

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ROGÉRIO SILVA DA SILVEIRA

**CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E O PRINCÍPIO DA
VINCULAÇÃO DA POLÍTICA ECONÔMICA**

Porto Alegre

2012

ROGÉRIO SILVA DA SILVEIRA

**CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E O PRINCÍPIO DA
VINCULAÇÃO DA POLÍTICA ECONÔMICA**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo

Porto Alegre

2012

ROGÉRIO SILVA DA SILVEIRA

**CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E O PRINCÍPIO DA
VINCULAÇÃO DA POLÍTICA ECONÔMICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 19 de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO,
Presidente da Comissão.

Professor Doutor LEANDRO DO AMARAL DORNELES DE DORNELES,
Membro da Comissão.

Professor Doutor FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO,
Membro da Comissão.

RESUMO

O presente trabalho visa apontar as formas de aplicabilidade do Direito Econômico, fazendo uma análise da “Cláusula da Reserva do Possível” e do “Princípio da Vinculação da Política Econômica”, onde haja um equilíbrio em relação à política econômica e a forma como se possa discipliná-la para sua aplicabilidade na sociedade civil; e que a Cláusula da Reserva do Possível e o Princípio da Vinculação da Política Econômica possam manter o equilíbrio político e econômico, com o amparo do Direito Constitucional e do Direito econômico, e quais as espécies que as compõem. É importante avaliar o sentido da Constituição e a dignidade da pessoa humana frente ao Direito Econômico e os direitos fundamentais; bem como diagnosticar quais as formas de atuação da Cláusula da Reserva do Possível e do Princípio da Vinculação da Política Econômica que possam ser utilizados para manter o equilíbrio jurídico-social e econômico da sociedade constitucionalizada.

Palavras-Chave: Cláusula da Reserva do possível. Princípio da vinculação da Política Econômica

ABSTRACT

This paper aims to point out the ways of applicability of Economic Law by analyzing the "Reserve Clause of the Possible" and the "Principle of Linking Economic Policy", where there is balance in relation to economic policy and how it can discipline it for their applicability in civil society and that the Reserve Clause of the Possible and the Principle of Linking Economic Policy to maintain political and economic balance, with the support of constitutional law and economic law, and which species compose them. It is important to assess the meaning of the Constitution and human dignity against the Economic Law and fundamental rights, as well as diagnose what forms of action of the Reserve Clause of the Possible and the Principle of Linking Economic Policy can be used to keep balancing legal, social, and economic development of the constitutionalized society.

Keywords: Reserve Clause of the Possible. Principle of Linking Economic Policy

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DA ECONOMIA POLÍTICA À POLÍTICA ECONÔMICA	9
2.1 O SURGIMENTO DA ECONOMIA POLÍTICA ENQUANTO CIÊNCIA.....	10
2.1.1 Conceito de Direito Econômico	11
2.2 A IDENTIFICAÇÃO DA POLÍTICA ECONÔMICA ENQUANTO PRÁTICA	14
2.3 POLÍTICA ECONÔMICA E PODER.....	17
2.3.1 Política Econômica Pública	18
2.3.2 Política Econômica Privada	21
3 SISTEMAS ECONÔMICOS E SUA RELAÇÃO COM O CONSTITUCIONALISMO	24
3.1 LIBERALISMO ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO	24
3.2 CONSTITUCIONALISMO SOCIALISTA.....	25
3.3 CONSTITUCIONALISMO SOCIAL	25
3.4 CONSTITUCIONALISMO E GLOBALIZAÇÃO.....	31
4 POLÍTICA ECONÔMICA ENQUANTO CONCEITO JURÍDICO	34
4.1 OS MEIOS POR QUE SE REALIZA A POLÍTICA ECONÔMICA.....	35
4.2 QUESTÕES DE VALIDADE E EFICÁCIA DAS MEDIDAS DE POLÍTICA ECONÔMICO-JURÍDICAS	36
4.2.1 Modalidades de eficácia jurídica: uma interpretação	37
4.3 PROBLEMAS DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	38
4.4 AS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO ESTADO NA ECONOMIA COMO NORTE PARA A POLÍTICA ECONÔMICA PÚBLICA.....	41
5 ATRIBUIÇÕES DO ESTADO NA CONCREÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE AO DIREITO ECONÔMICO	43
5.1 DISCIPLINA DA ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	45
5.1.1 Os princípios referentes ao orçamento	45
5.1.2 Dos direitos fundamentais	46

5.1.3 As competências constitucionais e o financiamento da atividade financeira do Estado.....	47
5.1.4 As normas gerais de Direito Financeiro e a Lei de Responsabilidade Fiscal.....	49
5.1.5 A posição ativa do Estado na realização de direitos fundamentais em face das limitações financeiras	50
5.2 A RESERVA DO POSSÍVEL.....	51
5.2.1 A teoria da reserva do possível	51
5.2.2 O princípio geral da inexistência de dever de se cumprir o impossível (" <i>ad impossibilia nemo tenetur</i> ").....	52
5.2.3 O surgimento da doutrina da "reserva do possível"	52
5.2.4 A distinção entre "impossibilidade absoluta", "impossibilidade relativa" e "dificuldade" no Direito Civil	56
5.2.5 Condições para a pertinência da invocação da reserva do possível	59
5.2.6 Condições para procedência da invocação da reserva do possível	60
5.2.7 A Efetividade dos Direitos Sociais e a Reserva do Possível.....	63
5.2.7.1O que distingue a cláusula, o princípio e o postulado na reserva do possível?	66
5.2.8 Um exemplo recorrente: o pronunciamento do Min. Celso de Mello na ADPF n. 45	69
6 A RESERVA DO POSSÍVEL VISTA A PARTIR DAS PECULIARIDADES DA POLÍTICA ECONÔMICA	72
6.1 A COERÊNCIA DA POLÍTICA ECONÔMICA ADOTADA COM A INVOCAÇÃO DA "RESERVA DO POSSÍVEL".....	72
6.2 A POLÍTICA ECONÔMICA INCOERENTE COM A INVOCAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	73
6.3 A POLÍTICA ECONÔMICA APTA A TORNAR AINDA MENOS FACTÍVEL DA CONCREÇÃO FINANCEIRA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	75
7 CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS.....	82

1 INTRODUÇÃO

Procura-se apresentar a “Cláusula da Reserva do Possível e o Princípio da Vinculação da Política Econômica” como forma de avaliar até que ponto a “Cláusula da Reserva do Possível” é ou deve ser utilizada juridicamente.

Assim, através das subdivisões deste trabalho, apresenta-se o Direito Econômico, sua ligação com os direitos fundamentais e a forma como a política socioeconômica influi na vida das pessoas.

No capítulo 2, aborda-se a economia política a política econômica: o surgimento da economia política enquanto ciência; o conceito de Direito Econômico; a identificação da política econômica enquanto prática; política econômica e poder, subdividido em dois tópicos: política econômica pública; política econômica privada.

No capítulo 3, analisa-se “Sistemas Econômicos e sua relação com o Constitucionalismo”, onde se aborda: o Liberalismo Econômico na Constituição; Constitucionalismo Socialista; Constitucionalismo Social; Constitucionalismo e Globalização, de uma forma menos abrangente, como uma prévia do que poderá ser abordado a seguir.

No capítulo 4, aborda-se a política econômica enquanto conceito jurídico, onde os meios porque se realiza a política econômica são demonstrados através de um sistema de normas, sob a disciplina jurídica que estuda aquele sistema; as questões de “validade e eficácia das medidas de política econômico-jurídicas” apresentam as modalidades de eficácia jurídica, como interpretação judicial, de forma que os problemas da eficácia dos direitos fundamentais fiquem bem definidos; assim como as funções constitucionais do Estado na economia, como norte para a política econômica pública.

Neste capítulo, apontam-se as dificuldades encontradas pelo Judiciário para sanar a problemática das políticas públicas e econômicas, devido à grande demanda de pedidos e de processos encaminhados ao mesmo.

No capítulo 5, aprofundam-se os conhecimentos das atribuições do Estado na concreção dos direitos fundamentais frente ao direito econômico; bem como da disciplina da atividade financeira do Estado em face dos direitos fundamentais, que

estão subdivididos, a partir daqui, em subitens, para melhor compreensão do tema abordado: os princípios referentes ao orçamento; as competências constitucionais e o financiamento da atividade financeira do Estado; as normas gerais de Direito Financeiro e a Lei de Responsabilidade Fiscal; a posição ativa do Estado na realização de direitos fundamentais em face das limitações financeiras. O subitem “a Cláusula da Reserva do Possível” divide-se em dois tópicos importantes: a teoria da reserva do possível, o princípio geral da inexistência de dever de se cumprir o impossível (*ad impossibilia nemo tenetur*), no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade; o surgimento da doutrina da “reserva do possível” como forma de discutir acerca das restrições à efetivação de direitos fundamentais sociais. Continua-se a pesquisa com os próximos itens com o surgimento da doutrina da “reserva do possível”; a distinção entre “impossibilidade absoluta”, “impossibilidade relativa” e “dificuldade” no Direito Civil; as condições para a pertinência da invocação da reserva do possível; as condições para procedência da invocação da reserva do possível; a efetividade dos Direitos Sociais e a Reserva do Possível, onde, mais uma vez se divide em subitens: o que distingue a cláusula; o princípio e o postulado na reserva do possível. E apresenta-se um exemplo recorrente: o pronunciamento do Min. Celso de Mello na ADPF n. 45.

No capítulo 6, a reserva do possível é vista a partir das peculiaridades da política econômica; onde a coerência da política econômica adotada com a invocação da “reserva do possível” torna possível ou não a sua aplicabilidade jurídica; assim como avaliar a política econômica adotada com o intuito de tornar possível a realização dos direitos dependentes de maiores verbas públicas; e apresentar de que forma a política econômica torna-se incoerente com a invocação da reserva do possível nos casos apresentados pela sociedade empresarial e civil. Além disso, averiguar se a política econômica está apta a tornar ainda menos factível da concreção financeira de direitos fundamentais.

Ao longo desta pesquisa espera-se chegar a um consenso, onde as políticas públicas possam ser utilizadas de forma a facilitar a economia através da aplicabilidade do “Direito Econômico”, dos “Direitos Constitucionais” e das “Políticas Públicas”, com forma de facilitar o entendimento das causas apresentadas ao “Judiciário”; e que as mesmas possam ser entendidas pelo “juiz” de forma clara, e que venham a melhorar a vida do país e de seu povo.

2 DA ECONOMIA POLÍTICA À POLÍTICA ECONÔMICA

A ampliação da presença do Estado no sistema econômico e o seu caráter de percasividade, com a multiplicação de normas legais de toda a espécie para pôr em prática a política econômica, deram origem a uma mudança radical na própria forma de encarar o Direito e a aplicação de suas normas.¹

Pouco antes da Primeira Guerra Mundial, em 1912, e sete anos antes da Constituição de Weimar, na cidade alemã de Jena, um grupo de juristas, lá reunidos, lançou um manifesto precisamente intitulado “Por um novo direito”, tido como o documento primeiro do Direito Econômico, no qual propugnavam por um novo enfoque na interpretação da norma jurídica. Desde 1911, funcionava, na mesma cidade, uma associação cujo nome era precisamente “Direito e Economia (*RechtundWirtschaft*)”.²

São inúmeras as manifestações da percepção do fenômeno do Direito Econômico, como decorrência da imbricação entre as duas áreas – o mercado e o Estado. Não é este o momento de se fazer um retrospecto histórico sobre tais manifestações. Basta lembrar que, em 1731, o titular da cadeira de Ciências Econômicas Políticas e Comuns de Frankfurt, em obra publicada naquele ano, procurava distinguir os conceitos de Direito econômico agrário e de Direito Econômico comunal (atividades cidadinas, como indústria e comércio). Na França, Itália, e em outros países ocidentais, pode-se colher manifestações semelhantes; e, no Brasil, Visconde de Cairu, em 1827 – ano da fundação dos cursos jurídicos – publicava “Leituras de Economia Política ou Direito Econômico”, conforme a Constituição Social e Garantias da Constituição do Império do Brasil.³

Impõem-se, aqui, uma ressalva: à época desses escritos, a Economia ainda estava presa à Filosofia moral e não era vista como uma ciência positiva. Não era feita a distinção metodológica entre o aspecto positivo e o normativo da ciência, resultando na mistura entre “Economia Política e Direito Econômico”. No entanto, valem as referências supra para evidenciar a percepção bastante antiga quanto a

¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.237.

² Ibidem, p. 237.

³ Ibidem., p. 238.

haver um Direito regulador da vida econômica, por alguma forma distinta daqueles de índole pricatística.⁴

Para entender-se melhor, é preciso observar que “a política pode ser vista como o governo dos homens e a administração das coisas, num plano global, como a organização e a administração dos Estados”.⁵ Assim, o fenômeno da política pode ser analisado como forma de adequar, por vezes, as instituições às exigências da realidade econômica.

Portanto, ao analisar-se o pensamento de Platão, que tinha a preocupação com a conformação entre a realidade do modelo humano e a realidade das ideias existentes no modelo divino; nota-se que, ao contrário, – no contexto de sua filosofia mais realista –, procura definir “política” como uma capacidade de organização dos próprios homens, que colocam objetivos a que são viáveis aspirar, o que é possível e o que é adequado ou conveniente, pois que o homem se vê efetivamente obrigado a intentar de maneira preferente as coisas que são possíveis e as coisas que são adequadas para uma determinada classe de pessoas. A “política” tem como finalidade organizar uma comunidade com vista a um determinado bem.⁶

2.1 O SURGIMENTO DA ECONOMIA POLÍTICA ENQUANTO CIÊNCIA

O meado do século XIX viu transformar-se, o capitalismo atomista, num capitalismo de grupo. A chamada concentração capitalista acarretou profundas influências no Direito, fazendo surgir um novo ramo direcionado justamente a reger o novo fato econômico. Não se tratava mais de indivíduos a se proteger contra o monarca absoluto, nem se relacionando atomisticamente entre si.⁷

À Ciência Econômica interessa a explicação do fato econômico em si, sem a mínima preocupação com as suas implicações éticas. Inscrita que se acha no conjunto das Ciências do Ser, suas formulações descrevem as consequências dos fatos e atos econômicos, tais como efetivamente se verificam na realidade social. Ao Direito compete dar o adequado tratamento normativo aos fatos econômicos,

⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.238.

⁵ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.18.

⁶ Ibidem, p. 19.

⁷ Ibidem, p. 6.

quando não conformá-los, a eles vinculando determinadas consequências jurídicas.⁸

Observa-se que essa profunda alteração no contexto social, na tipologia das relações sociais, comprometidas com o fato econômico, leva a uma nova juridicidade (característica do que é conforme ao Direito), ou, a uma nova manifestação reguladora do Direito direcionada a um fato novo.

Dessa maneira, o fato econômico se apresenta de forma diferente, e o Direito, cuja formação vem do direito positivo, deve ser considerado como o resultado da crescente movimentação social no sentido da limitação do arbítrio. Para Camargo⁹, o Direito, como o Estado, não são fins em si, não têm mais que um valor instrumental, qual seja, o de harmonizar interesses dissonantes em princípio, possibilitando a realização daqueles que se entender como os mais relevantes num dado momento histórico.

2.1.1 Conceito de Direito Econômico

O Direito Econômico corresponde à parte do ordenamento que disciplina as relações econômicas, não no sentido de uma justa equiparação entre as pessoas diretamente implicadas, mas no ponto de vista do “bem comum econômico” da produtividade da economia e da sua “economicidade”.¹⁰

Direito Econômico é o ramo do direito que tem por objeto a “juridicização” (o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe). Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa da harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, é utilizado “o princípio da economicidade”.¹¹

A noção conferida à “economicidade”, no presente conceito, assume sentido específico, quer para o seu entendimento, quer para a referência à função que lhe é

⁸ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico: aplicação e eficácia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 93.

⁹ Idem. **Breve introdução ao direito econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 13.

¹⁰ CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **Direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 353.

¹¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4.ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 27.

atribuída.¹²

Quanto ao entendimento, esta noção é habitualmente portadora do significado de “medida do econômico”. Em sentido econômico, é considerada como a expressão de equilíbrio na relação custo-benefício.

A noção dos custos se torna importante, na medida em que não há necessidade que não dependa de um bem ou serviço, e não há bem ou serviço que se comporte, no momento de sua elaboração, o emprego de determinados recursos que têm de ser obtidos, em regra, mediante remuneração.¹³

O que interessa no presente estudo é especificamente a diferenciação que a doutrina costuma fazer entre os direitos fundamentais chamados *de defesa* e os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito, também denominados de “direitos fundamentais sociais”. É que estes, ao contrário daqueles, dependem para sua efetivação uma atuação material direta do Estado, a qual requer investimento e previsão orçamentária, razão que aponta que o Poder Econômico Público se exerce, tanto mediante a edição de atos jurídicos normativos (leis, decretos, atos administrativos) – como atos negociais (os diversos instrumentos de administração contratada), quanto mediante a criação de entidades para atuarem no domínio econômico.

O Direito Econômico tem como finalidade a adequação do ser econômico à ordem jurídica vigente, disciplinando a atividade para fins do desenvolvimento econômico-social e coibindo os abusos da atividade econômica, ou seja, a sua antijuridicidade.¹⁴

Ingo Sarlet¹⁵ aponta que foi constatado que a graduação da carga oficial dos direitos fundamentais depende, em última análise, de sua densidade normativa, por sua vez igualmente vinculada à forma de proclamação no texto e à função precípua de cada direito fundamental. Tais aspectos deverão ser objeto permanente de

¹² Ibidem, p. 33.

¹³ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. “**Custos dos direitos**” e reforma do estado. Porto Alegre: Antonio Fabris Ed., 2008, p. 55.

¹⁴ CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **Direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 176.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 248.

consideração, de tal sorte que considera-se oportuno partir de uma análise distinta, relativamente aos dois principais grupos nos quais podem ser divididos os direitos fundamentais, de acordo com o critério de sua função preponderante, quais sejam: os direitos de defesa e os direitos a prestações.

