

# A Aplicação Limitada da Reserva do Possível

*[The Limited Application of the Possible Reserve]*

## **Carlos Augusto Lima Vaz**

Advogado

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica - PIBIC CNPq/UFJF (2013-2014), atuando no Projeto DIREITOS FUNDAMENTAIS: IDEALIDADE E REALIDADE NO SÉCULO XXI – Contribuições de uma Análise Comparativa Brasil – Alemanha

[limavaz.adv@gmail.com]

## RESUMO

O Poder Público constantemente se manifesta pela impossibilidade de realização dos direitos fundamentais sociais, alegando insuficiência de recursos financeiros, valendo-se da reserva do possível. O presente trabalho enfrenta a temática da reserva do possível e a efetividade dos direitos fundamentais sociais e busca demonstrar que, apesar dos argumentos estatais contrários, existe um dever do Estado em buscar efetivar esses direitos. Tal limitação é baseada nos contornos traçados na gênese deste instituto, em especial, a utilização eficiente dos recursos públicos na concretização dos direitos fundamentais sociais. A abordagem inicial cuida dos direitos fundamentais sociais. Em seguida, parte-se para uma análise da reserva do possível, destacando os principais aspectos de sua construção. Posteriormente, aborda-se a temática dos custos dos direitos e da escassez de recursos e, por fim, a ideia de maximização do uso desses recursos por parte do Estado como medida apta que justifique uma aplicação limitada da reserva do possível.

## PALAVRAS-CHAVE

Direitos Fundamentais Sociais; Reserva do Possível; Custos dos Direitos; Escassez de Recursos Públicos; Maximização

## ABSTRACT

*The Government constantly manifests the impossibility to comply with fundamental social rights, claiming insufficient financial resources, taking advantage of the possible reserve argument. This work addresses the issue of possible reserve and effectiveness of fundamental social rights and seeks to show that despite contrary State arguments, there is a duty of the it to comply with these rights. This limitation is based on the contours which were in the genesis of the institute, especially, the efficient use of public resources in compliance with fundamental social rights. The initial approach is about fundamental social rights. Then the possible reserve is analysed and the key aspects of its construction are stressed. Subsequently, the issue of the cost of the rights, the scarcity of resources and, finally, the idea of maximizing the use of these resources by the State are focused in order as justify a limited application of the possible reserve.*

## KEYWORDS

*Fundamental Social Rights; Possible Reserve; Costs of Rights; Scarcity of Public Resources; Maximization*

### 1 - Introdução

O presente trabalho analisa a reserva do possível e sua aplicação limitada. Neste estudo faz-se necessário, primeiramente, uma abordagem da relação existente entre direitos fundamentais e direitos fundamentais sociais, bem como um tratamento acerca da temática referente às restrições que podem ser aplicadas a esses direitos. Em seguida, passa-se a discutir a reserva do possível, destacando sua origem e natureza jurídica, não olvidando os variados aspectos de seu desenvolvimento pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

Posteriormente, aborda-se a temática dos custos dos direitos, aplicável tanto aos direitos fundamentais individuais, quanto aos direitos fundamentais sociais, e em que medida a escassez de recursos financeiros pode servir de argumento a uma limitada efetivação destes direitos.

Discute-se ainda a ideia de maximização do uso dos recursos públicos como medida apta a minimizar o impacto da reserva do possível. Não se defende, no presente trabalho, a utopia de que a eficiência na seara administrativa seja a solução dos problemas enfrentados pelo Poder Público na concretização dos direitos fundamentais sociais.

Todavia, não há como permanecer na discussão de que políticas públicas que concretizem direitos fundamentais sociais não são implementadas, tão somente, pela ausência de recursos, quando, no fim, esses podem estar subaproveitados pelo próprio Estado.

Não se trata de pensamento inovador, pois a decisão *numerus clausus* do Tribunal Constitucional Alemão (*BVerfGE* 33, 303), amplamente citada pela doutrina brasileira quando o tema em discussão relaciona-se à reserva do possível, já cuidava da questão de utilização eficiente dos recursos públicos na concretização de direitos fundamentais sociais.

Assim, não basta ao Poder Público a mera alegação de inexistência de recursos financeiros ou a impossibilidade de manejo das verbas existentes. Outrossim, deve atuar pautando-se por uma maior eficiência na aplicação dos recursos existentes, uma vez que ambos, concretização de direitos fundamentais sociais e atuação pautada pela eficiência, constituem meios pelos quais o Estado deve guiar sua atuação.

O desafio social em nosso país está longe de ser um problema recen-

te. Ante a ausência de concretização de determinadas prestações materiais por parte do Estado, se torna inevitável que os indivíduos busquem tais medidas através de intervenção judicial. Não obstante, o Estado frequentemente alega a insuficiência de recursos financeiros, afirmando estar submetido à reserva do possível para justificar a não concretização.

Este trabalho abordará a temática da reserva do possível e a efetividade dos direitos fundamentais sociais, demonstrando que apesar dos argumentos estatais defensivos, existe um dever do Estado de efetivação desses direitos. O organismo estatal deve atuar de forma a maximizar o uso dos recursos existentes, de modo que a reserva do possível tenha uma aplicação limitada no ordenamento jurídico brasileiro, limitação esta imposta ainda mesmo em sua gênese no direito alemão.

## 2 - Direitos Fundamentais Sociais

### 2.1 - Direitos sociais como direitos fundamentais

O tratamento dispensado pela Constituição de 1988 aos direitos fundamentais e direitos fundamentais sociais tem posição de vanguarda quando comparado a ordenamentos jurídicos estrangeiros. Elevar os direitos sociais a um patamar de fundamentalidade, dotando-os de uma supremacia e força axiológicamente superiores, resultou na tendência de reconhecer a esses direitos o mesmo regime jurídico-constitucional estabelecido para os demais direitos fundamentais, observadas as peculiaridades de cada direito<sup>1</sup>.

Imperioso reconhecer o bom passo dado pelo constituinte ao atribuir esse caráter de fundamentalidade aos direitos sociais, mormente em um país marcado por gritantes diferenças sociais<sup>2</sup>. Há quem defenda uma ampla realização desses direitos em virtude das necessidades sociais brasileiras<sup>3</sup>, as quais não se comparam àquelas de países considerados desenvolvidos.

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. Coimbra/São Paulo: Almedina/Saraiva, 2013. p. 535.

<sup>2</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 34.

<sup>3</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. 1. ed. Porto Alegre: SAFE. 2002. p. 51-57.

Por fim, é possível afirmar que essa positivação jurídico-constitucional gerou aos direitos fundamentais um maior grau de efetividade, pois passaram a contar com uma estrutura jurídica capaz de obrigar os destinatários das normas ao seu devido cumprimento<sup>4</sup>.

Necessário destacar que tal fundamentalidade opera-se tanto em plano formal quanto material, os quais serão objeto da abordagem a seguir.

### *2.2 - Dimensão formal e material dos direitos fundamentais sociais*

A análise da conformação constitucional da fundamentalidade dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro é imprescindível em qualquer estudo acerca desses direitos. Como citado, essa fundamentalidade pode manifestar-se sob dois aspectos: formal e material.

