

CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA CRÍTICA A PARTIR DO ESTADO CONSTITUCIONAL POSSIBILISTA

THE ACHIEVEMENT OF THE SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS BY THE FEDERAL SUPREME COURT: A CRITICISM FROM THE CONSTITUTIONAL STATE MODEL INFLUENCED BY POSSIBILITY THOUGHT

Christine Oliveira Peter da Silva¹

Resumo: Com o presente artigo teve-se por objetivo analisar a concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Supremo Tribunal Federal à luz do modelo de Estado Constitucional influenciado pelo pensamento possibilista. A concretização dos direitos fundamentais sociais continua sendo um dos desafios do constitucionalismo contemporâneo a justificar o esforço da comunidade acadêmica em busca das melhores condições de sua implementação. A hipótese central que conduz a reflexão a ser exposta é que as decisões constitucionais da Suprema Corte brasileira estão a invocar a reserva do possível sem justificativas empíricas e sem considerar os pressupostos do Estado Constitucional Possibilista. A influência teórica mais evidente no presente trabalho é a doutrina de Peter Häberle, especialmente a obra *Pluralismo e Constituição*. No aspecto metodológico, por meio das técnicas bibliográfica e documental, destaca-se a comparação paralela como o caminho escolhido para, no universo de decisões selecionadas, extrair a conformidade,

ou não, da invocação da reserva do possível com os pressupostos do pensamento possibilista. Entre tais pressupostos destacam-se a teoria dinâmica da Constituição, a concretização dos direitos fundamentais influenciada pela hermenêutica da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, bem como a atuação cooperativa e dialogal dos membros e órgãos das funções de poder. Da análise dos 13 precedentes selecionados, apenas um deles, o Recurso Extraordinário n. 592.581, indicou que há um discurso incipiente na Suprema Corte que prestigia a dinâmica constitucional, a concretização cooperativa dos direitos fundamentais, bem como o diálogo entre as funções de poder, em conformidade com o que preconiza o paradigma do Estado Constitucional Possibilista.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Estado Constitucional Possibilista. Direitos fundamentais sociais. Reserva do possível.

¹ Doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília; Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília; Professora Associada do Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília; Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais; SEP/UNB, s/n, Asa Norte, 70790-075, Brasília, Distrito Federal, Brasil; christinepeter@uol.com.br

Abstract: This article aimed to analyze the achievement of social rights by the Brazilian Supreme Court under the Constitutional State model influenced by possibility thought. The achievement of social rights remains as one of the challenges of contemporary constitutionalism to justify the effort of academic community in search of better conditions for its implementation. The central hypothesis of this work is that the constitutional decisions of the Brazilian Supreme Court, which evoke the argument named reserve of possibilities, do it without empirical justification and disregarding the assumptions of possibility thought. The most obvious theoretical influence here is the doctrine of Peter Häberle, especially presented in *Pluralism and Constitution*. In the methodological aspect, the parallel comparison method was chosen to, in the universe of selected decisions, helps describing the compatibility, or not, of invocation of reserve of possibilities by supreme court Justices and the assumptions of the Possibility Constitutional State model. Among such assumptions, stand out the dynamic theory of the Constitution, the realization of fundamental rights influenced by open society hermeneutics, as well the cooperative and dialogic action of public agents. From the analysis of thirteen decisions select by the years 2013 to 2016, just one indicated that there is an inceptive discourse in Brazilian Supreme Court that honors constitutional dynamic dialogue between public agents, in addition to promoting the cooperative achievement of social rights by an open society community of interpreters.

Keywords: Constitutional Law. Possibility Constitutional State model. Social rights. Reserve of possibilities.

Introdução

No presente artigo tem-se por objeto a concretização² dos direitos fundamentais sociais à luz de um modelo político de organização do Estado influenciado pelo pensamento possibilista, doravante chamado de Estado Constitucional Possibilista. Trata-se de pesquisa no âmbito do direito constitucional, no capítulo dos direitos fundamentais, com ênfase para a análise de discurso de precedentes do Supremo Tribunal Federal.

A concretização dos direitos fundamentais sociais continua sendo um dos principais desafios do constitucionalismo contemporâneo, a justificar o esforço intelectual e institucional da comunidade acadêmica brasileira em busca das melhores condições para a sua implementação. A construção dos discursos constitucionais com invocação do argumento da reserva do possível, especialmente nas decisões do Supremo Tribunal Federal, impõe análise crítica de estudiosos e pesquisadores do direito constitucional.

Assim, no presente artigo tem-se como objetivo analisar, sob o paradigma do Estado Constitucional Possibilista, os precedentes colegiados do Supremo Tribunal Federal, decididos entre fevereiro de 2013 e fevereiro de 2016, envolvendo a concretização de direitos fundamentais sociais com invocação expressa ao argumento da reserva do possível. A pesquisa inicial na base de dados de processos disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal foi realizada pela busca da expressão “reserva

² A expressão concretização aqui foi utilizada para guardar e homenagear a Escola Hermenêutica Concretista Aberta, inaugurada a partir da doutrina de Hesse (1991) e densificada no trabalho de Häberle (1997). Por concretização, entenda-se o processo de transformar o texto e o programa normativos em âmbito normativo, ou seja, transformar o texto escrito e o seu significado em realidade social concreta.

do possível”, gerando um universo de 13 resultados entre os anos 2013 e 2016. Esse foi o conjunto de precedentes escolhidos para a análise de discurso a ser feita no presente trabalho.

Para tanto, será necessário apresentar os pressupostos do Estado Constitucional Possibilista, para que a análise dos discursos encontrados nos precedentes do Supremo Tribunal Federal selecionados possa ser conduzida a partir de premissas compartilhadas e conhecidas pelos interlocutores deste trabalho.

A questão acadêmica que impulsiona o presente estudo é a suposta falta de consistência teórica e metodológica para a utilização do argumento da reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A hipótese central que conduz a reflexão a ser exposta é que as decisões constitucionais da Suprema Corte brasileira estão a invocar a reserva do possível sem justificativas empíricas condizentes com as realidades e necessidades subjacentes ao direito fundamental social em concretização, bem como sem atentar para os pressupostos do Estado Constitucional Possibilista.

A influência teórica mais evidente no presente trabalho é a doutrina do Professor alemão Peter Häberle, especialmente da teoria possibilista por ele apresentada em *Pluralismo e Constituição: estudos da Teoria Constitucional da sociedade aberta* (2002). No aspecto metodológico, por meio das técnicas bibliográfica e documental, proceder-se-á a investigação que prestigia a comparação paralela³ como o caminho adequado para, no universo de decisões selecionadas, extrair a conformidade, ou não, da invocação do argumento da reserva do possível com os pressupostos do modelo de Estado Constitucional Possibilista.

A maior expectativa com este estudo é lançar luzes sobre as escolhas argumentativas e discursivas que vêm compondo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos últimos três anos, para sobre elas refletir e propor novos olhares, com a esperança de, com isso, cumprir a missão de agente ativa efetivamente participante da sociedade aberta de intérpretes da Constituição brasileira de 1988.

1 Estado Constitucional Possibilista

É consenso na doutrina constitucional que o modelo atualmente conhecido como Estado Constitucional⁴ deita suas raízes na Revolução Francesa.⁵ Diante dessa premissa, não seria consistente apresentar a proposta de um modelo alternativo ao Estado Constitucional clássico, modelo este que será doravante chamado de Estado Constitucional Possibilista, sem fazer referência aos pressupostos do modelo que o antecedeu.

³ Sobre a comparação paralela é salutar consultar o artigo intitulado *O uso do método comparativo nas ciências sociais* (SCHNEIDER; SCHIMITT, 1998). Essa também é a opção metodológica da pesquisa de doutorado intitulada *Transjusfundamentalidade* (SILVA, 2014, p. 131-137).

⁴ Sobre a concepção de Estado Constitucional e suas possíveis diferenças com o modelo inaugural do Estado de Direito *vide* as considerações feitas em artigo intitulado *Estado de Direitos Fundamentais* (SILVA, 2015b).

⁵ Vale registrar que também houve forte influência da Revolução Americana e da Constituição de 1787 dos Estados Unidos, a qual se apresenta como o principal resultado histórico do movimento de independência do País. Mas aqui a referência é marcada pela visão europeia-continental de constitucionalismo, de modo que se quer enfatizar a Revolução Francesa.

O Estado Constitucional Possibilista apresenta-se como um modelo de organização política que, sem negar as premissas estruturais que conformaram o Estado Constitucional prevalecente desde a segunda metade do século XVIII, constitui-se fortemente influenciado pelo pensamento possibilista.

O pensamento possibilista implica um pensar sempre a partir de múltiplas alternativas, é um pensamento que, no plano filosófico, está intrinsecamente atrelado à ideia de alteridade, de dinâmica e de abertura. Para o pensador possibilista, toda reflexão é um processo continuamente aberto a múltiplas gamas de possibilidades e a compromissos de diferentes magnitudes. É uma fórmula marcadamente investigativa e de produção criativa muito fértil, privilegiando contextos abertos, plurais e dinâmicos para a reflexão constitucional (HÄBERLE, 2002, p. 61).

Sob a marcante influência da doutrina de Häberle (2002), pretende-se, nesta seção, apresentar os pressupostos conceituais e institucionais do modelo de Estado Constitucional Possibilista. Entretanto, antes disso, são analisadas as três teses propostas por Häberle quanto ao marco da Revolução Francesa: 1789 como irrenunciabilidade do passado; 1789 como princípio esperança; e 1789 como princípio responsabilidade (HÄBERLE, 1998, p. 87-92).

Em seguida, são tecidas considerações acerca da dignidade humana como pressuposto ideológico norteador do constitucionalismo contemporâneo e seus reflexos no modelo de Estado Constitucional aqui discutido. A importância do princípio da dignidade humana, como vértice do modelo de Estado Constitucional Possibilista, apresenta-se como premissa central de uma hermenêutica constitucional adequada aos desafios do século XXI, pois supostamente somente sob o paradigma humanista⁶ é que existem reais condições de possibilidade da concretização de direitos fundamentais sociais.

