

A crise econômica e a alegação da reserva do possível

Robson Martins
Érika Silvana Saquetti Martins

Chamada: “Os direitos sociais não podem ser condicionados para inviabilizar sua concretização, pelo menos no que tange ao mínimo existencial, precipuamente em relação ao direito à saúde”.

No foro judicial, verificamos que os Municípios, Estados e a União reiteradamente se utilizam do argumento da reserva do possível, originada da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão causa, causando muitos embates acadêmicos e jurisprudenciais.

Esses debates se tornaram ainda maiores e complexos no contexto da crise mundial que atingiu o Brasil e vários outros Países, agravada em decorrência da pandemia da COVID-19, desde fevereiro de 2020.

Ocorre que no âmbito dos direitos fundamentais, no decorrer da história, foram garantidos por processos de luta pelo reconhecimento das pretensões de indivíduos, classes, etnias, credos e vários outros grupos de pessoas. Essa afirmação não é diferente em relação aos direitos sociais.

Na Constituição de 1988, os direitos sociais, fundamentais que são, devem ser efetivados na maior medida possível. Além disso, os avanços em sua implementação são protegidos por uma *cláusula de eternidade*, que veda o seu retrocesso (garantia material).¹

Proíbe-se, além disso, sua supressão por emenda constitucional (garantia formal)². Em decorrência do fato de resultarem de gigantescos esforços é que, uma vez conquistados, esses direitos não podem ser retirados da “esfera de fruição” dos cidadãos.

Essa *cláusula de eternidade* refere-se à denominada *proibição de retrocesso social*, que proíbe que um direito social, uma vez conquistado, tenha sua juridicidade e sua exigibilidade cassadas. Nesse sentido, juridicamente, os direitos fundamentais são irreversíveis.

¹ TORRES, Héleno Taveira. Op. Cit., p. 177.

² Ibid., p. 177.

Referida vedação, todavia, é relativizada no que concerne à reversibilidade fática, relacionada às eventualidades econômicas (crises e recessões) que, apesar de autorizar reduções, demanda a preservação do núcleo essencial dos direitos a prestações.³

Neste viés, a proibição de retrocesso social se relaciona ao “núcleo essencial da existência mínima”. É necessário, então, criar “esquemas alternativos ou compensatórios”, para que não se anule, revogue ou aniquele o mínimo essencial, violando o princípio da igualdade.⁴

Não se pode prejudicar o conteúdo de um direito social que se encontre “iniludivelmente enraizado ou sedimentado no seio da sociedade”, o que aniquilaria o princípio da proteção da confiança⁵, especialmente em relação aos “núcleos essenciais” dos direitos fundamentais (especialmente os sociais).

Isso porque esses, em seu conjunto, constroem um “mínimo existencial”, necessário a uma existência condigna, não podem ser retirados da esfera de fruição dos cidadãos, de modo que é possível considerar, então, que foram “apropriados” por ele.

A “proibição de retrocesso social” não pode evitar a reversibilidade fática resultante das recessões e nas crises econômicas, mas é capaz de limitar a reversibilidade dos direitos adquiridos, preservando o princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural.⁶

No mesmo sentido, é capaz de assegurar o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Essa proteção equipara os direitos prestacionais aos direitos de propriedade, considerando-os “subjetivamente adquiridos”, constituindo um limite jurídico ao legislador.⁷

Simultaneamente, entretanto, faz surgir “[...] uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alicerçadas”. Conforme essa teorização, o mínimo essencial restaria imunizado no que concerne aos custos financeiros.⁸

³ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 82.

⁴ Ibid., p. 108.

⁵ Ibid., p. 108.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 332.

⁷ Ibid., p. 332-333.

⁸ Ibid., p. 333.

Nesta vertente, as normas que compõem o mínimo essencial teriam aplicabilidade imediata, ou seja, devem se concretizar independentemente de qualquer regulamentação infraconstitucional, inclusive, orçamentária, por serem “direitos adquiridos”.

Em um contexto de consecutivas crises econômicas enfrentadas pelo Brasil, em que pese a impossibilidade teórica de seu retrocesso, os direitos sociais têm deixado de ser disponibilizados à maior parte dos brasileiros, inclusive, como decorrência de decisões orçamentárias.

