



DIREITOS SOCIAIS, CRISE ECONÔMICA E RESERVA DO POSSÍVEL NO CONTEXTO DA CRISE ORÇAMENTÁRIA

Robson Martins¹
Érika Silvana Saquetti Martins²

RESUMO

O objetivo deste presente trabalho foi estudar a aplicabilidade do instituto da reserva do possível no atual contexto econômico-financeiro brasileiro, no qual se instalou crise orçamentária sem precedentes, resultando em incomparável déficit público, que compromete, flagrantemente, a efetivação dos direitos sociais, por meio de pesquisa bibliográfica, nos referenciais aplicáveis, e documental, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de caráter qualitativo, utilizando-se o método dedutivo. Por ser a reserva do possível um instituto historicamente novo, que ainda não encontrou tratamento teórico e jurisprudencial exaustivo, especialmente no contexto das crises econômico-financeiras, justifica-se o estudo do referido tema. Concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal, apesar de aceitar a tese da reserva do possível, compreende que ser limite mais importante é o mínimo existencial, especialmente em relação ao direito fundamental à saúde, mesmo que durante as mais graves crises econômicas.

Palavras-chave: Reserva do Possível. Crise Orçamentária. Déficit Público. Mínimo Existencial.

Recebido em: 22 de dezembro. 2020

Aceito em: 23 de abril. 2021



¹ Doutorando em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro (Brasil). Professor da Pós Graduação *latu sensu* em Direito do Centro Universitário Internacional - Uninter e da Instituição Toledo de Ensino – ITE. Email: direito.robsonmartins@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4275-0910>

² Mestranda em Políticas Públicas na Universidade Federal do Paraná – UFPR, Paraná (Brasil). Email: saquettimartins.adv@hotmail.com Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-2571-2704>

ABSTRACT

The objective of this work was to study the applicability of the reserve of the possible in the current Brazilian economic-financial context, in which an unprecedented budget crisis was installed, resulting in an incomparable public deficit, which flagrantly compromises the realization of social rights. , by means of bibliographic research, in the applicable references, and documentary, in the jurisprudence of the Supreme Federal Court, of qualitative character, using the deductive method. As the reserve of the possible a historically new institute, which has not yet found an exhaustive theoretical and jurisprudential treatment, especially in the context of economic and financial crises, the study of this topic is justified. It was concluded that the Supreme Federal Court, despite accepting the thesis of the possible reserve, understands that being the most important limit is the minimum existential, especially in relation to the fundamental right to health, even during the most serious economic crises.

Keywords: Reserve of the Possible. Budgetary Crisis. Public Deficit. Existential Minimum.

INTRODUÇÃO

A reserva do possível, originada da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão causa, há anos, diversos embates acadêmicos e jurisprudenciais. Ocorre que sua aceitação pelo direito pátrio tem reflexos no cenário jurídico, metamorfoseando-se em barreira quase intransponível aos direitos sociais.

Tais debates se tornaram ainda mais qualificados e complexos no contexto da crise mundial que atingiu em cheio o Brasil, agravada em decorrência da pandemia da COVID-19, desde fevereiro de 2020. O tema, entretanto, guarda relações muito próximas com o direito financeiro, especialmente com os orçamentos públicos.

Desse modo, o objetivo do presente trabalho foi estudar a aplicabilidade do instituto da reserva do possível no atual contexto econômico-financeiro brasileiro, no qual se instalou crise orçamentária sem precedentes, resultando em incomparável déficit público, que compromete, flagrantemente, a efetivação dos direitos sociais.

Para tanto, foi feita pesquisa bibliográfica, nos referenciais aplicáveis, e documental, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de caráter qualitativo. Na escrita, foi utilizado o método dedutivo. O trabalho ora apresentado foi dividido em três partes.

No primeiro, são estudadas as relações entre o direito e a economia quanto à concretização dos direitos sociais, especialmente sob a perspectiva do resultado, da crise econômica no Estado Social, bem como o Estado Fiscal, enquanto base econômica dos direitos fundamentais a prestações.

A seguir, serão trabalhadas as relações entre os orçamentos e os direitos fundamentais sociais, no contexto do Estado Fiscal, bem como o (mito do) equilíbrio orçamentário e, ao final, as possibilidades de cortes orçamentários no concernente à concretização dos direitos fundamentais a prestações.