Por fim, são apresentados os pressupostos do Estado Constitucional Possibilista, com a finalidade de servir como paradigma para a análise dos discursos expressos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dos últimos três anos quanto à concretização dos direitos fundamentais sociais.

1.1 Das influências da Revolução Francesa no constitucionalismo contemporâneo

Em termos de dogmática constitucional, o ano 1789 representa, em um primeiro plano, garantia constitucional e manutenção de alguns conteúdos irrenunciáveis para o Estado Constitucional, os quais são parcialmente localizados na referência do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789: separação de poderes, direitos humanos e, ainda que implicitamente, a primazia da Constituição.⁷ As palavras de Häberle (1998, p. 88) são elucidativas nesse sentido:

Los derechos del hombre y su fundamento, a dignidad humana (desde Kant y Schiller), la separación de poderes (Locke y Montesquieu), así como la democracia (gracias a Rousseau).

⁶ Sobre o que se entende por paradigma humanista é importante anotar a interlocução com a obra 'O humanismo como categoria constitucional', de Britto (2012).

⁷ Sobre os pilares em que se sustentam a concepção clássica de Estado de Direito *vide* a proposta explicativa encontrada em *Estado de Direitos Fundamentais*, que representa outra alternativa teórica ao modelo de Estado de Direito clássico (SILVA, 2014, p. 26-43; SILVA, 2015b).

au y al Federalista) conforman barreras culturales que no permiten el paso atrás y fundan elementos básicos de cualquier avance constitucional hacia el futuro.

Conforme alerta Häberle (1998), não seria oportuno anunciar um novo tipo de Estado Constitucional simplesmente negando as características do modelo que está sendo substituído. Isso porque, mesmo que se faça um considerável esforço, revela-se muito difícil superar abruptamente um modelo histórico construído por mais de dois séculos, sem que este seja um processo de avanços e retrocessos.

Nesse sentido, a referência ao modelo de organização política inaugurado pela Revolução Francesa, institucionalizado na doutrina de Häberle por intermédio do princípio da irrenunciabilidade do passado (HÄBERLE, 1998, p. 88), justifica-se e sustenta-se na ideia de que o Estado Constitucional continua sendo o mesmo modelo político advindo das revoluções liberais do fim do século XVIII, porém, com importantes diferenças axiológicas, fruto de inevitáveis atualizações históricas.

Sob uma segunda perspectiva, o ano 1789 também representa o princípio da esperança, ou seja, crença no sujeito, no homem educado, ativo e participativo, crença na sociedade aberta no sentido de Popper,⁸ nos direitos do homem, não apenas no aspecto dos direitos individuais, mas também dos direitos coletivos da humanidade, no sentido do idealismo alemão e de sua vocação cívica universal (HÄBERLE, 1998, p. 88).

Nesse contexto, a perspectiva da esperança para Häberle se reflete no modelo de sociedade aberta composta por cidadãos com uma imagem moderadamente otimista, a qual resguarda valores culturais como liberdade, justiça, solidariedade ou mesmo os clássicos liberdade, igualdade e fraternidade, como norteadores constitucionais de sua concepção atual (HÄBERLE, 1998, p. 99).

Assim, ao lado da premissa conservadora da irrenunciabilidade do passado, o autor aponta o novo sob a perspectiva do princípio esperança, demonstrando, com isso, proposta equilibrada, uma vez que se remete ao velho e ao novo em graus equiparados de importância.

Por fim, Häberle indica o ano 1789 como princípio responsabilidade, referindo-se à exigência imediata do reconhecimento jurídico-positivo e ético-social do postulado da fraternidade da Revolução Francesa. Segundo o professor alemão, o modelo ideal de fraternidade se concretiza na ideia de cidadão como concidadão, ou seja, para Häberle, o Estado Constitucional, cujos objetivos primordiais são a proteção dos direitos fundamentais e a vinculação da sociedade à sua função social, deve também se abrir à fórmula de um modelo político que tenha como referência a imagem do homem-cidadão (HÄBERLE, 1998, p. 90).

O princípio responsabilidade identifica-se com um modelo proposto por H. Jonas, segundo o qual o cidadão do hoje deve agir de tal modo que as consequências de suas ações sejam compatíveis com uma futura existência humana minimamente digna.⁹ Ora, na visão de Häberle, a Revolu-

⁸ Aqui a referência é o livro de Karl Popper (1987) *A sociedade aberta e seus inimigos*.

⁹ E o próprio Häberle (1998, p. 90) aqui pontua a responsabilidade dos europeus nas suas relações com o Terceiro Mundo: *“Ello afecta también a nuestra relación com el Tercer Mundo.”* São palavras de H. Jonas reproduzidas por Häberle pertinentes a este

ção Francesa, com as contribuições inglesa e norte-americana, é responsável pelo modelo de Estado Constitucional que ainda se tem atualmente, bem como pelos seus elementos político-constitucionais, de modo que é preciso ter em mente que as contribuições de hoje podem ser decisivas para os cidadãos dos próximos dois séculos.

Dessa forma, os ideais da revolução francesa, especialmente a fraternidade, continuam e devem continuar a nortear, em termos substanciais, as ideologias subjacentes ao Estado Constitucional contemporâneo, porém não se pode perder de vista que a produção comunitária pan-europeia e atlântica, como última exigência do ciclo inaugurado em 1789, abre-se para uma nova oportunidade de compromissos universais jamais experimentados (HÄBERLE, 1998, p. 93-95).

Nessa visão, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade foram a base daquilo que se vivenciou e experimentou como modelo de Estado Constitucional dos séculos XIX e XX, o qual está a exigir para o século XXI a construção de uma cultura histórica que tenha como objetivo comum dos Estados Constitucionais ocidentais a concretização do ideal de dignidade (HÄBERLE, 2003, p. 169-172).

1.2 Da dignidade humana como pressuposto axiológico do constitucionalismo possibilista

Já não é novidade que o princípio da dignidade da pessoa humana é a matriz mediata do próprio sistema de direitos fundamentais. Tal princípio relaciona-se à ideia de proteção do ser humano, que inspirou a maior parte dos textos constitucionais no segundo pós-guerra.

Assim, não se pode negar que na história da filosofia e da ciência, a partir da segunda metade do século XX, o edifício paradigmático do modelo político que se convencionou chamar de Estado Constitucional está sendo construído com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁰

Diante dessa premissa, a inflexão mais importante do modelo de Estado Constitucional ocorrida em meados do século XX foi a resignificação do conceito e da função exercida pelo sujeito, seja ele considerado individualmente, coletivamente, seja difusamente. O consenso dos pensadores, filósofos e cientistas acerca da mudança de paradigma, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, e que culminou com a revolução tecnológica da última década do século passado, impulsiona e justifica a necessidade de se investigarem as condições de possibilidade desse novo modelo, o qual aqui será chamado de humanista.

A relação mais evidente entre humanismo e Direito encontra-se na complexa institucionalização e na vivência social e histórica da democracia. Conforme doutrina de Britto (2012, p. 38), o

raciocínio: *“obra de tal modo que las consecuencias de tu acción resulten compatibles con una futura existencia humanamente digna, esto es, con el derecho de la Humanidad a sobrevivir sin límite en el tiempo.”* (JONAS apud HÄBERLE, 1998, p. 91-92, nota 19).

¹⁰ É bem verdade, como proficientemente anota o professor Sarlet (2002, p. 27), que a questão da dignidade, acima de tudo, tem íntima relação com a própria condição humana, tratando-se de assunto perene e atual em todos os momentos históricos. Enfatiza: *“Aliás, apenas quando (e se) o ser humano viesse ou pudesse renunciar à sua condição é que se poderia cogitar da absoluta desnecessidade de qualquer preocupação com a temática [...]”*

Direito passa a ser o meio do qual o humanismo é o fim.¹¹ O humanismo é o valor cultural genérico, enquanto a democracia é o valor jurídico específico, de tal modo que o humanismo se dissolve na própria ideia democrática, comunicando, por meio dela, a sua essência de tema central para o Direito Constitucional (BRITTO, 2012, p. 43).

É óbvio que ainda há muita nebulosidade sobre o real sentido e alcance desse novo modelo de organização política, ao qual muitos chamam de Estado Democrático de Direito. O que a mim parece significado é que, seja sob qualquer denominação, trata-se de modelo em que há significativa valorização do ser humano individualmente, coletivamente ou difusamente, a ponto de tornar paradoxal a própria concepção humanista. Isso porque, a pretexto de um radical humanismo, há uma objetivação dos sujeitos ou uma despersonalização ainda maior das relações jurídicas, diante das novas tecnologias de informação e de comunicação de massa.

É preciso pensar em alternativas para enfrentar os problemas que são originais, especialmente quando se está diante dos problemas encetados pela concretização dos direitos fundamentais sociais. Tanto é que, do que se tem notícia, as discussões internacionais ainda estão aparentemente alheias ao processo de (in)formação das gerações vindouras. O controle das informações e, consequentemente, da formação do cidadão do século XXI é algo que merece um cuidado todo especial por parte daqueles que se preocupam efetivamente com o futuro da humanidade.¹²

Assim, é necessário perceber que para além das clássicas três dimensões dos direitos fundamentais, quais sejam, a liberal, a social e a fraternal ou democrática, a dogmática jusfundamental já avança para duas outras dimensões, as quais já estão produzindo suas consequências na realidade circundante: as dimensões não humanas¹³ e a dimensão intergeracional¹⁴ dos direitos fundamentais.

A teoria jurídica para o sujeito de direitos do século XXI não pode ser a mesma criada para o sujeito de direitos do século XIX, que buscava a sua liberdade perante os desmandos do absolutismo recém derrubado, nem pode ser a mesma do sujeito do início do século XX, que assustado com a Revolução Industrial, lutava pela igualdade com a já conquistada boa condição de vida dos burgueses liberais.