O aspecto formal decorre da mera inserção desses direitos no texto constitucional, somado à sua localização topográfica. Conforme leciona Ingo Sarlet, esse fenômeno apresenta as seguintes dimensões: a) as normas de direito fundamental possuem hierarquia superior frente às demais normas do ordenamento jurídico; b) estão submetidas aos limites formais e materiais de revisão e emenda do texto constitucional; e, c) em face do disposto no art. 5º, §1º da CF, possuem aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes públicos<sup>5</sup>.

O aspecto material, por sua vez, envereda pelo campo axiológico, exaltando os valores a serem protegidos pelo texto constitucional. Relaciona-se com a correspondência existente entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores da Constituição. Cuida das decisões axiológicas fundamentais definidas pelo constituinte acerca das relações existentes entre Estado e Sociedade<sup>6</sup>.

Não se trata de discussão sem qualquer efeito prático, uma vez que o reconhecimento de fundamentalidade a determinado direito, ainda que esse não esteja formalmente previsto no rol de direitos fundamentais, concederá a ele características singulares, na medida em que “a carência ou insuficiência de conformação da norma jusfundamental que alberga direitos sociais não poderá consistir, portanto, em obstáculo à sua aplicação

---

<sup>4</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá. 2008. p. 31.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo. *apud*. OLSEN, Ana Carolina Lopes. *op. cit.* p. 23.

<sup>6</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *op. cit.* p. 23.

imediatamente e exigibilidade social<sup>7</sup>”.

A fundamentalidade dos direitos sociais deve ser bem analisada quando se discute sua efetividade frente a situações de ordem fática adversas. Significa dizer, a reserva do possível não pode ser analisada sem que se leve em consideração o caráter fundamental dos direitos sociais.

### 2.3 - Dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais

A doutrina reconhece a existência de duas dimensões dos direitos fundamentais e, via de consequência, igualmente, dos direitos fundamentais sociais. A dimensão objetiva é relacionada a objetivos e valores comunitários vislumbrados pela sociedade. A dimensão subjetiva se relaciona com a possibilidade de exercício desses direitos por parte do indivíduo enquanto direitos subjetivos.

Como acentuado, essa “dimensão objetiva dos direitos fundamentais pressupõe, ademais, a adoção de valores comunitários, ou seja, posições jurídicas que dizem respeito a toda a sociedade<sup>8</sup>”. Trata-se de dimensão resultante do direcionamento dos direitos fundamentais enquanto princípios orientadores da ordem constitucional e diretriz da ação estatal, sendo um modelo característico das constituições democráticas<sup>9</sup>.

Nesse sentido, tal referencial axiológico presente nos direitos fundamentais sociais relaciona-se diretamente com princípios fundamentais existentes no texto constitucional. Destacam-se a dignidade humana ou mesmo o princípio do Estado Social, que, embora não previsto expressamente, decorre do conjunto de valores assentados na Constituição<sup>10</sup>.

Tal Estado Social de Direito se manifesta através de normas que determinam um modo de agir ao Poder Público brasileiro. Impõem uma presença ativa do ente estatal em promover o bem-estar de seus cidadãos, especialmente daqueles que se encontrem na base de sua pirâmide social<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo. *op. cit.* p. 541.

<sup>8</sup> KELBERT. *op. cit.* p. 54.

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2009. p. 300.

<sup>10</sup> OLSEN, *op. cit.* p. 91.

<sup>11</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: 250

Tal aspecto objetivo dos direitos fundamentais “comunica-lhes, também, uma eficácia irradiante, o que os converte em diretriz para a interpretação e aplicação das normas dos demais ramos do Direito<sup>12</sup>”. Daí se afirmar que atuam como norte para a atuação do Poder Público.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica de esses direitos ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento<sup>13</sup>, ou seja, “corresponde à noção dos direitos sociais como direitos exigíveis em juízo, sob a forma de direitos subjetivos<sup>14</sup>”.

Desse modo, essa exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, em nossos dias, superou o antigo entendimento, perfilhado pela doutrina e jurisprudência, de que tais normas possuíam apenas caráter programático<sup>15</sup>. Permanecer com esse entendimento significaria promover a não proteção desses direitos contra quaisquer omissões estatais que venham a sofrer.

Assim, nada impede o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos, sendo que sua exigibilidade ocorre de forma plena e sua realização na maior medida possível. Conforme mencionado adiante no presente trabalho, inúmeras considerações são levantadas com a finalidade de justificar as limitações promovidas à concretização desses direitos, a exemplo da escassez de recursos<sup>16</sup>.

Por fim, abre-se o questionamento acerca de possível intervenção do Judiciário no âmbito das escolhas políticas do administrador, na medida em que a concretização desses direitos pode ser exigida judicialmente. No entanto, a tradicional concepção de separação dos poderes deve ser relativizada e apurada conforme a realidade atual<sup>17</sup>.

Desse modo, cabe ao Judiciário uma atuação que tenha por fim a

---

Paulo: Malheiros Editores. 2011. p. 1082.

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar (*et al*). *op. cit.* p. 302.

<sup>13</sup> *Idem*, *op. cit.* p. 299.

<sup>14</sup> SARLET *op. cit.* p. 541.

<sup>15</sup> KELBERT. *op. cit.* p. 58.

<sup>16</sup> *Idem*, *op. cit.* p. 59.

<sup>17</sup> Nesse sentido: KRELL, Andreas: “Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal”. *op. cit.* p. 88.

correção da má atuação dos outros poderes. Nesse aspecto, a completa separação dos poderes é bastante ingênua e não se mostra razoável<sup>18</sup>. Até mesmo porque tais poderes são separados, mas se influenciam e se controlam entre si, não havendo uma ingerência indevida nessa relação.

#### 2.4 - Restrições aos direitos fundamentais sociais

A concepção dos direitos fundamentais sociais como decorrentes de um modelo normativo de princípios implica reconhecer que não são absolutos.

Assim, estes direitos estão submetidos à intervenção do Poder Público, seja mediante a edição de leis que busquem concretizar um conteúdo em aberto, seja através de atos administrativos que limitem o exercício de prerrogativas de seus titulares<sup>19</sup>.

Duas teorias se posicionam distintamente em relação as restrições aos direitos fundamentais: teoria interna e teoria externa.

Para a teoria interna, defendida por Peter Häberle, não existe uma distinção entre o direito fundamental, de um lado, e a restrição a esse direito, de outro, ou seja, direito e restrição são duas categorias distintas. Outrossim, admite a existência de um direito fundamental, com um conteúdo determinado<sup>20</sup>. A teoria externa, defendida por Robert Alexy, Martin Borowski e Virgílio Afonso da Silva, tem como base a teoria dos princípios e parte da convicção de que os direitos fundamentais são restringíveis<sup>21</sup>.

Sobre essa teoria restritiva, discorre Ana Carolina Olsen que:

As noções da teoria externa das restrições foram aplicadas ao modelo normativo de regras e princípios por Robert Alexy, que defende a existência, num primeiro momento, do direito fundamental instituidor de uma posição jurídica *prima facie*, sobre a qual poderá incidir a restrição, em um segundo momento<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> KELBERT *op. cit.* p. 62.