Ao final, serão tratadas as relações entre direitos sociais, crise econômica e mínimo existencial, sob a perspectiva da escassez de recursos financeiros, da proibição de retrocesso no âmbito das benesses sociais, assim como os entendimentos do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Tendo em vista que a reserva do possível é um instituto historicamente novo, que ainda não encontrou tratamento teórico e jurisprudencial exaustivo, especialmente no contexto das crises econômico-financeiras, justifica-se o estudo do referido tema.

Concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal, apesar de aceitar a tese da reserva do possível, compreende que ser limite mais importante é o mínimo existencial, especialmente em relação ao direito fundamental à saúde, mesmo que durante as mais graves crises econômicas.

1. AS (NECESSÁRIAS) RELAÇÕES ENTRE DIREITO E ECONOMIA NO CONTEXTO DOS DIREITOS SOCIAIS

No presente tópico serão estudadas as relações entre o direito e a economia quanto à concretização dos direitos sociais, notadamente sob a perspectiva do resultado, da crise econômica no âmbito do Estado Social, assim como o Estado Fiscal como base econômica dos direitos fundamentais a prestações.

1.1. O Direito sob a perspectiva dos resultados

Apesar de possuir princípios, objeto e metodologia próprias, caracterizando sua autonomia, o direito não é uma ciência isolada, relacionando-se com diversos outros ramos do conhecimento. Uma dessas relações, uma das mais relevantes na atual situação de crise financeira, estabeleceu-se com as ciências econômicas.

O ponto de vista econômico se relaciona aos custos e aos benefícios esperados, que são levados em conta para justificar e dar racionalidade a um juízo. Assim, a economia pode dizer “[...] o que custa e quanto custa, no curto, no médio, no longo prazo, para um agente, ou vários e assim por diante”.³

Já o direito é capaz de explicar e interpretar ações “do ponto de vista jurídico”, relacionado a *cumprir uma regra*: “[...] o tipo-ideal do raciocínio jurídico não é conseguir um bem [...]”⁴. No atual quadro de déficit público, constatando-se a finitude dos recursos financeiros do erário, as relações entre direito e economia se estreitaram.

Isso porque o direito é chamado a resolver graves problemas econômicos ou, ao menos, dirigido a amenizar os efeitos das consecutivas crises, enquanto a economia é convocada a cumprir seu papel superestrutural, inclusive, para conferir alguma previsibilidade a medidas jurídicas excepcionais.

A necessidade de diálogo entre direito e economia é inegável, até porque a economia, como ciência descritiva do comportamento humano no contexto mercadológico, tem um padrão científico digno de respeito, e se preocupa com o manejo de recursos escassos no atendimento de necessidades ilimitadas.⁵

Nesse “embate normativo”, em vista do impacto (negativo ou positivo) que sua utilização distorcida pode causar à população, sua aplicação deve se comprometer com a disputa argumentativa e com resultados sociais concretos⁶ e a economia pode, ao menos, fornecer ao direito a perspectiva do “resultado”.

A exaustão dos recursos estatais, ao menos no Brasil, em tempos de evidente (e assustador) déficit público, não é mais uma realidade tão impensável, o que faz com que seja, sim, possível, pensar na existência de uma reserva do possível *fática*, em decorrência de um verdadeiro esgotamento orçamentário.

³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006, p. 269.

⁴ Ibid., p. 269-270.

⁵ TIMM, Luciano Bemetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: TIMM, Luciano Bemetti; SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 57.

⁶ Ibid., p. 66.

1.2. Estado Social e crise econômica

A aplicação da teoria econômica à análise do direito nacional tem levado à difusão do entendimento de que o Estado brasileiro é, por sua tradição, excessivamente intervencionista e centrado na esfera federal e, episodicamente, populista.

A reprodução do modelo de *Welfare State* foi responsável pela crise financeira que, desde a década de 1980, abala as estruturas de vários Estados “[...] que assumiram atividades acima de sua capacidade, gerando a explosão do déficit público, por conta dessa prestação de serviços e atuação econômica maciça”.⁷

Restou demonstrada a inviabilidade econômico-financeira do modelo, pois os orçamentos públicos (ao menos no Brasil) são, comumente, deficitários, já que, via de regra, aceita-se como usual o fato de que as despesas superam a receita. Nesse sentido, o Estado Social deixou de atender aos seus objetivos originais.