No mínimo, a teoria jurídica voltada para sujeito de direitos do século XXI deve se nortear pelo terceiro ideal da Revolução Francesa, qual seja a fraternidade, que tem como corolários jurídicos

¹¹ Na lição de Britto (2012, p. 38-39): “[...] É como dizer: o humanismo, alçado à condição de valor jurídico, é de ser realizado mediante figuras de Direito. Que são os institutos e as instituições em que ele, Direito Positivo, se decompõe e pelos quais opera. No caso, e pertencente à formação do Estado, tais figuras de Direito se traduzem em coisas como audiências públicas, sufrágio universal, voto direto e secreto, eleições periódicas, referendos, iniciativa popular, programações orçamentárias, políticas públicas, acordos internacionais.”

¹² A lição de Häberle (2003), nesse contexto, é muito apropriada, pois a preocupação desse professor alemão com a educação é explícita, com muita ênfase, na sua doutrina, destacada a partir de suas lições sobre pedagogia constitucional e fins educacionais para a cidadania constitucional. Cfr. “*Los fines de la educación como médios para una ‘pedagogía constitucional’*” encontrado no sumário de sua obra *El estado constitucional* (HÄBERLE, 2003, p. 187-191).

¹³ A perspectiva de se pensar na concretização de direitos fundamentais para sujeitos não humanos já não é uma novidade, pois a doutrina e jurisprudência constitucionais brasileiras contemplam essa possibilidade há mais de uma década. A versão mais popular dessa perspectiva encontra-se no capítulo dos direitos fundamentais dos animais, o qual tem impulsionado estudos específicos nesse novo campo jurídico. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal *vide*: ADI 4.983/CE, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 24.02.2017. Na doutrina, por todos, *vide*: Nogueira (2012).

¹⁴ Aqui a ampliação da garantia dos direitos fundamentais transborda também o tempo, pois tais direitos passam a ser reconhecidos também como direitos das gerações vindouras (BUCCI, 2001).

o princípio democrático, da solidariedade e da cooperação,¹⁵ os quais ressignificam o sujeito e a sua individualidade, coletividade e cidadania, para buscar na integração entre dignidade humana e dignidade dos demais seres vivos o vetor de suas ponderações culturais mais importantes, criando pautas sociais e institucionais adequadas a esse novo modelo.

Ora, o sujeito do século XXI é aquele que, apesar de ter consciência de sua posição de indivíduo, não se sustenta somente nisso, pois somente como membro de uma coletividade e inserido no conceito difuso de cidadão local e global é que ganha a força da sua liberdade e igualdade perante os demais, sempre em busca de sua dignidade como ser vivo integrado no planeta social e natural.

O sujeito do Estado Constitucional do século XXI é aquele que se reconhece como parte de um todo e também reconhece que esse todo é que lhe dá sustentação para lutar pelos seus direitos, em busca de uma identidade cultural suficientemente consistente para compartilhar as suas boas condições de vida com os mais próximos, não apenas no plano abstrato-filosófico, mas também, e principalmente, no plano real e concreto das suas rotinas pessoais e profissionais, vivenciadas nas mais diversificadas regiões do Planeta.

Talvez seja difícil perceber e compreender, com os olhos da teoria jurídica dos séculos XIX e XX, o conceito de sujeito de direitos da teoria pós-moderna, pois ao mesmo tempo que ele é um sujeito individual, que reconhece sua dignidade e identidade como um, também reconhece a importância de emprestar essa mesma identidade individual para a construção de uma comunidade de concidadãos, considerando que de outra forma será muito difícil fazer valer os seus direitos fundamentais, especialmente os sociais e difusos.

Se é verdade que o sujeito individual se coloca à disposição do sujeito coletivo e do sujeito que se identifica também perante sua comunidade universal, na perspectiva difusa isso não quer dizer que a história particular dos sujeitos não seja importante para a formação da pré-compreensão norteadora da razão intersubjetiva que lhe dará uma identidade única no mundo.

Dessa forma, a história de cada sujeito individual, envolvido no processo de tomada de decisões constitucionais, revela-se como um importante dado na formação da pré-compreensão individual, coletiva e difusa do sujeito constitucional que, por circunstância ou legitimidade, será o responsável imediato pela decisão constitucional, a qual sempre deverá ser fruto de um trabalho coletivo, o qual agrega experiências e esforços compartilhados de uma determinada comunidade histórica e cultural.

Não é mais o tempo para histórias de sujeitos individuais, movidos pelos seus universos pré-compreensivos limitados por suas vontades e paixões personalíssimas, considerando que contra essa postura se ergueu, há mais de dois séculos, o Estado de Direito. Os sujeitos individuais que insistirem em agir solitariamente serão imediatamente rejeitados e excluídos do sistema político, pois a

¹⁵ Todos eles estão expressamente contemplados no texto da Constituição de 1988. *Vide* arts. 1º, *caput*, 3º, I e 4º, IX, respectivamente, todos constantes do Título I da Constituição de 1988, que trata dos seus Princípios Fundamentais.

autoridade individual terá que ceder lugar à autoridade legitimada, a qual necessariamente é colegiada e democraticamente influenciada, e que tem como premissa organizativa a fórmula institucional e procedimental do processo de tomada de decisões constitucionais.¹⁶

Dessa forma, faz-se necessária a preocupação com a formação de sujeitos constitucionais capazes de perceber, nas suas relações intersubjetivas, as premissas pré-compreensivas individuais, coletivas e difusas dos direitos fundamentais, para que elas sejam conscientemente colocadas no bojo da discussão dialética de teses e antíteses, em busca de sínteses que possam representar, ainda que momentaneamente, a pré-compreensão coletiva do grupo a que pertence, cultural ou institucionalmente.¹⁷

A individualidade, a coletividade e a cidadania constitucionais, situadas no contexto do pensamento do possível,¹⁸ são aquelas que se realizam no imaginário real, de pessoas e grupos concretos, considerando a doutrina e o texto constitucional de determinado país (HÄBERLE, 2002, p. 60).

Assim, ao voltar os olhos para a realidade brasileira, é preciso investigar, conhecer e ocupar-se das necessidades e das possibilidades, para que as fórmulas processuais e procedimentais, que já se encontram à disposição dos sujeitos constitucionais de nosso País, possam se converter em fórmulas para dar concretude às possibilidades de participação ativa no processo de concretização das normas constitucionais, especialmente as de direitos fundamentais sociais, ainda que de natureza programática.

Entretanto, registre-se, para que tais fórmulas e procedimentos possam fazer a diferença na realidade jurídico-constitucional brasileira, é preciso difundir e consolidar uma nova apreensão hermenêutica do modelo de Estado Constitucional entre nós. Assim, é preciso ter como proposta para a leitura e vivência constitucionalmente adequadas dos direitos fundamentais sociais a ideia de um Estado Constitucional Possibilista, ou seja, de um Estado Constitucional conformado e conduzido pelo pensamento possibilista.

1.3 Dos pressupostos estruturantes de um Estado Constitucional Possibilista

¹⁶ Aqui não há como deixar de registrar a influência da doutrina do professor Häberle (1997), enfatizando a importância da procedimentalização para o exercício e a concretização dos direitos fundamentais.

¹⁷ Essa formulação é intimamente influenciada pela perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, no contexto do que Canotilho chama de teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais. Explica-se melhor: somente quando se toma como premissa da própria compreensão da decisão jurídica o edifício dos direitos fundamentais, não os considerando como direitos subjetivos públicos (tal qual proposto na lição de Jellinek, a partir dos quatro estados), mas como elementos objetivos que se autonomizam como tópicos imprescindíveis do discurso decisório, é que se revela possível perceber a importância da formação do sujeito no contexto de uma “Ciência dos Direitos Fundamentais”. Sobre a perspectiva objetiva dos Direitos Fundamentais, compulsar o texto intitulado *Estado de Direitos Fundamentais* (SILVA, 2015b).

¹⁸ Para o Professor Häberle (2002, p. 60), o pensamento possibilista é aquele situado entre a realidade e as necessidades, devendo ser analisado no contexto da teoria empírica, a qual se movimenta pela legislação, administração, jurisprudência e política, incluindo também os ensinamentos da doutrina jurídica. Assim, defende que o pensamento possibilista encontra solo fértil no espaço público, sendo reflexão imprescindível no contexto do Estado Constitucional e de Direito. É a própria consagração da linha concretista de sua doutrina.

O pensamento do possível, segundo Häberle (2002, p. 59), deve ser analisado de forma muito mais profunda e intensa do que tem sido até agora. Tanto a doutrina quanto a prática constitucional podem oferecer contribuição substancial para a reflexão constitucional no que diz respeito a pontos de referência que são provenientes da legislação, da administração, da jurisprudência e da política constitucionais.

Por óbvio que também devem ser contemplados os textos provenientes da dogmática constitucional e dos periódicos científicos, para completar aquilo que se costuma chamar de âmbito público e realidade subjacente da Constituição viva (HÄBERLE, 2002, p. 60). A doutrina, as funções e os procedimentos constitucionais se orientam em forma de realidades, necessidades e possibilidades.

A tomada de consciência prévia acerca do pensar e atuar juridicamente se apresenta como um dos fundamentos mais importantes na busca pela racionalização das decisões jurídicas, sendo o próprio pensamento científico-constitucional, no contexto do espaço público, uma referência fundamental (HÄBERLE, 2002, p. 60-61). A investigação sobre a trilogia jusfilosófica realidade-necessidade-possibilidade tem como objetivo apresentar os limites e as perspectivas da implementação da força normativa da Constituição, no seio de uma comunidade pluralista (HÄBERLE, 2002, p. 61).

A principal inflexão proposta pelo pensamento possibilista é a substituição da estática pela dinâmica jurídica em todos os âmbitos do pensamento jurídico-filosófico. Segundo Häberle (2002, p. 63-64), a teoria possibilista revela-se adequada para estudar conceitos como direito público, tolerância, pluralismo, direitos das minorias, representatividade de interesses não organizados ou institucionalizados e, finalmente, direitos fundamentais sociais e culturais do Estado.

