação dos impostos ou, sem lei específica, aos ingressos não-contraprestacionais. Por isso mesmo carecem de *status* constitucional, eis que a Constituição não se envolve com autorizações de gastos públicos nem se imiscui com problemas econômicos conjunturais,⁵⁹ assuntos reservados com exclusividade à lei ordinária de cada qual das três esferas

⁵⁷ A doutrina alemã serve-se de trocadilho para dizer que os direitos sociais são concedidos (*gewährt*), e não garantidos (*gewährleistet*) — cf. HUBER, Hans. “Soziale Verfassungsrechte?”. In: *Die Freiheit des Bürgers in schweizerischen Recht*. Zürich: Polygraphischer Verlag, 1948, p. 157. BETHGE, Herbert. “Aktuelle Problem der Grundrechtsdogmatik”. *Der Staat* 24(3): 376, 1985.

⁵⁸ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrecht...*, cit., p. 89; BADURA, Peter. “Das Prinzip der sozialen Grundrecht und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland” *Der Staat* 14: 45, 1975. CORSO, Guido. “I Diritti Sociali nella Costituzione Italiana” *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 1981: 762; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 209: “Só uma vez emitida a legislação destinada a executar os preceitos constitucionais em causa é que os direitos sociais se consolidarão como direitos subjetivos, mas, então, não valem como direitos fundamentais, mas enquanto direitos concedidos por lei”.

⁵⁹ PERRY, M. *The Constitution, the Courts and Human Rights*. New Haven: Yale University Press, 1982, p. 164; HETTLAGE, K. M. “Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung” *VVDStRL* 14: 9, 1956. ISENSEE, Joseph. “Verfassung ohne soziale Grundrechte”. *Der Staat* 19 (3): 381, 1980, observa que a proteção dos direitos sociais depende da conjuntura econômica (*Wirtschaftskonjunktur*) e que as “normas constitucionais não afastam as crises econômicas” (*Verfassungsnormen bannen nicht Wirtschaftskrisen*)

de governo.⁶⁰ Sucede que, a partir do Governo de Fernando Henrique, algumas emendas constitucionais criaram vinculações das receitas da União, Estados e Municípios às despesas com a educação, a saúde e a pobreza e estabeleceram discriminações de despesa entre os três níveis de governo, sem, todavia, distinguir entre direitos fundamentais e sociais. A contar das vinculações criadas pelas EC 14/1996 (educação), 29/2000 (saúde), 31/2000 (erradicação da pobreza), portanto, aumentou a confusão entre mínimo existencial e direitos sociais, o que levou diretamente à judicialização da política orçamentária, especialmente pelas instâncias inferiores do Judiciário, que passaram a sacar da literalidade do texto constitucional a fonte de legitimação para a outorga individual das prestações estatais.

Os direitos econômicos e sociais existem, portanto, sob a “reserva do possível”⁶¹ ou da “soberania orçamentária do legislador”,⁶² ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração. *A pretensão do cidadão é à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos.*

2. Reserva orçamentária

A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a *reserva do possível*, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais.

Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discriciona-

⁶⁰ A Suprema Corte americana, no importante caso *National League of Cities v. Usery* (426 US 833, 1976), invalidou a lei federal que criava obrigações sociais para os estados-membros. TRIBE, L. “Unraveling National League of Cities: The New Federalism and Affirmative Rights to Essential Government Services”. *Harvard Law Review* 90 (6): 1.067, 1977 criticou a decisão, considerando-a injusta.

⁶¹ A “reserva do possível” é tradução da expressão *Vorbehalt des Möglichen* cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha (BVerfGE 33: 303-333): “Os direitos a prestações (*Teilhaberecht*) ... não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão. Em primeira linha compete ao legislador julgar, pela sua própria responsabilidade, sobre a importância das diversas pretensões da comunidade, para incluí-las no orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral. . . Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a idéia do Estado Social. Fazê-lo com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade”. In: SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Leonardo Martins et al. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 663/664. Foi adotada pela doutrina germânica: ISENSEE, *op. cit.*, p. 372; BADURA, *op. cit.*, p. 36. Vem sendo utilizado em Portugal – Cf. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 201

⁶² ISENSEE, *op. cit.*, p. 372 diz que as prestações sociais dependem da “soberania orçamentária do legislador” (*Haushaltssouveränität des Gesetzgebers*).

riedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas *garantias institucionais da liberdade*, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.).