Essa crise, de natureza múltipla, é, simultaneamente: financeira, expressa pelo aumento da diferença das despesas sociais; de legitimidade, pois, além de não mais assegurar sua função de proteção dos desfavorecidos, reforça os privilégios dos mais informados e melhor instalados na sociedade.⁸

A crise de legitimidade também deriva do fato de que foram exacerbados os limites da política de redistribuição, prejudicando as diferenças necessárias ao funcionamento adequado do mercado. É, também, uma crise de “eficácia de funcionamento”.⁹

Esta se expõe pelo rendimento decrescente das despesas sociais decorrente da crescente burocratização da sua gestão¹⁰, em que pese a necessidade de serem preservados os “núcleos essenciais” dos direitos fundamentais, inclusive, dos sociais.

Em decorrência de as necessidades e desejos individuais serem ilimitados (enquanto os recursos para sua satisfação são limitados), do fato de todos os direitos onerarem o Estado e da desnecessidade jurídico-constitucional de “equilíbrio orçamentário”, o Estado Social, enquanto modelo jurídico-político entrou em crise.

⁷ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 59.

⁸ NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. **Revista de Direito Público na Economia**, ano 6, n. 22, p. 61-95, abr.-jun., 2009, p. 71.

⁹ *Ibid.*, p. 71-72.

¹⁰ *Ibid.*, p. 71-72.

1.3. O Estado Fiscal e a base econômica dos direitos fundamentais

Partindo-se do pressuposto que todo direito tem seus custos e, direta ou indiretamente, onera o orçamento da União, Estados e Municípios, é lógica a conclusão de que, quanto mais direitos existirem, mais recursos o Estado gastará para garanti-los. Essa situação se agrava quanto aos direitos a prestações estatais.

No Estado Fiscal, as necessidades financeiras são cobertas por impostos. Separam-se Estado e economia, bem como a sustentação financeira daquele por meio de sua participação nas receitas da economia produtiva por meio dos impostos, permitindo-se que ambos atuem por critérios próprios ou autônomos.¹¹

Esse modelo é ocorrente na generalidade dos atuais estados “sociais”, nos quais a realização de um certo nível de direitos econômicos, sociais e culturais se traduz em prestações materiais ou financeiras disponibilizadas em favor dos cidadãos, tendo por suporte financeiro os impostos.¹²

Os impostos, atualmente, são o preço que todos, enquanto integrantes de uma comunidade organizada em um Estado, pagam para ter a sociedade que existe na atualidade: “[...] ou seja, por dispormos de uma sociedade assente na liberdade, de um lado, e num mínimo de solidariedade de outro”.¹³

A solidariedade social não é apenas um “efeito externo” resultante do caráter fiscal do Estado: é, antes, um objetivo a ser perseguido, especialmente por meio do direito dos impostos¹⁴. A solidariedade, aqui, refere-se a um contexto no qual os indivíduos contribuem reciprocamente para a garantia dos direitos de todos.

Dessa forma, a solidariedade que imbuí o Estado fiscal concerne justamente 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 financiadas pela Administração Pública.

Ocorre que o Estado Fiscal apresenta algo como uma dupla personalidade, pois a Constituição, ao mesmo tempo, protege direitos “liberais” e “sociais”. Assim, o Sistema

¹¹ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 154.

¹² Ibid., p. 157.

¹³ Ibid., p. 168.

¹⁴ Ibid., p. 193.

Fiscal, precisa, simultaneamente, arrecadar e realizar a justiça fiscal, a justiça social, a redistribuição de riquezas e a proteger direitos fundamentais.¹⁵

Trata-se de um equilíbrio difícil, pois a realidade destaca um perfil meramente arrecadatório do Sistema Fiscal, voltado ao financiamento de necessidades estatais cada vez maiores e mais urgentes¹⁶. Nesse quadro, a realização da justiça fiscal é capaz de prejudicar a concretização da justiça social e vice-versa.

Mais do que isso, há quem pague tributos e não se aproprie das benesses estatais, assim como a situação contrária. Nota-se, desse modo, que esse conceito guarda correlação direta com a teoria ora estudada, já que a reserva do possível limita ao razoável aquilo que um indivíduo pode demandar de uma comunidade.