O pensamento possibilista, conforme adverte o próprio Häberle (2002, p. 60), é bastante desconhecido entre os teóricos do direito constitucional, enquanto os pensamentos realista e necessarista, por sua vez, são bem mais populares. Isso pode ser demonstrado pela frequência com que os discursos constitucionais remetem à chamada “necessidade material”, conceito que se revela pelo argumento da proibição de qualquer excesso, que hoje em dia se mostra cada vez mais premente, principalmente diante da constatação irrefutável de que as escolhas e tarefas estatais devem ser inescusavelmente consideradas necessárias, em virtude da conhecida reserva do possível e do factível (HÄBERLE, 2002, p. 60).

A reserva do possível tem sido frequentemente invocada, especialmente nos Estados Constitucionais que optaram pelo modelo de constitucionalismo dirigente, tendo em vista as dificuldades de serem conformados os âmbitos de proteção dos direitos fundamentais sociais. Entretanto, em vez do paradigma possibilista, são comumente invocados os pensamentos realistas ou necessaristas para justificá-la, visto que tais pensamentos mais restringem o debate constitucional e servem mais para impedir do que viabilizar a concretização de tais direitos nos ordenamentos constitucionais.

Nos séculos XVIII e XIX, dizia-se existir somente uma concepção de direitos fundamentais: a liberal. Não obstante as críticas – legitimistas, socialistas, católicas –, era o liberalismo que prevalecia em todas as Constituições e declarações, e, não obstante a pluralidade de escolas jurídicas

– jusnaturalista, positivista e histórica –, era sempre ao constitucionalismo liberal a que se reportavam os críticos e suas ideias.

Já não foi assim no século XX, momento em que se testemunhou um largo fenômeno de universalização dos direitos do homem, não sem paralelo com o fenômeno da universalização da Constituição, e que, como este, acompanhou o fenômeno da multiplicidade ou da plurivocidade de visões de mundo.

Mas não é demais lembrar que a crença oitocentista na Constituição supusera que onde existisse uma Constituição estariam também garantidos os direitos fundamentais. Em um contexto de subsistência do dogma da soberania do Estado, isso levaria a que não se concebesse senão uma proteção interna dos direitos fundamentais. E, nesse ponto específico, reside uma ruptura do modelo clássico de Estado para o modelo de Estado Constitucional Possibilista, pois pela filosofia possibilista ganha espaço o múltiplo elenco de disciplinas, como direito constitucional comparado e história do constitucionalismo como comparação no tempo (HÄBERLE, 2002, p. 64), as quais propõem um redimensionamento do conceito de soberania,¹⁹ bem como uma visão cooperativa da concretização de direitos fundamentais.²⁰

A abertura hermenêutica a outras múltiplas possibilidades é a proposta do Estado Constitucional marcado pelo pensamento possibilista, de modo que os seus pilares, quais sejam, a supremacia da Constituição; a concretização, objetiva e subjetiva, dos direitos fundamentais; e a interdependência das funções de poder (SILVA, 2015b) passam a ser percebidas a partir de outro ponto de vista.

Essa abertura de espírito significa que haverá uma teoria dinâmica da Constituição e uma concretização dos direitos fundamentais influenciada pela hermenêutica da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, bem como que os membros e órgãos ocupantes das funções de poder atuarão de forma cooperativa e dialogal. Aqui residem os pressupostos do Estado Constitucional Possibilista.

No entanto, não se pode perder de vista que os desafios do Estado Constitucional Possibilista são os mesmos que desestruturaram a soberania do Estado Constitucional Liberal, pois quando se avança para direitos sociais e para direitos de cidadania – seja no plano da política, seja no plano da nacionalidade –, a complexidade torna a tarefa concretizadora muito mais difícil e tormentosa.

Para equacionar esses desafios, a proposta é que entre as possibilidades a serem consideradas no processo hermenêutico concretizador dos direitos fundamentais sociais e de cidadania estejam também contempladas as vertentes realistas e necessaristas, porém sem que a elas se limitem os intérpretes. E, assim, apresenta-se pertinente a fórmula metódica apresentada por Häberle, na tentativa de explicar como utilizar a teoria possibilista como um processo interpretativo para as políticas públicas constitucionais:

¹⁹ Para aprofundar essa proposta de redimensionamento *vide* *Tensões entre o direito constitucional e o direito internacional: uma necessária reavaliação do conceito de Estado Soberano* (SILVA, 2011) e também *Interpretação evolutiva do conceito de soberania à luz da internacionalização do Direito* (SILVA; SOUZA, 2009).

²⁰ Sobre a visão cooperativa de direitos fundamentais *vide* *Concretização cooperativa dos direitos fundamentais* (SILVA, 2013).

mediante uma análise prévia da realidade, depois, mediante uma investigação mais exaustiva possível de todas as suas possíveis alternativas, as quais devem ser ponderadas e avaliadas corretamente, de modo a possibilitar que sejam detectadas entre elas o grau de necessidade inerente a cada uma. (HÄBERLE, 2002, p. 78).

Registre-se, por importante, que o Estado Constitucional, em qualquer concepção, não raramente, rompe as barreiras jurídicas de sua limitação e se converte em fim de si mesmo, e quando a soberania está em crise, torna-se necessário reforçar, quando não substituir, o sistema de proteção interna por vários sistemas de proteção internacional dos direitos do homem. Com antecedentes que remontam o século XIX, tal é a nova perspectiva aberta pela Carta das Nações Unidas e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, o que exige também reflexão sobre a conformação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais em um caráter meramente nacional, pois é preciso pensar o problema aqui enfrentado em seus âmbitos internacionais e transnacionais.²¹

Sob essa perspectiva, o ideário de pessoas e também os grupos concretos passam a se orientar em forma de realidades, necessidades e possibilidades que transcendem os contextos nacionais, de modo que os interesses em jogo também passam a extrapolar as fronteiras do Estado Constitucional, multiplicando as maneiras de interpretar os direitos subjetivos, como também de buscar fórmulas para acomodar resultados porventura divergentes.

Não se trata de considerar qualquer tipo de realidade, de necessidade ou de possibilidade na conformação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais sociais e de cidadania, mas de fazê-lo com algumas especificidades que se encontram no seio ou campo gravitacional do Estado Constitucional, espaço institucional em que tais direitos, especialmente os sociais, entram em conflito e disputam entre si bens e valores escassos da realidade social.

Conforme ensina Häberle, o racionalismo crítico, cujos procedimentos se baseiam nas premissas de avançar conjecturas e submetê-las a refutações – *trial and error* –, é um método que pode se apresentar adequado para a conformação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais nesse novo contexto, encontrando-se muito próximo do pensamento possibilista por ele apresentado, mas sem desprezar de modo algum o modelo realista e o necessarista, razão pela qual a chamada teoria crítica pode contribuir com resultados visíveis bem diferenciados a respeito (HÄBERLE, 2002, p. 61).

E do mesmo modo que a doutrina científica pode se mostrar muito frutífera para a teoria da Constituição de diversos ângulos ou texturas e considerações, a tríade do possibilismo filosófico – realista, necessarista e possibilista – pode também, paralelamente, contribuir com o próprio sucesso dos contextos teóricos mais plurais, daqueles em que prevalecem prós e contras, contribuindo, assim, para a configuração de diferentes ciências e âmbitos teóricos das chamadas ciências sociais.

²¹ Aqui vale o registro de que a concretização cooperativa dos direitos fundamentais é a própria condição de possibilidade de sua essência e da proteção mais eficaz de seu núcleo essencial. Essa ideia está desenvolvida em *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais* (SILVA, 2014). De modo mais específico a mesma ideia pode ser encontrada em *Concretização cooperativa dos direitos fundamentais* (SILVA, 2013).

Porém, a história brasileira recente demonstra que não bastam fórmulas normativas de participação no processo de construção de sentido das normas constitucionais, especialmente as programáticas. Há mais a ser feito, pois os intérpretes oficiais e não oficiais não perceberem a insuficiência dos postulados de Savigny para a resolução de problemas constitucionais, que se tornam cada vez mais específicos e sofisticados.

Para que o pensamento possibilista possa se convolar em modelo de atuação institucional do Estado Constitucional é necessário esforço conjunto de muitos atores no processo de concretização da Constituição, em geral, e dos direitos fundamentais, em particular.

Enquanto professores e estudantes de Direito não compreenderem qual é o seu papel na história de formação e construção ativa da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, enquanto os atores qualificados da sociedade civil organizada não contribuirão efetivamente com essa tarefa, enquanto os próprios intérpretes oficiais não tomarem consciência de que a Constituição é um projeto coletivo de toda a comunidade de intérpretes, não há possibilidade histórico-cultural de avanço, pois mesmo que os meios estejam à disposição, a realidade vem demonstrando que não há possibilidades sem sujeitos disponíveis e abertos à dinâmica, à concretização cooperativa e ao diálogo constitucionais.

Assim ficam claros os pressupostos do Estado Constitucional Possibilista, quais sejam: a dinâmica constitucional, a concretização cooperativa e o diálogo constitucional. São esses os pontos de partida que devem conduzir os atores do estado, da sociedade civil e do mercado na desafiadora e complexa tarefa de concretizar as normas constitucionais, especialmente aquelas de direitos fundamentais sociais.

A dinâmica constitucional informa que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, o que implica contemplar a ideia de abertura a partir da relativização da função ordenadora da Constituição, bem como de admitir a desconstitucionalização eventual de elementos substantivadores da ordem constitucional, como a constituição econômica, a constituição do trabalho, a constituição social e a constituição cultural (CANOTILHO, 1999, p. 1250-1251).

Pode-se afirmar, a partir do pressuposto da dinâmica constitucional, que a Constituição não é um texto pronto, mas que está em contínuo processo de construção interpretativa, fazendo valer a máxima de que todo sentido atribuído à Constituição, toda conformação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais nela positivados, é sempre o penúltimo, destacando-se a importância, nesse contexto, dos votos divergentes.