Em tal distinção, a doutrina tradicionalmente não leva em conta a dimensão econômica dos custos necessários à implementação dos ditos *direitos negativos*.

Segundo Ingo Sarlet:

Os direitos de defesa – precipuamente dirigidos a uma conduta omissiva – podem, em princípio, ser considerados destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o objeto de sua proteção (vida, intimidade, liberdades, etc.) pode ser assegurado juridicamente, independentemente das circunstâncias econômicas.¹⁶

O termo “economicidade”, portanto, quanto ao seu entendimento ¹⁷ significa a medida do “econômico” segundo a linha de maior vantagem na busca da justiça. Essa medida é determinada pela valoração jurídica atribuída, pela Constituição, ao fato de política econômica, objeto do Direito Econômico.

Porém há um conceito amplo e restrito, conforme apontado por Claude Champaud¹⁸; os autores que tentam definir o Direito Econômico duas tendências, apontam uma concepção ampla e outra estrita. Os autores que defendem um conceito estrito veem no Direito Econômico uma disciplina nova, autônoma e original, voltada ao estudo dos problemas colocados pela intervenção do Estado na economia. Os autores que dão preferência a um conceito amplo, afirmam que uma regra será de Direito Econômico quando reger relações humanas propriamente econômicas, e assinalam que o aparecimento de disciplinas jurídicas novas, principalmente, do Direito Econômico, está ligado à grande mutação econômica da atualidade. e o que caracteriza esta nova era é, acima de tudo, a concentração dos meios de produção e de distribuição de massa, por uma concentração dos meios de

¹⁶ *Ibidem*, p. 263.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 34.

¹⁸ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.11-2.

produção e de distribuição que lhe permite efetivar-se.¹⁹

Ao levar-se em conta essas teorias, pode-se elaborar um direito novo justamente para juridicizar (o que está em conformidade com o direito), este novo fenômeno econômico, que é um fato que vem causar o aparecimento do Direito Econômico, não importando qual seja o regime político-econômico de um país.

Assim, percebe-se que a “juricidade” é a categoria que faz com que uma relação humana se manifeste como relação jurídica, pois é uma relação intersubjetiva (sendo necessária a existência de dois seres humanos, que se relacionam intercomplementarmente) regulada por “norma de dever-ser”, que vem estabelecer a forma e o conteúdo através dos quais aquela relação é válida e aceita.²⁰

Por isso, o surgimento do Direito Econômico como disciplina autônoma só deve ser determinado a partir da identificação do seu campo, objeto, regras, e feições próprias da configuração dos elementos que o caracterizam como tal, e da possibilidade de sistematização dos temas que o compõem, ou seja, da juridicização da política econômica.²¹

2.2 A IDENTIFICAÇÃO DA POLÍTICA ECONÔMICA ENQUANTO PRÁTICA

Para que se entenda a identificação da política econômica enquanto prática é preciso entender que a mesma se dá através das leis do Estado e da necessidade de conduzir a economia. Por essa razão é importante que se utilize das normas coercitivas do Direito Econômico, favorecendo um entendimento entre as partes, onde dentro da franquia legal, as mesmas veem diminuída a capacidade de declarar a sua vontade. Assim, através da esfera operativa de sua autonomia negocial, reduzem-se os estritos limites propostos pela norma, como se vê a seguir.

A concentração de empresas colocou nas mãos da iniciativa privada um forte poder para direcionar a economia. Mas quando se fala em política econômica, dá-se

¹⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.12.

²⁰ *Ibidem*, p. 3.

²¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 46.

ênfase à atuação do Estado na condução da economia.²²

Portanto, as normas coercitivas de Direito Econômico apresentam as conformações clássicas do *jus cogens*, o que não ocorre com as que são apenas dispositivas, por apresentarem características bem distintas, face ao que pacificamente acolhe-se como *jus dispositivum*.²³

Dessa forma, na esfera do juridicamente ilícito, as normas dispositivas objetivam regular ou suprir as vontades das partes (art. 256, CC), a fim de que se alcancem seus objetivos legais sem suprimi-las ou restringi-las, apenas dentro da própria iniciativa legítima com a finalidade de protegê-las, o que supõe sempre a declaração das vontades das partes, podendo essas serem entendidas como normas de interpretação quando obscuras ou imprecisas, segundo os critérios da lei (arts. 269 e 1.090 do CC).

No caso das normas integrativas, estas suprem as lacunas oriundas da ausência ou falha de declaração de vontade das partes, regulando assim, o negócio jurídico (arts. 258 e 1606 do CC), na medida em que os contratantes se abstenham ou deixem de explicitá-la. As normas fundadas na preservação e tutela de interesses individuais das partes – suscetíveis de revogação, renúncia e transação – prevalecem sempre à vontade dos contratantes; seja porque lícita e exaustivamente expressa, seja porque total ou parcialmente suprida pela própria lei.²⁴

Portanto, é indiscutível que as normas dispositivas de Direito Econômico regulam essa vontade. A partir daí, as características específicas surgem tanto no que diz respeito ao próprio tema de sua aplicação, como na classificação das normas dispositivas, em interpretativas e integrativas.²⁵

Assim, numa tentativa de identificação das normas dispositivas de Direito Econômico com o conceito clássico do *jus dispositivum*, pode-se, desde logo, encontrá-la no pressuposto principal, que é o da “declaração da vontade”.²⁶

A chamada Economia Política é vista por muitos, hoje em dia, como o

²² CARVALHOSA, 1973, p. 23.

²³ CARVALHOSA, p. 303.

²⁴ Idem, p. 303-304.

²⁵ Idem, p. 304.

²⁶ Ibidem.

segmento ou a versão didática da ciência econômica, um enfoque destinado precisamente a fazer a síntese entre análise estrita e aplicação, entre teoria e prescrições normativas, juntando as partes artificialmente separadas para efeito de análise, com vistas a apresentar o fenômeno econômico na sua inteireza e em todas as suas dimensões. Com tal título, a matéria era ensinada nas faculdades de Direito do País, até o início da década de 70.²⁷

Na prática, procura-se identificar como “social” a atividade desenvolvida sem fins lucrativos e vice-versa, como “econômica” aquela que visa o lucro. Mas, como se pode ver, ao se tratar dos sistemas econômicos ditos: autônomo, descentralizado ou coletivista, o Estado se encarregaria da tomada de decisões: o de construir a fábrica e/ou a de implantar a escola, e nenhum dos dois casos estariam visando ao lucro, o qual, naquele sistema, pura e simplesmente, não existe. Nos sistemas mistos do mundo ocidental é possível se encontrar fábricas e escolas, por exemplo, tanto nas mãos do Estado, quanto de particulares.²⁸

Percebe-se, assim, que em ambas as decisões: a referente à fábrica e à escola; e em ambos os sistemas – o de mercado e o coletivista – a mola propulsora de qualquer decisão será a relação custo-benefício, a qual pode se manifestar diferentemente em um ou no outro caso, em um ou no outro sistema, mas cuja natureza é sempre a mesma: uma relação de natureza econômica.²⁹

Para Nusdeo (1997, p. 110):

A produção de bens e a sua distribuição são fases de um mesmo processo econômico, uno em sua essência, sendo incorreto restringir tal denominação à de “econômico” apenas à produção, reservando a expressão “social” para decisões ligadas à distribuição da riqueza. A opção por uma ou por outra revelará apenas diferentes prioridades conferidas a necessidades diversas. Se tais prioridades estão certas ou erradas é outro problema, o qual, não muda a natureza da decisão.

Dessa forma, observa-se que, com o desenvolvimento da ciência política e econômica, há cada vez mais correlação entre as mesmas, levando o direito a perceber que o Direito Econômico e a Política Econômica fazem parte da mesma

²⁷ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 108-109.

²⁸ Ibidem, p. 109.

²⁹ Ibidem, p. 110.

linha de pensamento: o poder.

2.3 POLÍTICA ECONÔMICA E PODER

Com o aumento do número de pobres e marginalizados, aumentou a pressão do poder econômico sobre os órgãos de governo, visando à utilização do poder político para impedir qualquer mudança profunda na ordem que mais convinha aos economicamente fortes. Esta pressão foi aumentada quando o próprio capitalista, sentindo o crescimento das ameaças, passou a ocupar os principais postos do governo, associando de modo completo o poder político e o poder econômico.³⁰

O poder econômico exprime, antes de tudo, uma concepção de “natureza política”³¹, pois que representa uma das manifestações do poder, simbolizando uma forma de “domínio” no relacionamento entre pessoas ou entidades das mais diversas naturezas; e que envolve, ao mesmo tempo, o aspecto jurídico que estabelece o regime dessas relações, direitos e obrigações, os quais estão presentes em suas mais variadas gamas, indo da imposição e do domínio absoluto até os relacionamentos mais democráticos e igualitários.³²

Porém, esse objetivo da Constituição, que é o controle do poder econômico, já foi percebido e considerado importante, na segunda década do século vinte; mas depois disso cresceu cada vez mais a interferência do poder econômico no exercício do poder político, sem que tenha sido encontrada uma fórmula constitucional eficaz.³³

Em sua conotação político-econômica, o poder oferece aspectos da maior importância para o Direito Econômico. Essa disciplina pretende destacar-lhe o sentido político, em termos de dominação na luta por interesses econômicos. Na sociedade organizada de nossos dias, após toda uma evolução multimilenar em torno de tais interesses e o aperfeiçoamento das instituições políticas e jurídicas que lhe dizem respeito, o Direito Econômico preocupa-se em determinar as regras que possam corrigir as distorções elaboradas durante o longo período de sua

³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 100.

³¹ ALAZAR apud SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 242.

³² Ibidem, p. 242.

³³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 100.

consolidação.³⁴

O condicionamento da política econômica à ideologia constitucionalmente adotada é o caminho seguro para evitar a imposição das formas absolutistas de dominação econômica. O próprio estado de Direito, do Liberalismo, dele jamais se afastou com os seus instrumentos adequados. O Direito Econômico procura corrigi-las nas estruturas econômicas coloniais e nos expedientes descaracterizadores das fórmulas da liberdade e da cidadania, seja qual for a ideologia a que estão conformadas as leis que o consagram.³⁵

Cabe ao Direito Econômico a preocupação quanto aos rumos da política econômica em sua manifestação jurídica. Entende-se, pois, o poder econômico como expressão política do exercício da atividade econômica. A atenção do jurista volta-se para a figura do “sujeito” que pratica essa atividade e que, assim, exercita esse Poder, conforme enunciado por Souza³⁶.

Portanto, como se verifica por essas experiências, não basta prever na Constituição a distribuição justa da riqueza, a subordinação da propriedade ao interesse social a proibição de abusos do poder econômico, a garantia de condições humanas e justas para o trabalhador, se não for previsto o modo de tornar efetivo tudo isso. O poder político deve ser exercido no interesse de todos, e para tanto é indispensável que ele não fique sob controle ou influência excessiva de qualquer pessoa ou grupo social. A história recente da humanidade e o testemunho presente demonstram com muita evidência que o grande risco para a independência do poder político e, conseqüentemente, para a liberdade dos povos e dos indivíduos é o abuso do poder econômico.³⁷

2.3.1 Política econômica pública

No âmbito dos Direitos Nacionais, entretanto, qualquer referência ao Poder Econômico Público é uma espécie de retomada do sentido natural do Poder, isto é, do modo de considerá-lo pelo prisma de sua própria natureza, que é política e, em

³⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 242.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem, p. 248.

³⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 102-103.

sentido amplo, social. Na sociedade contemporânea, foram os princípios do Liberalismo que ao proibir ao Estado o exercício e até a disciplinação da atividade econômica, atribuíram exclusivamente ao particular a competência para o exercício desta, configurando o poder Econômico Privado.³⁸

Assim, o Poder Econômico Público incumbe-se do controle e da orientação do Poder Econômico Privado, enquadrando-o nos parâmetros da Política Econômica traçada de acordo com os princípios da ideologia constitucionalmente estabelecida; e, ao mesmo tempo, o Estado, embora agente do Poder Econômico Público, submete-se às permissões e limitações desses mesmos princípios constitucionais. O que é de interesse, principalmente, do Direito Econômico.

Através do regime jurídico, o Poder Econômico Público estabelece as condições do lícito e do ilícito, do justo e do injusto. Na concorrência surgem as hipóteses legais do uso e do abuso do poder econômico, que constituem um fato material de teses e de posições a respeito. Em todas essas hipóteses, a atividade econômica se manifesta sob as mais diversas formas e os mais variados expedientes que a Ciência Econômica apresenta e aperfeiçoa, e que nem sempre recebem bem maior do Direito. São estes importantes e decisivos temas de Direito Econômico, que a ordem jurídica procura absorver em todo o mundo, na atualização do direito às exigências da sociedade atual. O fato “concentração”, e os expedientes pelos quais se efetiva, são por ele tratados como “uso” ou como “abuso” do poder econômico, de acordo com as circunstâncias da política econômica.³⁹

Dessa forma, o autor se manifesta:

Em termos multinacionais, esse poder manifesta-se em forma de “centros de decisão”, sem localização jurídica determinável como nacional ou internacional, porque supra ou anacional, definida como “potencialidade” de difícil separação entre o público e o privado. (SOUZA, 1999, p. 249)

Por conseguinte, observa-se que no âmbito dos Direitos nacionais, entretanto, qualquer referência ao poder Econômico Público é uma espécie de retomada do

³⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 249.

³⁹ Ibidem, p. 248-49.

sentido natural de Poder, isto é, do modo de considerá-lo pelo prisma de sua própria natureza, que é política e, em sentido amplo, social.

Na sociedade contemporânea, foram os princípios do liberalismo que, proibindo ao Estado o exercício e até a disciplinação da atividade econômica, atribuíram exclusivamente ao particular a competência para o exercício desta, configurando o Poder Econômico Privado. (SOUZA, 1999, p. 249)

Assim, a sociedade é, dentre as pessoas jurídicas de direito privado, aquela que pode ser destinada ao exercício de atividade de natureza empresarial. Trata-se, portanto, do empresário coletivo ou pessoa jurídica, em contraponto à figura do empresário individual, ou empresário pessoa física.⁴⁰

Assim, os instrumentos jurídicos se aperfeiçoam, cada vez mais, nesse sentido, tais como a ação civil pública⁴¹ e o mandado de segurança coletivo, referentes à responsabilidade do Estado.

As medidas de Política Econômica estabelecidas pela legislação constituem o “objetivo-meio” para se atingir o “objetivo-fim” expresso na ideologia, ou seja, definido na Constituição,⁴² que está composto de expedientes que nos são apresentadas como técnicas de ação econômica do Estado, manifestadas por intermédio das normas de Direito Regulamentar Econômico e de Direito Institucional Econômico.⁴³

Em especial, pelo prisma do Direito Econômico, ao afirmar-se como “sujeito da relação jurídica”, o Estado deverá assumir as responsabilidades diretas dos atos de política econômica que pratica. Afora isso, como temos argumentado, seria a retomada da ideologia do Absolutismo, e só assim o Estado poderia furtar-se à submissão aos comandos legais, descomprometido com os princípios ideológicos do Estado de Direito.⁴⁴

Assim, o seu sentido mais restrito encontra-se na regulação, e o sentido mais

⁴⁰ TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p.227.

⁴¹ CAMPOS *apud* SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 252.

⁴² SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 253.

⁴³ *Ibidem*, p. 253.

amplo é identificado nas formas de intervenção no domínio econômico, a qual mais abrangente é a do Planejamento Econômico, porque admite que ali se inclua todas as demais; mesmo que uma delas dispense a existência de planos para ser adotada. Como exemplo, cita-se o tabelamento de preços, que constitui intervenção do Estado no domínio econômico; seja parcial ou total.⁴⁴

Sobre o campo de ação do Estado, deve-se considerar que toda a vida econômica constitui esta área ou domínio; onde temas como “produção”, “circulação”, “repartição”, “consumo”, bem como o “desenvolvimento”, estão sempre presentes nas mais diversas manifestações da atividade econômica nos princípios da Política Econômica aos quais o Direito Econômico dará o condicionamento jurídico devido.⁴⁵

Dessa forma, o Poder Econômico Público incumbe-se do controle e da orientação do poder Econômico Privado, enquadrando-o nos parâmetros da Política Econômica traçada de acordo com os princípios da ideologia constitucionalmente estabelecida. Concomitantemente, o Estado, embora agente do Poder Econômico Público, submete-se às permissões e limitações desses mesmos princípios constitucionais. Esse aspecto interessa sobremaneira ao direito Econômico.⁴⁶

Uma ligeira observação demonstra o significado dessa evolução no campo do Direito Econômico. Grande número de atos de política econômica praticados pelo Estado e prejudiciais ao País têm efeitos irreversíveis, jamais podendo ser corretamente sanados. Os “remédios” jurídicos se aperfeiçoam, tanto no sentido da responsabilidade do Estado de ressarcir os prejuízos causados por medidas de política econômica quanto para sustá-los previamente, a fim de não chegarem a se concretizar.

2.3.2 Política econômica privada

A ideia de autoridade passou a complementar a atividade econômica, assim como o fato de comandar, que foram heranças do Feudalismo, que se encarregou

⁴⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 253.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 249.

de manter unidos o “comando político” e o “comando econômico”, detidos pela pessoa do Suserano. O Absolutismo cuidou de conservar a ideia de autoridade como tal. E deve-se ao jurista do século XIX, a retirada do poder político da pessoa do Rei para incorporá-lo à pessoa jurídica do Estado. Porém, quanto ao poder econômico, reservou-se ao particular,⁴⁷ apenas nas hipóteses de rompimento do equilíbrio entre as relações econômicas dos mesmos; assim, o Estado se via convocado a comparecer, mas o fazia pelo Poder Judiciário, e não chegava a praticar ação econômica direta.⁴⁸

Através do Direito Liberal do Código Civil Francês (Napoleônico) e do Código Burguês de Direito (alemão) foram consagrados, os cidadãos, livres; e o novo condicionamento ao qual passaram a ser submetidos, os fazia portadores de iguais direitos políticos, mas não dos direitos econômicos.