<sup>19</sup> OLSEN. *op. cit.* p. 117.

<sup>20</sup> OLSEN. *op. cit.* p. 118.

<sup>21</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Direito ao mínimo existencial*. 1. ed. São Paulo: Renovar. 2009. p. 86-87.

<sup>22</sup> OLSEN. *op. cit.* p. 124.

Dessa relação de restrição, advém o direito fundamental definitivo. Assim, os direitos fundamentais sociais criam posições jurídicas *prima facie*, as quais estão sujeitas à ponderação de princípios e valores, a fim de reconhecer os direitos definitivos.<sup>23</sup>

Nesse sentido, a reserva do possível, enquanto condição que determina a verificação de existência de possibilidades materiais para a realização de direitos é um elemento externo à norma de direito fundamental. Desse modo, ela permitiria a compatibilização, mediante ponderação, entre elementos normativos do direito fundamental social e elementos fáticos, como a escassez de recursos, para se aferir a aplicabilidade da norma<sup>24</sup>.

Embora os direitos fundamentais sociais estejam previstos em normas com certo grau de abstração, as quais permitem atividade legislativa e administrativa de caráter complementar, impõe-se um controle dessa atuação estatal. Tal medida torna-se necessária para que eventuais abusos que restrinjam direitos dos cidadãos sejam evitados<sup>25</sup>.

Nesse sentido, igualmente, não pode o Poder Público esconder-se por trás da reserva do possível, desenvolvendo simplesmente argumentos de que possui limitações fáticas e jurídicas à concretização dos direitos fundamentais sociais<sup>26</sup>.

Assim, em que pese a possibilidade da reserva do possível ensejar a restrição da concretização de direitos fundamentais sociais sua aplicação deve ser promovida de forma limitada.

---

<sup>23</sup> *Idem, op. cit.* p. 126.

<sup>24</sup> *Idem, op. cit.* p. 193-194.

<sup>25</sup> *Idem, op. cit.* p. 123.

<sup>26</sup> Nesse sentido: ADPF n. 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Publicação em 04/05/2004. “Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

### **3 - A reserva do possível como limite à efetividade dos direitos fundamentais sociais**

#### *3.1 - Origem da reserva do possível*

A reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha para solucionar a restrição do número de vagas no ensino universitário, através do paradigmático caso *numerus clausus* do Tribunal Constitucional Alemão (*BVerfGE* 33, 303).

Ali o que se discutiu foram os diversos critérios de admissão ao ensino superior, bem como a situação dos candidatos que se inscreveram em mais de uma universidade ou em mais de um curso de graduação<sup>27</sup>. Versa-se, em especial, sobre a validade de limitação do número de vagas nas universidades públicas, considerando a pretensão de ingresso de um maior número de candidatos frente ao número de vagas disponíveis.

O caso envolveu as universidades de Hamburgo e da Bavária, tendo o Tribunal Constitucional se pronunciado em controle concentrado, em decorrência de decisões apresentadas pelos Tribunais Administrativos daqueles dois Estados-membros da Alemanha. Tais decisões tinham como objeto a regulamentação de admissão (exame vestibular) para o curso de Medicina nas universidades de Hamburgo e da Bavária, dos anos de 1969 e 1970<sup>28</sup>.

Com base na possibilidade de regulamentar o processo de admissão, o Conselho Acadêmico da Universidade de Hamburgo estatuiu, para o semestre de verão de 1970, um processo de admissão para os cursos de Medicina e Odontologia<sup>29</sup>.

Naquela oportunidade, estabeleceu-se que as vagas disponíveis para os candidatos deviam ser distribuídas na proporção de 60% segundo fatores de desempenho, os quais levariam em consideração o currículo do

---

<sup>27</sup> KELBERT. p. 69.

<sup>28</sup> SCAFF, Fernando Facury. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2013. p. 151.

<sup>29</sup> SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução Leonardo Martins (*et al*). Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer. 2005. p. 656.

candidato; 40% segundo o princípio do ano de nascimento e um terceiro quantitativo poderia ser definido a cada semestre para compor uma reserva a casos especialmente peculiares. O primeiro critério baseava-se fundamentalmente na nota média aferida no certificado de conclusão do curso secundário. No caso da escolha conforme o segundo critério eram admitidos prioritariamente candidatos que já tivessem prestado o serviço militar ou um serviço civil alternativo<sup>30</sup>.

A regulamentação promovida pela Universidade da Bavária estabelecia um princípio de que o número de estudantes para algumas áreas do conhecimento somente poderia ser limitado se isso fosse estritamente essencial à manutenção do funcionamento regular de um curso, tendo em vista a capacidade das instalações da universidade<sup>31</sup>.

Assim, o caso envolve essencialmente o ingresso no ensino superior e eventual demora no início desse curso, quando o candidato se vê obrigado a aguardar em fila de espera. Fato que poderia implicar, em última análise, forte quebra da isonomia entre os candidatos, na medida em que:

Em caso de forte demanda e correspondentes longos períodos de espera, tais limitações de admissão afetam não só a escolha dos locais de formação, como também podem influenciar na escolha profissional, provocando até mesmo o abandono das intenções originais. Candidatos socialmente mais carentes não têm as mesmas possibilidades, como os mais abastados, de passar por períodos mais longos de espera ou de tentar a realização de um curso no exterior<sup>32</sup>.

A aplicação da reserva do possível ao presente caso, impondo-se uma limitação à admissão de alunos no ensino superior, somente será constitucional quando:

a) elas forem determinadas nos limites do estritamente necessário, depois do *uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis*, e

---

<sup>30</sup> SCHWABE. *op. cit.* p. 657.

<sup>31</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>32</sup> *Idem*, p. 659.

b) houver escolha e distribuição dos candidatos, segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e com o respeito, na maior medida do possível, da escolha individual do lugar de ensino.<sup>33</sup> (grifo nosso)

Importante destacar que o Tribunal considerou a limitação do direito ao ingresso no ensino superior, porém, somente após o Estado promover o uso exaustivo da capacidade de ensino disponível.

Seguindo o mesmo raciocínio, o Estado deveria promover, inclusive, se necessário, a distribuição dos candidatos entre os diversos locais disponíveis para estudo, respeitando, se possível, seu lugar de escolha. Note-se que todas as medidas sempre cuidam da otimização do uso dos recursos públicos<sup>34</sup>.

Soma-se a isso a concepção de que tais exigências de prestações materiais do Estado somente podem ocorrer quando se mostrarem razoáveis. Apresentando-se junto a essa conclusão, que tal exigência ficaria condicionada a possibilidade financeira do Estado<sup>35</sup>.

A decisão assevera que tais prestações “se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade<sup>36</sup>”.

No entanto, sempre condicionar a realização de direitos fundamentais, em especial os direitos fundamentais sociais, a uma plena existência de recursos nos cofres do Estado, significaria, em última medida, retirar a eficácia de tais direitos. Até mesmo porque, em muitas oportunidades, a reserva do possível é alegada pelo Poder Público, mas não é comprovada por ele.

Peter Häberle, antes mesmo da decisão em comento, já abordava

---

<sup>33</sup> *Idem*, p. 658.