Alexy já havia percebido que “uma posição jurídica prestacional está garantida definitiva e jusfundamentalmente quando: 1) a exige urgentemente o princípio da liberdade fática (*das Prinzip der faktischen Freiheit*), 2) o princípio da separação de poderes e o princípio da democracia (incluída a competência orçamentária do Parlamento (*Haushaltskompetenz des Parlaments*), assim como (3) os princípios materiais opostos (especialmente aqueles que entendem com a liberdade jurídica de outros) são afetados de modo relativamente reduzido através da garantia jusfundamental da posição jurídica prestacional”. Continua Alexy: “a força do princípio da competência orçamentária do legislador (*die Kraft des Prinzips des Haushaltskompetenz des Gesetzgebers*) não é ilimitada”, “nem é um princípio absoluto (*es ist kein absolutes Prinzip*): “direitos individuais podem ter mais peso do que fundamentos de política financeira (*finanzpolitische Gründe*)”.⁶³

O Supremo Tribunal Federal também chegou à mesma conclusão:

a) no caso dos remédios para aidéticos (Ag. no RE 273.834),⁶⁴ encampou a afirmação do acórdão recorrido no sentido de que “a falta de previsão orçamentária não deve preocupar ao juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas, apenas ao administrador que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e os doentes”;

b) no caso das creches (RE 436.996) disse o Min. Celso de Mello que a educação infantil não se expõe “a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública”.⁶⁵

O problema se torna mais intrincado quando o mínimo existencial aparece mesclado com os direitos sociais, como acontece no campo das prestações de saúde após as emendas constitucionais vinculantes (ex. EC 29/2000). Nesses casos a política pública se torna indispensável e a decisão judicial deve obrigar à implementação da *policy* pelos poderes políticos (Legislativo e Executivo). A insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada,

⁶³ *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 465. E. W. BÖCKENFÖRDE (“Die sozialen Grundrechte als Verfassungsgefüge”, cit., p. 156), que define os direitos fundamentais sociais como mandados constitucionais aos órgãos políticos, reconheceu que adquirem eles as características de pretensões “à defesa contra as ofensas aos limites e vinculações dos órgãos estatais no seu espaço de conformação política direcionado pelos mandados constitucionais”.

⁶⁴ Ac. de 31/10/00 da 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.02.2001.

⁶⁵ Ac. de 22/11/05 da 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006: “- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental”.

tem levado à predação da renda pública pelas elites, a exemplo do que acontece em outros países.⁶⁶

Se não prevalece o princípio da reserva do possível sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, nem por isso se pode fazer a ilação de que não deve ser observado o princípio da reserva do orçamento. A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam a lei de meios. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis.

Difíceis também as questões referentes a *prestações não autorizadas no orçamento* e não compreendidas nas despesas gerais dos órgãos públicos sustentadas pela arrecadação de impostos. O Superior Tribunal de Justiça garantiu o pagamento de despesas de tratamento médico no exterior mediante a fixação de indenização “a posteriori”.⁶⁷ Ainda falta, no direito positivo brasileiro (e os Tribunais não o construíram), instrumento semelhante ao do *mandado de injunção americano*, que permita ao Judiciário vincular o Legislativo na feitura do orçamento do ano seguinte, em homenagem a direitos fundamentais sociais (=mínimo existencial), que necessitam do controle jurisdicional contramajoritário típico dos direitos essencialmente constitucionais.