Com a concepção formalista, será possível verificar o importante papel da justiça corretiva na compreensão do fim imediato do direito privado, sendo os bens sociais fins mediatos. Assim, o direito privado, nessa concepção, não está direcionado a objetivos externos, socialmente desejáveis, de cunho, principalmente econômico e social. Com efeito, na concepção formalista, como será constatado na segunda parte do presente estudo, o direito privado tem um objetivo definido que é manter a igualdade absoluta nas relações entre os privados mediante uma estrutura de compensação de perdas e ganhos nos moldes delineados pela justiça corretiva aristotélica. O direito privado, por conseguinte, é vislumbrado como mantenedor permanente da igualdade nas relações entre os indivíduos. Na concepção formalista, aquilo que é ganho de maneira antijurídica, em detrimento de outrem, deve ser restituído na mesma medida, nem mais, nem menos. Este é o fim do direito privado, ou seja, ser um sistema de manutenção do equilíbrio na relação entre as pessoas.⁴⁹

Portanto, a simples constatação da realidade da aplicação dos institutos do direito privado nos dias atuais pode demonstrar que, no tratamento das relações de direito privado, são, atualmente, introduzidos objetivos outros que não apenas a manutenção da igualdade absoluta entre os indivíduos (em conformidade com o art. 5º III, da CF de 1988 e art. 421 do CC brasileiro) e do equilíbrio na divisão dos bens externos através da reparação dos danos.

⁴⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 254.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 254.

⁴⁹ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A influência da economia na responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti et al. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 123.

Assim, a industrialização, o consumo em massa, a economia de mercado e a globalização transformaram a sociedade de tal maneira que também os EU Aforam em busca do equilíbrio entre ganhos e perdas; sendo, contudo, esta busca relegada a um segundo plano em favor de objetivos econômicos e sociais, apresentados pela concepção formalista.⁵⁰

O direito privado na concepção formalista é meramente instrumental. A sua principal característica é a de servir como uma ferramenta para fins estabelecidos externamente. Ademais, por esses fins serem externos, são independentes do direito privado, que não tem alcance sobre a fixação ou mesmo a compreensão de seus fins, e se torna um conhecimento subsidiário alterável, e muitas vezes, descartável⁵¹.

⁵⁰ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A influência da economia na responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti et al. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 124.

⁵¹ Ibidem, p. 125.

3 SISTEMAS ECONÔMICOS E SUA RELAÇÃO COM O CONSTITUCIONALISMO

A relação entre o Direito Econômico e o Direito Constitucional está determinada por dois pontos fortes, em que o Direito Constitucional ocupa-se da ordem jurídica e da ordem política de uma nação. Estas, por sua vez, compondo-se das normas a serem seguidas pelos governos e pelos cidadãos, contêm os princípios básicos da atividade econômica considerada em termos de “direitos” e de “obrigações”. Assim, a ordem econômica estará juridicamente definida. As regras jurídicas referentes ao regime político, às formas de Estado, à origem e detenção do Poder, ao exercício e ao limite da liberdade, aos direitos fundamentais do cidadão, constituem objeto do Direito Constitucional, conforme será explicitado através dos modelos dos sistemas econômicos e a sua relação com o Constitucionalismo.⁵²

Dessa forma, afirma-se que o conceito de Direito Econômico parte da ideologia adotada constitucionalmente. A partir das normas fundamentais definidas pela constituição, que se trata pela ótica do Direito Constitucional, identificam-se os princípios ideológicos nela inseridos; daí parte-se para a elaboração das normas do Direito Econômico, especialmente na sua aplicação como Direito Positivo.⁵³

3.1 LIBERALISMO ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO

Os principais elementos integrantes desse modelo constitucional e econômico são⁵⁴:

- a) os referenciais da Constituição: o Estado e a sociedade;
- b) observação dos princípios fundamentais da concepção do Estado social: intervenção do Estado nos planos social, econômico e político, de forma a assegurar as formas de existência social, a igualdade econômica e restringir a liberdade do indivíduo em face do interesse social;
- c) imposição de fins e tarefas ao Poder Público, de modo que os direitos das pessoas sejam atingidos mediante participação direta do Estado;

⁵² SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p 67.

⁵³ Ibidem, p. 68.

⁵⁴ Grifos nossos.

- d) a interpretação da vontade constitucional é feita por meio da análise do texto e do contexto, descodificados, isto é, a mensagem social, econômica e cultural é inequivocadamente enunciada.

3.2 CONSTITUCIONALISMO SOCIALISTA

Os principais elementos integrantes desse modelo constitucional e econômico são⁵⁵:

- a) os referenciais da Constituição são o Estado e a sociedade;
- b) observação dos princípios fundamentais da concepção de Estado socialista, que tem caráter classista, controla ao máximo a propriedade e os meios de produção e é centralizador de decisões em todas as esferas da vida social e econômica;
- c) as tarefas do Estado são enunciadas de forma programática;
- d) preponderância extremada dos objetivos do Estado em face dos direitos individuais, restando ao indivíduo poucas defesas contra as pretensões estatais;
- e) a Constituição contém forte matiz ideológico, servindo, ao mesmo tempo, de programa de ação e de balanço das conquistas consideradas revolucionárias.

3.3 CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Para entender o que é Constitucionalismo, buscou-se a definição de Constituição, conforme segue:

A Constituição é a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando à proteção e a promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo.⁵⁶

Em apenas alguns tópicos, com base nas interpretações de Dallari (2010), consegue-se perceber a extensão da importância da mesma para uma nação e seu

⁵⁵ Grifos nossos.

⁵⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

povo, a saber:

- Vontade política do povo;
- Solidariedade necessária;
- Lei superior;
- Proteção e promoção da dignidade humana;
- Direitos e responsabilidades dos indivíduos, do povo, dos grupos sociais e do governo.

A seguir, através da doutrina apresentada e analisada, conforme opinião de vários autores, consolidando-se por uma análise doutrinária e jurisprudencial, o assunto em questão.

[...] Em meio de uma grande conturbação social e política, os alemães elegeram a Assembleia Constituinte responsável pela redação da Constituição sobre a qual se criou a nova República da Alemanha, vigente até a ascensão da extrema-direita, em 1933. Uma Constituição ambígua, premida pela tentativa de concepções socialistas e liberais, mas que, no final das contas, deu as bases legais de um Estado fundado no ideal da democracia social. (MONDAINI, 2006, p. 128).

Com efeito, a literatura existente sobre o assunto não deixou de assinalar a correlação entre Weimar e a intervenção do Estado em prol dos direitos sociais. Em um livro já clássico do direito constitucional, se assinala:

Após a guerra de 1914-19 as declarações de direitos conhecem um impulso enorme. Nos Estados criados ou transformados pela guerra, as assembleias constituintes adotam nos preâmbulos das constituições um bom número de artigos fixando as bases políticas e sociais do novo regime. Elas registram o nascimento de novos direitos saídos da evolução da vida social; eles remetem ao dever do Estado, não mais simplesmente a garantia da independência jurídica do indivíduo, mas sobretudo a criação de condições necessárias para assegurar-lhe a independência social. O individualismo é corrigido pelo reconhecimento da legitimidade das intervenções do Estado em todos os domínios em que se possa demandar a solidariedade social.⁵⁷

⁵⁷ BURDEAU (1996, p. 68) *apud* CURY, Carlos Roberto Jamil. **A constituição de Weimar**: Um capítulo para a educação. *Educ. Soc.* [online]. 1998, v.19, n.63, pp. 83-104. ISSN 0101-7330. Disponível em:<<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-73301998000200006>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

Em Weimar, a Alemanha se dá uma nova Constituição que se esforça por ser um compromisso entre o unitarismo e o federalismo, entre o governo pessoal e o regime parlamentarista, entre a burguesia patronal e o socialismo proletário.⁵⁸

Através da Constituição de Weimar é possível entender a força da economia e da política, para que os princípios fundamentais sejam atingidos e tenham seu garantismo através da Constituição brasileira, conforme segue:

QUINTA SECÇÃO - A VIDA ECONÔMICA

Art.151 - A ordenação da vida econômica deve obedecer a princípios da justiça, com o fim de assegurar a todos uma existência conforme a dignidade humana. Dentro desses limites, é garantir liberdade econômica dos indivíduos. [u.]

Art.152 - Nas relações econômicas, a liberdade de contratação é válida, na forma da lei. A usura é proibida. São nulos os negócios jurídicos que atentem contra os bons costumes.

Art.153 - A propriedade é garantida pela Constituição. O conteúdo e seus limites resultam das disposições legais. [u]

A propriedade obriga. Seu uso deve, ademais, servir ao bem comum.

Art.157 - A força de trabalho é posta sob a proteção do Estado Central (Reich).

O Estado-Central institui um direito de trabalho uniforme.

[...]

Art.159 - A liberdade de associação, para a proteção e o progresso das condições econômicas e de trabalho, é garantida para cada um todas as profissões. Todas as convenções e medidas regulamentam que limitem ou estorvem essa liberdade, são ilícitas.

[...]

Art.161 - Para conservação da saúde e capacidade de trabalho para proteção da maternidade e assistência contra as consequências econômicas da velhice, da invalidez e das vicissitudes da vida, o Estado-Central (Reich) institui um amplo sistema de seguros, com colaboração obrigatória dos segurados.

Torna-se muito importante analisar bases constitucionais do mundo, mesmo que não sirvam, até o momento, para o modelo brasileiro. Porque, através do conhecimento das diferentes Constituições que regem o mundo, se consegue entender que, através da evolução dos tempos, foram necessárias adaptações de acordo com a vida em sociedade, de forma que as necessidades básicas do ser humano pudessem estar de acordo com os preceitos da dignidade humana, não importando se o sistema da Constituição vigente naquele país tenha como base

⁵⁸ PONTEIL, Felix. **Les bourgeois et la démocratie sociale**. Paris, Albin Michel, 1971, p. 121.

“Civil Law⁵⁹” ou “Common Law⁶⁰”.

Assim, segue-se com a explanação doutrinária e jurisprudencial sobre o Direito Constitucional, através da opinião dos autores que se busca apoio, para entender melhor o momento que se vivencia.

O Direito Constitucional se apresenta como:

[...] a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza.⁶¹

Apresenta-se, a seguir a primeira geração de direitos fundamentais na qual foram constituídas as posições jurídicas subjetivas de defesa da pessoa contra o Estado, sob o fundamento de que o homem deve buscar seus direitos, em um fazer “dever-ser” do Estado, para com a pessoa humana.

[...] A primeira geração de direitos fundamentais foi constituída de posições jurídicas subjetivas de defesa da pessoa contra o Estado sob o fundamento de que o homem possui atributos naturais cuja proteção é indispensável para que atinja a felicidade e o bem-estar, e o Estado revelou-se, no curso da história moderna, o grande responsável pela violação desses atributos. E embora a propriedade tenha figurado quase sempre nas declarações de direitos fundamentais que foram sendo inscritas nas constituições modernas, os direitos fundamentais de primeira geração cuidaram principalmente de defender aspectos vinculados à personalidade do homem, como as liberdades e igualdades e a privacidade, e não bens externos à subjetividade humana [...].⁶²

A preocupação em promover a reserva de atributos intrínsecos da pessoa humana está presente de modo muito expressivo, conforme se apresenta em capítulo posterior.

⁵⁹ Direito positivo utilizado nos países europeus e da América Latina.

⁶⁰ Direito americano moderno baseado na “Teoria do Direito Analítico”, tendo como seus maiores precursores Ronald Dworkin e Alexy.

⁶¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 138.

⁶² Mello *apud* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et al. **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 76.

A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, pois em 1787, após a Independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais.⁶³

Até meados do século XX, a Constituição era uma norma dirigida basicamente aos poderes constituídos e principalmente ao Legislativo, cabendo a este sua interpretação e implementação. Salvo pelos direitos individuais que limitavam a ação do Executivo e podiam contra ele ser opostos à Constituição não era uma norma jurídica como as demais, o acesso a ela não estava franqueado aos indivíduos ou ao juiz.⁶⁴

Tanto assim, que a partir de 1920 foi introduzida na Europa a possibilidade de controle judicial de constitucionalidade das Leis.⁶⁵

A Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Pretende-se preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais; deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente, no mais tardar em momento de acentuada crise, que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derrotados.⁶⁶

Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas de sua *práxis*. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim

⁶³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 138.

⁶⁴ Enterría *apud* BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2.ed. amplamente revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 16.

⁶⁵ *Ibidem*, 2008, p. 16.

⁶⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung)**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Procurador da República e Doutorado pela Universidade de Münster, Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 21.

denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.⁶⁷

Desta forma, é importante concluir que passaram a ser imperativas, que passaram a existir para realizar-se e estar à disposição de todos os jurisdicionados, razão lógica deste estudo, o que obriga a repensar o sentido sociológico, onde a Constituição significa a garantia dos direitos humanos e fundamentais elencados no seu art. 5º.

A conjuntura de redemocratização política do Brasil, a partir do fim do regime militar e da promulgação da Constituição de 1988; inauguram condições para a emergência de novos usos e definições das instituições jurídicas e políticas. Esse efeito de conjuntura atinge não somente os diversos agentes que atuam na luta política e suas respectivas estratégias e recursos mobilizados para fazer valer suas “causas políticas”, mas também o conjunto de saberes disciplinares que envolvem a fundamentação dessas lutas, e tem como espaço privilegiado de produção à Universidade.⁶⁸

Através da opinião do autor, pode-se perceber a forma como a Constituição é vista e utilizada, através de sua utilização por parte daqueles que se engajam em causas políticas.

O sistema constitucional introduzido pela Carta de 1988 sobre a dignidade é bastante complexo, tanto porque [...] partindo do princípio mais fundamental exposto no art. 1º, III:⁶⁹

A República Federativa do Brasil [...] tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana, que vai utilizar na construção desse quadro temático, várias modalidades de enunciados normativos, a saber: princípios, subprincípios de variados níveis de determinação e regras. Já se registrou rapidamente que a dignidade da pessoa humana é noção formada por vários conteúdos, dentre os quais estão os chamados direitos individuais e os políticos, além dos direitos sociais, culturais e econômicos. [...] Desse modo, optou-se por tratar apenas, no âmbito dos chamados direitos sociais, da questão que envolve as condições materiais mínimas da dignidade humana.

⁶⁷ Ibidem, p. 21.

⁶⁸ ENGELMANN, Wilson. **O princípio da igualdade**. São Leopoldo: Sinodal, 2008, p. 11.

⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2.ed. amplamente revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 181.

A autora apresenta sua versão constitucional sobre o modo como lidar com os direitos constitucionais sob a ótica dos direitos sociais, de forma que esse contraponto entre os autores possa apresentar, a seguir, a Constituição sob a ótica Jurídica.

Como forma de dar uma interpretação jurídica ao tema, complementa-se o pensamento sobre o tema em questão:

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim, sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.⁷⁰

Portanto, sem entender os Princípios Fundamentais, não se poderá saber a forma como deverá ser aplicada a Constituição Federal. Dessa forma, natural no Estado de Direito é que o efeito pretendido pelo mesmo possa ser buscado diante do Judiciário, em todo o seu teor, de modo que a previsão legislativa só se detém quando a eficácia jurídica em questão não assume a modalidade simétrica, ou positiva, considera-se subjacente, implícita ao Direito em geral.⁷¹

3.4 CONSTITUCIONALISMO E GLOBALIZAÇÃO

A globalização, portanto, constitui um fato de política econômica envolvendo problemas de tal magnitude, que além de se comportar dentro do campo do Direito Econômico, como o tratamos, projetam-se no âmbito mais amplo dos Direitos Humanos, enumerados pela ONU (Organização das Nações Unidas), nos quais são incluídas, além das relações econômicas, outras questões como a preservação do meio ambiente, a qualidade de vida das cidades, entre outras.⁷²

Por certo, além da tradicional negociação internacional, definida ao modo do

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 11.

⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2.ed. amplamente revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 181.

⁷² SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 217.

Mercantilismo e modificada no Liberalismo, a empresa multinacional foi a solução à base dos direitos Nacionais. E, ainda, recorrendo a instrumentos jurídicos, especialmente a novas modalidades de contratos, as fronteiras dos Direitos Nacionais ficaram vulneráveis. Assim devem ser considerados os contratos de *joint venture*, *franchising*, *pool* de patentes, a coordenação de Bancos de financiamento e outros.⁷³

Ao analisar-se a doutrina protecionista, percebe-se, que a mesma ganhou extremo impulso com os chamados “choques do petróleo de 1974 e 1979”, quando os países consumidores, particularmente, a América Latina, endividaram-se pesadamente e sua receita cambial mal dava para cobrir os juros da dívida e a conta do petróleo. Com isso, as importações foram extremamente contidas durante cerca de quinze anos, criando para as indústrias domésticas em diferentes países verdadeiras posições de mono e oligopólio, com altos preços e pouco estímulo à melhora qualitativa dos produtos. Havia, de forma parcial, autarquia em certos setores, com produção local de determinados artigos, sem haver condições para tanto.⁷⁴

Em vista desses e de outros fatores, desde a década de 1980 no primeiro mundo, e a partir dos anos iniciais da década de 1990 na América Latina, há um processo de queda de barreiras e de liberalização geral do comércio exterior, não apenas no campo estritamente mercantil, mas também no movimento de recursos financeiros, transferências de tecnologia, investimentos e outros. À medida que essa tendência se generaliza e passa a abarcar um grande número de nações, ele ganha o nome de “globalização”, para significar que os critérios de eficiência na produção, na comercialização, nos investimentos, em toda a economia, são fixados em nível mundial e não mais nacional ou local.⁷⁵

Com as conquistas científicas e tecnológicas, com instrumentos homogeneizadores de comunicação e de culturas, como a informática, a comunicação por satélites praticamente instantânea em todas as partes do globo terrestre, abalam-se os princípios fundamentais do Direito tradicional, tais como os conceitos de espaço e de tempo. Dessa maneira, os países procuram adaptar-se à

⁷³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 217.