<sup>34</sup> SCHWABE. *op. cit.* p. 658.

<sup>35</sup> Sobre a decisão, esclarece Andreas Krell: “Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) ‘estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade’. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social: a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos”. KRELL, *op. cit.* p. 52.

<sup>36</sup> SCHWABE. *op. cit.* p. 663.

a referida questão em sede doutrinária, conforme menciona Fabiana Kelbert:

Para o autor, uma questão importante era justamente saber se os direitos fundamentais devem ser satisfeitos na medida da capacidade econômica prestacional do Estado ou se o Estado prestacional deveria existir na medida dos direitos fundamentais<sup>37</sup>.

Muitos questionamentos sobre a reserva do possível são apresentados pela doutrina ao impor que ela não deve ser aplicada no direito brasileiro.

Há quem defenda que a reserva do possível não pode ser interpretada no Brasil com os mesmos contornos com que foi concebida na Alemanha. Justificam esse tratamento em razão das diferenças socioeconômicas desses países. Trata-se do posicionamento, por exemplo, de Andreas Krell<sup>38</sup>.

Assim, para o autor alemão, radicado no Brasil, a reserva do possível não poderia ser aplicada em nosso país da mesma forma com que fora construída em sua origem na Alemanha. Defende que a maior necessidade de políticas públicas e concretização de direitos fundamentais sociais no Brasil inviabilizaria a aplicação desse instituto em nosso direito.

Fabiana Kelbert apresenta outro argumento a reforçar a tese da inaplicabilidade da reserva do possível no direito brasileiro. A mesma defende que essa impossibilidade de aplicação advém do fundamento do instituto no direito alemão fazendo referência ao art. 109, §2º, da Lei Fundamental alemã<sup>39</sup>. Trata-se de norma que estabelece à Federação alemã o dever de considerar no seu regime orçamentário as exigências do equilíbrio da economia em seu conjunto<sup>40</sup>.

Para a autora gaúcha, trata-se de norma que não possui previsão similar no texto constitucional brasileiro. Dessa concepção, advém o enten-

<sup>37</sup> KELBERT. *op. cit.* p. 70.

<sup>38</sup> KRELL. *op. cit.* p. 53.

<sup>39</sup> “Art. 109 §2 – Bund und Länder haben bei ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen”.

<sup>40</sup> KELBERT. *op. cit.* p. 74.

dimento de que a reserva do possível não é aplicável entre nós, nos mesmos moldes em que fora desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs, em face da inexistência de fundamento idêntico em nosso direito<sup>41</sup>.

Este posicionamento, no entanto, não merece prosperar. Na medida em que a diferença existente entre estes ordenamentos está no enfoque dado à reserva do possível. Enquanto o enfoque alemão centra-se na razoabilidade da prestação exigida perante o Estado, o enfoque brasileiro centra-se na preservação do equilíbrio orçamentário visualizado na concretização da prestação exigida.

A reserva do possível, especialmente quanto à conformação que recebeu pelos tribunais brasileiros, passou a ser entendida principalmente a partir das limitações de recursos públicos para a concretização de direitos, consubstanciando apenas sua dimensão fática.

### *3.2 - Natureza jurídica da reserva do possível*

Muito se discute acerca da natureza jurídica da reserva do possível. Há aqueles que defendem tratar-se de uma cláusula<sup>42</sup>, um princípio jurídico<sup>43</sup>,

---

<sup>41</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>42</sup> Nesse sentido, ADPF 45/DF. Relator Min. Celso de Mello. Data do Julgamento: 29/04/2004. Data da Publicação: 04/05/2004. “Ementa: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. *CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’*. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) (...)”.

<sup>43</sup> Nesse sentido, RE 642536 AgR/AP. Relator Min. Luiz Fux. Data do Julgamento: 05/02/2013. Data da Publicação: 27/02/2013. “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. *PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO*

um conceito<sup>44</sup>, uma teoria<sup>45</sup> ou uma doutrina<sup>46</sup>.

Em trabalho sobre o tema, Ana Carolina Olsen defende tratar-se de uma “condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais<sup>47</sup>”.

Fabiana Kelbert, por sua vez, sustenta que a reserva do possível “existe como um limite fático e jurídico à plena realização dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais<sup>48</sup>”.

A inconsistência quanto à natureza da reserva do possível é patente quando analisada à luz da doutrina e da jurisprudência. O próprio Supremo Tribunal Federal atribui natureza jurídica distinta à reserva do possível em diferentes pronunciamentos<sup>49</sup>.

Inobstante a imprecisão acerca de tal enquadramento jurídico, todas essas concepções convergem quanto aos efeitos, o de que a reserva do possível segue como argumento levantado sempre que se objetiva promover limitação à concretização de direitos fundamentais sociais.

Sendo tal argumento concebido como mecanismo limitador da efetividade dos direitos fundamentais e, em particular, dos direitos fundamentais sociais, sua aplicação, conforme mencionado, impõe o reconhecimento da denominada teoria externa das restrições, na medida em que se trata de um elemento externo ao direito que implica redução de sua eficácia.

---

*POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...)*”.

<sup>44</sup> Nesse sentido, TORRES, Ricardo Lobo. *op. cit.* p. 105.

<sup>45</sup> Nesse sentido, KRELL, Andreas. *op. cit.* p. 51-57.

<sup>46</sup> Nesse sentido, ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competência? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.) *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 187-192.

<sup>47</sup> OLSEN. p. 200.

<sup>48</sup> KELBERT. p. 78.

<sup>49</sup> Exemplo disso são as ementas citadas nas notas n. 42 e 43.

### 3.3 - Dimensões da Reserva do Possível

A reserva do possível compreende as dimensões fática, jurídica e negativa. A dimensão fática é apresentada como objeção fundamentada na ausência de recursos financeiros. A dimensão jurídica é apresentada como objeção relacionada à impossibilidade de uso dos recursos existentes. A dimensão negativa é apresentada como mecanismo de proteção contra o esvaziamento de outras prestações.

Conforme mencionado, a dimensão fática da reserva do possível está diretamente vinculada à inexistência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais sociais. No entanto, o que se observa é que não apenas a escassez de recursos se mostra problemática, mas também, de que modo os recursos são distribuídos.

Assim, estando tal dimensão umbilicalmente ligada à inexistência de recursos, vislumbra-se que esse argumento somente pode ser aceito pelo Judiciário, quando tal escassez for igualmente comprovada<sup>50</sup>.

A comprovação de tal dimensão da reserva do possível deve ser promovida nos autos, de forma objetiva, a partir de possível inexistência de recursos passíveis a concretizar a prestação pretendida perante o Judiciário. No entanto, não se observam maiores detalhes de como se operacionalizar esse entendimento.

Fato incontroverso é que a necessidade do cidadão existe e, sendo a concretização dessa medida amparada pelo Estado, o particular tem o direito de buscar sua implementação pela via judicial.

Como se observa, o Judiciário deve conceder a medida, primeiramente, por ter como dever concretizar os mandamentos legais e constitucionais, pois se a prestação pretendida pelo particular tem amparo tanto na ordem legal quanto constitucional, é porque se trata de uma opção do Estado proteger tal direito. Outrossim, tem o administrador público o dever de otimizar a aplicação dos recursos públicos, conforme será detalhado adiante.