Por concretização cooperativa entenda-se o esforço coletivo na interpretação e conformação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. São por ações coordenadas de todos os atores que podem participar do processo constitucional, desde a edição da norma constitucional até a resolução dos eventuais conflitos submetidos à decisão das cortes constitucionais, que as normas de direitos fundamentais devem ser concretizadas.

Na visão do Estado Constitucional Possibilista, quanto mais participação, quanto mais informações, quanto mais dados, quanto mais opiniões especializadas compuserem os discursos de

concretização dos direitos fundamentais, mais denso será o âmbito de proteção de tais direitos, em virtude da ampla cooperação de todos os atores na sua conformação.

A concretização cooperativa implica o esforço e o trabalho coletivo dos mais diversos segmentos do estado, da sociedade civil e do mercado em busca da maior densidade possível dos direitos fundamentais sociais. Cada sujeito atuará para resguardar, no âmbito de proteção que estará sendo conformado, a parcela da realidade social que mais lhe beneficia, de modo que o direito fundamental corresponda, na sua máxima potencialidade, ao que a realidade circundante lhe permite.

Por fim, o pressuposto do diálogo constitucional ainda não é uma realidade no Brasil em partes em razão da dogmática jurídica conservadora,²² mas principalmente pela falta de atitude mais participativa dos próprios interlocutores de poder e cidadãos-intérpretes, que ainda estão enclausurados no modelo de inércia quando se trata de exercício de cidadania constitucional.

O diálogo constitucional é uma necessária fórmula de exercício do poder intrínseco à interpretação concretizadora dos direitos fundamentais, pois somente quando há vozes em diálogo é possível influenciar de forma significativa o discurso constitucional prevalecente. As alternativas para o diálogo constitucional estão postas em todos os âmbitos institucionais públicos e privados, porém ainda não ecoam satisfatoriamente nas decisões de poder sobre a conformação dos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais, especialmente os sociais.

Seria salutar que não apenas os agentes políticos e os agentes públicos fossem envolvidos nesse processo constitucional, mas que também acadêmicos e profissionais de mercado pudessem envidar esforços para produzir conhecimento e crítica contextualizada, ou seja, que pudessem tecer comentários e fomentar discussões sobre a prática constitucional de nossas instituições democráticas, principalmente do Supremo Tribunal Federal.²³

Nesse contexto, justifica-se o presente artigo como uma tentativa de contribuir com a crítica acadêmica à concepção jurisprudencial de reserva do possível, em confronto com a teoria possibilista materializada nos pressupostos do Estado Constitucional Possibilista já apresentados.

2 Direitos fundamentais sociais e a reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

²² A par de todas as oportunidades processuais oferecidas às partes no diálogo com os juízes no curso do processo civil e penal brasileiro, também as leis que regulamentaram o processo constitucional, para o controle abstrato de norma, previram a possibilidade de *amicus curie* (art. 7º, parágrafo 2º da Lei n. 9.868/99). É bem verdade que os próprios interlocutores oficiais estão relutando para ceder à prática dialógica, mas a história não conhece a derrota, ela tem toda a paciência necessária para aguardar a conjuntura mais favorável às suas vontades.

²³ Ressente-se o Brasil pela ausência de uma Escola Pragmática de Direito Constitucional, que além da epistemologia jurídica, tão importante e necessária, adentre também na discussão acadêmica crítica sobre as decisões de poder, ou seja, na crítica, a partir de marcos teóricos distintos, das decisões do Supremo Tribunal Federal, das nossas leis e sua aplicação prática pelos tribunais pátrios. Por aqui, ainda hoje todo e qualquer comentário crítico está a cargo dos jornalistas ou de uns poucos juristas que, como grandes personalidades, oferecem suas opiniões sobre tudo e sobre todos os assuntos. Ora, já é passada a hora de adentrarmos no seio da democracia e encontrar novas fórmulas de construir solidária e cooperativamente a Constituição brasileira de 1988.

2.1 Sobre a reserva do possível como argumento doutrinário na jurisprudência

Com a finalidade de analisar criticamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em seus três órgãos colegiados, nos últimos três anos, buscaram-se as decisões em que houve referência expressa, na ementa ou nos votos individuais dos julgadores, à expressão *reserva do possível*. Foram encontradas 13 decisões, sendo a primeira julgada em 05 de fevereiro de 2013, pela Primeira Turma, e a última julgada em 16 de fevereiro de 2016, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

Cada decisão será analisada em confronto com os pressupostos do Estado Constitucional Possibilista, quais sejam: a dinâmica constitucional, a concretização cooperativa e o diálogo constitucional, buscando-se, com isso, deslocar os argumentos atrelados aos pensamentos realista e necessarista para aqueles vinculados ao possibilismo filosófico (HÄBERLE, 2002, p. 60-61).

Ao tratar do tema da concretização dos direitos fundamentais sociais, sob o foco da reserva do possível de cunho possibilista,²⁴ é importante perguntar-se sobre as reais possibilidades de concretização de tais direitos a respeito do conjunto estatal de aportes econômicos e institucionais com possibilidade de serem mobilizados à sua implementação.

Também se revela importante perceber que a teoria que inspira a pergunta deve ser a mesma que conduz à resposta a qual será dada a essa pergunta, de forma que é preciso refletir sobre se a corrente doutrinária que elege a limitação dos recursos públicos como real barreira a conter a viabilidade das condições materiais e institucionais necessárias à fruição dos direitos fundamentais sociais (realismo filosófico e necessarismo filosófico) é a única maneira de solucionar o problema da concretização dos direitos cujo âmbito de proteção exige recursos financeiros.

A reserva do possível, influenciada pelos pensamentos realista e necessarista, constitui uma adaptação do argumento colhido da jurisprudência constitucional alemã, a qual considera que direitos subjetivos à prestação material pelo Estado se sujeitam à expectativa de disponibilidade orçamentária, oriunda da composição dos orçamentos públicos, de acordo com o campo discricionário de poder decisório governamental e parlamentar (KRELL, 2002, p. 52). Portanto, tais direitos constituem aquilo que “o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.”²⁵

A argumentação da reserva do possível, como formulada na jurisprudência alemã, foi absorvida pela doutrina brasileira, a qual, em uma visão mais clássica, vem negando a competência dos juízes para dispor sobre medidas políticas relativas a gastos orçamentários, sob o argumento de que os magistrados não são legitimados pelo voto para fazerem escolhas políticas desse jaez (BRANCO, 2000, p. 146). Há aqueles que recomendam, por exemplo, que se o Poder Executivo respectivo demonstrar judicialmente a impossibilidade, não poderia o Judiciário se substituir ao Administrador (TORRES, 1999, p. 110 e ss.).

²⁴ O argumento da reserva do possível, forte na teoria necessarista, advém da jurisprudência alemã, que entende inexigíveis prestações materiais do Estado “acima de um certo limite básico social” (KRELL, 2002, p. 52).

²⁵ BverfGE (Coletânea das Decisões do Tribunal Constitucional Federal), n. 33, p. 333 (KRELL, 2002, p. 52).

Essa postura da doutrina clássica já não mais se sustenta no paradigma do Estado Constitucional do século XXI, pois a complexa realidade da interdependência entre os poderes exige dos agentes políticos e públicos cooperação contínua por meio da edição de atos administrativos, judiciais e legislativos em direção à máxima efetividade dos direitos fundamentais, especialmente aqueles que estão positivados em normas constitucionais programáticas.²⁶

Segundo Havegarte (1992, p. 282 apud KRELL, 2002, p. 54), condicionar a realização dos direitos fundamentais sociais à existência de lastro nos cofres públicos significa atribuir eficácia zero a tais direitos o que relativiza sua universalidade, permitindo imprimir-lhes a mácula de “direitos de segunda categoria” (ABRAMOVICH; COURTIS, 1997 apud KRELL, 2002, p. 54). Afirma que, em razão disso, há autores que entendem pela não inclusão de certas categorias de direitos sociais na Constituição, a fim de não lhes ferir a credibilidade.²⁷

Alexy (2008, p. 513) pondera que, quando se trata da concretização de direitos fundamentais sociais, é preciso esforço para não deixar que as crises econômicas sejam transformadas em crises constitucionais, pois os direitos sociais devem ser exigidos e garantidos como posições jurídicas fundamentais, ainda que em grau mínimo. Afirma expressamente:

Parece plausível a objeção de que a existência de direitos sociais definitivos – ainda que mínimos – tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional. Contra essa objeção é necessário observar, em primeiro lugar, que nem tudo aquilo que em um determinado momento é considerado como direitos sociais é exigível pelos direitos fundamentais sociais mínimos; em segundo lugar, que, de acordo com o modelo aqui proposto, os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos; e, em terceiro lugar, que é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível. (ALEXY, 2008, p. 513).

Dessa forma, os direitos fundamentais sociais devem guardar em si um núcleo essencial que, mesmo em tempo de depressão econômica, servirá de referência ao Estado no sentido da reunião de esforços a garantir-lhe a intocabilidade. Ou seja, é preciso ter fundamentos seguros acerca da proteção mínima a ser conferida para esses direitos fundamentais, sob pena de não se conferir ao indivíduo-cidadão um mínimo possível a uma vida digna.

Diante dessas premissas doutrinárias, justifica-se o motivo pelo qual o argumento da reserva do possível, invocado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência brasileiras, deve ser revisitado. A par de ser considerado por muitos como mais um tópico argumentativo no jogo retórico das decisões de poder, a reserva do possível, em sua essência, revela os limites reais, necessários e

²⁶ Sobre uma visão de ativismo que contesta essa crítica clássica ao ativismo judicial, explicando teoricamente o novo lugar do princípio da separação das funções de poder no Estado Constitucional contemporâneo *vide* a proposta de deslocamento de ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de Direitos Fundamentais (SILVA, 2015a, p. 63-87).