⁷⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 376.

⁷⁵ *Ibidem*.

ideia de “um mundo só”⁷⁶, e, por conseguinte, as empresas se transnacionalizam, perdendo os vínculos com o país de origem.

Consideram-se, aqui, as modificações que são operadas sobre valores culturais, políticos e jurídicos próprios, expandindo-se além das fronteiras nacionais, e que já passam a serem tímidos os modelos das “comunidades de nações”, que se apresentam como solução supranacional ou internacional.⁷⁷

Assim, em conformidade com a Constituição Federal de 1988, art. 172: “a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros”.

⁷⁶NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 216.

⁷⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 216.

4 POLÍTICA ECONÔMICA ENQUANTO CONCEITO JURÍDICO

A Ordem Jurídica é composta por normas jurídicas (conjuntos normativos). Essas podem ou não estar positivadas. Caso estejam, o ordenamento positivo absorveu determinadas regras. Nem todas elas são incorporadas na legislação, permanecendo, então, como regras de direito, não menos válidas, porém. São úteis para a efetivação de um ajustamento da lei positiva à realidade, no caso da jurisprudência; para a modificação, revogação ou elaboração de novas leis, em relação ao legislador; para o estabelecimento de uma doutrina, no tocante ao cientista do Direito. Funcionam como uma base, como um recurso adicional de que podem e devem se valer, os profissionais do Direito.⁷⁸ As regras do Direito Econômico, em particular, inspiram-se na ideologia constitucionalmente adotada, e exprimem-se por meio das medidas de política econômica traçada. Nas hipóteses em que a legislação vigente não tiver captado os elementos completos desta ideologia, há que se utilizar as “regras de direito” que ainda não foram positivadas em lei.⁷⁹

Funcionam, destarte, como fonte de auxílio subsidiário para a concretização dos direitos adquiridos constitucionalmente; dentre eles, os Direitos Fundamentais, haja vista serem, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, fundamentos da atual Carta Constitucional. A construção de uma sociedade justa é objetivo fundamental, devendo-se pautar no referencial da realização da Justiça Social.⁸⁰

Assim, sempre trabalhando os conceitos de “mercado” e de “propriedade privada dos bens de produção” (capital), características do “Capitalismo” e vindos dos fundamentos filosóficos e jurídicos greco-romanos, os pensadores clássicos já haviam atingido reflexões mais acuradas sobre problemas como o da “justiça” em relação a “preços”, “juros” e outros elementos, valores culturais econômicos, por natureza, trazendo-os para o território do Direito.⁸¹

Pode-se dizer que enquanto alguns trabalhavam sobre valores da Economia

⁷⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, Souza, 1999, nota 8, p. 92-93.

⁷⁹ BORNÉO, Cristiano Coelho. Primeiras linhas de Direito Econômico: panorama geral do caráter intervencionista do Estado na economia pátria, relacionado à regra da liberdade de ação e sob a ótica do art. 174, da CF/88. **Estudos Jurídicos**, v. 37, n.99, jan./abr., 2004, p. 16.

⁸⁰ Ibidem, p. 16.

⁸¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 93.

Política, outros laboravam o pensamento jurídico na busca do “justo”, voltados em grande parte para as atividades econômicas praticadas no contexto da vida social e, portanto, sob a forma de relações jurídicas. Certa concomitância, para não dizer um atrelamento, quanto ao método adotado entre as teorias jurídicas e econômicas, é claramente identificada, por exemplo, na Escola Histórica.⁸²

4.1 OS MEIOS POR QUE SE REALIZA A POLÍTICA ECONÔMICA

Em prol de se agregar às tradicionais função normativa e função indicativa, além da ação do Estado com a preservação dos pilares do regime econômico capitalista, conforme, Moreira Vital⁸³ militou o próprio dinamismo da realidade econômica. O conhecimento do fato econômico e do seu efetivo comportamento, tomando-se em consideração tanto os dados dependentes da vontade do ser humano quanto os dela independentes, no presente, torna possível a definição de objetivos a serem alcançados no futuro. Dita definição constitui uma decisão de política econômica, manifestação de poder econômico, determinação dos contornos das relações econômicas.⁸⁴

Ao se pensar a respeito dos congelamentos de preços objetivando o combate à inflação, cujas mercadorias congeladas ao preço de quarenta esgotavam-se no varejo. Quando se ia abastecer na fábrica, o comerciante encontrava as mesmas mercadorias ao preço de oitenta, preço que ostentavam nessa ocasião do congelamento, impedindo que os comerciantes obtivessem lucro, porquanto não poderiam vender acima de quarenta, apesar de terem adquirido por oitenta.⁸⁵

Daí, porque se entende o fracasso dos inapropriados “planos econômicos”, inaugurados pelos Decretos-leis 2012, 2045 e 2065, de 1983, passando pelos Decretos-leis 2283, 2284 e 2302 de 1986; 2335 de 1987; 2425 de 1988.⁸⁶

Da mesma forma ocorreu com as Medidas Provisórias nº 32 de 1989; 154 e 168 de 1990, dentre outras tantas medidas anti-inflacionárias de emergência. A vinculação se faria a partir dos objetivos a serem perseguidos e não de imposição de

⁸²Ibidem, p. 93.

⁸³CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico**: aplicação e eficácia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 107-108.

⁸⁴Ibidem, p. 108.

⁸⁵Ibidem.

⁸⁶Ibidem.

condutas, conforme Souza.⁸⁷

Destarte, o princípio da legalidade sofreu significativas transformações, pois emergiam problemas que o Direito tradicional não dava solução satisfatória, e que exigiam pronta solução do ordenamento jurídico, que buscou na jurisprudência apoio fundamental para esse impasse.⁸⁸

4.2 QUESTÕES DE VALIDADE E EFICÁCIA DAS MEDIDAS DE POLÍTICA ECONÔMICO-JURÍDICAS

A Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual essa pretensão de eficácia encontra-se inserida.⁸⁹

A eficácia própria (específica e final) dos fatos jurídicos pode estar sujeita a vicissitudes que influem em seu surgimento e em sua amplitude, tanto sob os aspectos, temporal e espacial, quanto relativamente a seu conteúdo. Assim é que um fato jurídico pode produzir sua eficácia: 1) plena ou apenas limitadamente; 2) imediatamente ou protraída para o futuro; 3) de modo definitivo ou provisoriamente; 4) limitada a determinado espaço territorial; 5) havendo também a possibilidade de que nunca venha a gerar seus efeitos próprios (ineficácia em sentido estrito).⁹⁰

Essas vicissitudes podem decorrer: 1) da natureza do fato jurídico, são os atos jurídicos cuja eficácia depende de elemento integrativo, como por exemplo: a) o testamento; b) a compra e venda de bem imóvel; c) os negócios jurídicos de constituição de sociedade; d) o fato jurídico tributário.⁹¹

Aqui, apenas se cita as vicissitudes, sem expor, a fundo, seu teor jurídico.

⁸⁷ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico: aplicação e eficácia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 108.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung)**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Procurador da República e Doutorado pela Universidade de Münster, Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15-16.

⁹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano de eficácia (1ª parte)**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

⁹¹ Ibidem, p. 34-35.

4.2.1 Modalidades de eficácia jurídica: uma interpretação

A eficácia interpretativa descreve, de forma simplificada, a possibilidade de exigir do Judiciário que os comandos normativos de hierarquia inferior sejam interpretados de acordo com os de hierarquia superior a que estão vinculados, o que ocorre entre as leis e seus regulamentos, e entre a Constituição e a ordem infraconstitucional, como um todo. Não se trata apenas de verificar a validade da norma inferior em face da superior, mas de selecionar dentre as interpretações possíveis da norma hierarquicamente inferior, aquela que melhor realiza a superior. Ou seja, a interpretação jurídica é uma atividade complexa, embora obedeça a determinadas regras, dentre as quais se destaca a do limite das possibilidades semânticas do texto, principalmente no caso da interpretação constitucional, dos princípios de interpretação especificamente constitucionais; o que poderá levar a decisão de um magistrado tornar-se equivocada, devido à falta de clareza na exposição dos fatos elencados no processo.⁹²

Mesmo supondo a interpretação com um processo de subsunção simples, que é a aplicação da premissa maior (norma jurídica) sobre a menor (circunstância fática), sempre caberá ao intérprete escolher qual a premissa maior pertinente para o caso, afastando outras, e determinar seu preciso sentido e alcance. Cabe-lhe também fazer a seleção dos fatos relevantes, por isso, não é difícil perceber que a definição dos fatos, assim como acontece com a interpretação do sistema jurídico propriamente dito poderá envolver uma escolha determinante para o resultado final.⁹³

Observa-se, que a eficácia interpretativa é relevante não só nas relações entre o sistema constitucional e a ordem infraconstitucional, mas também opera dentro da própria Constituição, em relação aos princípios, mesmo que os mesmos não disponham de superioridade hierárquica sobre as demais disposições constitucionais.

Assim, como se passa com a fundamentação da decisão judicial, através da qual se observa o percurso trilhado pelo juiz, permitindo identificar facilmente onde

⁹² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2.ed. amplamente revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 94-96.

⁹³ Idem, p. 96.

ele porventura se tenha desviado da rota original⁹⁴, da mesma forma, a exposição de como uma determinada opinião jurídica se relaciona com os princípios constitucionais aplicáveis permitirá certo balizamento no controle constitucional do processo de interpretação e de suas conclusões, através da sindicabilidade da eficácia interpretativa dos princípios constitucionais.⁹⁵

Assim, essa espécie de eficácia jurídica tem desempenhado relevante papel no processo que tem sido descrito como “constitucionalização do direito”.⁹⁶

E para maior embasamento sobre o assunto, aponta-se um conjunto de circunstâncias de natureza variada, que pode impedir a realização prática dos efeitos pretendidos por uma norma: 1) seu comando pode ter sido superado socialmente (ex: adultério); 2) as pessoas simplesmente desconhecem o comando; 3) não há órgão do poder Judiciário na localidade, e o acesso ao mais próximo é difícil e dispendioso; 4) as pessoas não têm recursos para ir a juízo; 5) o Judiciário interpreta o dispositivo de modo a esvaziá-la, etc.⁹⁷

A seguir, complementa-se com uma breve análise dos problemas da eficácia dos direitos fundamentais, que são tão utilizados para a concretização da utilização positiva da reserva do possível.

4.3 PROBLEMAS DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O termo “eficácia” engloba, indubitavelmente, uma múltipla gama de aspectos passíveis de problematização e análise, ainda que esta se restrinja ao direito constitucional, constituindo, além disso, ponto nevrálgico para o estudo da Constituição, na medida em que intimamente vinculado ao problema da força normativa de seus preceitos.⁹⁸

Os direitos econômicos, sociais e culturais pertencem à segunda dimensão

⁹⁴ CALAMANDREI *apud* BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2.ed. amplamente revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.100.

⁹⁵ GRAU *apud* BARCELLOS, p.100.

⁹⁶ BARROSO *apud* BARCELLOS, p.100.

⁹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2.ed. amplamente revista atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.103.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 207.

dos direitos fundamentais, onde diversos fatores históricos, político-jurídicos, socioeconômicos e culturais confluíram para o advento da sucessiva geração de direitos humanos ou de direitos fundamentais.

Portanto, como supracitado, os direitos de segunda dimensão são os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como os direitos coletivos, ou de coletividade. Foram consagrados a partir da influência da doutrina socialista e da teoria social da Igreja, como consequência da grave crise social advinda do período de industrialização, no século XIX. Partem das noções de igualdade e liberdade formais, trazidas pela primeira dimensão de direitos fundamentais, e traduzem primordialmente os direitos que, para serem concretizados, impõem ao Estado o dever de atuar positivamente, de modo a intervir na ordem econômica e social. Por isso, são também denominados de “direitos prestacionais”, os quais são classificados pela doutrina como (i) direitos à proteção, (ii) direitos à organização e procedimento e (iii) direitos prestacionais em sentido estrito ou, simplesmente, direitos fundamentais sociais.⁹⁹

a) Aspectos políticos

A primeira onda de direitos reconhecidos pelo Estado aos indivíduos é aquela que compreende os direitos de natureza civil e política. Por serem tais direitos, sob o ponto de vista de natureza cronológica, anteriores aos direitos econômicos, sociais e culturais, pode-se afirmar que os direitos civis e políticos são aqueles que inauguram a denominada “era dos direitos”.¹⁰⁰

A imbricação dos direitos fundamentais com a ideia específica de democracia é outro aspecto a ser ressaltado. Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo, por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade) na conformação da comunidade e do processo político, quando a liberdade de participação política do cidadão se torna

⁹⁹ Ibidem, p. 51-52.

¹⁰⁰ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**: v.i. Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2010, p. 30.

uma realidade.¹⁰¹

b) Aspectos culturais

Abarca os direitos de expressão nos quais os direitos de liberdade de consciência estão amparados pela liberdade de consciência filosófica e religiosa.¹⁰²

c) Aspectos materiais

Dentre os direitos dessa nova geração, pode-se destacar o direito à seguridade social; o direito à educação; o direito à habitação (ou direito à propriedade privada); o direito ao trabalho e o direito dos trabalhadores. São direitos individuais, porém de cunho material, porque compreendem a proteção social advinda do Estado.¹⁰³

Portanto, o plano de eficácia é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo.¹⁰⁴

Em suma, pode-se resumir o mundo jurídico, como segue:

- a) no plano da existência entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos, válidos, anuláveis ou nulos (o ato jurídico lato sensu nulo ou anulável é, existe apenas defeituosamente), e ineficazes;
- b) pelo plano da validade somente têm passagem os atos jurídicos stricto sensu e os negócios jurídicos, por serem os únicos sujeitos à apreciação da validade;
- c) no plano da eficácia são admitidos, e podem produzir efeitos, todos os fatos jurídicos lato sensu, inclusive os anuláveis e os ilícitos ou nulos, quando a lei expressamente lhes atribui algum efeito.

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 62.

¹⁰² SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**: v.i. Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2010, p. 34.

¹⁰³ Idem, p. 35.

¹⁰⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101.

A parte daqui, se pode falar sobre “as funções constitucionais do Estado como norte para a “política econômica pública, conforme explicitado no subitem a seguir.

4.4 AS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO ESTADO NA ECONOMIA COMO NORTE PARA A POLÍTICA ECONÔMICA PÚBLICA

A Revolução Francesa, com o prevaecimento das ideias liberais, trouxe a diminuição da intervenção do estado na economia; essa tendência foi seguida pelo Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – Capítulo I – dos Princípios Gerais da Atividade Econômica – a partir do art. 170 da CF/88, que consagrou a chamada constituição econômica.

Vital Moreira (1987)¹⁰⁵ ensina que a Constituição econômica é o conjunto de preceitos e instituições jurídicas, garantidos os elementos definidores de um determinado sistema econômico¹⁰⁶; instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia, e constitui, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica.

O art. 170 da CF/88, com a nova redação que lhe deu a EC nº 6/1995, consagrou a ordem econômica constitucional, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

Igualmente, o art. 170 estabeleceu a finalidade à ordem econômica constitucional, conforme os ditames da justiça social, enumerando os princípios regentes da ordem econômica brasileira em seus incisos. A Carta Magna de 1988 assegurou ainda, a todos, o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. A saber:

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da

¹⁰⁵ BORNÉO, Cristiano Coelho. **Primeiras linhas de Direito Econômico**: panorama geral do caráter intervencionista do Estado na economia pátria, relacionado à regra da liberdade de ação e sob a ótica do art. 174, da CF/88. **Estudos Jurídicos**, v. 37, n. 99, jan./abr. 2004, p. 10.

¹⁰⁶ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Breve introdução ao direito econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1993, p.32,

propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e

Salienta-se, em relação aos princípios da ordem econômica, que:

[...] intervencionismo e liberalismo se alternam na formulação dos princípios e essa relação alternativa, que poderá conduzir ao primado de um ou de outro, exprime o clima de ambiguidade e o duplo sentido que percorre as cláusulas da Ordem Econômica e Financeira. Liberalismo, intervencionismo e dirigismo econômico refletem as correntes que se debateram na Assembleia Nacional Constituinte e as maiorias eventualmente vitoriosas imprimiram no texto da Constituição a concepção heteróclita da Ordem Econômica.¹⁰⁷

Ocorre, porém, que em defesa do bem comum, a própria CF prevê em seu art. 173, § 4º que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

¹⁰⁷ HORTA *apud* BORNÉO, Cristiano Coelho. Primeiras linhas de Direito Econômico: panorama geral do caráter intervencionista do Estado na economia pátria, relacionado à regra da liberdade de ação e sob a ótica do art. 174, da CF/88. **Estudos Jurídicos**. v.37, n.99, jan./abr. 2004, p.11.

5 ATRIBUIÇÕES DO ESTADO NA CONCREÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE AO DIREITO ECONÔMICO

O argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Por isso, as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidade financeira de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la.

Segundo a Constituição de 1988, as normas definidoras de direitos (e garantias) fundamentais têm aplicação imediata, o que significa afirmar que, em princípio, essas normas têm eficácia plena, não sendo dependentes de qualquer interposição do legislador para lograrem a efetividade ou eficácia social. Todavia, o assunto não é assim tão simples, pois, a despeito de expressa previsão constitucional (CF/88, art. 5º, § 1º), as normas definidoras de direitos fundamentais longe estão de se identificarem funcional e normativamente, o que dificulta, em demasia, chegar-se a um tratamento uniforme sobre a matéria. Com efeito, assim como as normas constitucionais em geral, as normas definidoras de direitos fundamentais assumem feições distintas, seja de referência às funções que desempenham no ordenamento jurídico-constitucional, seja no tocante às técnicas de sua positivação. Assim, em que pese todas integrarem a mesma categoria jurídico-normativa e serem rotuladas de normas definidoras de direitos fundamentais, elas – em razão das distintas funções que exercem e das diferentes técnicas de positivação às quais se submeteram – não são dotadas da mesma carga eficaz, o que leva alguns autores ao absurdo de declararem a inutilidade da norma contida no art. 5º, § 1º, fazendo pouco caso da vontade constituinte.¹⁰⁸

Por outro lado, a onerosiva excessiva (situação de desequilíbrio econômico) pode ocorrer ainda quando o devedor não tenha nenhuma dificuldade em adimplir suas prestações, caso possa. Porém, ao se tratar de tratamentos de saúde, cujos remédios sejam caríssimos, ou eventuais cirurgias sejam necessárias e não haja como o paciente arcar com o custo, o Estado responderá pela ação de bem-fazer.