Sob o aspecto processual, a dimensão da reserva do possível apresenta-se como fato impeditivo, cabendo essa alegação ao polo passivo da ação.

Deve assim o Poder Público comprovar nos autos a impossibilidade

<sup>50</sup> KELBERT. *op. cit.* p. 82.

de realização da pretensão deduzida em juízo. Na medida em que a ele incumbe o ônus da prova, não basta a mera alegação de impossibilidade de concretização da medida sem que reste devidamente comprovada<sup>51</sup>. Assim, não basta ao Poder Público a alegação genérica de estar submetido à reserva do possível<sup>52</sup>.

Em verdade, se muitos dos direitos que são objeto de pretensão judicial encontram proteção constitucional, a simples alegação de se condicionarem à reserva do possível não merece prosperar, uma vez que tais direitos devem ser protegidos pelo Estado brasileiro.

Anteriormente, defendia-se a ideia de que muitos direitos seriam plenamente realizáveis sem a ocorrência de gastos para sua concretização. No entanto, mesmo esses exigem do Estado a instrumentalização de um aparato institucional em que os custos estão longe de ser pequenos ou inexistentes<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Trata-se de regra basilar do ônus da prova no direito brasileiro prevista no art. 333, II, CPC. “Art. 333 - O ônus da prova incumbe: II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

<sup>52</sup> Nesse sentido: TJMG. Apelação Cível n. 1.0439.11.012449-2/00. Rel. Des. Jair Varão. Data do Julgamento: 09/05/2014. Data da Publicação: 23/05/2014. “A reserva do possível representa um inescusável limite à atuação do Poder Judiciário. A decisão judicial que impõe ao Estado determinada prestação será de pouca ou nenhuma exequibilidade se o Poder Público puder escusar-se com a genérica afirmativa de carência de recursos orçamentários. Embora a “reserva do possível” represente um limite à atuação jurisdicional quanto à implementação de políticas públicas e à concretização de direitos sociais, não pode ser tomada como obstáculo intransponível, à consideração de que ao Judiciário compete sindicat a própria escusa governamental. Se assim não fosse, bastaria a genérica alegação de que o Estado não dispõe de recursos financeiros para que restassem aniquilados todos os direitos sociais de segunda geração, que exigem prestações positivas do Estado. Sob esse prisma, será sempre possível ao Judiciário aferir, concreta e objetivamente, se se faz presente a cláusula da “reserva do possível”, diante da justificativa estatal e das provas que tenha carreado aos autos. Assim, deverá o órgão julgador negar aplicação à cláusula sempre que o Poder Público dela se valer de forma genérica, apenas para se eximir da responsabilidade constitucional que lhe foi confiada”.

<sup>53</sup> Na esfera dos direitos políticos, por exemplo, podem ser citados os gastos com o Poder Legislativo em âmbito federal para o ano de 2014. Estes alcançaram a cifra de R\$ 8.723.300.341,00. Sendo R\$ 4.941.626.109,00 destinados à Câmara dos Deputados e R\$ 3.781.674.232,00 ao Senado Federal. Para a Justiça Eleitoral foram destinados R\$ 6.077.120.836,00. O que demonstra o envolvimento de gastos relevantes, pouco visualizados, para a concretização de determinados direitos. BRASIL. Lei 12.952/2014, de 20 de janeiro de 2014. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2014. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 14, p. 5, 21 jan. 2014. Seção I, parte 1.

Não há como cuidar da temática da reserva do possível sem se ater ao fato de que a realização dos direitos envolve custos na sua concretização. A dimensão jurídica da reserva do possível identifica-se com a existência de embasamento legal para que o Estado incorra nos gastos necessários à satisfação do direito social reclamado. O ponto central diz respeito à existência de previsão orçamentária para a realização de determinada despesa, tendo em vista o princípio da legalidade da despesa.

Tal dimensão, ao contrário da primeira, não evidencia a inexistência de recursos para concretização das medidas. Estes podem até existir, no entanto, o Estado não possui capacidade jurídica para promover sua utilização<sup>54</sup>. Ela se relaciona com “a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas<sup>55</sup>”.

Desse modo, para aqueles que a defendem, a falta de previsão orçamentária, ainda que existente o recurso nos cofres do Estado, também atuaria como mecanismo limitador à concretização dos direitos fundamentais sociais.

A dimensão negativa exige que a concretização de determinados direitos não acarrete a impossibilidade de concretização de outras prestações, de modo a gerar sua total negação. Fabiana Kelbert acentua esse cuidado, salientando que a satisfação de um direito pleiteado pela via judicial poderá, muitas vezes, esgotar a capacidade orçamentária do Poder Público, de modo a inviabilizar a prestação de outros direitos fundamentais ou até daquele mesmo direito, em demanda diversa<sup>56</sup>.

Igualmente, as prestações exigidas do Estado devem residir no âmbito do razoável, sendo “certo que o intérprete não poderá demandar dos poderes públicos o que for logicamente impossível, ou seja, não se pode exigir o absurdo<sup>57</sup>”.

Quanto ao aspecto de as exigências ficarem restritas ao âmbito do lo-

---

<sup>54</sup> OLSEN. *op. cit.* p. 203

<sup>55</sup> SARLET, Ingo *et* FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo *et* TIMM, Luciano (org). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 30.

<sup>56</sup> KELBERT. *op. cit.* p. 68.

<sup>57</sup> OLSEN. *op. cit.* p. 204.

gicamente possível, submetendo-se à ideia de razoabilidade, muitos exemplos podem ser citados. De modo que, neste particular, a construção da reserva do possível desenvolvida no direito brasileiro, não se distancia de sua construção original no direito alemão.

Acerca da razoabilidade das pretensões, em especial, no tocante ao fornecimento de medicamentos, importante balizamento fornece Barroso. Entende o autor que os medicamentos devem possuir eficácia comprovada, excluindo-se tratamentos experimentais e alternativos, bem como, na sua concessão, optar-se por substâncias produzidas no Brasil e, se possível, por medicamentos genéricos que envolvem um custo menor em sua aquisição, dado que esse é produzido após a expiração de proteção patentária, com comprovada eficácia, segurança e qualidade<sup>58</sup>.

Nesse sentido, acertadamente têm os tribunais negado provimento a prestações ligadas ao direito à saúde, quando estas são concretizadas mediante tratamentos experimentais ou realizados unicamente no exterior, quando esses são proibidos ou ainda não reconhecidos pelo Estado brasileiro.

Tal entendimento, inclusive, foi referendado pela I Jornada de Direito à Saúde promovida pelo Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014 na cidade de São Paulo, em seus enunciados<sup>59</sup>.

Ingo Sarlet, por sua vez, defende que as várias dimensões da reserva do possível vinculam-se entre si e com outros princípios constitucionais,

---

<sup>58</sup> BARROSO, Luis Roberto. In: TOLEDO, Cláudia (org). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier. 2013. p. 184-186.