2. OS ORÇAMENTOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Neste tópico serão trabalhadas as relações entre os orçamentos e os direitos fundamentais sociais, no âmbito do Estado Fiscal, assim como o (mito do) equilíbrio orçamentário e, ao final, as possibilidades de cortes orçamentários no concernente à concretização dos direitos fundamentais a prestações.

2.1. O orçamento no Estado Fiscal

O direito financeiro nacional baseia-se, especialmente, na figura do orçamento público e lei de diretrizes orçamentárias, essencial para a aplicação adequada dos recursos financeiros estatais, por intermédio da previsão de receitas e despesas, voltada, especialmente, a assegurar a concretização do maior número de direitos possível.

A evolução histórica do orçamento público relaciona-se à luta pela democracia e pelo controle dos poderes estatais em matéria financeira. Neste viés, as mais importantes instituições do Estado e da Constituição, na sua relação com a sociedade, convergem para o orçamento.¹⁷

¹⁵ WACHELESKI, Marcelo Paulo; DINIZ, Thiago Antônio Nascimento. Tributação, direitos fundamentais e orçamento público. *Revista Juris Poiesis*, ano 18, n. 18, p. 297-310, jan-dez., 2015, p. 308.

¹⁶ *Ibid*, p. 308.

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, v. 5: o orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 342.

No que tange ao financiamento do Estado e à sua atuação na economia, o orçamento público deu aos povos o controle sobre as finanças do Estado a partir das escolhas eleitorais relacionadas aos seus fins, a efetividade dos direitos e a apuração do cumprimento dos programas governamentais.¹⁸

Os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que legitimam as finanças públicas, dependem do equilíbrio financeiro¹⁹ para que o Estado seja capaz de compatibilizar suas receitas, especialmente aquelas adquiridas por meio da tributação, com as despesas decorrentes da concretização dos referidos direitos.

O orçamento público, apesar de ser um instrumento jurídico-político tem, também, (ao menos parcialmente) uma natureza contábil-financeira, fazendo referência a despesas e receitas, dotações, créditos e débitos. Além disso, a elaboração orçamentária se preocupa, inclusive, com questões macroeconômicas.

Nesse sentido, a norma orçamentária autoriza as despesas, ao mesmo tempo em que obriga sua aplicação, impondo ao Poder Público a arrecadação das receitas previstas: “[...] o conteúdo jurídico material se configura no comando imposto ao governo de aplicar determinados fundos a seus respectivos fins”.²⁰

Ocorre que o orçamento, no Estado Fiscal brasileiro, é uma determinação constitucional que se volta à concretização dos direitos fundamentais, portanto, as despesas (especialmente quanto aos direitos a prestações) não correspondem à receita, gerando uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro.

2.2. O (mito do) equilíbrio orçamentário

Em um Estado que se encontra sob a égide de uma Constituição que preveja uma amplíssima carta de direitos fundamentais, inclusive a prestações estatais, a exemplo da Carta Magna de 1988, as dificuldades enfrentadas pelos agentes políticos para que os orçamentos se equilibrem aumentam diametralmente.

Nesse contexto, o “equilíbrio orçamentário”, porém, é um “mito liberal”. É um critério econômico, relacionado ao controle do orçamento público, mas que não se pode aplicar ao

¹⁸ Ibid., p. 342-499

¹⁹ Ibid., p. 499

²⁰ LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; PIERRE, Victor Hugo Lessa. Judicialização do orçamento brasileiro: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos últimos 20 anos. **Revista Jurídica (UNICURITIBA)**, v. 01, n. 50, p. 414-441, 2018, p. 422.

direito financeiro no Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo intervencionismo voltado à realização de fins constitucionais do Estado.²¹

Desse modo, em relação ao controle das contas públicas, prevalece a *substância sobre a forma*. O “âmbito material” do orçamento, nesses termos, suplanta a sua “economicidade”, de modo a que seja possível alcançar os fins do Estado, porém, com “qualidade de controle”.²²

A noção liberal de orçamento impede que se gaste mais do que se encontra disponível ou que se arrecade receitas maiores do que seria necessário. Veda-se, assim, qualquer situação deficitária ou superavitária das contas públicas, mantendo-se o orçamento sempre equilibrado.²³

Esse equilíbrio se relaciona às receitas estimadas e o volume das despesas públicas, pois a Constituição de 1988 não tem o “equilíbrio orçamentário” como princípio financeiro, o que não significa que sejam toleráveis “[...] políticas administrativas perdulárias ou prejudiciais à qualidade das finanças públicas”²⁴.