Portanto, segundo essa teoria, existem direitos fundamentais de caráter universal e superior ao ordenamento jurídico positivo, dotados de plena juridicidade,

¹⁰⁸ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3.ed. Salvador: Editora Juspodivm, p. 349-395, 2008. Material da 4ª aula da disciplina Teoria Geral dos Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – UNIDERP/REDE LFG, p. 2.

que são válidos por si mesmos, independentemente de estarem ou não abrangidos pelas normas jurídicas estatais. Ou seja, são direitos naturais, inerentes à pessoa humana; onde o Estado não os criaria, apenas reconhece esses direitos preexistentes, que são decorrentes da própria condição humana.

Apesar de a reserva do possível apresentar-se como uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, o que se observa em relação à saúde é que há um direito público subjetivo assegurado pelo art. 196 da Constituição Federal do país, quando se defende em juízo, ao se apresentar elementos concretos a respeito da possibilidade material de se cumprir a decisão judicial.

Para melhor entendimento do tema em questão, buscou-se apoio em decisão jurisprudencial, conforme segue:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e

representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF (STF, REAgR 271286-RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.09.2000).

5.1 DISCIPLINA DA ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1.1 Os princípios referentes ao orçamento

Inicialmente, é importante explicitar-se o significado de “orçamento”. Orçamentos são ferramentas usadas tanto por pessoas físicas (orçamento de despesas com remédios, com uma cirurgia eventual, etc.), quanto jurídicas (utilizada para saber o balanço de uma empresa, seus custos) para a previsão das receitas e despesas de um determinado período de tempo; geralmente são feitos para um ano de prazo.

Classicamente, o orçamento público foi tido meramente como o documento contábil que continha a previsão das receitas e a autorização das despesas a serem realizadas pelo Estado, desvinculado de planos governamentais e dos interesses coletivos.¹⁰⁹

O orçamento é um documento que permite definir as prioridades e avaliar a realização dos objetivos. Para sua melhor compreensão e controle, os orçamentos são classificados em contas que os integram para criar um sistema de informação confiável e uma ferramenta que irá ganhar uma vantagem sustentável, aperfeiçoará processos e operações.¹¹⁰

No Estado Social e Democrático de Direito, o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do texto constitucional. Dele depende a concretização dos direitos fundamentais.

¹⁰⁹ MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169, jul./set. 2007.

¹¹⁰ [s.a.] **Conceito de Orçamento**. Conceito de Orçamento, definição e o que é. Disponível em: <<http://queconceito.com.br/orcamento#ixzz2hgrwbrdi>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

5.1.2 Dos direitos fundamentais

Hodiernamente, a concepção acerca da necessidade de proteção dos direitos humanos é ainda mais clara, de modo que a função do Estado Constitucional contemporâneo pode ser resumida à proteção dos direitos fundamentais.

Embora não seja correto vincular o nascimento dos direitos fundamentais a esta época, foi no século XVIII que eles passaram a gozar de maior destaque dentro da órbita jurídica, em decorrência de seu reconhecimento formal pelas primeiras constituições. E até os dias de hoje, notou-se uma série de mudanças relativas à análise de tais direitos, em especial no que diz respeito à sua efetivação e à sua extensão.

Atualmente, é vasta a produção doutrinária que trata da problemática dos direitos fundamentais, sendo bastante frequente o surgimento de novas posições jurídicas aptas a alterar a maneira como eles são interpretados. Apesar disso, a doutrina possui muitos pontos de convergência, sendo pacífica, por exemplo, no que se refere à trajetória percorrida pela noção de direitos fundamentais em diferentes gerações ou dimensões,¹¹¹ as quais foram se complementando ao longo do tempo.

No pensamento monetarista, o combate ao déficit público se há de fazer mediante o corte de gastos públicos antes de qualquer expediente voltado a aumentar diretamente a receita.¹¹²

Nesse prisma, o que interessa no presente estudo é especificamente a diferenciação que a doutrina costuma fazer entre os direitos fundamentais chamados *de defesa* e os direitos fundamentais *a prestações em sentido estrito*, também denominados de *direitos fundamentais sociais*. É que estes, ao contrário daqueles, dependem para sua efetivação uma atuação material direta do Estado, a qual requer investimento e previsão orçamentária.

Em tal distinção, a doutrina tradicionalmente não leva em conta a dimensão econômica dos custos necessários à implementação dos ditos direitos negativos.

¹¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 571-572.

¹¹² DÓRIA *apud* CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. "**Custos dos Direitos**" e Reforma do Estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 127.

Segundo Sarlet:

Os direitos de defesa – precipuamente dirigidos a uma conduta omissiva – podem, em princípio, ser considerados destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o objeto de sua proteção (vida, intimidade, liberdades, etc.) pode ser assegurado juridicamente, independentemente das circunstâncias econômicas.¹¹³

Entretanto, os custos econômicos não se limitam apenas aos direitos de segunda dimensão, de caráter prestacional, mas a todos os direitos fundamentais, onde a cláusula da reserva do possível seja utilizada para que seja possível o cumprimento de uma decisão judicial.

5.1.3 As competências constitucionais e o financiamento da atividade financeira do Estado

Para que os direitos sociais possam ser concretizados é necessário que estejam dentro de parâmetros orçamentários que pautarão e limitarão as possibilidades de investimento,¹¹⁴ mesmo com a questão do custo dos direitos e da escassez de recursos, que se tornou tema da legitimação da intervenção judicial no que se refere à implementação de políticas públicas efetivadoras de direitos econômicos, sociais e culturais, em face da liberdade de conformação do legislador.¹¹⁵

Os municípios, dentro do modelo federativo do contexto constitucional de 1988, foram brindados com atribuições em áreas prioritárias para o desenvolvimento do país, como saúde e educação, sem que lhes fosse concedida a contrapartida na receita tributária. Isto leva a um descompasso entre as tarefas que deverão ser realizadas e a (in)capacidade financeira.¹¹⁶

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 63-64.

¹¹⁴ LINDENBERG *apud* STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (Orgs.) et al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2008, p. 282.

¹¹⁵ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**: Volume I. Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010, p.163.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 282.

Conforme a Constituição Federal de 1988¹¹⁷, em seu art. 170 define que a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: 1) soberania nacional; 2) propriedade privada; 3) função social da propriedade; 4) livre concorrência; 5) defesa do consumidor; 6) defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; 7) redução das desigualdades regionais e sociais; 8) busca do pleno emprego; 9) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo Único: é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

É preciso assinalar que o constituinte optou por um aspecto positivo ao adotar como princípio a “liberdade de concorrência”, pois até aquele momento, os textos constitucionais se preocupavam em reprimir o abuso do poder econômico. Porém a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, em seu art. 1º, define bem a mudança de direcionamento:

Esta lei dispõe sobre a PREVENÇÃO e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.¹¹⁸

E como forma de mostrar a importância da atividade financeira do Estado, o constituinte entendeu, seguindo as modernas correntes do Direito, que um dos elos da economia de mercado é o “consumidor” e, por isso, impõe ao Estado a sua proteção, que tem duas facetas: proteger o consumidor dentro de uma perspectiva microeconômica e microjurídica, e também preservar e garantir a livre concorrência; proteger o consumidor através da adoção de políticas econômicas adequadas (microcrédito, financiamentos de produtos móveis e imóveis, com juros de mora a perder de vista, desde que o mercado econômico não pare de crescer).

No Brasil, o princípio constitucional da defesa do consumidor veio tomar corpo no art. 4º da Lei nº 8.078/90, estabelecendo os parâmetros da Política Nacional de Relações de Consumo, e fixando os “princípios” que deverão nortear o Estado na

¹¹⁷ VADE MECUM. Obra Coletiva de Autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 11.ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121.

¹¹⁸ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 84-85.

implementação dessa política.¹¹⁹

5.1.4 As normas gerais de Direito Financeiro e a Lei de Responsabilidade Fiscal

Analisar as normas gerais de Direito Financeiro e a Lei de Responsabilidade Fiscal é de suma importância para que se entenda a aplicabilidade da “cláusula da reserva do possível”.

Com vistas a equilibrar os gastos com a despesa de pessoal, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) estabeleceu limitadores de gastos com relação aos entes federativos. Essa foi a novidade com relação a tentativas anteriores, como a Lei Camata, entre outras.

A Lei inovou, também, ao estatuir que houvesse transparência nas contas públicas, isto é, a divulgação pelos meios eletrônicos dos relatórios de gestão fiscal. A informação é básica quando se trata de poder gerenciar recursos visando a efetivar os direitos sociais. O direito de informar e ser informado são eixo central no Estado Democrático de Direito.¹²⁰

Diante deste contexto, pretende-se pesquisar se o dispositivo constitucional do artigo 169, *caput*, que objetiva a contenção dos gastos públicos, relativos às despesas com pessoal, está sendo efetivo junto à administração pública.

Por essa razão, a contenção da dívida pública é uma meta constitucional. Os controles clássicos do Estado que foram desenvolvidos a partir de um modelo liberal-individualista hoje se apresentam insuficientes. Com a globalização, toda esta estrutura enfrenta uma crise. Por isso, a importância deste mecanismo de controle reside no aspecto preventivo e na ampla publicidade da informação que difere do modelo repressivo, a partir do qual se estruturou o direito. A Constituição estabelece que a saúde e a educação são competências municipais e se constituem em áreas prioritárias para o desenvolvimento do Brasil. Somente com a correta fiscalização e utilização dos recursos públicos será possível a concretização dos direitos do cidadão. O município é a estrutura mais próxima do cidadão e, portanto, mais passível de fiscalização. No âmbito federal, isto acaba distante,

¹¹⁹ Ibidem, p. 86.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (Orgs.) et al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2008, p. 282.

completamente difuso, dificultando os controles sociais.¹²¹

A origem da criação da lei pode-se explicar, em parte, pois esta foi editada a pedido do FMI, em diversos países, não contemplando as especificidades próprias do sistema presidencialista brasileiro com seu peculiar modelo federativo, e destituindo completamente a autonomia para os Estados-membros e municípios. Importante registrar que a LRF (Lei de Responsabilidade Fiscal) baseou-se em experiências de implementação de políticas de metas inflacionárias em países que adotam a forma parlamentar de governo (tais como: Nova Zelândia, Canadá, Grã-Bretanha e Alemanha), onde os ministros são politicamente responsáveis perante o legislativo. Nesta importação direta de modelo, o legislador desconsiderou completamente as características da realidade brasileira.¹²²

5.1.5 A posição ativa do Estado na realização de direitos fundamentais em face das limitações financeiras

A contenção da dívida pública é uma meta constitucional. Os controles clássicos do Estado que foram desenvolvidos a partir de um modelo liberal-individualista hoje se apresentam insuficientes. Com a globalização, toda esta estrutura enfrenta uma crise. Por isso, a importância deste mecanismo de controle reside no aspecto preventivo e na ampla publicidade da informação, que difere do modelo repressivo, a partir do qual se estruturou o direito. A Constituição estabelece que a saúde e a educação são competências municipais e se constituem em áreas prioritárias para o desenvolvimento do Brasil. O município é a estrutura de poder mais próxima do cidadão e, portanto, mais passível de fiscalização. No âmbito federal, isto acaba distante, completamente difuso, dificultando os controles sociais.¹²³

Entretanto, com o surgimento do Estado Social e as novas formas de atuação na conformação da ordem econômica e social, o orçamento público abandona seu caráter de neutralidade e torna-se instrumento de administração pública, de forma a auxiliar o Estado nas várias etapas do

¹²¹ LIMBERGER, Têmis. Transparência na gestão fiscal e efetividade: a importância da cultura constitucional e orçamentária. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (Orgs.) et al. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2008, p. 282-283.

¹²² Ibidem, p. 282.

¹²³ Ibidem, p. 282-83.

processo administrativo: programação, execução e controle. Tal transformação das características e da importância do orçamento público surge no exato momento em que os objetivos, metas e programas – agora constantes dos textos constitucionais – passam a ter sua implementação condicionada à adoção, pelo Estado, de políticas públicas que os concretizem. Portanto, a noção moderna de orçamento é diretamente relacionada à noção de políticas públicas. Afinal, é a partir do Estado social que surge, por meio de políticas públicas e do orçamento, a intervenção positiva do Poder Público na ordem econômica e na ordem social.¹²⁴

Existem limites constitucionais tanto no âmbito da receita quanto no âmbito da despesa. Aqueles se encontram consubstanciados, sobretudo, nos princípios constitucionais tributários, como o princípio da legalidade tributária, da anterioridade e da capacidade contributiva. Estes – os limites constitucionais à despesa – podem ser subdivididos em limites formais e materiais.¹²⁵

Os limites constitucionais formais no âmbito da despesa pública encontram-se expressos, por exemplo, nos seguintes dispositivos constitucionais: (i) art. 212, que determina o dever da União, Estados, DF e Municípios em aplicar determinada porcentagem na manutenção e desenvolvimento do ensino; (ii) art. 198, § 2º, que determina percentual para aplicação em ações e serviços de saúde pela União, Estados, DF e Municípios; (iii) art. 60, § 1º, 71, 72, 79 e 80 do ADCT, que tratam de fundos destinados ao atendimento de determinados valores constitucionais; (iv) art. 100, que trata do pagamento de precatórios decorrentes de débitos judiciais contra o Estado transitados em julgado. Já os limites constitucionais materiais são representados pelos valores, objetivos e programas trazidos pelo texto constitucional e condensados, sobretudo, no artigo 3º da Constituição de 1988, onde constam descritos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.¹²⁶

5.2 A RESERVA DO POSSÍVEL

5.2.1 A teoria da reserva do possível

Na discussão acerca das restrições à efetivação de direitos fundamentais sociais, a assim denominada “cláusula da reserva do possível” é constantemente invocada. Tal hipótese foi mencionada em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional alemão, em decisão conhecida como *Numerus Clausus* (BverfGE n.º

¹²⁴ MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 170, jul./set. 2007.

¹²⁵ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse público**. v. 7, n. 32, jul./ ago., 2005, p. 220-221.

¹²⁶ MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 172, jul./set. 2007.

33, S. 333).

Após a utilização inicial da cláusula da reserva do possível pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, a expressão se difundiu, podendo-se falar em uma “teoria da reserva do possível”, que justificaria a existência de limitações à efetivação dos direitos sociais. Assim, a expressão passou a ser empregada não só na Alemanha, mas também em diversos outros países. Em Portugal, por exemplo, a doutrina vem se ocupando da reserva do possível.

5.2.2 O princípio geral da inexistência de dever de se cumprir o impossível ("*ad impossibilia nemo tenetur*")

Em se tratando de obrigação de não fazer, esta se extingue, ainda, quando verificada a hipótese prevista pelo artigo 882 do Código Civil Brasileiro, que estabelece: "Extingue-se a obrigação de não fazer desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar".¹²⁷

Trata-se da regra *ad impossibilia nemo tenetur*, que vincula a obrigação ao requisito da possibilidade, de que fala ORLANDO GOMES, asseverando que "se o comportamento do devedor é impossível, falta objeto à obrigação".¹²⁸

Para o autor, a impossibilidade comporta diversas espécies, as quais relacionam sinteticamente, como sendo: a) originária (existente ao tempo em que se constitui a obrigação) e superveniente (que surge depois de formado o vínculo obrigacional); b) objetiva ou absoluta (que existe para todos e constitui obstáculo à validade da relação), e subjetiva ou relativa (que diz respeito apenas a quem se quis obrigar e que não priva a relação de seu objeto, mas o transmuda para perdas e danos); e c) total (que por ser totalmente impossível sequer chega a nascer) e parcial (que não determina a invalidade da relação, porquanto a parte possível pode ser útil ao credor).¹²⁹

5.2.3 O surgimento da doutrina da "reserva do possível"

Através dos antecedentes históricos e das origens da “reserva do possível” é

¹²⁷ DAL COL, Helder Martinez. Obrigações negativas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3363>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

¹²⁸ Ibidem, p. 2.

¹²⁹ Ibidem, p. 2.

possível compreendê-la. As origens da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) comumente apontadas pela doutrina alemã constitucionalista remontam a uma série de decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, notadamente ao célebre caso do *numerus clausus I* (BVerfGE 33, 303, de 1973), em entendimento reiterado na denominada “decisão sobre as universidades ou *Hochschul-Urteil* (BVerfGE 35, 79, de 1973)”, e reafirmado no julgamento alcunhado *numerus clausus II* (BVerfGE, 43, 291, de 1977).¹³⁰

Essa origem jurisprudencial mais recente e corriqueiramente indicada, a racionalidade subjacente “reserva do possível” é bem mais antiga, e foi a causa de dissensões no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, acarretando uma cisão ainda hoje existente no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos das Nações Unidas, com mais de duas décadas de antecedência ao primeiro precedente citado (BVerfGE), que data de 1973.¹³¹

Assim, pode-se afirmar que a corrente de pensamento que condiciona o direito à proteção social à disponibilidade de recursos provém de longa data, e que sua história pode ser apresentada até o pensamento contemporâneo.