<sup>59</sup> A I Jornada de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça aprovou um total de 45 enunciados, sendo os enunciados 01 a 19 relacionados à Saúde Pública, os enunciados 20 a 36 relacionados à Saúde Complementar e os enunciados 37 a 45 relacionados a questões de Biodireito. Destacam-se os seguintes enunciados direcionados ao fornecimento de medicamentos por parte do Estado. *Enunciado n. 5* - Deve-se evitar o processamento, pelos juizados, dos processos nos quais se requer medicamentos não registrados pela ANVISA, off label e experimentais, ou ainda internação compulsória, quando, pela complexidade do assunto, o respectivo julgamento depender de dilação probatória incompatível com o rito do juizado. *Enunciado n. 6* - A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei. *Enunciado n. 9* - As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais.

de modo que uma solução constitucionalmente adequada deve, invariavelmente, percorrer uma interpretação sistemática, atendo-se para a máxima eficácia de todos os direitos fundamentais<sup>60</sup>.

### 3.4 - *Aplicação da reserva do possível pelo Supremo Tribunal Federal*

No Brasil, a reserva do possível ganhou destaque na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através de decisão monocrática do Min. Celso de Mello, que extinguiu, por perda do objeto, a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) n. 45. Tal ação questionava o veto presidencial a dispositivo da LDO (Lei de Diretrizes Orçamentárias) referente ao ano de 2004, que visava a assegurar recursos mínimos para a área de saúde, em cumprimento à Emenda Constitucional n. 29/2000.

A partir dessa interpretação é que se observa um equívoco em se conceber este instituto apenas sob o aspecto financeiro, não se atendo às suas demais nuances.

Interessante notar que, no estudo da jurisprudência do Tribunal, a reserva do possível adquire tratamento diverso quando a questão relaciona-se ao direito à educação e ao direito à saúde e se torna um elemento preponderante na decisão<sup>61</sup>. Nessas hipóteses, reconhecem os julgadores a necessidade de proteção ao mínimo existencial destes direitos, não sendo a reserva do possível aplicável a tais situações.

Sobre a ADPF 45/DF, Daniel Wang comenta a ocorrência de posições inovadoras e importantes em relação às outras decisões do Tribunal. Ao considerar a questão da limitação de recursos e o entendimento de que o direito à saúde não é absoluto<sup>62</sup>, destaca o mesmo autor que, embora a reserva do possível, os custos dos direitos e a escassez de recursos sejam citados no RE 410.715 AgR/SP, no RE 436.996 AgR/SP e no AI 677274/SP, todos de relatoria do Min. Celso de Mello, tais argumentos não tiveram relevância na fundamentação dos votos.

Nestas decisões, preferiu o Tribunal manter um nível alto de abstra-

<sup>60</sup> SARLET, Ingo. *op. cit.* p. 545.

<sup>61</sup> WANG, Daniel Wei Liang. In: SARLET, Ingo *et* TIMM, Luciano (org). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 368-369.

<sup>62</sup> *Idem.* p. 356.

ção, ao invés de descer ao caso concreto, promovendo uma análise menos teórica e mais concreta na qual reserva do possível, custos dos direitos e limitação de recursos seriam indispensáveis.

Criou-se o impasse de que os julgadores mostram ter ciência da relevância dessas questões, mas não as levam em consideração no momento de proferir tais decisões<sup>63</sup>, limitando-se, igualmente, a uma digressão aos argumentos lançados sobre essa temática no citado *leading case* (ADPF n. 45).

### 4 - Os custos dos direitos e a escassez de recursos

#### 4.1 - Os custos dos direitos

Anteriormente, defendia-se que somente os direitos que envolviam prestações por parte do Estado envolveriam gastos. Tal pensamento já se encontra superado, podendo-se defender hoje que “todos os direitos têm custos. Tanto os direitos civis, direitos de liberdade, quanto os direitos sociais, alguns deles chamados direitos de prestações positivas, têm custos<sup>64</sup>”.

Imaginava-se que bastaria ao Estado não intervir na esfera do particular para que alguns direitos restassem protegidos, por exemplo, o direito à propriedade.

No entanto, em nossos dias, torna-se impossível vislumbrar o pleno exercício desse direito pelo cidadão sem que organismos estatais estejam disponíveis para sua concretização. A instituição de uma força policial para coibir intervenções criminosas ou mesmo de um aparato judicial que garanta a proteção ou possibilite a retomada da posse de um bem, das quais são exemplo as ações possessórias, mostram direitos que se concretizam através de instituições que geram gastos ao Estado.

Essas instituições também possuem os seus custos, que estão longe de ser insignificantes perante o orçamento público<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> *Idem*, p. 363.

<sup>64</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. In: SARLET, Ingo *et* TIMM, Luciano (org). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 157.

<sup>65</sup> O Relatório Justiça em números de 2013, referente ao ano de 2012, apresenta que a despesa total da Justiça Federal para aquele ano foi de R\$ 6,8 bilhões, o que equivale a aproximada-

Direitos como a liberdade de consciência e opinião dependem de um aparato estatal que lhes proteja contra ameaças ou violações. Assim, se os direitos fundamentais individuais e os direitos fundamentais sociais encontram-se em um mesmo patamar, a proteção entre um e outro depende de uma questão de escolha<sup>66</sup>.

A referência à obra de Holmes e Sunstein<sup>67</sup> abordando a questão dos custos dos direitos, da escassez de recursos e das escolhas alocativas, nos leva a pensar que realmente não são apenas os direitos prestacionais que envolvem gastos por parte do Estado.

No entanto, reconhecer que a realização de alguns desses direitos envolve custos ao Estado não se afigura uma questão tormentosa. O problema, porém, surge quando se admite que os recursos para a concretização de tais direitos são escassos. Trata-se da questão observada adiante.

#### 4.2 - Observações acerca da escassez de recursos

Compreender que um bem é escasso implica em reconhecer que não há o suficiente para a satisfação de todas as necessidades que impliquem sua utilização. A escassez de recursos pode ser natural, quase-natural ou

mente 0,16% do PIB e a 0,4% dos gastos da União. (p. 202). Por sua vez, a despesa total da Justiça Eleitoral foi de R\$ 3,5 bilhões, o que equivale a aproximadamente 0,09% do PIB e a 0,23% das despesas da União. (p. 400). A Justiça Estadual alcançou aproximadamente a cifra de R\$ 26,4 bilhões (p. 140) e a Justiça do Trabalho pouco mais de R\$ 11,2 bilhões. (p. 266). Por fim, verifica-se que a despesa total dos tribunais superiores foi de R\$ 2,3 bilhões, o que equivale a aproximadamente 0,06% do PIB e a 0,15% das despesas da União. Desse total, 895 milhões foram gastos pelo Superior Tribunal de Justiça, 661 milhões pelo Tribunal Superior do Trabalho, 459 milhões pelo Tribunal Superior Eleitoral e 323 milhões pelo Superior Tribunal Militar. (p. 444). A despesa total da Justiça alcançou a cifra de 50,4 bilhões, sendo que aproximadamente 90% refere-se a gastos com recursos humanos, alcançando um total de R\$ 45,2 bilhões. (p. 447). In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2013: ano-base 2012*. Brasília. CNJ. 2013.

<sup>66</sup> CUNHA. *op. cit.* p. 124.

