

Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado

Christiane Falsarella¹

Sumário: Introdução – 1. A origem da expressão “reserva do possível” – 2. A teoria da reserva do possível – 3. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema – 4. Reserva do possível como aquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade – Conclusão

Introdução

A ideia de reserva do possível é frequentemente associada à alegação de insuficiência de recursos apresentada pelo Estado como forma de se eximir do cumprimento de suas obrigações no campo dos direitos sociais. A invocação da cláusula da reserva do possível serviria como uma escusa, utilizada de forma genérica pelos entes estatais, para não concretizar os direitos sociais.

Como decorrência dessa concepção, a cláusula da reserva do possível tem sido muito criticada. Há quem entenda que o argumento estatal relativo à ausência de disponibilidade financeira não pode ser aceito, uma vez que cabe ao Estado implementar os direitos sociais, especialmente aqueles previstos na própria Constituição.

Há, porém, quem entenda que o argumento pode ser aceito em determinadas hipóteses, pois não há como negar que os recursos estatais são limitados, ao passo que as demandas dos indivíduos são ilimitadas, devendo ser compatibilizadas com os recursos existentes.

Observa-se, assim, que a ideia corrente de reserva do possível está ligada à insuficiência dos recursos estatais para tornar efetivos todos os direitos sociais, sendo a expressão relacionada, portanto, com a situação econômica do Estado.

Todavia, a despeito de entendermos que os recursos estatais são de fatos finitos e que diversas questões podem ser levantadas em termos de custos relativos à realização dos direitos, acreditamos que um aspecto do tema tem sido negligenciado. Com efeito,

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCAMP) e em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Procuradora do Estado de São Paulo.

considerando a cláusula da reserva do possível tal como formulada inicialmente, acreditamos que ela se relaciona muito mais com a razoabilidade das pretensões dos indivíduos perante o Estado, a determinar o que é possível ou não ser exigido da coletividade, do que propriamente com a noção de escassez de recursos econômicos para atender a estas pretensões, noção com a qual a expressão é usualmente identificada. A tese defendida, destarte, é a de que os direitos estão sob a reserva do possível no sentido de que somente aquilo que é razoável pode ser exigido do Estado e, em última análise, da própria sociedade.

1. A origem da expressão “reserva do possível”

A expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão², em julgamento proferido em 18 de julho de 1972. Trata-se da decisão BVerfGE³ 33, 303 (*numerus clausus*)⁴, na qual se analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970. Em razão do exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão (*numerus clausus*).

Essas restrições de acesso ao ensino superior foram questionadas perante o Tribunal Constitucional Federal Alemão. Alegava-se estar diante de ofensa ao artigo 12, I, da Lei Fundamental alemã, que cuida da liberdade profissional e dispõe que “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em lei⁵”. Nos termos desse dispositivo constitucional, o direito fundamental à liberdade profissional é amplo, abrangendo

² Nesse sentido: TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 103; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 173; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, p. 29. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

³ BVerfGE é a abreviação de *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (decisões do Tribunal Constitucional Federal).

⁴ Decisão consultada em Schwabe, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656-667. Para conferir no idioma original, v. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>.

⁵ No original: *Artikel 12 [Berufsfreiheit](1)Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungs- stätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.*

não só o direito de escolher profissão e local de trabalho, como também o direito de escolher o local de formação profissional⁶.

A formação é um estágio que antecede o início da profissão. O direito de admissão ao curso universitário seria, então, uma decorrência do direito à livre escolha da profissão e do local de ensino, associado aos princípios da igualdade e do Estado Social⁷. Logo, uma limitação ao acesso às universidades (local de formação profissional) configuraria ofensa ao direito à liberdade profissional, ressalvada a possibilidade de regulamentação desse direito por lei, ou com base em lei. Essa limitação de acesso poderia não só afetar a escolha do local de formação, como influenciaria a escolha da própria profissão, pois seria capaz de modificar a intenção original do candidato ao curso⁸.