²⁷ Nesse sentido, Von Münch (1998 apud KRELL, 2002, p. 55-56) afirma que “a qualidade de uma constituição não se define pela sua pletera de dispositivos, mas pela sua credibilidade.”

possíveis da discussão sobre a concretização dos direitos fundamentais no contexto do Estado Constitucional do século XXI.

Não se pode dissociar a ideia de reserva do possível de uma doutrina de bases marcadamente empíricas, em que as decisões de poder são tomadas para movimentar a própria rotina do Estado Constitucional.

Dessa forma, não há como desviar a reflexão constitucional contemporânea de problemas como a judicialização da política, o papel das instituições no contexto da separação e divisão das funções de poder e os limites econômicos, sociais, políticos e até mesmo culturais da concretização dos direitos fundamentais sociais, os quais estão sempre a exigir recursos financeiros para a composição do seu âmbito de proteção. No entanto, toda essa contextualização não cabe nas pretensões do presente trabalho.

Assim, o que se propõe aqui é uma análise e proposta de redimensionamento da utilização discursiva da reserva do possível, na linha argumentativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, à luz do paradigma do Estado Constitucional Possibilista.

2.2 Sobre a reserva do possível como argumento nas decisões de 2013-2014

A primeira decisão do recorte temporal proposto é o Recurso Extraordinário n. 642.536/AP,²⁸ de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 05 de fevereiro de 2013, que discutia a possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando à melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública. Trata-se, portanto, de caso em que se discute o âmbito de proteção do direito fundamental à saúde, sob o enfoque da separação das funções de poder.

A controvérsia foi resolvida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em sede de agravo regimental, mantendo a decisão monocrática anteriormente proferida pelo Ministro Luiz Fux no sentido de que em se tratando de concretização do direito fundamental à saúde, é possível a intervenção do Poder Judiciário no sentido de determinar o cumprimento, por parte do Poder Executivo, das políticas públicas por ele mesmo formuladas.

Com a invocação dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, na linha argumentativa do precedente firmado pelo Plenário da Corte no julgamento da Suspensão de Liminar n. 47/AgR,²⁹ o colegiado da Primeira Turma entendeu que em hipóteses como a daqueles autos, em que se exigia apenas o cumprimento de política pública anteriormente já firmada, não havia ofensa ao princípio da separação das funções de poder, nem ativismo judicial, pois a atuação do Poder Judiciário não inovava na ordem jurídico-constitucional.

²⁸ STF-RE n. 642.536/AP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 26.02.2013.

²⁹ STF-SL n. 47/AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJ 30.04.2010.

A decisão não teve o argumento da reserva do possível como importante para a conclusão alcançada pela Primeira Turma, muito embora a expressão esteja expressamente contemplada na ementa do julgado. O argumento da reserva do possível, tomado por empréstimo da decisão do Plenário na Suspensão de Liminar n. 47/AgR, apenas serviu como referência ideológica a conduzir o argumento central da decisão no sentido de que o direito fundamental à saúde, especialmente quando se discute a sua prestação por hospital da rede pública estadual, tem âmbito de proteção que depende de recursos financeiros para a sua concretização, o que, entretanto, não impede o Poder Judiciário de atuar ativamente no controle do cumprimento de políticas públicas previamente determinadas pelo Poder Executivo.

Trata-se de decisão que atende aos pressupostos do Estado Constitucional Possibilista quanto ao seu resultado, uma vez que prestigia a dinâmica constitucional, em uma visão prospectiva da concretização cooperativa do direito fundamental à saúde com a colaboração das três funções de poder na fiscalização de sua efetiva implementação. Mas não pode ser considerada um precedente marcado pelo pensamento possibilista, pois o uso do argumento da reserva do possível não esteve contemplado na complexa tessitura das suas múltiplas possibilidades.

A decisão tomada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 567.985/MT, sob a relatoria para o acórdão de Gilmar Mendes, em 18 de abril de 2013, enfrentou a complexa e difícil questão dos critérios para que o benefício assistencial de prestação continuada seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

O requisito financeiro estabelecido pela Lei n. 8.742/1993, em seu art. 20, parágrafo 3º, tinha, uma vez mais, a sua constitucionalidade contestada pelo argumento de que tal norma permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial constitucionalmente assegurado.

O colegiado da Suprema Corte, em sua composição plenária, entendeu que, não obstante a anterior declaração de constitucionalidade na norma questionada tivesse ocorrido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232/DF,³⁰ ocorreu um processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças na realidade fática, política, econômica e social, bem como na realidade jurídica, em virtude de sucessivas alterações legislativas dos parâmetros econômicos usados como critérios para a concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Poder Público, de modo que deveria ser declarada a inconstitucionalidade parcial sem pronúncia da nulidade do art. 20, parágrafo 3º, da Lei n. 8.742/1993.

O argumento da reserva do possível está posto nos votos vencidos do Ministro Marco Aurélio, relator original, e do Ministro Lewandowski, e, neste último, foi utilizado para impedir a ampliação do âmbito de proteção do direito fundamental ao benefício assistencial ao deficiente e ao idoso.

³⁰ STF-ADI n. 1.232/DF, Relator para o acórdão Ministro Nelson Jobim, Plenário, DJ 01.06.2001.

No discurso do Ministro Ricardo Lewandowski, o argumento da reserva do possível foi invocado para afirmar que os magistrados da origem não poderiam afastar a regra legal estabelecida, considerando que a norma aprovada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente representa uma escolha política fundada nos dados da realidade necessários à implementação da política pública em questão.

Já no discurso do Ministro Marco Aurélio, a reserva do possível foi invocada para respaldar a tese de que o magistrado, diante dos casos concretos que lhe forem sendo submetidos, tem as melhores condições de afirmar se é o caso de inconstitucionalidade em concreto, ou não. O Ministro Marco Aurélio chega a afirmar literalmente em seu voto que o orçamento, embora peça essencial nas sociedades contemporâneas, não possui valor absoluto, de modo que a natureza multifária do orçamento abre espaço para encampar a atividade essencial de importância superlativa no constitucionalismo inaugurado em 1988.

Essa importante decisão do Supremo Tribunal Federal é exemplo típico de como o argumento da reserva do possível pode ser influenciado por ideologias diversas. Vê-se, claramente, a postura realista e necessarista do Ministro Ricardo Lewandowski e, por outro lado, a postura possibilista do Ministro Marco Aurélio; a primeira fechando as possibilidades de concretização do direito fundamental ao benefício assistencial para além do que já havia sido prevista pelo legislador, e a segunda ampliando as possibilidades de sua concessão para a sua máxima potência, a critério do julgador.

Ambos os discursos carecem de uma fundamentação mais detalhada sobre as condições da realidade, as escolhas necessárias e as possibilidades disponíveis para a concretização do benefício assistencial em questão. As decisões demonstram, por caminhos opostos, a utilização do argumento da reserva de possível sem lastro em dados, o que o torna mais um argumento retórico, e, por isso, de menor relevância no processo de concretização de um direito fundamental com âmbito de proteção dependente de recursos.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 763.667/CE,³¹ sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, decidiu, em sede de agravo regimental, manter a decisão monocrática anterior no sentido de que a fórmula da reserva do possível não pode ser invocada para legitimar o injusto inadimplemento de deveres constitucionais de prestação impostos ao Estado. A controvérsia dos autos era sobre a possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário controlar a omissão do poder público em implementar políticas públicas, no caso, de nomear defensores públicos em localidade em que a Defensoria Pública não estava institucionalmente estruturada.³²

A reserva do possível, expressa já na ementa do julgado, foi objeto de considerações em abstrato por parte do Ministro Celso de Mello, afirmando-se que não poderia ser argumento invocável por parte do poder público para se eximir de sua obrigação de implementar políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais de cunho prestacional, nos seguintes termos:

³¹ STF-RE n. 763.667/CE, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 13.12.2013.

³² Idêntica discussão pode ser verificada no Agravo de Instrumento n. 598.212, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 23.04.2014, de modo que a análise se revela despendiosa.

[...] 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionalmente impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.³³

Conforme é possível constatar da leitura dessa decisão, a reserva do possível mais uma vez foi considerada apenas na sua visão realista e necessarista, pois mesmo tendo sido invocada, no discurso do Ministro Celso de Mello, como não impeditiva da concretização ampliativa dos direitos fundamentais sociais, demonstrou visão compartimentalizada – que coloca o Supremo Tribunal Federal como órgão controlador das tarefas estatais implementadoras de políticas públicas –, desconsiderando os pressupostos cooperativos e dialogais do Estado Constitucional Possibilista.

A última decisão de 2013 foi tomada no Recurso Extraordinário n. 581.352/AM,³⁴ também pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal e sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, estando em discussão o dever estatal de assistência materno-infantil. A controvérsia dos autos era uma vez mais sobre a possibilidade, ou não, de o poder público invocar a reserva do possível como justificativa para a não implementação de políticas públicas aptas a concretizarem os âmbitos de proteção de direitos fundamentais sociais.

O caso dos autos discutia a possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário exigir o cumprimento de políticas públicas necessárias à melhoria das condições de atendimento, por parte dos hospitais da rede pública, das gestantes que necessitavam de cuidados pré-natais. Em longo e doutrinariamente fundamentado voto, o Ministro Celso de Mello permaneceu firme no argumento de que a Administração Pública não pode invocar o argumento da reserva do possível para justificar a frustração de direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição de 1988.

Entretanto, reproduz-se, nesse julgado, a mesma crítica feita por ocasião da análise do Recurso Extraordinário n. 763.667/CE, pois a reserva do possível foi utilizada apenas em sua visão realista e necessarista, não obstante para justificar o discurso da máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais, na linha do que já vinha sendo proposto pelo Ministro Celso de Mello desde a decisão monocrática proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF.³⁵

No ano 2014, dois precedentes da Segunda Turma, ambos sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, contêm, em seus discursos decisórios, o argumento de que a reserva do possível não pode ser utilizada como impedimento para a concretização de direitos fundamentais sociais.

No Recurso Extraordinário n. 727.864/PR,³⁶ julgado em 04 de novembro de 2016, a discussão era sobre o direito fundamental à saúde, mais especificamente sobre o dever estatal de custeio de

³³ STF-RE n. 763.667/CE, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 13.12.2013, p. 14.

³⁴ STF-RE n. 581.352/AM, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 22.11.2013.

³⁵ STF-ADPF n. 45/DF, Relator Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 29.04.2004.

³⁶ STF-RE n. 727.864/PR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 12.11.2014.

serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do SUS atendidos pelo SAMU nos casos de urgência e de inexistência de condições materiais de atendimento na rede pública de saúde.

Já no Recurso Extraordinário n. 745.745/MG, julgado em 02 de dezembro de 2014, discutiu-se o dever estatal de manter rede de assistência à saúde da criança e do adolescente, reproduzindo-se uma vez mais a argumentação do Ministro Celso de Mello quanto à impossibilidade de invocação da reserva do possível nessas situações:

Não se ignora 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 alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e incensurável 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.³⁷

Em quase todos³⁸ os precedentes analisados referentes aos anos 2013 e 2014, verifica-se que a reserva do possível não foi utilizada como argumento atrelado aos pressupostos do Estado Constitucional Possibilista, estando eles, em sua ampla maioria, afinados com as teorias realistas e necessaristas.

2.3 Sobre a reserva do possível como argumento nas decisões de 2015-2016

Nos anos 2015 e 2016 foram julgados seis casos com a expressa invocação da reserva do possível nos discursos dos ministros do Supremo Tribunal Federal. São quatro recursos extraordinários com agravo da Segunda Turma e dois recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida do Plenário.

O três primeiros deles, todos de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foram julgados pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal e são uníssonos em confirmar a jurisprudência desse colegiado no sentido de que a reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público com a finalidade de se exonerar do cumprimento dos deveres constitucionais que lhe foram destinados, salvo a ocorrência de justo motivo, devidamente comprovado.

No Recurso Extraordinário com Agravo n. 860.979/DF,³⁹ julgado em 14 de abril 2015, discutia-se a possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário, independentemente de previsão orçamentária,

³⁷ STF-RE n. 727.864/PR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 12.11.2014, p. 7.

³⁸ A exceção deve ser registrada para o primeiro recurso extraordinário analisado: STF-RE n. 642.536/AP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 26.02.2013.

³⁹ STF-ARE n. 860.979/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 06.05.2015.

determinar a contratação pela rede pública de ensino de professores capacitados em Libras com a finalidade de atender aos estudantes deficientes auditivos. O argumento central da decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes e confirmada no colegiado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que o postulado da separação de poderes não inviabiliza a atuação do Poder Judiciário para obrigar o Poder Executivo a adimplir políticas públicas constitucionalmente previstas. Na expressão literal da decisão colegiada:

Incabível, portanto, falar em interferência indevida do Judiciário em matéria orçamentário-financeira, quando a obrigação decorre de mandamento constitucional. Iguualmente, mostra-se inviável a oposição da cláusula da reserva do possível nessas hipóteses, tendo em conta o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados.⁴⁰

O entendimento firmado no referido julgamento foi reproduzido no Recurso Extraordinário com Agravo n. 875.333/RS,⁴¹ em 28 de abril de 2015, tendo a Segunda Turma novamente confirmado que não é simplesmente a avaliação por parte do administrador público, a seu juízo de conveniência e oportunidade, que prevalecerá diante da obrigatória implementação de uma política pública constitucionalmente posta. É dever compartilhado entre Poder Executivo e Judiciário enviar esforços, por meio de atos concretos de poder, para assegurar o direito fundamental ao acesso à educação infantil especializada garantida pelo art. 208, III, da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, esta decisão colegiada da Segunda Turma, mencionando diversos precedentes do Supremo Tribunal no mesmo sentido, assentou: “Como se vê, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, segundo a qual o acesso ao ensino, e no caso, o atendimento educacional especializado a portadores de deficiência (CF, art. 208, III), constitui direito fundamental de toda criança e adolescente.”⁴²

Por fim, o Recurso Extraordinário com Agravo n. 855.762/RJ, julgado em 19 de maio de 2015, discute a existência, ou não, de solidariedade passiva por parte do Estado e do Município quando se trata de demanda que envolve a implementação de política pública apta a concretizar direito fundamental social, no caso, o direito à moradia.

Em relação à teoria da reserva do possível, o argumento que prevaleceu no voto do Ministro Gilmar Mendes foi o de que não cabe invocar o referido óbice quando não há justificativa suficientemente plausível para o inadimplemento do dever estatal de conformação do âmbito de proteção de direito fundamental social. Também foi referência expressa na decisão a possibilidade de intervenção judicial quando não houver inovação na ordem jurídica, considerando a prévia existência da política pública para a qual se determina cumprimento.

⁴⁰ STF-ARE n. 860.979/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 06.05.2015, p. 3 de 12.

⁴¹ STF-ARE n. 875.333/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 13.05.2015.

⁴² STF-ARE n. 875.333/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 13.05.2015, p. 6 de 7.

Esses três primeiros precedentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal de 2015 consolidam a posição já anotada em relação aos precedentes de 2013-2014, qual seja, a de que, não obstante a jurisprudência da Suprema Corte caminhe segura na direção da máxima eficácia dos direitos fundamentais sociais, referendando postura ativista do Poder Judiciário nessa tarefa, ainda não se vislumbra o compromisso com os postulados da dinâmica constitucional, da concretização cooperativa e do diálogo institucional entre as funções de poder. O paradigma que prevalece, nos argumentos e discursos dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, é o do realismo e do necessarismo filosóficos, e não do Estado Constitucional Possibilista.

No segundo semestre de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou dois recursos extraordinários, com referência expressa à reserva de plenário, visto que ambos os temas em discussão tiveram a repercussão geral reconhecida: o Recurso Extraordinário n. 592.581/RS,⁴³ sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em 13 de agosto de 2015, e o Recurso Extraordinário n. 541.488/RS,⁴⁴ de relatoria do Ministro Dias Toffoli, em 03 de dezembro de 2015.

No Recurso Extraordinário n. 592.581/RS, discutia-se, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais dos presidiários à integridade física e moral, se caberia, ou não, ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a execução de obras em estabelecimentos prisionais. A decisão da Corte resultou na seguinte tese:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação de poderes.⁴⁵

Este é um precedente de relevância ímpar na análise proposta no presente trabalho, não apenas porque debateu de forma séria e comprometida sobre o argumento da reserva do possível, mas porque trouxe indícios e evidências de que este argumento está iluminado pelo possibilismo filosófico. Substancial, nesse sentido, a contribuição do voto do Ministro Edson Fachin:

[...] A invocação da reserva do possível não pode consistir em mera alegação que isenta, por si só, o Estado de suas obrigações. Somente justo motivo, objetivamente aferido, tem tal valia.

Destarte, a inexistência de recursos no orçamento vigente – demonstrável objetivamente – não afasta a possibilidade de atendimento do direito em tela. Nesta perspectiva, é possível a inclusão da respectiva dotação no orçamento do ano seguinte (art. 165, parágrafo 5º, c/c art. 167, I, ambos da Constituição da República). Contudo, uma ressalva deve ser feita. O orçamento possui caráter apenas autorizativo, isto é, apenas permite que, caso se pretenda utilizar o recurso financeiro, este uso será permitido na peça orçamentária proposta pelo Executivo e aprovada pelo Legislativo. Não possui, entretanto, caráter obrigatório para a execução

⁴³ STF-RE n. 592.581/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 01.02.2016.

⁴⁴ STF-RE n. 581.488/RS, Relator Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 08.04.2016.

⁴⁵ STF-RE n. 592.581/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 01.02.2016, p. 3 de 133.

daquela dotação. Tendo essa premissa como base, é imperativa a determinação da inclusão no orçamento seguinte, bem como o início da execução da reforma, em certo prazo, após essa inclusão. Tais medidas visam dar concretude ao direito violado e, em última análise, concretizar a força normativa da Constituição, sem que, no entanto, tal determinação judicial signifique uma substituição indevida do Juiz aos atos do gestor [...]»⁴⁶

Também vale o registro das considerações feitas no voto do Ministro Luis Roberto Barroso sobre a reserva do possível, as quais extrapolaram o argumento simplista do bloqueio da ação estatal pela falta de recursos. Um argumento instigante à reflexão, nesse contexto, foi o deslocamento, proposto expressa e conscientemente pelo Ministro Luis Roberto Barroso, da utilização do argumento da reserva do possível especialmente para os casos de concretização de direitos fundamentais sociais, afirmando que tal critério era importante para a escolha da política pública, mas não para a sua implementação.

Outros votos e apartes, como os dos Ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes, também extrapolaram a visão meramente realista e necessarista da reserva do possível, indicando que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal iniciou caminhada rumo a uma maior densidade para esse postulado tão caro à temática da concretização dos direitos fundamentais sociais, densidade esta firmada na complexidade da realidade e da investigação empírica das necessidades e possibilidades de cada direito fundamental em concreto.

Na decisão tomada no Recurso Extraordinário n. 592.581/RS, constata-se que há uma construção de discurso principiada na Suprema Corte brasileira, pela sua composição colegiada e em processo cujo tema foi processado pela sistemática da repercussão geral, que prestigia a dinâmica constitucional e o diálogo entre as funções de poder, além de promover a concretização cooperativa dos direitos fundamentais, conforme estatui o Estado Constitucional Possibilista. É o único precedente, de todos os analisados, em que se pode evidenciar a presença consistente do pensamento possibilista e dos pressupostos do Estado Constitucional por ele influenciado.

Por fim, no Recurso Extraordinário n. 541.488/RS, o colegiado plenário do Supremo Tribunal Federal discutiu, à luz do art. 196 da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de melhoria do tipo de acomodação oferecido a paciente internado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), mediante pagamento da diferença entre os valores correspondentes. A decisão colegiada conduziu à tese de que:

É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes.

Nesse precedente, a reserva do possível somente foi invocada no voto do Ministro Relator, em argumento que não avança em termos dos pressupostos do Estado Constitucional Possibilista.

⁴⁶ STF-RE n. 592.581/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 01.02.2016, p. 91-92 de 133.

Trata-se de um argumento dito de passagem, que não integra as importantes razões de decidir do precedente analisado. Não se trata, pois, de um precedente relevante para a temática aqui enfrentada.

O único precedente de 2016 analisado é o Recurso Extraordinário n. 855.476/MG,⁴⁷ que, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, também não usou a reserva do possível como argumento da decisão, mas apenas reproduziu a referência a esse postulado que se encontra no Tema 365 da sistemática da repercussão geral,⁴⁸ assim descrito:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, III, X, XLIX, e 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, o dever, ou não, do Estado de indenizar preso por danos morais decorrentes de tratamento desumano degradante a que submetido em estabelecimento prisional com excessiva população carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais (teoria da reserva do possível).

Não há como analisar criticamente esta decisão com fundamento no paradigma do Estado Constitucional Possibilista, pois é preciso aguardar a finalização do julgamento do tema correspondente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a fim de que se possa tecer considerações conclusivas a seu respeito.

Conclusão

O objetivo central com o presente artigo foi analisar os precedentes do Supremo Tribunal Federal, com expressa referência ao argumento da reserva do possível, diante do paradigma do modelo de Estado Constitucional, aqui chamado de possibilista.

O primeiro desafio foi descobrir e apresentar os pressupostos do modelo de Estado Constitucional vinculado ao pensamento possibilista, o que implicou não apenas a enunciação das suas principais características, mas a relação desse modelo com a doutrina de Peter Häberle, que o propôs.

O segundo desafio foi captar, da leitura e apreensão dos discursos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, proferidos nos últimos três anos, os sentidos por eles atribuídos à reserva do possível, para poder elucidar o confronto inicialmente prometido entre tais sentidos e os pressupostos do Estado Constitucional Possibilista. Estes são os resultados a serem expostos a seguir.

Por Estado Constitucional Possibilista entenda-se um modelo de organização política que, sem negar as premissas estruturais do Estado Constitucional e de Direito, constitui-se fortemente influenciado pelo pensamento possibilista. Por pensamento possibilista compreenda-se uma forma de pensar que considera múltiplas alternativas e está sempre relacionado às ideias de alteridade, de dinâmica e de abertura. Para o pensador possibilista, toda reflexão é um processo continuamente aberto a múltiplas gamas de possibilidades e a compromissos de diferentes magnitudes.

⁴⁷ STF-ARE n. 855.476/MG, Relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 22.04.2016.

⁴⁸ STF-RE n. 580.252, Relator Ministro Teori Zavaski, Plenário Virtual, DJe 08.06.2011. Tema 365: Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária.

Assim, no modelo de Estado Constitucional Possibilista, estatui-se a supremacia constitucional como dinâmica constitucional, a garantia de direitos fundamentais como concretização cooperativa de tais direitos, e a interdependência das funções de poder como diálogos constitucionais institucionais. São esses os pontos de partida que devem conduzir os atores do estado, da sociedade civil e do mercado na desafiadora e complexa tarefa de concretizar as normas constitucionais, especialmente aquelas de direitos fundamentais sociais.

Por intermédio do pressuposto da dinâmica constitucional tem-se a premissa de que a Constituição nunca se apresenta como um texto pronto, uma vez que está em contínuo processo de construção interpretativa, fazendo valer a máxima de que todo sentido atribuído à Constituição, toda conformação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais nela positivados, é sempre o penúltimo. Nesse particular, os votos divergentes ganham importância especial para a análise.

Por concretização cooperativa, entenda-se o esforço coletivo na interpretação e conformação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. São por ações coordenadas de todos os atores que podem participar do processo constitucional, desde a edição da norma constitucional até a resolução dos eventuais conflitos submetidos à decisão das cortes constitucionais, que as normas de direitos fundamentais devem ser concretizadas.

O diálogo constitucional institucional é uma fórmula de exercício do poder que pressupõe intenso processo relacional entre os diversos intérpretes das normas constitucionais, pois somente quando há vozes em diálogo se apresenta possível influenciar de forma significativa o discurso constitucional prevalecente. Para isso, devem ser utilizadas todas as alternativas para o diálogo constitucional com o objetivo de fazer ecoar o máximo de vozes possível no processo de conformação dos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais, especialmente dos sociais.

A pretensão de proceder à análise de discurso de decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em seus três órgãos colegiados, nos últimos três anos, envolve equilíbrio, esperança e responsabilidade. São esses os três princípios enunciados por Peter Häberle que impulsionam e qualificam a tarefa de proceder à análise crítica de decisões da mais alta Corte do País, a partir de pressupostos doutrinários.

A sociedade aberta de intérpretes da Constituição permite e convoca os sujeitos constitucionais a participarem ativamente, cada um de seu lugar e a sua maneira, da concretização cooperativa dos direitos fundamentais. E quando se está a cuidar de direitos fundamentais sociais, é preciso esforço ainda maior, pois como os âmbitos de proteção de tais direitos são de cunho marcadamente econômico e financeiro, exigem maior volume e mais complexas coletas de dados, informações e opiniões.

A pesquisa que embasou o presente artigo, tanto no aspecto de revisão bibliográfica quanto documental, com enfoque para a comparação paralela, encontrou 13 decisões em que houve referência expressa, na ementa ou nos votos individuais dos julgadores, à expressão *reserva do possível*. Cada decisão foi analisada colocando em confronto o argumento das decisões com os pressupostos do Estado Constitucional Possibilista, buscando-se, com isso, enfatizar quando os argumentos eram

atrelados aos pensamentos realista e necessarista e quando esses argumentos estavam vinculados ao possibilismo filosófico, que não exclui aqueles, mas os amplia em múltiplas possibilidades.

De todos os precedentes analisados, somente o Recurso Extraordinário n. 592.581/RS, o qual discutia, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais dos presidiários à integridade física e moral, se caberia, ou não, ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a execução de obras em estabelecimentos prisionais, apresentou resultado relevante para a presente pesquisa. A decisão da Corte resultou na seguinte tese:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo opo-nível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação de poderes.⁴⁹

Esse é um precedente de relevância ímpar na análise proposta no presente trabalho, não apenas porque debateu de forma séria e comprometida o argumento da reserva do possível, mas porque trouxe indícios e evidências de que esse argumento está iluminado pelo possibilismo filosófico.

Um argumento instigante à reflexão, nesse contexto, foi o deslocamento, proposto pelo Ministro Luis Roberto Barroso, de que a utilização do argumento da reserva do possível, especialmente nos casos de concretização de direitos fundamentais sociais, pode ser critério para a escolha da política pública, mas não para a sua implementação. E ainda ressaltou o Ministro Barroso que há casos em que a política pública não é objeto da escolha do Poder Executivo, porque já foi objeto de escolha pelo Poder Constituinte, estando plenamente conformada pela própria Constituição.

Outros votos e apartes, como os dos Ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes, também extrapolaram a visão meramente realista e necessarista da reserva do possível, indicando que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal iniciou caminhada rumo a uma maior densidade para esse postulado, o qual, diante do possibilismo filosófico, ganha densidade na complexidade da realidade e na investigação empírica das necessidades debatidas para cada direito fundamental em concreto, especialmente os sociais.

Na decisão tomada no Recurso Extraordinário n. 592.581/RS, constata-se que há uma construção de discurso na Suprema Corte brasileira, pela sua composição colegiada e em processo cujo tema foi processado pela sistemática da repercussão geral, que prestigia a dinâmica constitucional e o diálogo entre as funções de poder e que busca promover a concretização cooperativa dos direitos fundamentais.

Nos demais precedentes analisados, não obstante a jurisprudência da Suprema Corte caminhe segura na direção da máxima eficácia dos direitos fundamentais sociais, referendando postura

⁴⁹ STF-RE n. 592.581/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 01.02.2016, p. 3 de 133.

ativista do Poder Judiciário nessa tarefa, ainda não se vislumbra o compromisso com os postulados da dinâmica constitucional, da concretização cooperativa e do diálogo institucional consistente entre as funções de poder. O paradigma que prevalece, nos argumentos e discursos dos precedentes do Supremo Tribunal Federal é o do realismo e do necessarismo filosóficos, e não do Estado Constitucional Possibilista.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRANCO, Paulo G. Gonet. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. 1. ed. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. A Comissão Brundtland e o conceito de desenvolvimento sustentável no processo histórico de afirmação dos direitos humanos. *Direito ambiental internacional*, Santos: Leopoldianum, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. Tradução Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional*. Prólogo Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Estudio preliminar y traducción Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional 'comparado'*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

NOGUEIRA, Vânia M. Damasceno. *Direitos fundamentais dos animais: a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. O Direito Público em Tempos de Crise (Estudos em homenagem a Rui Ruben Ruschel). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SCHNEIDER, Sergio; SCHIMITT, Cláudia Job. O uso do método comparativo nas Ciências Sociais. *Cadernos de Sociologia*, Porto Alegre, v. 9, p. 49-87, 1998.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Concretização cooperativa dos direitos fundamentais. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 21 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-21/observatorio-constitucional-concretizacao-cooperativa-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 11 jul. 2016.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de Direitos Fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, p. 63-87, 2015a.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 28 nov. 2015b.

SILVA, Christine Oliveira Peter da; SOUZA, Larissa Maria Mello. Interpretação evolutiva do conceito de soberania à luz da internacionalização do Direito. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2009, Maringá. *Anais...* Maringá, 2009.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Tensões entre o direito constitucional e o direito internacional: uma necessária revisão do conceito de Estado Soberano. *Estudos de Direito Internacional*, Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade*. Curitiba: CRV, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Data de submissão: 18 de julho de 2016

Avaliado em: 29 de setembro de 2016 (AVALIADOR A)

Avaliado em: 09 de outubro de 2016 (AVALIADOR B)

Aceito em: 25 de março de 2017