Destarte, a simetria entre receita e despesa não é algo pressuposto, apesar de a Carta Magna determinar a eficiência nos gastos públicos, especialmente em decorrência da necessidade de concretização de uma amplíssima gama de direitos fundamentais.

Nesse sentido, ao não contemplar o princípio do equilíbrio orçamentário a Constituição de 1988 busca não inviabilizar a promoção do desenvolvimento, que é um dos objetivos fundamentais da República, fixado, expressamente, pelo inciso II de seu Art. 3º.²⁵

Dessa forma, “[...] a implementação de políticas públicas exige, às vezes, a contenção de despesas, outras, gera déficits orçamentários”²⁶. Essa situação, no entanto, se agrava ainda mais no contexto das constantes crises econômicas enfrentadas pelo Brasil.

Mesmo que o orçamento não necessite de equilíbrio (no sentido “liberal” da expressão), conforme a teoria da reserva do possível, os gastos com a concretização dos direitos fundamentais a prestações, derivadas de demandas individuais ou coletivas, devem ser razoáveis em relação à comunidade.

²¹ TORRES, Heleno Taveira **Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 383.

²² Idem.

²³ Idem.

²⁴ Ibid., p. 384.

²⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80.

²⁶ Ibid., p. 80-81.

2.3. Cortes orçamentários e direitos sociais

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

Em decorrência disso, várias decisões majoritárias relacionadas à promoção de direitos sociais deixam de ser concretizadas, ano após ano, em decorrência de um sistema orçamentário aceita a “inexecução ampla e imotivada do orçamento” como algo normal.²⁷

Ocorre que sua elaboração envolve os três Poderes, em um complexo processo decisório, de maneira que a ausência de sua concretização, especialmente pelo Executivo, é omissão evidentemente incompatível com a Constituição.

Cortes orçamentários, porém, são comuns, atingindo áreas de atuação estatal deficiente, de modo que, além de permitir a existência efetiva de saldos, o sistema dá ao Executivo uma larga “margem de manobra política” para “redesenhar” as finanças públicas de acordo com sua própria “ordem de prioridades”.²⁸

Conquanto os recursos financeiros públicos serem limitados, estes se tornam indisponíveis por meio da atuação executiva discricionária. Não se pode, todavia, falar sempre em “reserva do possível” no que se relaciona à concretização dos direitos sociais.

Se assim o fosse, o Estado restaria “duplamente imune”²⁹ à exigibilidade dos direitos prestacionais: de um lado, em decorrência da necessidade de sua normatização infraconstitucional; e, de outro, por meio da impossibilidade da exigência de sua concretização em tempos de crise econômico-financeiras.

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

²⁷ MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 374.

²⁸ Ibid., p. 374-375.

²⁹ CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Reserva do possível, natureza jurídica e mínimo essencial: paradigmas para uma definição. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**: Brasília, p. 3721-3744, 2008, p. 3276.

3. DIREITOS SOCIAIS, CRISE ECONÔMICA E MÍNIMO EXISTENCIAL

No presente tópico serão tratadas as relações entre direitos sociais, crise econômica e mínimo existencial, sob a perspectiva da escassez de recursos financeiros, da proibição de retrocesso no âmbito das benesses sociais, bem como os entendimentos efetivados pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

3.1. A escassez e a crise econômica

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

A escassez pode ser *natural*, *quase-natural* ou *artificial*. A escassez *natural* que, por sua vez, pode ser *severa* (se não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta) ou *suave* (se não há nada que se possa fazer aumentar a oferta para atender a toda a demanda).³⁰

Há escassez *quase-natural* se a oferta puder ser aumentada para satisfazer a demanda somente por meio de condutas não coativas dos cidadãos; já a escassez *artificial* ocorre nas situações nas quais um governo pode decidir por tornar um bem acessível a todos, de modo a atender a demanda.³¹

No caso do Brasil, além das circunstâncias elencadas para a crise do Estado Social, é necessário somar a política perdulária de gastos públicos, a má-gestão, os privilégios fruídos pelos agentes políticos, dentre vários outros. O conjunto desses fatores contribuiu para um acúmulo interno de débitos gigantesco.