A doutrina germânica e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) entendem que o reconhecimento dos direitos sociais *depende* da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para a satisfação das prestações materiais que constituem seu objeto (saúde, educação, assistência, etc). Para, além disso, assegurar que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos insere-se no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, através da composição dos orçamentos públicos.¹³²

O autor continua sua explanação afirmando que apesar das grandes contribuições que a doutrina estrangeira tem dado ao direito brasileiro, proporcionando indiscutivelmente consideráveis avanços na literatura jurídica

¹³⁰ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**: Volume I. Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010, p. 128.

¹³¹ Ibidem.

¹³² CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. Leituras Complementares de Direito Constitucional**: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3.ed., Salvador: Juspodivm, p. 349-395, 2008. Material da 4ª aula da disciplina Teoria Geral dos Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtual em Direito do Estado – UNIDERP/REDE LFG, 2008, p. 734.

nacional, é preciso deixar bem claro, contudo, que é extremamente discutível e de duvidosa pertinência o traslado de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases culturais, econômicas, sociais e históricas próprias, para outros países cujos modelos jurídicos estão sujeitos a condicionamentos socioeconômicos e políticos completamente diferentes.

Portanto, este limite de “reserva do possível” (*Vorberhalt des Möglichen*, para o Tribunal Constitucional Federal Alemão) para significar que a efetivação dos direitos sociais depende da disponibilidade dos recursos econômicos. A doutrina nacional, lamentavelmente e não sem equívoco, vem acolhendo comodamente essa criação do direito estrangeiro, aceitando-a indiscriminadamente como obstáculo à efetividade dos direitos sociais.¹³³

Os institutos jurídico-constitucionais devem ser compreendidos a partir da história e das condições socioeconômicas do país em que se desenvolveram, de modo que é 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”. É condição primeira, para qualquer estudo dos fenômenos jurídicos no âmbito do direito comparado, o prévio conhecimento do direito estrangeiro à vista do meio social e político em que ele se aplica, exigindo, conseqüentemente, uma compreensão primária da história política e social daquele país. Há casos em que, não raro, os mesmos textos legais e procedimentos jurídicos produzem efeitos jurídicos distintos, quando utilizados em domínios político-sociais diferentes, como o alemão e o brasileiro, por exemplo.¹³⁴

A propósito, é completamente sem sentido aplicar, descuidadamente e sem critérios, ao Brasil, um país em desenvolvimento, ou “periférico”, teorias jurídicas hauridas de países desenvolvidos, ou “centrais”. A adoção de soluções estrangeiras nem sempre se compatibiliza com a realidade jurídica e material do Estado

¹³³ CANOTILHO *apud* CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, p. 349-395, 2008. Material da 4ª aula da disciplina Teoria Geral dos Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtual em Direito do Estado – UNIDERP/REDE LFG: p. 735.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 735.

brasileiro.¹³⁵

De uma forma geral, os direitos sociais exigem uma posição positiva por parte do Estado. A par dos escassos recursos, dada a crescente demanda por esses direitos (saúde, educação, etc.), cabe à administração pública o gerenciamento desses recursos¹³⁶. Assim, a efetivação dos direitos sociais estaria limitada por parâmetros de ordem financeira, ou seja, a chamada reserva do possível que seria um limitador fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

E: [...] PLEITO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. [...] Não há falar em violação ao Princípio da Reserva do Possível (lesão a ordem econômica), tendo em vista que os direitos à saúde e à vida são indispensáveis e de aplicação imediata, possuindo o Poder Público formas de contornar as restrições orçamentárias havidas." (TJPR - 5ª C. Cível - AC 0731225-4 - Cândido de Abreu - Rel.: Des. Luiz Mateus de Lima - Unânime - J. 19.04.2011).

MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO A PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE E CARENTE DE RECURSOS ECONÔMICOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, OS ESTADOS, O DISTRITO FEDERAL E OS MUNICÍPIOS PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO ÚNICO DE SAÚDE À POPULAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA QUE NÃO AFASTA ESSE DIREITO FUNDAMENTAL, CUJO DESCUMPRIMENTO PERMITE A CHAMADA "JUDICIABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS". REEXAME NECESSÁRIO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE E EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. SEGUIMENTO NEGADO. SENTENÇA MANTIDA. (1) A prestação de assistência à saúde é direito de todos e dever do Estado, assim entendido em sentido amplo, coobrigando União, Estados e Municípios, podendo a ação ser dirigida em face de qualquer um desses entes federados, em conjunto ou separadamente. (2) A inexistência de previsão orçamentária não justifica a recusa ao fornecimento de remédio a pessoa portadora de doença grave e carente de recursos econômicos, visto tratar-se de dever do Estado, em sentido amplo, e direito fundamental do cidadão. Nessa perspectiva mais abrangente, do enfoque constitucional dos direitos e deveres envolvidos no caso concreto, afasta-se a discricionariedade dos atos administrativos, permitindo-se a chamada "judiciabilidade das políticas públicas", impondo-se ao Poder Público a superação de eventuais obstáculos através de mecanismos próprios disponíveis em nosso ordenamento jurídico, pois, no plano das políticas públicas onde e quando a Constituição Federal estabelece um fazer ou uma abstenção, automaticamente fica assegurada a possibilidade de cobrança dessas condutas comissiva ou omissiva em face da autoridade e/ou do órgão competente. (Reex. Nec. nº 0770465-6 – 5ª Câmara Cível – Rel. Des,

¹³⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.** 3.ed., Salvador: Juspodivm, p. 349-395, 2008. Material da 4ª aula da disciplina Teoria Geral dos Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtual em Direito do Estado – UNIDERP/REDE LFG, p. 735.-743.

¹³⁶ AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: Teoria dos Direitos Fundamentais. Celso de Albuquerque Melo [et al]; org.: Ricardo Lobo Torres. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001: p. 114.

Adalberto Jorge Xisto Pereira – j. 07/7/2011).

5.2.4 A distinção entre "impossibilidade absoluta", "impossibilidade relativa" e "dificuldade" no Direito Civil

Estas distinções estão amparadas no ato e no negócio jurídico, em que o Código Civil de 1916 conceituava o ato jurídico sob uma perspectiva finalística, enunciando no art. 81, que constituía, desde que lícito, o meio de se alcançar, imediatamente, a aquisição, resguardo, transferência, modificação ou extinção de direitos para, em seguida (art.82) determinar os seus requisitos de validade, observada a conhecida tricotomia da capacidade, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

Na codificação vigente prefere-se a denominação de "negócio jurídico" (art. 104), ao se reportar ao ato jurídico do diploma anterior (CC 1916), e mantém-se uma "equivalência substancial" na disciplina do "negócio jurídico" e do "ato jurídico", conforme será explicitado a seguir.¹³⁷

Assim, “negócio jurídico” é o ato cujo figurante manifesta vontade dirigida à produção dos efeitos próprios de determinada categoria jurídica, por exemplo: ato jurídico, contrato, convenção, pacto, tratado.¹³⁸

O “ato jurídico” é conceituado como um fato jurídico em que há elemento humano, ou, o ato cujo fim imediato é adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos (CC 1916, art. 81).¹³⁹

Impossibilidade Absoluta: quando a invalidade do negócio jurídico torna-o nulo (art. 166, CC) se:

- I. celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- II. for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- III. o motivo determinante. Comum a ambas as partes for ilícito;

¹³⁷ PENTEADO JUNIOR, Cassio M. C. **O negócio jurídico no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 320, 23 de maio de 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5279>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

¹³⁸ CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário compacto do direito**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 183.

¹³⁹ Ibidem, p. 27.

- IV. não revestir a forma prescrita em lei;
- V. for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
- VI. tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- VII. a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.¹⁴⁰

Portanto, a impossibilidade física que constitui motivo de nulidade é aquela absoluta, insuperável por qualquer ser humano, segundo as condições naturais existentes no momento da conclusão do negócio, e que nos negócios de prestação futura persistam ainda na ocasião da prestação.¹⁴¹

Impossibilidade Relativa: está explicitada no art. 106 (CC): a impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado. E art. 104 (CC, 2002), que explica que a validade do negócio jurídico requer correspondência; onde a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir: na forma prescrita ou na defesa em lei (art. 104, II, CC).

A “impossibilidade relativa”, ou seja, aquela que alguém, ou muitos, não podem superar, mas que há quem a supere; ou que tem apenas uma duração temporária, segundo as circunstâncias; não influi quanto à validade do ato que a tenha por objeto (conforme CC, art. 123, as que invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados) e art.124 (têm-se por inexistentes as condições as condições impossíveis, quando resolutivas, e as de não fazer coisa impossível).¹⁴²

Assim, em passagem de acórdão do Supremo Tribunal Federal, tratando da liquidez das obrigações:

¹⁴⁰ VADE MECUM. Obra Coletiva de Autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 11.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 259.

¹⁴¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano de validade. 8.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 113.

¹⁴² VADE MECUM. Obra Coletiva de Autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.

Consoante magistério do notável civilista Washington de Barros Monteiro, 'três predicados há de reunir o objeto da obrigação: possível, lícito e suscetível de estimação econômica'. Nas situações em que determinado o objeto da obrigação, temos, em decorrência, uma obrigação líquida. De outro modo, quando determinável o objeto, como ocorrente nos contratos aleatórios, ilíquida a obrigação, visto que depende de prévio apurar, porque imprecisa a própria prestação ou objeto obrigacional (REsp nº 397.844/SP).

Dificuldade:

se aquele que prometeu a prestação não a cumpre, apenas por não ter, pessoalmente, possibilidade de cumpri-la (dificuldade), não existe impossibilidade, mas há inadimplemento, resolvendo-se a obrigação em perdas e danos, segundo os princípios, porque o ato jurídico é válido.¹⁴³

Exemplo disso é o aresto julgado pelo Superior tribunal de Justiça REsp nº 42.885-3-SP, 4ª turma, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21/03/1995, DJ. 8/05/1995. Nele, o problema tratado é o de compromissário-compradores que, em razão do bloqueio e da indisponibilidade monetária gerada com o advento chamado "Plano Collor" não puderam utilizar os recursos de poupanças e outras aplicações financeiras, que contavam para pagar suas dívidas. Na instância ordinária, os julgadores referiram à teoria da imprevisão, porém o Relator fez constar seu voto com a seguinte explicação:

Assim, a apreciação da questão deu-se sob o enfoque da ocorrência da força maior e não à luz da teoria da onerosidade excessiva ou cláusula *rebus sic stantibus*, isso a despeito, repise-se, da equivocada referência constante do aresto atacado.

Com efeito, o que ocorreu foi um *factum principis*, que, conquanto se interferir no equilíbrio e na comutatividade contratuais, sem, em outras palavras, colocar uma das partes em vantagem perante a outra. Certamente impossibilitou o cumprimento do contrato, nos prazos e condições avançados, pelo menos, para os contratantes, e isso também se aplica à construtora recorrente, que contavam com recursos de poupança ou de outras aplicações financeiras para fazê-lo.

O penhor de direitos só poderá ser admitido quando tais direitos já existirem, já estiverem incorporados ao patrimônio do garante. Mas é inconcebível que se possa estipular a instituição de garantia incidente sobre créditos futuros e incertos [...] AI nº665.261-3 – 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

Assim, o papel da economia, nesse compasso é de, primeiramente, fixar o objetivo da responsabilidade civil (maximizar o valor comum de bens e serviços) e,

¹⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano de validade. 8.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 113-14.

secundariamente, determinar a análise dos custos decorrentes dos acidentes e dos participantes que poderiam evitar os riscos destes acidentes. [...] Por conseguinte, a análise econômica do direito deixa bastante claro que com a responsabilidade civil objetiva-se distribuir custos, entretanto, é necessário determinar a quem dar; sendo que esta determinação tem que estar pautada pela igualdade.¹⁴⁴ Cada um merece o que cada um recebe.

5.2.5 Condições para a pertinência da invocação da reserva do possível

A teoria da reserva do possível, portanto, tal qual sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação. Entretanto, a interpretação e transposição que se fez de tal teoria, especialmente em solo pátrio, fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais: 1) a suficiência de recursos públicos e 2) a previsão orçamentária da respectiva despesa.¹⁴⁵

Nessa perspectiva, segundo entendimento de alguns, a “teoria da reserva do possível” passou a ocupar o lugar que antes era ocupado pela teoria das normas programáticas, pela separação de poderes e pela discricionariedade administrativa, no sentido de que, se antes se entendia pela impossibilidade jurídica de intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, agora se entende pela ausência de previsão orçamentária.

Na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais.¹⁴⁶

Atualmente, especialmente em decorrência de posicionamento forte da jurisprudência, a teoria da “reserva do financeiramente possível” tem sido afastada como panaceia apta a afastar a obrigatoriedade de efetivação dos direitos

¹⁴⁴ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A influência da economia na responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti et al. Direito e economia. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 137.

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 286.

¹⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002, p. 282.

fundamentais sociais pelo Estado. É que as decisões têm exigido não a mera alegação de inexistência de recursos, mas a comprovação de ausência de recursos, também denominada exaustão orçamentária.¹⁴⁷

Conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

[...] é 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.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade[...].¹⁴⁸

5.2.6 Condições para procedência da invocação da reserva do possível

A reserva do possível fática (ausência de recursos) é um conceito ainda mais problemático, ainda mais fluido, ainda mais polêmico que o de mínimo existencial. Tem sido alegada indiscriminadamente pelo Poder Público para se furtar à implementação de direitos fundamentais, e não existem ainda critérios objetivos para delimitá-la. Todavia, quando se trata de direitos fundamentais, é evidente que é necessário reconhecer a existência de uma maior restrição ao espaço de conformação do legislador. É inevitável considerar a existência de limites à

¹⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. Despesa Pública: Conflitos 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. Parecer. **Revista Trimestral de Direito Público** 2, 1993.

¹⁴⁸ BRASIL. ADF 45. Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04, g. n. Disponível em: <:http://www.tex.pro.br/wwwroot/04de2005/comentariosobre_fabianoholzbeserra.htm>. Acesso em: 10 jul. 2012.

discricionariedade do administrador.¹⁴⁹

Por isso, as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidade financeira de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la.

Ao perceber-se a importância da economia em comunhão com o poder do Estado de satisfazer ou não as necessidades sociais do indivíduo, nota-se, mais uma vez, que nem tudo pode ser feito ao mesmo tempo, pois os recursos estatais são precários, frente ao imenso rol de necessidades dos grupos sociais.

Para melhor entendimento do tema em questão buscou-se apoio em decisão jurisprudencial, conforme segue:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de

¹⁴⁹ SOUZA, Luciane Moessa de. **Reserva do Possível x Mínimo Existencial**: o controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária como instrumento de realização dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza2.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2013, p. 5.

infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF (STF, REAgR 271286-RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.09.2000).

No que tange às relações entre Estado, Administração Pública e sociedade civil, observa-se que:¹⁵⁰

O atual Estado administrativo encontra-se confrontado com uma sociedade ao mesmo tempo dividida e relutante em delegar a resolução dos seus interesses e conflitos em aparelhos rígidos, legitimados pelos mecanismos partidários e representativos. Por sua vez, as organizações espontâneas resultantes do pluralismo social, permitem cada vez mais uma relação direta do cidadão com a Administração e o Estado, substituindo-se às instituições que tradicionalmente celebravam esta relação. O Estado encontra-se permanentemente no dever de repensar o seu papel e os seus objetivos em relação à sociedade, assim como no dever de justificar a sua presença e a sua ação. Nesta perspectiva pode falar-se de uma função arbitral do Estado, ainda que contestada, no sentido de que, salvaguardando os direitos do cidadão e da sociedade, deve conter os conflitos, predispondo os serviços necessários à satisfação das necessidades coletivas manifestadas segundo as articulações sociais e territoriais.

Contudo, parece cristalizada a ideia de que a efetivação dos direitos individuais ou coletivos não ocorre tão somente por intermédio de prestações positivas, tampouco mediante a prestação de serviços públicos.

A configuração, no sistema constitucional brasileiro, do direito à participação nas decisões estatais, comprova que, de uma perspectiva unidimensional Estado-súdito (o indivíduo não era possuidor de direitos diante do Estado, mas unicamente de deveres para com o Estado), passou-se a uma perspectiva bidimensional Estado-cidadão (direitos e deveres originados do vínculo da cidadania destinam-se tanto ao Estado quanto aos indivíduos). A noção de cidadania foi e continua a ser objeto de transformações, razão do contínuo aprofundamento de seu conteúdo e extensão de seu alcance.

¹⁵⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 308.

5.2.7 A Efetividade dos Direitos Sociais e a Reserva do Possível

A doutrina germânica e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) entendem que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para a satisfação das prestações materiais que constituem seu objeto (saúde, educação, assistência, etc.). Para além disso, asseguram que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos insere-se no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, através da composição dos orçamentos públicos.

A construção teórica da reserva do possível tem origem na Alemanha na década de 70. O conceito trabalha com o fato de que a efetividade dos direitos sociais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, especialmente quando se tratarem de direitos fundamentais dependentes de atuação positiva. A partir desta concepção, a concretização dos direitos sociais estaria relacionada à “disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo da discricionariedade das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público¹⁵¹”. O caso paradigma que saltou aos olhos dos doutrinadores na Alemanha foi a disputa versando sobre o direito de acesso ao ensino superior e as restrições fáticas existentes¹⁵².

De uma forma geral, os direitos sociais exigem uma posição positiva por parte do Estado. A par dos escassos recursos, dada a crescente demanda por esses direitos (saúde, educação, etc.), cabe à administração pública o gerenciamento desses recursos¹⁵³. Assim, a efetivação dos direitos sociais estaria limitada por parâmetros de ordem financeira, ou seja, a chamada reserva do possível seria um limitador fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Ainda sobre o tema em questão, o Juiz Federal Giovanni Bigolim¹⁵⁴ explica:

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29.

¹⁵² Ibidem.

¹⁵³ AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: Teoria dos Direitos Fundamentais. Celso de Albuquerque Melo [et al]; org.: Ricardo Lobo Torres. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001: p. 114.

¹⁵⁴ BIGOLIM, Giovanni. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade do direito social**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin.htm>. Acesso em: 10 mai. 2009.