Ocorre que a mera ausência de disposição orçamentária expressamente destinada à implementação de um direito social específico, não pode ser considerada, isoladamente, uma restrição à sua concretização, tendo em vista, especialmente, a impossibilidade de justificá-la a partir da Constituição⁹.

No contexto do déficit público, todavia, a situação se agrava, sob a justificativa de contenção dos juros internos e controle inflacionário. Ocorre que ainda que em um contexto de crise, os direitos componentes do mínimo essencial são imunes à reserva do possível.

O objetivo do orçamento deve ser a promoção do bem-estar do homem e, portanto, a prioridade dos gastos públicos. Somente após cumprir esse mister é que será possível aplicar os recursos remanescentes em outros projetos. Se o mínimo existencial for prioridade orçamentária, poderá conviver com a reserva do possível.¹⁰

A força vinculante dos orçamentos não é capaz de superar a necessidade de preservação do mínimo existencial, no que concerne à concretização dos direitos fundamentais sociais, demonstrando-se, portanto, imune à chamada reserva do possível.

Os Tribunais Constitucionais português e alemão entendem que os direitos componentes da esfera da segurança social de um cidadão devem ser tratados como propriedades, de maneira que não podem ser meramente suprimidos sem a correspondente compensação.¹¹

⁹ CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Efetividade dos direitos sociais:** prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012, p. 154.

¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 263.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, n. 15, p. 1-38, set.- nov., 2008, p. 18.

No direito brasileiro, o instituto da reserva do possível é constantemente utilizado pela Administração Pública como argumento voltado a embasar a alegação acerca da impossibilidade de o Estado concretizar direitos sociais, levando a Suprema Corte a decidir sobre o tema.

O Excelso Pretório tem negado a validade desse argumento, ao menos no que tange ao conteúdo mínimo essencial dos direitos fundamentais, especialmente quando envolve a saúde. Tendo assegurado, por exemplo, que “[...] o Estado prestasse sessões de fisioterapia a uma criança com paralisia cerebral”.¹²

Desse modo, é possível inferir que a Corte Suprema entende que, apesar do gigantesco déficit público enfrentado pelo Brasil, o núcleo essencial dos direitos fundamentais ainda deve ser preservado, mesmo que isso seja um fator de “desequilíbrio orçamentário”.

O Supremo Tribunal Federal Excelso afirmou que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa e a incapacidade de gerir os recursos públicos “[...] não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição”.¹³

Referido dispositivo “[...] traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde”.¹⁴

Nesta vertente, comprehende que os direitos sociais não podem ser condicionados de modo a inviabilizar sua concretização, ao menos no que se relaciona ao mínimo existencial, especialmente quanto a situações concernentes ao direito fundamental à saúde.

Em 2014 o STF não reconheceu a aplicabilidade da reserva do possível se sua invocação “[...] puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”, especialmente no caso do “[...] injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público”.¹⁵

Essa afirmação tem sido válida, inclusive, em relação ao atual período histórico, no qual se experimenta uma crise mundial que atingiu em cheio a

¹² ROTHEMBURG, Walter Claudio. **Direitos sociais são direitos fundamentais:** simples assim. Salvador: JusPudim, 2021, p. 43.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 175-AgR-CE.** Relator: Ministro Celso de Mello. 2011, n.p.

¹⁴ Ibid., n.p.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 223 AgR.** Relator: Ministro Celso de Mello. 2014, n.p.

produtividade da indústria e do comércio brasileiros e, consequentemente, a circulação de riquezas.

Em 2020, o Supremo Tribunal Federal determinou a instalação de Sala de Situação voltada a atender indígenas durante a pandemia da COVID-19, entendendo que a remoção de milhares de nativos de suas terras poderia causar conflitos e a necessidade de ingresso de militares e policiais nos locais.¹⁶

Nesse mesmo diapasão, determinou que os povos indígenas fossem incluídos no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19, pois os serviços do subsistema indígena de saúde deveriam ser acessíveis a todos os aldeados, “[...] independentemente de suas terras estarem ou não homologadas”.¹⁷

Demonstra-se, dessa forma, que o Supremo Tribunal Federal, apesar de aceitar a incidência da reserva do possível, tem como seu mais relevante limite, o mínimo existencial dos seres humanos, especialmente no que se relaciona ao direito fundamental social à saúde, mesmo durante as mais graves crises econômicas que o Estado brasileiro vem passando.