A “monumental dívida pública nacional” brasileira é, nesse diapasão, um obstáculo jurídico e fático à efetivação dos direitos a prestações estatais, pois é “[...] para lá que são

³⁰ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 2008, p. 96.

³¹ *Ibid.*, p. 96-97.

careados os parcos e fundamentais recursos necessários para garantir nosso desenvolvimento social”.³²

Entre o que o governo orça para gastar em saúde, educação e segurança e o que se gasta pagando a dívida pública, constata-se a existência de uma reserva do possível *geral*, que impede os gastos sociais, que impede a redução do esforço fiscal do Estado, da carga tributária e o crescimento dos investimentos sociais.³³

O déficit público brasileiro transmudou a escassez financeira de *artificial* (ao negar ou não garantir às pessoas acesso a políticas sociais que os orçamentos podiam suportar) para *natural* (esgotamento orçamentário), resultando, inclusive, no congelamento de investimentos públicos.

3.2. Proibição de retrocesso e crise econômica

Os 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.

Por isso é que, 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).³⁴

Proíbe-se, além disso, sua supressão por emenda constitucional (garantia formal)³⁵. 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.

³² CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Bemetti. (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 202-203.

³³ Ibid., p. 203.

³⁴ TORRES, Heleno Taveira. Op. Cit., p. 177.

³⁵ 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.³⁶

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 aniquile o mínimo essencial, violando o princípio da igualdade.³⁷

Além disso, 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 confiança³⁸, 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*.³⁹

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 “subjectivamente adquiridos”, constituindo um limite jurídico ao legislador.⁴⁰

Simultaneamente, entretanto, faz surgir “[...] uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas”. Conforme essa teorização, o mínimo essencial restaria imunizado no que concerne aos custos financeiros.⁴¹

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”.

³⁶ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 82.

³⁷ Ibid., p. 108.

³⁸ Ibid., p. 108.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 332.

⁴⁰ Ibid., p. 332-333.

⁴¹ Ibid., p. 333.

3.3. Direitos sociais, crise e mínimo existencial no Supremo Tribunal Federal

No contexto das 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 Constituição⁴².

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.⁴³

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.⁴⁴

No direito brasileiro, o instituto da reserva do possível é constantemente utilizado pela Administração Pública como argumento voltado a embasar a alegação acerca da

⁴² CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Efetividade dos direitos sociais**: prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012, p. 154.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

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”.⁴⁵

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”.⁴⁶

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”.⁴⁷

Nesta vertente, compreende 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 a Suprema Corte 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”.⁴⁸

Essa afirmação tem sido válida, inclusive, em relação ao atual período histórico, no qual se experimenta uma crise mundial que atingiu em cheio a produtividade da indústria e do comércio brasileiros e, conseqüentemente, 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

⁴⁵ ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Salvador: JusPudivm, 2021, p. 43.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 175-AgR-CE**. Relator: Ministro Celso de Mello. 2011, n.p.

⁴⁷ Ibid., n.p.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 223 AgR**. Relator: Ministro Celso de Mello. 2014, n.p.

milhares de nativos de suas terras poderia causar conflitos e a necessidade de ingresso de militares e policiais nos locais.⁴⁹

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”.⁵⁰

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.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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.

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.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 709-MC**. Relator: Ministro Roberto Barroso. 2020, n.p.

⁵⁰ *Ibid.*, n.p.

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 garanti-los, situação que 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, compreende 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.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, 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.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 79-100.

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

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 223 AgR**. Relator: Ministro Celso de Mello. 2014. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 175-AgR-CE**. Relator: Ministro Celso de Mello. 2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 709-MC**. Relator: Roberto Barroso. 2020. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13 fev. 2021.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 175-186.

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

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

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

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; PIERRE, Victor Hugo Lessa. Judicialização do orçamento brasileiro: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos últimos 20 anos. **Revista Jurídica (UNICURITIBA)**, v. 01, n°. 50, p. 414-441, 2018.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 373-357.

NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. **Revista de Direito Público na Economia**, ano 6, n. 22, p. 61-95, abr.-jun., 2009.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

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

ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Salvador: JusPudivm, 2021.

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.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? *In*: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 51-62.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**, v. 5: o orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WACHELESKI, Marcelo Paulo; DINIZ, Thiago Antônio Nascimento. Tributação, direitos fundamentais e orçamento público. **Revista *Juris Poiesis***, ano 18, n. 18, p. 297-310, jan-dez., 2015.