No caso brasileiro, em primeiro lugar, a inexistência de regime jurídico diverso para os direitos de defesa e os prestacionais pode ser demonstrada pelo fato dos direitos sociais terem sido incluídos no Capítulo II do Título II, rompendo-se com a tradição inaugurada com a Constituição de 1934 que os albergava no título concernente à ordem econômica. Aliás, essa formulação está afinada com o compromisso de nossos constituintes com o Estado Social materializado particularmente nos arts. 1º e 3º do Texto Fundamental. Ademais, o §1º do art. 5º dispõe que: ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata’, não tendo sido efetuada diferenciação entre direitos fundamentais clássicos e os direitos sociais. A inexistência de diferenciação no regime jurídico não simplifica a questão da eficácia dos direitos prestacionais. Pelo contrário, problematiza-a de maneira positiva, na medida em que desafia os operadores do direito a arregaçarem as mangas e a empreenderem um esforço hermenêutico inovador na tarefa de tornar esses direitos fundamentais efetivos elementos de um Estado Social no Brasil.

Ao contrário, ao encarar-se a “Reserva do Possível” em uníssono com o princípio readequador da “Máxima Efetividade” concorda-se ser tal processo uma necessidade de manutenção do Estado Social (*Welfare State*). Isto porque, mesmo o Estado de bem-estar social, que tanto auxilia, necessita também ser auxiliado; afinal, a sociedade muda, o mundo muda, as necessidades mudam, com uma agilidade e velocidade que o Estado não tem, dado seu tamanho grandioso para reposicionamentos político-ideológicos atualizados constantemente¹⁵⁵.

Dessa forma, entende-se que não se podem importar conceitos ou teorias sem que haja um ajustamento mínimo à nossa realidade. Os Estados que possuem uma efetiva concretização do princípio da dignidade humana, a exemplo dos países desenvolvidos, é que podem com maior legitimidade suscitar limitações.

A teoria da “reserva do possível”, muitas vezes utilizada para justificar a escassez de recursos financeiros, é aplicada e aceita nos países europeus já amparados pela política social do *Welfare State*, que bem asseguram o mínimo existencial compatível com a dignidade humana. Não é o caso do Brasil, onde há pouco mais de cem anos ainda dominava o regime da escravidão institucionalmente garantida.¹⁵⁶

Prosseguindo, o autor fala na existência do direito ao mínimo existencial, extraído na Alemanha, do princípio da dignidade humana, pelo qual cabe ao Estado

¹⁵⁵ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direitos Fundamentais Sociais: uma visão crítica da realidade brasileira.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 13, n. 53, out.-dez./2005, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 53.

¹⁵⁶ DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 67-69.

garantir ao cidadão uma parcela mínima imprescindível à existência do indivíduo.

Outrossim, acresce que o conceito do mínimo existencial¹⁵⁷ ou de limites do razoável existente na Alemanha, abrange um rol de prestações bem mais amplo do que no Brasil, onde a desigualdade social e a distribuição de renda são uma das maiores do mundo¹⁵⁸.

A par disso, em se tratando de países com realidades econômico-sociais diferentes, a assimilação pela doutrina de conceitos jurídicos, sem a devida restrição à nossa realidade, torna-se bastante temerária.

A concepção jusnaturalista é aquela tradicionalmente adotada por aqueles que defendem a plena validade jurídica dos direitos humanos como faculdades intrínsecas do homem, independentemente de sua positivação; isto é, Direitos do homem como imperativos do Direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado.

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), ou seja, os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana; daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal.¹⁵⁹

Destarte, segundo essa teoria, há direitos fundamentais de caráter universal e superior ao ordenamento jurídico positivo, dotados de plena juridicidade, que são válidos por si mesmos, independentemente de estarem ou não abrangidos pelas normas jurídicas estatais. Ou seja, são direitos naturais, inerentes à pessoa humana, que o Estado não os criaria, mas deve reconhecer esses direitos preexistentes, que

¹⁵⁷ O conceito de mínimo existencial merece alguns esclarecimentos. Trata-se de conceito emprestado, como tantos outros, da dogmática constitucional alemã, basicamente em razão da não positivação de direitos sociais, econômicos e fundamentais pelo texto constitucional de Bonn. A Corte Constitucional alemã extraiu o direito a um 'mínimo de existência' do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1, I, da Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I, da LF). Assim, a Corte determinou um aumento expressivo do valor da 'ajuda social' (*Sozialhilfe*), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um 'mínimo vital'. (KRELL, 2002, p.61).

¹⁵⁸ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direitos Fundamentais Sociais**: uma visão crítica da realidade brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 13, n. 53, out.-dez./2005, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 53.

¹⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393.

são decorrentes da própria condição humana

Aqui, o Ministro Celso de Mello faz uma análise da execução das políticas públicas¹⁶⁰:

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. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

A influência da doutrina neoliberal no constitucionalismo revela-se clara ao se detectar que nunca se falou tanto em defesa e realização dos direitos fundamentais e em restrições econômicas e escassez em uma Constituição. Veem-se, inclusive, decisões do Supremo Tribunal Federal¹⁶¹ com efeitos modulados de forma a não atingir o orçamento público, mesmo que uma norma tenha sido considerada inconstitucional durante todo o seu período de vigência. É assim que surge o conceito de reserva do possível, como uma forma de tentar adequar a realização de direitos à realidade fática.

5.2.7.1 O que distingue a cláusula, o princípio e o postulado na reserva do possível?

Assim, a reserva do possível, como cláusula ou postulado:

[...] apresenta pelo menos uma dimensão tríplice que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, b) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima correlação com a distribuição de receitas e competências tributárias e [...] c) na perspectiva do titular do direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da

¹⁶⁰ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direitos Fundamentais Sociais: uma visão crítica da realidade brasileira.** *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 13, n. 53, out.-dez./2005, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 741.

¹⁶¹ Veja os Recursos Extraordinários n. 556.6644, 559.882, 559.943, e 560.626.

prestação.¹⁶²

Eventual inércia no processo de produção legislativa não poderia servir como óbice à concretização dos preceitos constitucionais. Quanto à discussão em torno dos direitos às prestações sociais:

Se há uma questão que merece ocupar lugar de destaque no âmbito da problemática da eficácia dos direitos fundamentais, esta é, sem dúvida, a indagação em torno da possibilidade de se reconhecer, diretamente com base na norma constitucional definidora de um direito fundamental social, e independentemente de qualquer interposição legislativa, um direito subjetivo individual (ou coletivo) a uma prestação concreta por parte do Estado, isto é, se há como compelir judicialmente os órgãos estatais, na qualidade de destinatários de determinado direito fundamental, à prestação que constitui seu objeto. Em suma, cuida-se de averiguar até que ponto os direitos sociais prestacionais efetivamente carecem de uma plena justicialidade, razão pela qual, segundo alguns, são merecedores do qualificativo *leges imperfectae*, devendo, de acordo com outros, serem considerados como direitos relativos, porquanto geram direito subjetivo apenas com base e nos termos da legislação concretizadora.¹⁶³

Outrossim, no que tange à problemática específica da eficácia dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos a prestações sociais, indaga-se até que ponto e em que condições seria possível, com supedâneo em uma norma programática de direito fundamental social, exigir do Estado, através do Poder Judiciário, determinada prestação material (direito à educação, saúde, etc).¹⁶⁴

No sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais têm por objeto conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos e prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social.¹⁶⁵

Portanto, várias críticas são feitas à excessiva judicialização da implementação de direitos prestacionais, onde é apontado o caráter programático da norma de direito à saúde que, conforme expresso na Constituição Federal será

¹⁶² SARLET; FIGUEIREDO, *op.cit.*, p. 30.

¹⁶³ SARLET; FIGUEIREDO, *op.cit.*, p. 30.

¹⁶⁴ SARLET; FIGUEIREDO, *op.cit.*, p. 30.

¹⁶⁵ LAFER *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 257.

oferecido através de políticas sociais e econômicas, e não por decisões judiciais. Por conseguinte, é o Executivo que tem a melhor visão não só dos recursos, mas também das necessidades para otimizar os gastos com a saúde pública. Ademais, se a própria Carta Maior assegurou aos eleitos pelo voto popular (legitimidade democrática) a prerrogativa de gerir os recursos públicos, seria impropriedade proceder-se de forma diversa. Suscita, ainda, a mais comum das críticas, a financeira, revestida da já referida reserva do possível. Dentre outras questões aponta também que decisões judiciais que impliquem em fornecimento de medicamento provocam a desorganização da Administração Pública, e, por fim, se o Judiciário assume tal postura, termina por privilegiar tão somente aqueles que têm acesso qualificado à Justiça, em detrimento dos demais.

Portanto, o estudo de qualquer ramo do direito deve partir da visualização e da análise da forma e do conteúdo que se tem em vista, ao verificar que o objeto do direito, tanto no seu aspecto de linguagem, quanto no de metalinguagem, é a relação humana, em primeiro lugar.

O STF (Supremo Tribunal Federal), enfrentando a problemática aqui abordada, decidiu pela aplicabilidade dos direitos sociais, conforme precedente, que transcrevemos a seguir:

Ementa: Recurso Extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e pré-escola. Educação Infantil. Direito Assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º). Recurso improvido.

[...] A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda a 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 [...]. Embora resida, primariamente, no Poder Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reservado possível’¹⁶⁶.

¹⁶⁶ BRASIL. (STF). RE – AgR 410715/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso Mello, Dp: 03.02.2006. p. 076.

Portanto, a necessidade de utilização da efetividade dos direitos sociais é uma realidade brasileira.

E, para explicar-se bem este subitem, é importante salientar que a intenção do legislador foi a de estabelecer plena eficácia aos direitos fundamentais, aqui se inserindo os direitos sociais. Essa perspectiva de Estado assistencial foi utilizada como forma de buscar um equilíbrio social, de forma a disponibilizar as prestações materiais, que os indivíduos menos favorecidos pudessem ter melhor condição de acesso à educação, à saúde, à assistência social, enfim, a todos os serviços disponíveis pelo Estado.

5.2.8 Um exemplo recorrente: o pronunciamento do Min. Celso de Mello na ADPF n. 45

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 foi promovida contra veto do Presidente da República, incidente sobre o parágrafo segundo do art.55 da proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), convertida, posteriormente, na Lei nº 10.707/2003, destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material:

§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

O Ministro automaticamente reconheceu a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal ao qualificar a ADPF como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas. Portanto, a concretização das políticas públicas estão vinculadas ao Direito Econômico.

Se é possível, a partir de ADPF, pleitear-se, no Supremo Tribunal Federal, a implementação de políticas públicas não respeitadas pelas instâncias governamentais competentes para tal, com muitas razões é possível afirmar que nossa Suprema Corte exerce funções que não dizem respeito somente ao julgamento de litispendências, afirmando-se, portanto, seu caráter político.

Assim, de forma excepcional, tal atribuição recairá à nossa Suprema Corte somente quando, nas palavras do Ministro, “os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.”¹⁶⁷

Dessa forma, sustenta-se pelo proponente da ADPF que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, promulgada justamente para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.¹⁶⁸

A ADPF 45, julgada pelo Ministro Celso de Mello, apesar de não julgar pedido de um medicamento ou tratamento médico, trata sobre direito à saúde e traz uma análise da “reserva do possível”.¹⁶⁹ Esta decisão é muito interessante porque nela são feitas ponderações a respeito da limitação de recursos e dos custos dos direitos que não aparecem nas outras decisões.

¹⁶⁷ BRASIL. **ADF 45**. Disponível em:

<http://www.tex.pro.br/wwwroot/04de2005/comentariosobre_fabianoholzbeserra.htm>. Acesso em: 10 jul. 2012.

¹⁶⁸ No entanto, o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial questionado, remeteu ao Congresso Nacional novo projeto de lei. Transformado na Lei 10.777/2003, o projeto restaurou a integralidade do texto vetado, ainda a tempo de ser aplicado na criação da LOA (Lei Orçamentária Anual) de 2004. Assim, suprimiu-se o motivo do ajuizamento da ação constitucional. A partir daí, o Ministro Celso de Mello aproveita para discutir pontos importantes: (1) 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, (2) a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal, (3) considerações em torno da cláusula da “reserva do possível” e (4) a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Sobre a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário, o Ministro reconheceu a qualificação da ADPF como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas na Constituição, tal como ocorre no caso da EC 29/2000, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Carta Política.

¹⁶⁹ A ADPF 45, com pedido de liminar, foi impetrada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) contra veto do presidente da República ao parágrafo 2º do artigo nº 55 da Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 10.707/03). Este dispositivo considera 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 financiado com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza”. O partido alega que o veto presidencial diminuiu a quantidade de recursos que serão efetivamente aplicados em “ações e serviços públicos de saúde”, contrariando a Emenda Constitucional nº 29, que estabelece no artigo 198 da Constituição Federal, §2º, que os entes da federação devem vincular determinado percentual, a ser estabelecido em lei complementar para aplicar em ações e serviços públicos de saúde.

Colocadas nos devidos termos, as interpretações acima comentadas, a “teoria da reserva do possível”, tal qual adotada na decisão paradigma do *Numerus Clausus*, deve ser entendida sob o prisma da razoabilidade da reivindicação de efetivação de determinado direito social. Isso significa que pretensões deduzidas perante o Poder Judiciário deverão ser analisadas mediante a ponderação de bens, com base no critério da proporcionalidade.¹⁷⁰

¹⁷⁰ BRASIL. **ADF 45**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/04de2005/comentariosobre_fabianoholzbeserra.htm>. Acesso em: 10 jul. 2012.

6 A RESERVA DO POSSÍVEL VISTA A PARTIR DAS PECULIARIDADES DA POLÍTICA ECONÔMICA

Da análise dos precedentes e das posições da doutrina germânica, pode-se afirmar, portanto, que merece a concepção originária de “reserva do possível” para justificar a denegação de plano de direitos sociais constitucionalmente consagrados, não se prestando, nos termos em que foi concebida, à legitimação da omissão dos órgãos estatais de quaisquer dos três Poderes, em adotar as medidas cabíveis, sejam elas de que natureza forem, inclusive orçamentárias, para a consecução de políticas públicas que representem a outorga de direitos sociais prestacionais.¹⁷¹

6.1 A COERÊNCIA DA POLÍTICA ECONÔMICA ADOTADA COM A INVOCAÇÃO DA "RESERVA DO POSSÍVEL"

No Brasil, a recepção da reserva do possível ocorre pela dupla via judicial e doutrinária, onde se busca traçar um panorama geral, ainda que necessariamente parcial e fragmentário, de sua utilização recente, iniciando pelos tribunais superiores, de se consignar que o Supremo Tribunal Federal (STF) recepcionou a reserva do possível em diversas decisões, ainda que tal recepção tenha consistido apenas no reconhecimento de eventual cabimento da alegação nela calcada em tese, sendo, no caso concreto *sub judice*, negado o acolhimento à mesma. Como exemplo: os Recursos Extraordinários nº 410715/SP; 412573/RJ; 436996/SP; 441021/RJ, a Intervenção Federal nº 2915/SP; o Agravo de Instrumento nº 638429/MS e, sobretudo, a paradigmática Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 45/DF e a própria ADPF nº 45/DF, ambas de 2004.¹⁷²

Assim, pode-se dizer, que a reserva do possível foi plenamente recepcionada no País.

E: [...] PLEITO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. [...] Não há falar em violação ao Princípio da Reserva do Possível (lesão a ordem econômica), tendo em vista que os direitos à saúde e à vida são indispensáveis e de aplicação imediata, possuindo o Poder Público formas de contornar as restrições orçamentárias havidas.” (TJPR - 5ª C. Cível - AC 0731225-4 - Cândido de Abreu - Rel.: Des. Luiz Mateus de Lima - Unânime - J. 19.04.2011).

¹⁷¹ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**: v. I. Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2010, p. 155.

¹⁷² *Ibidem*, p. 155-157.

MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO A PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE E CARENTE DE RECURSOS ECONÔMICOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, OS ESTADOS, O DISTRITO FEDERAL E OS MUNICÍPIOS PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO ÚNICO DE SAÚDE À POPULAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA QUE NÃO AFASTA ESSE DIREITO FUNDAMENTAL, CUJO DESCUMPRIMENTO PERMITE A CHAMADA "JUDICIABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS". REEXAME NECESSÁRIO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE E EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. SEGUIMENTO NEGADO. SENTENÇA MANTIDA. (1) A prestação de assistência à saúde é direito de todos e dever do Estado, assim entendido em sentido amplo, coobrigando União, Estados e Municípios, podendo a ação ser dirigida em face de qualquer um desses entes federados, em conjunto ou separadamente. (2) A inexistência de previsão orçamentária não justifica a recusa ao fornecimento de remédio a pessoa portadora de doença grave e carente de recursos econômicos, visto tratar-se de dever do Estado, em sentido amplo, e direito fundamental do cidadão. Nessa perspectiva mais abrangente, do enfoque constitucional dos direitos e deveres envolvidos no caso concreto, afasta-se a discricionariedade dos atos administrativos, permitindo-se a chamada "judiciabilidade das políticas públicas", impondo-se ao Poder Público a superação de eventuais obstáculos através de mecanismos próprios disponíveis em nosso ordenamento jurídico, pois, no plano das políticas públicas onde e quando a Constituição Federal estabelece um fazer ou uma abstenção, automaticamente fica assegurada a possibilidade de cobrança dessas condutas comissiva ou omissiva em face da autoridade e/ou do órgão competente. (Reex. Nec. nº 0770465-6 – 5ª Câmara Cível – Rel. Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira – j. 07/7/2011).¹⁷³

6.2 A POLÍTICA ECONÔMICA INCOERENTE COM A INVOCAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Celso de Mello salienta o tema referente à “reserva do possível”, para considerar que o Estado não pode invocá-la com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais; notadamente, quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade¹⁷⁴.

A doutrina ainda não estabeleceu a melhor forma de tratamento a ser concedida à Reserva do Possível, seja como princípio, seja como cláusula, ou como postulado.