<sup>67</sup> Referência na Suspensão de Segurança SS 3741/CE: “Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da reserva do possível, especialmente ao evidenciar a escassez dos recursos e a necessidade de se fazer escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que levar a sério os direitos significa levar à sério a escassez (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999)”. A mesma compreensão é invocada na ADPF 45/DF.

artificial.

A escassez natural apresenta-se através de um quadro de insuficiência de recursos que não pode ter sua provisão garantida por decisões governamentais, pois decorre da essência do bem pretendido. Ela se manifesta de forma severa ou suave: “A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos”<sup>68</sup>

A escassez quase-natural é a situação em que a insuficiência pode ser mitigada e a oferta ser aumentada a ponto de satisfazer as necessidades existentes<sup>69</sup>. Todavia, esse aumento depende necessariamente da vontade dos particulares, por exemplo, a oferta de sangue para transfusão. Nessa hipótese, o Estado não pode obrigar os cidadãos a doarem, tendo em vista que esse ato sujeita-se à vontade do indivíduo.

A escassez artificial, por sua vez, surge nas hipóteses em que o Poder Público pode tornar o bem acessível a todos, a ponto de satisfazer as necessidades existentes<sup>70</sup>. Tal escassez não decorre da essência do bem, podendo assim ser superada.

Amplios questionamentos devem ser abertos na sociedade acerca da limitação de recursos para determinadas políticas, notadamente, de cunho social, quando, ao contrário, estes são vastamente empregados em outros campos.

O estudo da ideia de escassez também apresenta a noção de *trade-off* advinda das ciências econômicas. Trata-se de conceito sem tradução exata para o português, mas que envolve a noção de que, ante a escassez de recursos, uma escolha sobre o que atender e o que não atender deve ser efetuada<sup>71</sup>. A realização de um processo de escolha pressupõe o exercício de preferências que, por sua vez, pressupõe preteridos<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> AMARAL, Gustavo et MELO, Daniele. In: SARLET, Ingo et TIMM, Luciano (org). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2013. p. 87.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 88.

<sup>70</sup> *Idem*, *Ibidem*.

<sup>71</sup> *Idem*, p. 92.

<sup>72</sup> WANG, *op. cit.* p. 349.

Como se observa, o cerne da questão relaciona-se à efetivação das escolhas e, nesse particular, infelizmente, a opção pela concretização dos direitos fundamentais sociais tem ficado em segundo plano.

Além dos problemas atinentes à escolha política, as manobras orçamentárias<sup>73</sup> são utilizadas fortemente pelos administradores públicos com o fim de registrar investimentos em determinadas áreas, que não ocorrem de forma efetiva<sup>74</sup>. A reserva do possível não obsta, *a priori*, a tutela dos direitos fundamentais sociais pela via judicial, mas sua utilização demons-

<sup>73</sup> A EC 29/2000 estabeleceu um percentual mínimo a ser investido na saúde por Estados e Municípios. Como se sabe, após um período de transição, de 2000 a 2003, os estados deveriam reservar em seus orçamentos, a partir de 2004, 12% de suas receitas para o financiamento da saúde. Para os municípios, esse percentual foi fixado em 15%. De acordo com o governo de Minas Gerais, o estado tem garantido, desde 2003, o atingimento do percentual mínimo estabelecido pela citada EC. O SIOPS (Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde) é o órgão responsável por acompanhar a implementação da EC 29, verificando o cumprimento de seus dispositivos e fornecer ao CNS (Conselho Nacional da Saúde) informações sobre a sua situação. Desse modo, cabe-lhe receber os balanços dos estados e municípios, filtrar essas informações e efetuar o cálculo dos percentuais de receitas destes governos que foram efetivamente destinadas para a saúde. Não obstante é desprovido da palavra final sobre o que pode ser considerado como despesa na área de saúde e não dispõe de instrumentos de punição para o descumprimento da citada emenda. Por essa razão, o governo do estado de Minas Gerais se utiliza de uma instrução (Instrução 11/03) do TCE/MG (Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais) que dá uma interpretação distinta do SIOPS sobre essas ações. Apenas para exemplificar, a Nota Técnica 54/2009, que trata dos percentuais da EC 29 referentes ao ano de 2007, explicita que a diferença (entre o percentual calculado pelo estado e pelo SIOPS) deve-se à inclusão de gastos, que não poderiam ser considerados como gastos atinentes à saúde, uma vez que são recursos direcionados à ações desprovidas de acesso universal, a exemplos dos gastos realizados com a Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG), Secretaria do Estado de Defesa Social (SEDS), Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais (IPSEMG), Fundação Estadual de Meio Ambiente (FEAM) e Instituto da Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais (IPSM). In: OLIVEIRA, Fabrício Augusto. Contabilidade Criativa: como chegar ao paraíso, cometendo pecados contábeis - o caso do governo do Estado de Minas Gerais. *HEERA Revista de História Econômica & Economia Regional Aplicada*, Juiz de Fora, 2011, Vol. 6, n. 11, p. 01-20, jul-dez 2011.

<sup>74</sup> Ainda referente às manobras contábeis praticadas pelo governo do estado de Minas Gerais, o Ministério Público do estado, em investigação, concluiu que o estado, desde o ano de 2003, transferia para a COPASA (Companhia de Saneamento de Minas Gerais), recursos destinados em seu orçamento às ações e serviços de saúde, contabilizando estes recursos como investimento em saneamento básico para satisfação do piso constitucional estabelecido na EC 29/2000, utilizando-se, igualmente, da Instrução 11/03 do TCE/MG. Tais ocorrências resultaram nas Ações Cíveis Públicas n. 0904382-53.2010.8.13.0024, n. 2448321-09.2010.8.13.0024 e n. 1142808-19.2011.8.13.0024, todas com trâmite perante a 5ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Capital.

tra descompasso entre as infinitas demandas sociais e os limitados recursos estatais para sua implementação.

No entanto, acertadamente, o Supremo Tribunal Federal, em decisão na ADPF 45/DF, entendeu que a reserva do possível não tem a capacidade de exonerar o Estado do cumprimento dos deveres constitucionais a ele determinado<sup>75</sup>.

O argumento, muitas vezes levantado, menciona que a reserva do possível impõe limites à realização de direitos fundamentais pela via judicial. A razão para esses limites estaria na escassez de recursos do Estado: como não há recursos para atender a todos os pedidos baseados em direitos fundamentais previstos na Constituição, é imperioso que alguns desses pedidos, quando apresentados em juízo, sejam rejeitados.

Não obstante, a defesa desse posicionamento por grande parte da doutrina, conforme se demonstrará adiante, não merece prosperar, na medida em que inúmeros são os deveres estabelecidos ao Poder Público diretamente pelo texto constitucional. Os agentes estatais, por sua vez, devem atuar de forma a maximizar os recursos existentes e minimizar o impacto da reserva do possível.

### 5 - A maximização do uso dos recursos públicos

Assentada a premissa da inevitável escassez de recursos financeiros perante as ilimitadas necessidades dos cidadãos frente ao Estado, forçoso reconhecer que “o emprego daqueles recursos deve ser feito de modo eficiente a fim de que possa atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso<sup>76</sup>”.