Aguarda-se melhor solução orçamentária para a *adjudicação de prestações* positivas pelo Judiciário, na hipótese em que, esgotadas as dotações, haja possibilidade fática de utilizar créditos adicionais (suplementares ou especiais). Os tribunais brasileiros vêm evitando o exame das questões orçamentárias. Nos Estados Unidos foi relevante para a afirmação dos direitos fundamentais a alocação de recursos e a manipulação de verbas pelo próprio judiciário, na via do mandado de injunção, principalmente nos casos relativos à implementação dos direitos dos presos e dos negros.⁶⁸

Espera-se ainda o enfrentamento de outros problemas de direito orçamentário, como o de definir se a inexistência de dinheiro afeta a entrega de prestação prevista em dotação orçamentária. O Supremo Tribunal Federal já disse que o Executivo não está obrigado a pagar precatório judicial se não houver recursos

⁶⁶ Cf. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 16: “Eu arguo que a tendência global no sentido da autorização judicial (*judicial empowerment*) através da constitucionalização pode ser entendida como parte e parcela de um processo em larga escala pelo qual a autoridade para realizar a política pública (*policy-making authority*) é crescentemente transferida pelas elites hegemônicas da arena política majoritária (*majoritarian policy-making arenas*) para os corpos semi-autônomos e profissionais da política pública (*semiautonomous, professional policy-making bodies*), com o objetivo primário de isolar as suas preferências pelas políticas públicas (*policy preferences*) das vicissitudes da política democrática (*democratic politics*)”.

⁶⁷ RESP 338.373, Ac. de 10.09.02, Rel. Min. Laurita Vaz, 2ª T., DJ 24/03/03, RESP 353.147, Ac. da 2ª T., 15.10.02, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 18.08.03

⁶⁸ Cf. R. L. TORRES. “O Mandado de Injunção e a Legalidade Financeira” cit., p. 94-110

disponíveis.⁶⁹ Mas tal conclusão a nosso ver não poderia ser estendida para a problemática do mínimo existencial (=direitos fundamentais sociais), que tem prevalência sobre eventuais saldos de caixa.⁷⁰ Decisão como a do Min. Celso de Mello⁷¹ só complica a discussão, por não esclarecer se o binômio “razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado” está referido à disponibilidade de verba ou de dinheiro.

3. Seqüestro de recursos públicos

A exacerbação da judicialização das políticas públicas relacionadas com o mínimo existencial tem levado o Judiciário a conceder o seqüestro de recursos públicos.

A CF prevê, no art. 100, § 2º, que o Presidente do Tribunal que proferir a decisão exeqüente determine o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorize, a requerimento do credor, exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito. O Supremo Tribunal Federal estendeu o citado art. 100, § 2º, da CF, para a hipótese de não-pagamento de precatório alimentício a pessoa idosa, no voto do Min. Eros Grau.⁷²

No Rio de Janeiro o Juiz da 1ª Vara da Infância e da Juventude resolveu bloquear recursos do Tesouro Municipal porque o Prefeito César Maia não havia procedido ao empenho das quantias previstas no orçamento para a construção de creches;⁷³ a decisão foi provocada pelo Ministério Público, que alegou inclusive “o justo receio de que tais verbas sejam aplicadas em programas outros que não os destinados a crianças e adolescentes, a exemplo do museu Gugenheim-Rio (para o qual já foi aprovado crédito suplementar de quarenta e um milhões de reais) e outros projetos da prefeitura”. O então Presidente do Tribunal de Justiça do Estado, Des. Miguel Pachá, deferiu o pedido de suspensão da decisão judicial requerido pelo Município, alegando: “a hipótese revela o manifesto risco de grave lesão às finanças e à ordem públicas, esta última entendida em seu aspecto multifacetário, porque a decisão, além de adentrar nas questões atinentes a mérito administrativo, compromete o planejamento orçamentário que, repita-se, é de exclusiva competência do administrador público”.⁷⁴ O caso é paradigmático, pois envolvia relevante questão de mínimo existencial, que não se sujeita à discricionariedade administrativa; mas o controle judicial não poderia se exercer na forma de bloqueio de verbas e de dinheiro público decorrente de superávit financeiro, figura inexistente no direito orçamentário.

⁶⁹ IF 492/SP, Ac. do Pleno, de 26.03.03, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01/08/03.

⁷⁰ Vide nota 62.

⁷¹ Vide notas 79 a 83.

⁷² Ag. Reg. na Reclamação 3034-2, Voto-Vista do Min. Eros Grau, <www.stf.gov/noticias>. Acesso em 10.10.2006.