¹⁷³ BRASIL. STF (Seção Judiciária do Paraná). Pleito de fornecimento de medicamento. Disponível em:

<<http://www.jfpr.jus.br/conteudo/sentencas-e-acordaos-principio-da-reserva-do-possivel/434>>.

Acesso em: 12 dez. 2012.

¹⁷⁴ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direitos Fundamentais Sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 13, n. 53, out.-dez./2005, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 349-395.

Parece inadequado concebê-la como princípio, visto que não prescreve determinado estado de coisa a ser atingida e também porque não se trata de um mandado de otimização. Por mais que para sua aplicação dependa da ponderação, somente este elemento não parece razoável para considerá-la como princípio. É por isso que as expressões “cláusula” e “postulado” realmente parecem mais adequadas.¹⁷⁵

De outro lado, como acima assinalado, a “teoria da reserva do possível” também tem sido interpretada como limitação à efetivação de direitos fundamentais sociais em face da incapacidade jurídica do Estado em dispor de recursos para a efetivação do direito. Inexistindo previsão orçamentária específica, estaria obstruída a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais. Tal entendimento, como já denunciado acima, aproxima-se e funde-se com aquele segundo o qual, em face da separação de poderes, seria vedado ao Poder Judiciário interferir na definição de políticas públicas.

A questão foi analisada no item anterior, e a jurisprudência tem-se demonstrado firme em apontar tal argumento. Nesse sentido, a jurisprudência firmou entendimento acerca da possibilidade de bloqueio de recursos públicos em face do descumprimento de ordem judicial anterior, determinando o fornecimento de medicamentos. A decisão, adiante colacionada, confirma o descabimento da alegação de impossibilidade jurídica para a efetivação de direitos sociais fundamentais, no caso o direito à saúde.

[...] 1. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos a pessoa portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa. (arts. 461 e 461-A do CPC). 2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 3. A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade. 4. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao sequestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, posto tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz de ofício ou a

¹⁷⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.p. 200.

requerimento da parte a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. [...]¹⁷⁶

6.3 A POLÍTICA ECONÔMICA APTA A TORNAR AINDA MENOS FACTÍVEL DA CONCREÇÃO FINANCEIRA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A escassez, como conceito econômico, pode ser definida como a “situação que se caracteriza quando a máxima produção potencial de um bem não se encontra em um grau suficiente para satisfazer todas as necessidades na medida em que os recursos disponíveis são limitados conforme apontado”.¹⁷⁷ A escassez é mesmo qualificadora dos bens econômicos e pré-condição dos preços.¹⁷⁸

Após definir escassez como a situação em que não há determinado bem em quantidade suficiente para satisfazer a todos, a mesma pode ser classificada como: natural, quase natural, e artificial; com variações de graus.¹⁷⁹

No caso em questão é abordada a escassez artificial, onde o Poder Público pode, assim decidindo, aumentar a oferta a ponto de suprir a demanda, tornando o bem acessível a todos, exemplificado pelo processo REsp 1185474 que se apresenta a seguir:

DECISÃO JUDICIAL PODE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE ACARRETEM GASTOS ORÇAMENTÁRIOS.

Em decisão unânime, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a possibilidade de determinação judicial assegurar a efetivação de direitos fundamentais, mesmo que impliquem custos ao orçamento do Executivo. A questão teve origem em ação civil pública do Ministério Público de Santa Catarina, para que o município de Criciúma garantisse o direito constitucional de crianças de zero a seis anos de idade serem atendidas em creches e pré-escolas. O recurso ao STJ foi impetrado pelo município catarinense contra decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC).

O TJSC entendeu que o referido direito, reproduzido no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é um dever do Estado, sendo o direito subjetivo garantido ao menor. Ele assegura a todas as crianças, nas condições previstas pela lei, a possibilidade de exigi-lo em juízo, o que respaldou a

¹⁷⁶ STJ, Resp nº 874.630/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 21.09.06, g. n. In: MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas** Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 186, jul./set. 2007.

¹⁷⁷ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos: v.i. Reserva do Possível.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2010, p. 217.

¹⁷⁸ GALDINO *apud* SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos: v.i. Reserva do Possível.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2010, p. 217.

¹⁷⁹ ELSTER *apud* AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 133-134.

ação civil proposta pelo MP estadual, devido à homogeneidade e transindividualidade do direito em foco.

Ainda de acordo com a decisão do TJSC, a determinação judicial do dever pelo Estado não caracteriza ingerência do Judiciário na esfera administrativa. A atividade desse dever é vinculada ao administrador, uma vez que se trata de direitos consagrados. Cabe ao Judiciário, por fim, torná-lo realidade, mesmo que para isso resulte obrigação de fazer, podendo repercutir na esfera orçamentária.

No recurso, o município de Criciúma alegou violação a artigos de lei que estabelecem as diretrizes e bases da educação nacional, bem como o princípio da separação dos Poderes e a regra que veda o início de programas ou projetos não incluídos na Lei Orçamentária Anual (LOA). Sustentou também que as políticas sociais e econômicas condicionam a forma com que o Estado deve garantir o direito à educação infantil.

Em seu voto, o ministro relator, Humberto Martins, ressaltou que a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. Para o ministro, a tese da reserva do possível – a qual se assenta na ideia de que a obrigação do impossível não pode ser exigida – é questão intimamente vinculada ao problema da escassez de recurso, resultando em um processo de escolha para o administrador. Porém, a realização dos direitos fundamentais, entre os quais se encontra o direito à educação, não pode ser limitada em razão da escassez orçamentária. O ministro sustentou que os referidos direitos não resultam de um juízo discricionário, ou seja, independem de vontade política. O relator reconheceu que a real falta de recursos deve ser demonstrada pelo poder público, não se admitindo a utilização da tese como desculpa genérica para a omissão estatal na efetivação dos direitos fundamentais, tendo o pleito do MP base legal, portanto. No entanto, o ministro fez uma ressalva para os casos em que a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial – o que não se resume no mínimo para a vida – é impossibilitada pela falta de orçamento, o que impossibilita o Poder Judiciário de se imiscuir nos planos governamentais. Nesses casos, a escassez não seria fruto da escolha de atividades prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária.¹⁸⁰

Ao lado da inexistência econômica dos recursos, a qual pode dar-se em diferentes graus, evidencia-se a escassez ficta ou jurídica, pois se trata de recursos que não são escassos por natureza e tampouco são inexistentes na realidade, mas de uma situação em que a escassez “artificial” é insuperável. Cuida-se, aqui, de recursos que são economicamente existentes, ou seja, que na realidade fática existem, mas cuja alocação em determinados setores acaba por implicar o não atendimento de outras necessidades, por uma decisão disjuntiva do órgão ou agente com competência em matéria alocativa, seja ela qual for. Portanto, somente se tem notícia de alegação calcada na reserva do possível baseada em tal tipo de escassez

¹⁸⁰ BRASIL (STJ). DIREITOS FUNDAMENTAIS, RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL JURISPRUDÊNCIA DO STJ. Disponível em: <<http://jurisprudenciaemrevista.wordpress.com/2010/05/24/direitos-fundamentais-reserva-do-possivel-e-minimo-existencial-gasto-orcamentario-direito-creche-stj/>>. **Jurisprudência em Revista**. 24/05/2010. Acesso em: 05 jan. 2013.

para justificar a irrealização de direitos sociais.¹⁸¹

Assim, percebe-se que o custo social diz com o uso dos bens públicos e com os prejuízos – os efeitos colaterais – da atividade para a natureza e o meio social.¹⁸² Como visto, a compreensão da escassez ficta como base à reserva do possível traz problemas no que concerne à pretensa autoevidência e racionalidade irrefutável da “reserva do possível”, aproximando-o das teorias mais antigas e amplamente, haja vista sua insustentabilidade. Assim, vislumbra-se uma aproximação da doutrina da reserva do possível em relação a formulações como a “teoria da divisão dos poderes”, “a teoria da soberania do legislador” e “a doutrina das questões políticas”, bem como, “a teoria das normas programáticas e a doutrina das normas constitucionais da eficácia limitada”.¹⁸³

¹⁸¹ Ibidem, p.220.

¹⁸² CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. “**Custos dos direitos**” e reforma do estado. Porto Alegre: Antonio Fabris Ed., 2008, p. 58.

¹⁸³ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**: v.i. Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2010, p. 223.

7 CONCLUSÃO

De uma trajetória traçada a partir da desconsideração da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores pátrios passou por um período de absolutização de tais direitos; e tende, atualmente, a buscar uma posição de equilíbrio e racionalidade, a partir da adequada aplicação da teoria da reserva do possível.

A “reserva do possível” foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-concreta brasileira. Nestas diferentes ordens jurídicas concretas não variam apenas as formas de lutas, conquistas e realização e satisfação dos direitos, mas também os próprios paradigmas jurídicos aos quais se sujeitam. Assim, enquanto a Alemanha se insere entre os chamados países “centrais”, onde já existe um padrão ótimo de bem-estar social, o Brasil ainda é considerado um país “periférico”, onde milhares de pessoas não têm o que comer e são desprovidas de condições mínimas de existência digna, seja na área da saúde, educação, trabalho, moradia: seja nas áreas da assistência e previdência social, de tal modo que a efetividade dos direitos sociais ainda depende da luta pelo direito, entendida como processo de transformações político-econômico-sociais, na medida em que estas forem necessárias para a concretização desses direitos.

O entendimento de que a reserva do possível também obsta a competência do Poder Judiciário para decidir acerca da distribuição dos recursos públicos orçamentários não se aplica igualmente ao direito brasileiro ante a vigente Constituição de 1988. De feito, cabem ao Legislativo e Executivo, a princípio, a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, 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 assim chamada liberdade de conformação do legislador nos assuntos orçamentários “encontra seu limite no momento em que as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não forem respeitadas, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira”.

Cumpra-se esclarecer, que não é nenhuma novidade no direito brasileiro a possibilidade de o juiz intervir na competência orçamentária do legislador. Basta lembrar que, no âmbito dos direitos fundamentais de defesa, quando o juiz invalida por inconstitucional uma lei instituidora de tributo que viola um direito fundamental do contribuinte, e que está interferindo na composição do orçamento público, nada houve, que viesse a contrariar a atuação judicial.

Em suma, nem a reserva do possível nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocadas como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações. Assim, cabe ao Poder Judiciário, como Estado Democrático de Direito, dar maior atenção ao modelo de Estado vigente, bem como à sociedade, aos conflitos em que está inserido, evadindo-se da ideologia liberal mais simples de que sua missão se reduziria à proteção da propriedade privada, e que as reformas sociais ocorrerão por si mesmas, sem sua participação¹⁸⁴.

O argumento da “Cláusula da Reserva do Possível” somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Vale enfatizar que o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos sociais é do Poder Público. É ele quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a nãoefetivação do direito fundamental.

Por isso, as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta, simplesmente, alegar que não há possibilidade financeira de se cumprir a ordem judicial: é preciso demonstrá-la.

Apesar de a reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, o que se observa é uma banalização no seu discurso por parte do Poder Público quando se defende em juízo sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial.

¹⁸⁴ KRELL, Andréas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (dês)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002. p. 22-23.

Por essa razão, é importante, para entender-se o princípio da reserva do possível, uma análise mais aprofundada do “Princípio da Vinculação da Política Econômica”: razão do título deste trabalho de pesquisa.

A reserva do possível apresenta toda a problemática que o Estado enfrenta para sanar as dificuldades do povo, através da efetividade dos direitos sociais, que devem ser analisados de forma a se entender a extensão dos mesmos de acordo com a realidade brasileira.

Apresenta-se um posicionamento onde a cláusula do possível não pode servir de critério global de justificativa do poder Público, para servir como uma forma, com vistas a efetivar e concretizar os direitos fundamentais de segunda dimensão.

Assim, observam-se eventuais manifestações do Estado de Justiça, ao romper sua inércia pelo direito de ação assegurado pela Constituição, que devem vir pautadas nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que evitaria que os mesmos princípios viessem a sofrer distorções que tornariam inexecutáveis as prestações jurisdicionais.

Outro ponto importante a ser analisado, na pesquisa ora apresentada é o “Princípio da Vinculação da Política Econômica”, que aponta um “equilíbrio do direito econômico”, onde são apontadas as regras e princípios do Direito Econômico que se fundamentam no conceito de “valor”, entre estes estão: 1) a Regra da Equivalência; 2) o Princípio da Economicidade.

O Direito Econômico reúne os dados econômicos e políticos, além de todos os demais que naturalmente influem nas decisões da política econômica, e com eles forma os “juízos de valor” que lhe são próprios.¹⁸⁵

Portanto, ao reagir contra as “teorias de valor” surgiram as “teorias do equilíbrio econômico” em Ciência Econômica. Tomavam o mercado com o funcionamento da oferta e da procura e determinavam o “ponto” em que as “linhas” correspondentes a cada uma delas se encontram. Tal ponto media matematicamente a conjunção dos “interesses” do procurante e do ofertante e

¹⁸⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4.ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 182.

determinava, por isso, a possibilidade de ser efetivada a transação.¹⁸⁶

Observa-se que através da “regra do equilíbrio” em Direito econômico, são oferecidos indicadores para a política que substanciem meios de manter o equilíbrio desejável; em que se espera uma análise mais profunda do tema em questão, de forma a vislumbrar uma sociedade mais justa, tanto economicamente, quanto na aplicação do princípio da reserva do possível, para que haja um justo-meio em favor da sociedade civil, de acordo com os princípios constitucionais, econômicos e políticos vigentes no país, onde sejam apontadas as diferenças da aplicabilidade da reserva do possível, para o cidadão, grupos sociais, município, estado, união, e empresa.

Dessa forma, percebe-se a importância do dever de garantia dos direitos fundamentais do cidadão e manutenção do amparo à saúde (urgência de medicamentos, tratamentos especiais), à educação (dar condições de continuidade aos estudos para pessoas com deficiências) e à subsistência (idosos, para que tenham amparo jurídico a evitar a perda de seus bens e renda, para os filhos e/ou cuidadores).

Há urgência em entender-se até que ponto a reserva do possível poderá ser utilizada junto ao Estado, como mantenedor da sociedade e como auxiliar nas demandas jurídico-econômico-políticas do país.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 183-184.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado Democrático**. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAF), no dia 7 de dezembro de 1998. Tradução do prof. Dr. Luís Afonso Heck.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: Teoria dos Direitos Fundamentais. Celso de Albuquerque Melo [et al]; org.: Ricardo Lobo Torres. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BERNARDES, Márcia R. (Bibliotecária). **Manual para Normalização de Trabalhos de Conclusão, Dissertações e Teses**. Porto Alegre: Biblioteca da UFRGS, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORNÉO, Cristiano Coelho. Primeiras linhas de Direito Econômico: panorama geral do caráter intervencionista do Estado na economia pátria, relacionado à regra da liberdade de ação e sob a ótica do art. 174, da CF/88. **Estudos Jurídicos**, v. 37, n. 99, jan./abr. 2004, p. 16.

BRASIL. **ADF 45**. Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04, g.n. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/04de2005/comentariosobre_fabianoholzbeserra.htm>. Acesso em: 10 jul. 2012.

_____. (STF). **RE – AgR 410715/SP**, 2ª Turma, Rel. Min. Celso Mello, Dp: 03.02.2006.

_____. STF (Seção Judiciária do Paraná). Pleito de fornecimento de medicamento. Disponível em: <<http://www.jfpr.jus.br/conteudo/sentencas-e-acordaos-principio-da-reserva-do-possivel/434>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

_____. (STJ). DIREITOS FUNDAMENTAIS, RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL JURISPRUDÊNCIA DO STJ. Disponível em: <<http://jurisprudenciaemrevista.wordpress.com/2010/05/24/direitos-fundamentais-reserva-do-possivel-e-minimo-existencial-gasto-orcamentario-direito-creche-stj/>>. **Jurisprudência em Revista**, 24/05/2010. Acesso em: 05 jan. 2013.

BIGOLIM, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade do direito social. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin.htm>. Acesso em: 10 mai. 2009.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **“Custos dos direitos” e reforma do estado**. Porto Alegre: Antonio Fabris Ed., 2008.

_____. **Direito Econômico: aplicação e eficácia.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

_____. **Breve introdução ao direito Econômico.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **Direito econômico.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos Humanos e Democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível.** Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A Constituição de Weimar: Um capítulo para a educação. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 19, n. 63, Aug. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73301998000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 Jan. 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A influência da economia na responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti et al. **Direito e economia.** São Paulo: IOB Thomson, 2005.

ENGELMANN, Wilson. **O princípio da igualdade.** São Leopoldo: Sinodal, 2008

FARIA, José Eduardo. (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direitos Fundamentais Sociais: uma visão crítica da realidade brasileira.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 13, n. 53, out./dez., 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 53.

GRAU, Eros Roberto. Despesa Pública: Conflitos 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. Parecer. **Revista Trimestral de Direito Público** 2, 1993.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung)**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Procurador da República e Doutorado pela Universidade de Münster, Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KRELL, Andréas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (dês)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo. (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de validade**. 8.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio Janeiro: Forense, 2008.

PONTEIL, Felix. **Les bourgeois et la démocratie sociale**. Paris, Albin Michel, 1971, p. 121.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

[s.a.] **Conceito de Orçamento**. Disponível em: <http://queconceito.com.br/orcamento#ixzz2HgrWBRDI>. Acesso em: 11 jan. 2013.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais**,

Orçamento e Reserva do Possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse público.** v.7, n. 32, jul./ ago 2005, p. 220-221.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos:**Volume I. Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2010.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Reserva do Possível x Mínimo Existencial:** o controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária como instrumento de realização dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza2.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2013.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico.** 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TIMM, Luciano Benetti (org.) et al. **Direito e economia no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direito e economia.** São Paulo: IOB Thomson, 2005.

VADE MECUM. **Obra Coletiva de Autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes.** 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.) et al. **Direito e Economia:** análise econômica do direito e das Organizações. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.