Infelizmente, o uso dos recursos públicos em nosso país é constantemente marcado pelo desperdício, pela ineficiência e precariedade dos serviços fundamentais básicos prestados. Ocorrência que convive com o paradoxo de vultosos gastos com publicidade governamental institucional<sup>77</sup> e comunicação social, não se tratando de ocorrência isolada no seio

<sup>75</sup> Vide referência à ADPF 45/DF na nota n. 26.

<sup>76</sup> TIMM, Luciano. In: SARLET, Ingo *et* TIMM, Luciano (org). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 52.

<sup>77</sup> Ana Paula de Barcellos cita interessante decisão proferida pelo Desembargador Francisco Wildo, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, objetivando a proteção do direito à saúde *Libertas | Ouro Preto - MG | v.2 n.1 | jan./jun. 2016* 269

da Administração Pública brasileira<sup>78</sup>.

A eficiência mínima na utilização dos recursos destinados a concretização de direitos fundamentais sociais impõe-se como um princípio administrativo, na medida em que o compromisso do Estado brasileiro com a eficiência no dispêndio de recursos públicos é hoje uma imposição constitucional prevista no art. 37, *caput*, da Constituição Federal<sup>79</sup>.

O princípio da eficiência, introduzido no texto constitucional pela Emenda n. 19/98, concretiza o dever de que os gestores públicos não economizem esforços no desempenho de sua função, buscando a otimização do emprego dos recursos existentes e satisfação das múltiplas necessidades da sociedade<sup>80</sup>.

Relaciona-se com a busca de produtividade e economicidade na concretização de prestações, bem como a redução do desperdício de dinheiro público e execução de serviços com presteza<sup>81</sup>. “O dever de eficiência dos administradores públicos reside na necessidade de tornar cada vez mais qualitativa a atividade administrativa<sup>82</sup>”.

Nesse sentido, forçoso reconhecer que a simples alegação estatal de estar submetida aos limites da reserva do possível, atuando essa como óbice à concretização dos direitos fundamentais sociais, não merece respaldo. Isso ocorre em razão das determinações constitucionais, as quais impõem aos agentes públicos uma atuação eficiente, alicerçada no mandamento constitucional de garantia e proteção desses direitos.

---

através da concessão de medicamentos. Em sede liminar, a pedido do Ministério Público Federal na Paraíba, o Tribunal determinou que o governo daquele Estado empregasse 17,6% da verba destinada em seu orçamento à publicidade para regularização do fornecimento de medicamentos gratuitos e indispensáveis ao tratamento de pacientes portadores do Mal de Parkinson (Processo n. 2004.82.00003315-0, em curso perante a 3ª Vara da Justiça Federal na Paraíba, e agravo de instrumento n. 67336-PB). BARCELLOS, Ana Paula. In: SARLET, Ingo *et* TIMM, Luciano (org). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 104.

<sup>78</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>79</sup> TIMM. *op. cit.* p. 54.

<sup>80</sup> MENDES. *op. cit.* p. 884.

<sup>81</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris. 2010. p. 32.

<sup>82</sup> *Idem*, p. 73

## 6 - Da aplicação limitada da reserva do possível no direito brasileiro

Ao fim, verifica-se que a reserva do possível deve ser aplicada no direito brasileiro, todavia, esta ocorre de forma limitada.

Tal pensamento liga-se à conformação original do instituto no direito alemão, a partir de uma concepção que restringia a concessão a prestações materiais “no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade<sup>83</sup>”, ou seja, as prestações exigidas pelo cidadão devem se pautar pela razoabilidade. Nesse sentido, não se admite ao indivíduo pleitear junto ao Estado a realização de prestações impossíveis ou desarrazoadas<sup>84</sup>.

Entretanto, admitir uma abertura para sua aplicação em nosso direito, não implica reconhecer que ela ocorra de forma ampla e indiscriminada. A alegação de ausência de recursos financeiros não pode, simplesmente, ser considerada como argumento válido a limitar a concretização dos direitos fundamentais sociais, uma vez que a proteção desses direitos previstos constitucionalmente constitui objetivo do Estado brasileiro.

Assim, a concepção que impõe a limitação dos direitos fundamentais sociais em razão dessa escassez deve ser superada, na medida em que o próprio texto constitucional impõe à Administração Pública uma atuação de forma eficiente, a qual está intrinsecamente ligada à ideia de maximização dos recursos disponíveis, ou seja, atender o maior número de demandas possível com as verbas disponíveis.

A decisão *numerus clausus* do Tribunal Constitucional Alemão, apontou esse dever do Estado em maximizar o uso dos recursos públicos existentes. Assim, a reserva do possível somente poderá ser alegada pelo Poder Público, após a implementação de medidas que visem essa utilização eficiente dos recursos disponíveis, concretizando uma boa administração.

Para pautar sua atuação em consonância com uma eficiente utilização dos recursos públicos, a discricionariedade administrativa quanto às escolhas sobre alocação de recursos não pode se dar de forma absoluta, pois deve respeitar os parâmetros mínimos de aplicação estabelecidos na

---

<sup>83</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 515.

<sup>84</sup> OLSEN, *op. cit.* p. 204.

Constituição<sup>85</sup>.

Não obstante tal limitação, como apontado, a reserva do possível não pode ser negada, enquanto fato existente em nossa realidade. Todavia, não pode o próprio Estado esconder-se por trás desse argumento e se negar a concretizar promessas existentes no texto constitucional.

Tal concepção seria de perigosa adoção no direito brasileiro. A insuficiência de recursos passaria a ser argumento costumeiramente referido para se justificar eventual omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, notadamente aqueles de cunho social, impedindo sua concretização.

Nesse sentido, conclui-se que existe uma abertura para aplicação da reserva do possível no direito brasileiro, no entanto, dá-se de forma limitada. Sua incidência seria restrita às hipóteses que visem a não concretização de prestações desarrazoadas ou impossíveis, mas não a utilizando como argumento limitador à concretização de direitos fundamentais sociais.

## Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2011. p. 1082

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2013: ano-base 2012*. Brasília. CNJ. 2013.

BRASIL. *Lei 12.952/2014, de 20 de janeiro de 2014. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2014*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 14, p. 5, 21 jan. 2014. Seção I, parte 1.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. Almedinal Saraiva: Coimbra/São Paulo, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*.

---

<sup>85</sup> *Idem*, p. 209-210

23. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris. 2010.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional 'Comparado'*. Porto Alegre: SAFE. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2009.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto. *Contabilidade Criativa: como chegar ao paraíso, cometendo pecados contábeis - o caso do governo do Estado de Minas Gerais*. *Revista de História Econômica & Economia Regional Aplicada*, Juiz de Fora, 2011, Vol. 6, n. 11, p. 01-20, jul-dez 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 1 ed. Curitiba. Juruá Editora. 2012

SARLET, Ingo Wolfgang et TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Leonardo Martins (et al). Montevideu: Fundação Konrad Adenauer. 2005.

TOLEDO, Cláudia (org). *Direitos sociais em debate*. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus Elsevier. 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *Direito ao mínimo existencial*. 1. ed. São Paulo: Renovar. 2009.