Neste viés, em que pese a autonomia científica do Direito, este não pode se isolar de outros ramos do conhecimento, especialmente no que concerne à economia, notadamente no atual quadro de déficit público, no qual se constata a finitude dos recursos financeiros.

Nesse quadro, as relações entre direito e economia se estreitaram, pois o direito é chamado a resolver graves problemas econômicos e a economia, por sua vez, é convocada ao cumprimento de sua função superestrutural para conferir previsibilidade a medidas jurídicas.

A economia, nesse mesmo diapasão, pode fornecer ao direito a perspectiva do “resultado”, especialmente porque a exaustão dos recursos estatais no Brasil, em decorrência do gigantesco déficit público, não é mais uma realidade impensável.

Torna-se possível pensar em uma reserva do possível *fática*, em decorrência do verdadeiro esgotamento orçamentário. Ocorre que a aplicação da teoria econômica à análise do direito tem levado à difusão do entendimento de que o Estado brasileiro é excessivamente intervencionista.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 709-MC**. Relator: Ministro Roberto Barroso. 2020, n.p.

¹⁷ Ibid., n.p.

Além disso, restou demonstrada a inviabilidade econômico-financeira do Estado Social, pois os orçamentos públicos, tornados comumente deficitários, passaram a aceitar como algo comum a superioridade das despesas em relação à receita.

Mesmo tendo o Estado Social deixado de atender aos seus objetivos originais, ainda se faz necessário preservar os “núcleos essenciais” dos direitos sociais. Ocorre que as necessidades e desejos individuais são ilimitados, enquanto os recursos para sua satisfação não o são.

Deveras, todos os direitos oneram o Estado, mas “equilíbrio orçamentário” é uma e necessidade, fatores que fizeram com que o modelo jurídico-político entrasse em crise. Até porque, cada direito onera o orçamento público de maneira própria.

Torna-se lógica a conclusão de que, quanto mais direitos forem consagrados, mais recursos o Estado gastará para garantí-los, situação que situação se agrava quanto aos direitos a prestações estatais. Nesse sentido é que surge a solidariedade no contexto do Estado Fiscal.

Esta se refere ao contexto no qual os indivíduos contribuem reciprocamente para a garantia dos direitos de todos, concernindo à ideia-força de que aqueles que auferem maior renda devem ceder parte de suas posses para que aqueles que não detêm o mesmo poder aquisitivo possam fruir de certas benesses.

Ocorre que há quem pague tributos e não se aproprie das benesses estatais, assim como a situação contrária. Nesse contexto é que se destaca a reserva do possível, ao limitar a uma medida razoável aquilo que um indivíduo pode demandar de uma comunidade.

Observa-se, além disso, o direito financeiro nacional baseia-se, grandemente, na figura do orçamento público, necessário para a aplicação adequada dos recursos financeiros, por meio da previsão de receitas e despesas, voltada a assegurar a concretização de direitos.

Mais do que isso, serve para que o Estado consiga compatibilizar suas receitas, especialmente as adquiridas por meio da tributação, com as despesas decorrentes da concretização desses direitos, de modo que o orçamento, é instrumento jurídico-político e, simultaneamente, contábil-financeiro.

Isso porque faz referência a despesas e receitas, dotações, créditos e débitos. No mesmo diapasão, a elaboração orçamentária se preocupa, inclusive,

com questões macroeconômicas. Para além, o orçamento, no Brasil, é uma determinação constitucional voltada à concretização de direitos fundamentais.

As despesas públicas dificilmente corresponderão à receita, gerando uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro estatal. Em um Estado que se encontre sob a égide de uma Constituição com uma amplíssima carta de direitos fundamentais como a de 1988, as dificuldades aumentam diametralmente, dada a acessibilidade ao judiciário.

A simetria entre receita e despesa não é pressuposta, apesar de a Carta determinar a eficiência nos gastos públicos, especialmente pela necessidade de concretização de vários direitos fundamentais, situação que se agrava ainda mais com as constantes crises econômicas enfrentadas pelo Brasil.

Ainda que o orçamento não necessite, juridicamente, de equilíbrio, de acordo com a teoria da reserva do possível, os gastos com a concretização dos direitos fundamentais a prestações devem ser razoáveis em relação à comunidade.