⁷³ Proc. 2003.710.004869-8, Ação Civil Pública, decisão de 12.08.03.

⁷⁴ Decisão de 25.08.03.

O STJ autorizou o bloqueio de contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável para concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde.⁷⁵

No Rio Grande do Sul, segundo reportagem do Fernando Teixeira,⁷⁶ o Governo “está vivendo uma nova fase da disputa judicial pelo fornecimento de remédios não-disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS). O Estado acumula 20 mil ações envolvendo medicamentos e as despesas com as ordens judiciais saltou de R\$ 11 milhões em 2005 para 30 milhões no ano passado”.

Quer dizer: a partir de hipótese especialíssima prevista na CF (art. 100, § 2º: preterimento do direito de precedência no julgamento de precatório), o Judiciário passa a fazer uso do seqüestro de recursos do Estado em casos não previstos na Constituição, na lei ordinária nem no direito comparado, desarticulando perigosamente as finanças públicas. Ao revés de judicializar as políticas públicas referentes ao mínimo existencial, estão preferindo os Tribunais judicializar as políticas orçamentárias.

4. Vinculação do orçamento

Há limites para a *vinculação do orçamento* ao atendimento das prestações públicas de saúde e de educação. Os governos federal e estaduais deram interpretação ampla, incluindo entre tais despesas as ações de saneamento, as verbas do Fundo de Combate e Erradicação de Pobreza e a assistência social; o Ministério Público exigiu interpretação estrita, incluindo-se nas previsões orçamentárias apenas as prestações de saúde, preventivas ou curativas, independentemente de sua caracterização como direitos fundamentais ou sociais. O Supremo Tribunal Federal, chamado a decidir a questão, considerou prejudicada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pois o Presidente Lula já resolvera voltar atrás na decisão de vetar o art. 59 da Lei de Diretrizes Orçamentárias,⁷⁷ o que fez pelo art. 1º da Lei 10.777/2003; nada obstante, o Min. Celso de Mello, a exemplo do que já fizera no julgado sobre AIDS,⁷⁸ redigiu decisão maximalista, de cunho doutrinário (sem eficácia jurisdicional), proclamando a “intangibilidade do núcleo consubstanciador do *mínimo existencial*,”⁷⁹ mas confundindo *os direitos*

⁷⁵ RESP 820.674, Ac. da 2ª T., de 18.05.2006, Rel. Min. Eliana Calmon. DJ de 14.06.06

⁷⁶ Valor Econômico de 12.02.07.

⁷⁷ Lei nº 10.707/2003 – art. 59, § 2º. “Para efeito do inciso II do *caput*, consideram-se como 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 e Erradicação da Pobreza”

⁷⁸ Vide nota 63.

⁷⁹ ADPF 45 – MC/DF, Decisão de 29.04.04, transcrita no Informativo do STF nº 345/2004. “Ementa. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”.

*fundamentais com os sociais e econômicos,*⁸⁰ emburilhando a *reserva do possível* com a *disponibilidade financeira* do Estado⁸¹ e dilargando a competência da jurisdição constitucional para o controle de políticas públicas relacionadas com direitos sociais.⁸²

V – Conclusão

Nota-se, em síntese, grande avanço na problemática da efetividade dos direitos no Brasil. Supera-se a fase da solução mágica a partir das regras constitucionais programáticas e se procura o caminho: para a implementação de políticas públicas relacionadas com os direitos sociais, para a posição crítica da doutrina e para a maior participação do Judiciário na adjudicação de prestações referentes ao mínimo existencial. Mas remanescem alguns problemas intrincados à espera do aprofundamento do debate, designadamente no que concerne à clareza na distinção entre mínimo existencial (= direitos fundamentais sociais) e direitos sociais, da qual dependem a extensão do controle jurisdicional e a integridade do orçamento democrático.

Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstancializador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)"

⁸⁰ "Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161. Rel. Min. Celso de Mello) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional".

⁸¹ "Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implementação sempre onerosa -, traduzem-se em um binómio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas"

⁸² "Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo"