Reserva do possível – Frente e verso

Luma Cavaleiro de Mâcedo Scaff

Resumo: A implementação dos direitos fundamentais implica ônus financeiro para o Estado, o que ganha novos contornos diante da aplicabilidade imediata assegurada pelo art. 5º, parágrafo primeiro, da Constituição e pela significativa atuação do Judiciário. Este artigo aborda o fenômeno da judicialização da política com foco principal na utilização do discurso da reserva do possível enquanto fundamento largamente usado pelos Tribunais. A partir da análise dos seguintes casos, o Ag. Reg. Rext nº 436.996-6 e o IE nº 1207-4, busca-se demonstrar que a fluidez no uso da reserva do possível implica duas faces da mesma moeda, frente e verso, seja para a concessão de direitos, seja para negá-los. Em consequência, pretende-se identificar se essa atuação judicial em plano micro aproxima-se da justiça comutativa ou a justiça distributiva.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Judicialização da política. Reserva do possível. Poder Judiciário. Justiça.

Sumário: 1 Posição da questão – 2 Direitos Sociais. Mínimo Existencial. *Reserva do possível* – 3 A utilização da *reserva do possível* e os Tribunais Brasileiros – 4 *Reserva do possível* – Frente e verso. É preciso escolher um lado no jogo das impossibilidades? – 5 Conclusão – Referências

1 Posição da questão

01. Após cerca de 20 anos da Constituinte de 1988, o debate em torno da efetividade dos direitos sociais permanece atual, notadamente quando se trata de sua aplicabilidade imediata consagrada pelo art. 5º, parágrafo primeiro, e pela crescente atuação do Judiciário na implementação desses direitos.

Os direitos possuem custos; não nascem em árvores.¹ Custos esses que devem ser suportados por toda a sociedade em harmonia com o Princípio da Solidariedade, o que motivou a Constituição de 1988 a ter instituído um sistema de financiamento para a implementação de direitos fundamentais que não concede ao legislador tão ampla margem de discricionariedade sobre quanto deve destinar da arrecadação aos gastos sociais. Esse cenário exige a alocação de recursos de forma eficiente.

Ao Poder Judiciário tem sido levadas demandas sobre a implementação dos direitos sociais, o que tem gerado a judicialização de direitos fundamentais. Trata-se de pedidos individuais como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos a uma determinada pessoa ou de pedidos sobre vagas em creches. Este Poder as aprecia por meio de decisões individuais limitadas à ótica de “microjustiça”. O detalhe objeto deste trabalho é o fundamento largamente utilizado, a *reserva do possível*. De que forma o Judiciário vem se apropriando da reserva do possível para conceder ou não direitos?

Portanto, este é o ponto nuclear deste artigo: a utilização pelo Judiciário do conceito de *reserva do possível*. A relevância desta questão pontual é justamente o *uso da fluidez do discurso como fundamento da decisão*, ou seja, a *reserva do possível* aparece em diversos julgados, ora para

justificar o não pagamento de direitos a exemplo dos precatórios e ora como limitação do Estado ao fornecimento de direitos sociais; uma distorção. Para tanto, analisar-se-ão a natureza jurídica dos direitos envolvidos e o estudo de dois julgados, um do Supremo Tribunal Federal (Ag.Reg.Rext. nº 436.996-6) e outro, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (IE nº 1207-4). Com isso, busca-se verificar se a atuação judicial em plano micro se aproxima da justiça comutativa ou da justiça distributiva.

2 Direitos Sociais. Mínimo Existencial. Reserva do possível

02. A Constituição de 1988 consagrou um extenso rol de direitos fundamentais² que não estão limitados àqueles enumerados no art. 5º, mas sim espalhados pelo texto constitucional. Essa organização fracionada na topografia constitucional advém dos trabalhos constituintes de 1988.³ Considerando que esta Carta inaugura uma *fase de liberdades*, determinou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. O detalhe é que uma parcela exige regulamentação específica por leis infraconstitucionais que até o momento não foram editadas. E persiste, portanto, a problemática da implementação dos direitos sociais pelo Estado — seja por atividades de cidadania, seja por políticas públicas, seja pelo Poder Judiciário, pela própria sociedade ou por quaisquer meios outros.⁴

É possível que exista mais de uma norma contida em determinado texto, especialmente pela distinção entre o texto enquanto enunciado semântico e a norma jurídica.⁵ Portanto, os direitos fundamentais sociais podem apresentar tanto direitos prestacionais (ou seja, uma posição positiva do Estado) quanto direitos de defesa (isto é, ações negativas).⁶ Neste sentido, vale referir as dimensões⁷ que se substituem e se complementam ao longo da afirmação histórica dos direitos humanos.⁸ Segundo Alexy, a dimensão dos direitos a prestações corresponde a prestações em sentido estrito como direitos subjetivos a prestações materiais vinculadas aos deveres estatais do Estado na condição de Estado Social de Direito e também revelam direitos subjetivos negativos, podendo levar a restrições ao seu núcleo fundamental.⁹

Nota-se que a palavra *social* pode representar tanto uma atuação positiva do Estado para a própria implementação de tais direitos como também uma *garantia*, ou seja, um instrumento com a finalidade de assegurar um conjunto mínimo de condições dignas a todos; uma vida saudável. Daí o problema consequente de delimitar o(s) conteúdo(s) dos *direitos sociais*. Neste sentido, Ingo Sarlet explica:

Tal consideração se justifica pelo fato de que também são sociais direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade e a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico como demonstram justamente os direitos dos trabalhadores.¹⁰

03. Alinhando uma teoria normativa para os direitos fundamentais, Ricardo Lobo Torres escreve que o *mínimo existencial* apresenta dupla face. A primeira corresponde ao *direito subjetivo e norma objetiva* e a segunda compreende *direitos fundamentais originários e direitos fundamentais sociais*; todos em sua expressão essencial, mínima e irreversível. Afirma o autor: “Existe, portanto, um

direito às condições mínimas da existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (=imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas".¹¹ Assim, inspirado na obra de Jellinek,¹² prossegue na teoria do *status*¹³ para sistematizar os direitos públicos subjetivos e identificar a pluralidade de relações entre o Estado e os indivíduos.

Trata-se de utilizar o direito enquanto instrumento para o exercício de liberdades para a manutenção e o desenvolvimento da vida de forma geral, não apenas de trocas entre pessoas envolvendo interesses individuais. Um exemplo seria a educação que pode ser pleiteada individualmente por meio de vagas de creches ou de vagas em universidades públicas e também, de outro lado, é possível exigir políticas de educação gerais como a capacitação de professores. Portanto, direitos sociais também podem ser direitos públicos subjetivos ou *novos direitos* no dizer de José Reinaldo.¹⁴ E como tais não podem ser fruíveis ou exequíveis individualmente. Ocorre que muitos dos direitos consagrados pela Constituição enquanto *sociais* estão sendo concedidos via Judiciário por meio de decisões individuais.

Portanto, revela-se um problema que pode ser também atribuído à teoria geral do direito sobre quais seriam as formas de implementação dos direitos sociais. Qualquer que seja a resposta, virá acompanhada de impacto financeiro, pois os direitos custam.¹⁵ E alguém deve pagar a conta. Nesta mesma linha, as decisões individuais¹⁶ que concedem direitos sociais ou *novos direitos* também implicam ônus financeiro a ser suportado pelo Estado.

04. Ora, o rol de direitos fundamentais sequer é delimitado pela Constituição, contudo, os recursos financeiros são finitos diante da variedade crescente de necessidades da sociedade.

É possível argumentar que o custo de serviços públicos a exemplo de hospitais e escolas deveriam ser suportados apenas por aqueles que efetivamente os utilizam. Hoje, todavia, se reconhece tanto a função social do tributo quanto a necessidade de que as receitas estatais guardem consonância com as vinculações constitucionais e também que sejam utilizadas adequadamente em prol do gasto público eficiente.¹⁷ Logo, o custo dos direitos fundamentais deve ser de responsabilidade de toda a sociedade observando o Princípio da Solidariedade.¹⁸

Portanto, imperioso realizar *escolhas trágicas*,¹⁹ que muitas vezes podem representar o conflito de normas, ou mais instigante, o conflito entre dois bens como a vida individual ser assegurada por meio de uma decisão a conceder tratamento médico e, de outro lado, a vida considerada em sua generalidade por meio de políticas públicas de saúde.²⁰

O orçamento²¹ surge como um instrumento garantidor dos direitos sociais, pois prima pelo planejamento dos recursos públicos e se depara com a necessidade de realizar despesas sem a respectiva previsão; muitas vezes com ordens de pagamento imediatas na forma do art. 5º, parágrafo primeiro, da Constituição.

Entretanto, esse orçamento é formado de recursos finitos, ou seja, *limitados* a dois aspectos: fáticos, ou seja, à impossibilidade de que cada um de nós possui para o atendimento individual de nossas necessidades e o segundo de natureza econômica mediante a implementação dos direitos de acordo com a existência de dotação orçamentária suficiente. Discurso esse de origem alemã²² que foi transladado para o Brasil mediante o nome de *Reserva do Possível* ou de *Limite do*

Orçamento.²³ Todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com as exigências de harmonização econômica geral. Alguns itens devem ser pontuados:

- a) A necessidade de cumprimento rigoroso do orçamento, diante dos recursos financeiros disponíveis.
- b) A (im)possibilidade de se opor um interesse financeiro contra a concretização dos direitos fundamentais.
- c) A (im)possibilidade de aplicação por meio de uma ponderação de valores diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do orçamento (recursos e dotações orçamentárias).

Ainda sobre a *reserva do possível*, afirma Fernando Scaff que:

Reserva do Possível é um conceito econômico que decore da constatação da existência da escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão nas necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais; e cada indivíduo, ao fazer as suas escolhas e eleger suas prioridades, tem que levar em conta os limites financeiros de suas disponibilidades econômicas. O mesmo vale para as escolhas públicas que devem ser realizadas no seio do Estado pelos órgãos competentes para fazê-lo.²⁴

Em complemento, Ricardo Lobo Torres ensina que:

Os direitos econômicos e sociais existem, portanto, sob a reserva do possível ou da soberania orçamentária do legislador, ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração. A pretensão do cidadão é à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos.²⁵

Esse conceito de origem econômica vem sendo bastante utilizado pelos Tribunais e ganha asas na doutrina brasileira. A questão principal é estudar como a reserva do possível vem sendo manuseada pelos Tribunais nas demandas que envolvam direitos fundamentais? Constata-se um certo maltrato e descaso com este importante conceito, ora como fundamento para conceder direitos e ora como obstáculo diante da exaustão financeira.

3 A utilização da *reserva do possível* e os Tribunais Brasileiros

05. É vastíssima a utilização do discurso da reserva do possível nas demandas judiciais que versam sobre direitos sociais, daí o ponto nuclear deste trabalho. Foca-se na reserva do possível enquanto *frente e verso*, ou seja, serve ao propósito do legislador enquanto conceito fluído olvidando-se de sua origem e de seu conteúdo. Com isso, mostra-se de variadas faces a depender da natureza do direito envolvido na demanda.

Foram identificados dois casos que demonstram claramente o problema apontado por este artigo. A reserva do possível releva a *frente* — como instrumento estatal para que sejam implementados direitos fundamentais sociais de forma imediata. Também, este mesmo conceito de reserva do possível mostra sua outra face, *o seu verso* — enquanto obstáculo para que o Estado quite precatórios diante da limitação financeira.

Com a finalidade de mostrar a *frente e o verso* da *reserva do possível* pelos Tribunais e sua relação

com a implementação de direitos, estudar-se-á os seguintes casos:²⁶

a) A reserva do possível como limite à realização judicial de direitos fundamentais – O caso do Ag.Reg.Rext. nº 436.996-6. São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Min. Rel. Celso de Mello

06. Trata-se de agravo em recurso extraordinário interposto pelo Município de Santo André com os seguintes argumentos, em resumo:

- Que a responsabilização pela manutenção do sistema de ensino não pode ficar restrita ao Município, pois cabe ao Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) na forma da EC nº 14/96;
- Que a carência de novos aportes de recursos para financiar a educação infantil limitou o atendimento em todo o Município e a possibilidade de ampliação do atendimento em educação infantil;
- Que a enorme demanda de crianças carentes de creches ou pré-escola no âmbito do Município e considerando que as instituições de ensino público em funcionamento abrigam crianças matriculadas muito acima do limite de vagas e da capacidade das salas de aula em razão de dezenas de liminares judiciais, obviamente há grande comprometimento do Erário, da ordem administrativa, da qualidade do ensino e da educação transmitida aos abrigados;
- O deferimento de medidas liminares e das sentenças obrigando as matrículas de crianças em creches;
- Que a questão envolve a matrícula de milhares de crianças em algumas unidades de creches, portanto, questões de orçamento e de disponibilidade do Erário com dotação específica para a implantação de meios à concretização das medidas pleiteadas o que impõe a intromissão do Judiciário nos Poderes discricionários do Executivo.

07. Em seu voto, o Min. Celso de Mello inicia chamando a atenção para a natureza dos direitos envolvidos na demanda, de um lado o *direito público subjetivo à educação* e do outro, o dever jurídico social de viabilizar em favor de crianças de zero a seis anos o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola.

Atribui ao direito à educação a qualificação de direitos sociais de segunda dimensão que exigem do Estado uma prestação positiva, um *facere*, portanto, entende ser do Poder Público a responsabilidade pela adoção de medidas para a sua concretização. Com base no julgamento da ADFP nº 45,²⁷ anota que o Poder Judiciário não pode demitir-se do grave encargo de tonar efetivo os direitos de segunda dimensão diante da inércia governamental no adimplemento de prestações positivas. Evoca a reserva do possível para evidenciar que a gradualidade do processo de implementação desses direitos está vinculada à existência de recursos orçamentários do Estado. Justifica o Ministro, por fim, 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 dolosamente 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.²⁸

Observa-se que a natureza dos direitos sociais é ressaltada como *direitos sociais ou direitos públicos*

subjetivos de implementação progressiva. Para a realização do direito à educação infantil o Poder Judiciário utiliza a *reserva do possível* como fundamento para garanti-lo, de modo que não poderá ser usada a insuficiência de recursos ou a inexistência de dotação orçamentária como argumentos para impedir a concessão de vagas em creches ou eventualmente a construção de creches ou escolas.

Neste caso, não pode o Poder Público utilizar-se do *limite do orçamento* como impedimento ou como obstáculo à implementação do direito a educação.

b) A Reserva de Possível como justificativa para o não pagamento de precatórios – O caso da Intervenção Federal nº 1207-4. São Paulo. Min. Rel. Marco Aurélio

08. Trata-se de intervenção federal no Estado de São Paulo diante do não pagamento integral de valor requisitado em precatório que envolve prestação de natureza alimentícia expedido em 1988 para inclusão no orçamento de 1989.

Utilizando-se da fundamentação proferida em seu voto na IE nº 2953-8, o Min. Marco Aurélio entende ser obrigatória a inclusão nos orçamentos das entidades de direito público da verba necessária ao pagamento de seus débitos na forma do art. 100 da Constituição Federal. Em seu voto, considera insubsistente o pedido de complementação do pagamento do precatório, pois não houve liquidação.

Vota ainda o Min. Gilmar Mendes que também relembra os fundamentos da IE nº 2915. Visualiza que existe um conflito entre princípios; a posição da União no sentido de garantir a eficácia dos princípios previstos no art. 34 da Constituição e de outro lado, a autonomia dos Estados. Chama a atenção também para a natureza jusfundamental que reveste o pagamento regular dos precatórios. Explica que o princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo dos atos restritivos de direitos fundamentais de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição do excesso” na restrição de tais direitos. Afirma que “nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental”.

Em ambos os votos, os Ministros chamam a atenção para a limitação de caixa do Estado, isto é, não podem ser desconsideradas as limitações econômicas que condicionam a atuação do Estado quanto ao cumprimento das ordens judiciais que fundamentam o pedido de intervenção. Vale frisar as afirmações do Min. Gilmar Mendes “[...] não se pode exigir o pagamento da totalidade dos precatórios relativos a créditos alimentares sem que em contrapartida se estabeleça uma análise sobre se tal pagamento encontra respaldo nos limites financeiros de um Estado zeloso com suas obrigações constitucionais [...]”.

Ainda, observa-se que a reserva do possível é utilizada como justificativa para o não pagamento das dívidas públicas. No caso dos precatórios é mais fácil verificar a individualização do *direito meu, do seu, o de cada um e o do outro*. Mesmo assim, perduram os precatórios não quitados com amparo na insuficiência de caixa do Estado.

4 Reserva do possível – Frente e verso. É preciso escolher um lado no jogo das

impossibilidades?

09. A relação entre a reserva do possível, o orçamento e a implementação dos direitos é um tema antigo que merece *novo olhar*. Não se pode fazê-lo sem o contexto que aqui é explorado pela judicialização de direitos por meio dos dois casos do Judiciário. O *direito a ter direitos*, de Norberto Bobbio,²⁹ exige análise de custo financeiro³⁰ que não pode originar-se na mera importação de modelos,³¹ tampouco do manuseio da *reserva do possível* ao alvedrio do Judiciário no afã de auxiliar na implementação de políticas.

É preciso a *construção de uma ponte* entre a normatização dos direitos e as suas garantias para efetividade.³² A Constituição assegura uma variação crescente de direitos fundamentais que deve ter a cautela de não se tornar promessas constitucionais diante de obrigações impossíveis ao Estado.³³ Utilizando as ideias de Nino,³⁴ é preciso ter cautela para não transferir para o Estado uma obrigação que pertença a toda sociedade, sob pena de existirem contas sem fim. Ora, se a sinalização existe e os motoristas não a respeitam, não se pode imputar responsabilidade ao Estado. Diverso seria o caso se não houvesse a sinalização. Urge, portanto, a elaboração de garantias para o efetivo implementar dos direitos fundamentais — o que exige menor fluidez na aplicação pelos Tribunais da cláusula da reserva do possível.

Quando se estuda a reserva do possível à luz dos dois casos acima, nota-se uma tensão entre a *impossibilidade jurídica* e a *impossibilidade econômica*. Vale o registro do pensamento de José Reinaldo de Lima Lopes:

Dentro desta linha, pode-se muito bem inserir o atual debate da reserva do possível. É uma evidência que se de obrigação falamos e se por obrigação entendemos um vínculo para a ação humana, não é sensato esperar que quem quer que seja o impossível. Logo, uma expectativa sobre o impensável tem algum erro que deve ser atribuído a quem espera ou a quem promete o impossível. Se a obrigação é do Estado a mesma ideia deve valer. Seja nos contratos administrativos, seja nas obrigações políticas em geral, não é de se esperar que o Estado, só por ser pessoa jurídica de direito público, esteja obrigado ao impossível.³⁵

Neste *jogo de impossibilidades*, este artigo chama a atenção para dois aspectos no uso largo e frouxo da *reserva do possível* pelos Tribunais, sem fixação de parâmetros.

O primeiro diz respeito à natureza do direito discutido no caso. Observa-se a fluidez no conceito de reserva do possível ora como fundamento para implementar direitos sociais enquanto natureza de direitos públicos subjetivos, portanto, destinados a todos. E também o discurso da limitação de caixa para impedir o pagamento de dívidas públicas que demonstram direitos individuais.

O segundo é o discurso de *frente e verso*. A *reserva do possível* é utilizada tanto para conceder direitos quanto para negá-los. Apresenta, portanto, a *frente*, como um fundamento para a realização de direitos fundamentais sociais, de modo que o Estado não pode evocar a limitação de recursos para impedir a realização de tais direitos, tampouco a existência de dotação orçamentária.

Concomitantemente, esta mesma *reserva do possível* também é usada *em seu verso*, como limite à atuação estatal, ou seja, serve o argumento de que existem limites financeiros estatais a serem observados para o não pagamento de precatórios.

5 Conclusão

10. Concluo pela existência de *pacto torto* na relação entre os Três Poderes no que se refere à distribuição de funções para a implementação de direitos fundamentais, o que acarreta ao Judiciário a atribuição de tarefas que lhe são, muitas vezes, insuficientes, seja pela falta de aparelhamento específico, seja pela análise do caso a caso ou, ainda pela microjustiça e dificuldade analisar o plano macro.

A *reserva do possível* tem sido largamente utilizada pelos Tribunais brasileiros e de forma um tanto quanto caótica, conforme demonstrado nos casos apontados aqui. A natureza do direito discutido no julgado mostra diferentes leituras da cláusula da *reserva do possível*.

Utiliza-se a reserva do possível enquanto um discurso mutável — *a frente e o verso de uma mesma moeda* — que se amolda em variadas situações, ora para conceder direitos de forma imediata sem previsão orçamentária e ora para negar direitos com base na inexistência de dotação específica. Não há parâmetros pelo Judiciário para fins de segurança jurídica.

A lógica de conceder direitos fundamentais por meio de decisões individuais significa uma *justiça comutativa*. Em sentido diverso, o sistema orçamentário brasileiro prima pela *justiça distributiva*. A dificuldade de alinhar a reserva do possível com a segurança jurídica também traz custos, seja financeiro pelo aporte da máquina estatal, seja pessoal de cada um das pessoas envolvidas por detrás da lide.

Neste *jogo de impossibilidades*, de que lado está a *reserva do possível*? Quem ganha com o manuseio largo e frouxo da *reserva do possível*? Sem dúvidas, questionamentos ainda a serem explorados. E quem perde? A sociedade.

Reserve for contingencies – Front and back sides

Abstract: The implementation of fundamental rights entails financial burden for the state, with new contours on immediate applicability guaranteed by Article. 5, paragraph one of the Constitution and the significant role of the judiciary. This paper discusses the phenomenon of “judicialização da política” with main focus on the use of the discourse of “reserva do possível” used as a basis by the Courts. From the analysis of the following cases, the Ag Reg. Rext No. 436996-6 and IE No. 1207-4, we seek to demonstrate that the fluidity in the use of the “reserva do possível” can imply two sides of the same coin, front and back, either to grant rights, or to negate them. Consequently, we intend to identify whether this judicial action on micro level approaches the commutative justice and distributive justice.

Key Words: Fundamental Rights. Judicialização da Política. Reserva do possível. Judiciary. Justice.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y

Constitucionales, 2001.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Lições de direito*. São Paulo: Manole, 2010.

BARQUERO ESTEVAN, Juan Manuel. *La Función del tributo en el estado social y democratico de derecho*. Madrid. CEPC, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices*. New York: W.W. Norton & Company, 1977.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONTI, José Mauricio. *A autonomia financeira do Poder Judiciário*. São Paulo: MP, 2006.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIACOMONI, James. *Orçamento público*. São Paulo: Atlas, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depend on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 13-31. Introduction: common sense about rights.

JELLINEK, George. *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da "reserva do possível" O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano B. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 173-193.

NINO, Carlos Santiago. *Um país al margen de la ley*. 2. ed. Buenos Aires: Emecê, 1992.

NOVAIS, Maria Elisa C. Decisões judiciais e orçamentos públicos. In: CONTI, José M.; OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Gastos públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano B. (Org.) *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-

53.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil. *In*: SCAFF, Fernando Facury *et al.* (Org.). *Garantias constitucionais de financiamento e judicialização*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 21-53.

SCAFF, Fernando Facury. Contribuições de intervenção e direitos humanos de segunda dimensão. *In*: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; RIBEIRO, Maria de Fátima (Org.). *Direito internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 135-153.

SCAFF, Fernando Facury. O direito à saúde e os tribunais. *In*: NUNES, Antonio A.; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 73-135.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças Aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano B. (Org.) *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 149-173.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma construção hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TORRES, Ricardo L. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo L. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86.

¹ GALDINO. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*.

² Este rol nos leva a constatação, segundo Fernando Scaff, de que esses direitos não possuem um núcleo jurídico unitário, mas heterogêneo, sendo muito mais caracterizado pelo seu "objetivo" ou pelo seu "alcance" do que pelo seu núcleo (O direito à saúde e os tribunais. *In*: NUNES; SCAFF. *Os tribunais e o direito à saúde*, p. 75).

³ Note que o Título II contempla os direitos e garantias fundamentais (art. 5º a 17). Destaque para os direitos sociais previstos no art. 6º, quais sejam, educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência, proteção a maternidade e à infância, assistência aos desamparados e outros decorrentes do regime e dos princípios por adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, §2º).

⁴ Explica Ingo Sarlet que: "Uma primeira constatação que se impõe e que resulta já de um superficial exame do texto constitucional é que o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos fundamentais sociais, o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica

legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional) acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais” (SARLET; FIGUEIREDO. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET; TIMM (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, p. 11-53.

⁵ STRECK. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma construção hermenêutica da construção do direito*.

⁶ SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*.

⁷ SCAFF. Contribuições de intervenção e direitos humanos de segunda dimensão. *In*: MAZZUOLI; RIBEIRO (Org.). *Direito internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan*, p. 135-153. BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*.

⁸ COMPARATO. *A afirmação histórica dos direitos humanos*.

⁹ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*.

¹⁰ SARLET; FIGUEIREDO. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET; TIMM (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, p. 11-53.

¹¹ TORRES. *O direito ao mínimo existencial*, p. 35.

¹² JELLINEK. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*.

¹³ TORRES. *O direito ao mínimo existencial*. Veja capítulos 01 a 04 do título II.

¹⁴ LOPES. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no estado social de direito. *In*: FARIA (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*.

¹⁵ HOLMES; SUNSTEIN. *The cost of rights: why liberty depend on taxes*, p. 13-31.

¹⁶ Algumas das quais denominadas de sentenças aditivas. SCAFF. Sentenças Aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET; TIMM (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, p. 149-173.

¹⁷ OLIVEIRA. *Gastos públicos*.

¹⁸ BARQUERO ESTEVAN. *La Función del tributo en el Estado Social y democratico de derecho*.

¹⁹ CALABRESI; BOBBIT. *Tragic choices*.

²⁰ É importante a cautela de não simplesmente importar modelos de outros países. Nos Estados Unidos, por exemplo, não é considerada uma escolha difícil o não tratamento de um paciente em diálise que não esteja funcionando. O interessante é anotar essas escolhas para a implementação dos direitos sociais no Brasil. E no caso da saúde, inclusive, observar o Sistema Único de Saúde

(SUS) que é custeado com o dinheiro de todos e para todos mediante uma captura de recursos públicos para as decisões que individualmente concedem direitos a medicamentos ou a tratamentos, que muitas vezes estejam previstos na sistemática do SUS.

²¹ CONTI. *A autonomia financeira do Poder Judiciário*; GIACOMONI. *Orçamento público*.

²² Origem a partir de um caso do Tribunal Constitucional alemão (*numerus clausus I*): ao decidir pela inconstitucionalidade da limitação de vagas pela Universidade da Bavária, o TC disse que há uma limitação fática condicionada pela: “reserva do possível no sentido do que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha, pelo legislador, em sua própria responsabilidade. Ele deve atender na administração de seu orçamento também a outros interesses da coletividade, considerando as exigências de harmonização em geral”.

²³ Explicação do caso: duas universidades estabeleceram restrições ao acesso direto ao curso de medicina humana nos anos de 1969 e 1970. A Universidade de Hamburgo determinou que as vagas disponíveis para os candidatos alemães deveriam ser distribuídas na proporção de 60% segundo o curriculum do candidato e 40% segundo o ano de nascimento, sendo possível haver a reserva de vagas para situações excepcionais, porém não limitou o número total de vagas. Já a Universidade da Bavária estabeleceu a limitação de vagas para algumas áreas do conhecimento se isso fosse estritamente necessário à manutenção do funcionamento regular de um curso, tendo em vista a capacidade das instalações dos campi daquela universidade. Foi contra estas normas que se pronunciou o Tribunal Constitucional Alemão em controle concentrado pelos Tribunais Administrativos daqueles dois estados. O Tribunal entendeu que a limitação de vagas estabelecida pela Universidade da Bavária não era adequada em face de “seu efeito extremamente incisivo, pois ele faz com que um número maior ou menor dos candidatos tenha que adiar o início do curso desejado por um tempo mais ou menos longo. [...] 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”. Tal limitação, contudo, passa pelo fato de que a capacidade disponível não é suficiente para alocar todos devidamente qualificados no ensino superior.

²⁴ SCAFF. O direito à saúde e os tribunais. *In*: NUNES; SCAFF. *Os tribunais e o direito à saúde*, p. 98. Nesta mesma obra, é interessante frisar que o professor Avelãs inicia às fls. 11 explicando da diferença do sistema português: “1 – Não conheço nenhuma sentença de um tribunal português sobre o pedido de um cidadão no sentido de o Tribunal condenar o executivo a adoptar as medidas adequadas à efectivação do direito (individual) à saúde do requerente (fornecimento de medicamentos, recursos a meios de diagnóstico, realização de cirurgia ou outro tipo de tratamento). E o Tribunal Constitucional pronunciou-se duas vezes sobre questões relativas ao direito à saúde, em ambas chamado a apreciar a inconstitucionalidade de dois diplomas legais. O universo português é, pois, a este respeito, radicalmente diferente do brasileiro”.

²⁵ TORRES. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In*: SARLET; TIMM (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, p. 69-86.

²⁶ Os casos foram selecionados a partir dos seguintes critérios: a) Utilização da reserva do possível no fundamento da decisão; b) A natureza jurídica dos direitos envolvidos; c) Pesquisa realizada no

STF e nos Tribunais de Justiça dos Estados.

²⁷ “Arguição 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 a hipótese de abusividade governamental. Dimensão política 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 da preservação dos indivíduos. Da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento do processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)” (Informativo STF nº 345/2004).

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 436.996/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26 out. 2005.

²⁹ BOBBIO. *A era dos direitos*.

³⁰ Existem possibilidades de fazer escolhas no orçamento. O fato de que cada consumidor deva fazer suas escolhas não significa que não existam limites orçamentários, mas simplesmente que a escolha deve ser feita internamente ao limite orçamentário ao qual cada indivíduo deve adequar-se. Nesse sentido a obra *Desenvolvimento como liberdade* de Amartya Sen.

³¹ Para Holmes e Sustain não se tratam de escolhas trágicas a suspensão do tratamento de diálise para um paciente que não responda positivamente ao tratamento. Realidade esta que não se assemelha ao Brasil, motivo pelo qual o direito comparado é uma metodologia que enriquece o conhecimento, mas cautela na simples importação de modelos.

³² AMARAL JUNIOR. *Lições de direito*.

³³ Remete-se o leitor ao artigo chamado “Em torno da “reserva do possível” de José Reinaldo Lima Lopes no livro *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*.

³⁴ NINO. *Un país al margen de la ley*.

³⁵ LOPES. Em torno da “reserva do possível” o mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET; TIMM (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, p. 173-193.

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. Reserva do possível: frente e verso. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, set. 2013/fev. 2014.

Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=106611>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

Como citar este conteúdo na versão impressa:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. Reserva do possível: frente e verso. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 43-55, set. 2013/fev. 2014.