A previsão de direitos sociais pela Constituição Federal de 1988 não tem sido capaz de garantir sua concretização pelo direito infraconstitucional, sob as mais diversas justificativas, que partem, especialmente, do entendimento acerca de sua falta de aplicabilidade direta.

A elaboração dos orçamentos públicos, entretanto, envolve os três Poderes e o Ministério Público, por meio de um complexo processo decisório. Assim, a ausência de sua concretização, notadamente pelo Executivo, é uma omissão evidentemente incompatível com a Constituição.

Nesta vertente, além dos recursos financeiros públicos serem limitados, estes se tornam indisponíveis por intermédio da atuação executiva discricionária. Não se pode, contudo, falar sempre em “reserva do possível” quanto à concretização dos direitos sociais.

Ocorre que o Estado evita responder pela exigibilidade dos direitos prestacionais, de um lado, quanto à necessidade de sua normatização infraconstitucional, e, de outro, por intermédio da impossibilidade da exigência de sua concretização em contextos de crises econômico-financeiras.

Essa crise deriva do fato de que o Estado gasta cada vez mais para manter uma estrutura fracassada, transformando a situação em uma “espiral descendente”, cristalizando a escassez dos recursos públicos, já naturalizada pelo déficit público instalado permanentemente.

Um recurso escasso é aquele que não existe em quantidade bastante para satisfazer toda a demanda por ele, podendo se referir, até mesmo, aos fundos públicos, até mesmo àqueles que se encontram expressamente consignados em dotações orçamentárias.

No caso do Brasil, para além das circunstâncias observáveis para a crise do Estado Social, é preciso somar a política perdulária de gastos públicos, a má-gestão, a corrupção, os privilégios fruídos pelos agentes políticos e vários outros. O conjunto de tais fatores contribuiu para o acúmulo de débito fiscal gigantesco.

O déficit público brasileiro metamorfoseou a escassez financeira de *artificial* para *natural* (esgotamento orçamentário), resultando no congelamento de investimentos públicos. Os direitos fundamentais, na história, foram garantidos por processos de luta pelo reconhecimento de várias pretensões.

Referida afirmação não é diferente em relação aos direitos sociais. Em decorrência do fato de que resultam de gigantescos esforços é que, uma vez conquistados, esses direitos não podem ser retirados da “esfera de fruição” dos cidadãos. Trata-se de uma *cláusula de eternidade*.

Refere-se, portanto, à denominada *proibição de retrocesso social*, que proíbe que um direito social, uma vez conquistado, tenha sua juridicidade e sua exigibilidade prejudicadas. Assim, juridicamente, os direitos fundamentais são irreversíveis, especialmente quanto aos seus “núcleos essenciais”.

Esses, conjuntamente, constroem um “mínimo existencial”, necessário a uma existência condigna, não podendo ser retirados da esfera de fruição dos cidadãos. Assim, é possível considerar que foram “apropriados” por ele, de modo que as normas que o compõem teriam aplicabilidade imediata.

Devem se concretizar independentemente de qualquer regulamentação infraconstitucional, inclusive, orçamentária, por serem “direitos adquiridos”. Ocorre que, nas consecutivas crises econômicas, apesar da impossibilidade teórica do retrocesso, os direitos sociais deixam de ser disponibilizados à maioria.

No déficit público, a situação se agrava, justificada pela contenção de juros e inflação, mas, ainda que em uma crise, os direitos componentes do mínimo essencial são imunes à reserva do possível. A força vinculante dos orçamentos não supera a necessidade de se preservar o mínimo existencial.

No direito brasileiro, a reserva do possível é constantemente utilizada pela Administração Pública para embasar a impossibilidade de o Estado concretizar

direitos sociais. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal entende que, apesar do déficit público, o núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser preservado.

Destarte, comprehende que os direitos sociais não podem ser condicionados para inviabilizar sua concretização, pelo menos no que tange ao mínimo existencial, especialmente em relação ao direito à saúde, afirmação válida, inclusive, quanto ao atual período histórico, no qual se experimenta uma crise mundial.

Portanto, o STF, em que pese acatar a incidência da tese da reserva do possível, entende que seu mais relevante limite é o mínimo existencial, notadamente quanto ao direito fundamental à saúde, ainda que durante as mais graves crises econômicas.