Apesar disso, o Tribunal entendeu ser possível restringir o acesso aos cursos de medicina, uma vez que os direitos sociais de participação em benefícios estatais “*se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade*”⁹. Por conseguinte, foi empregada a expressão reserva do possível para se sustentar que não é possível conceder aos indivíduos tudo o que pretendem, pois há pleitos cuja exigência não é razoável¹⁰.

Mais adiante, na mesma decisão, o *Bundesverfassungsgericht* se referiu à capacidade financeira estatal no seguinte trecho:

“Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade”¹¹.

⁶ Afirma Konrad Hesse que “*o direito fundamental à livre escolha dos centros de formação até agora somente ganhou significado em restrições de admissão absolutas para o acesso ao estudo escolar superior*”. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 321.

⁷ Schwabe, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, p. 657.

⁸ Schwabe, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, p. 659. Segundo o Tribunal, “*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*”.

⁹ Schwabe, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, p. 663. No original: “*(...) stehen sie doch unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann*”.

¹⁰ O termo empregado no original é “*vernünftigerweise*”, que no livro *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão* foi traduzido por “*racionalmente*”. Todavia, a palavra “*vernünftig*”, da qual deriva o advérbio “*vernünftigerweise*”, também pode ser traduzida por razoável ou sensato (dicionário alemão-português, *Taschenwörterbuch Portugiesisch*. Berlim e Munique: Langenscheidt, 2001). Aqui serão empregados indistintamente os termos razoavelmente e racionalmente. Portanto, neste contexto não nos ateremos ao conceito técnico de razoabilidade como “*compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como à aferição da legitimidade dos fins*”. SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002, p. 32.

¹¹ Schwabe, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, p. 664.

Diante dessas considerações, o Tribunal alemão concluiu que as limitações absolutas de admissão seriam constitucionais desde que atendidos alguns pressupostos. Exige-se que as restrições, veiculadas por meio de lei ou com base em lei, sejam fixadas apenas nos limites do estritamente necessário, após a utilização de toda a capacidade de ensino existente, e que a escolha e a distribuição das vagas ocorram segundo critérios racionais, com igual chance para todos os candidatos qualificados ao ensino superior¹².

Desse modo, verifica-se que a ideia de reserva do possível para o Tribunal Federal Alemão não se relaciona necessariamente com as possibilidades fáticas em termos de disponibilidade financeira¹³, mas com o que é racional ao indivíduo exigir do Estado e, conseqüentemente, da sociedade. Caberia, então, à sociedade determinar a razoabilidade ou não da pretensão¹⁴. De acordo com o Tribunal, “*o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia do Estado social*”¹⁵.

A noção de reserva do possível serviria, portanto, como um limite às pretensões dos indivíduos em tema de direitos sociais de participação em benefícios estatais, com base em um critério de proporcionalidade¹⁶.

2. A teoria da reserva do possível

Após a utilização inicial da cláusula da reserva do possível pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, a expressão se difundiu, podendo-se falar em uma “teoria da reserva do possível”, que justificaria a existência de limitações à efetivação dos direitos sociais.

Assim, a expressão passou a ser empregada não só na Alemanha, mas também em diversos outros países. Em Portugal, por exemplo, a doutrina vem se ocupando da reserva do possível¹⁷. José Joaquim Gomes Canotilho é um crítico da concepção, asseverando que:

¹² Schwabe, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, p. 667.

¹³ No caso em análise, aludiu-se às dificuldades estatais em realizar investimentos no ensino superior de acordo com as demandas individuais flutuantes, que impediriam o exato dimensionamento prévio das vagas a serem destinadas para cada curso. A decisão não cuidou expressamente de eventual incapacidade econômica do Estado alemão para realizar os investimentos necessários à criação de novas vagas. Schwabe, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, p. 663.

¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, p. 104.

¹⁵ Schwabe, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, p. 664.

¹⁶ Schwabe, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, p. 666. Sobre proporcionalidade, v. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Acerca da distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, consultar SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, p. 23 a 50.

¹⁷ Para Ricardo Lobo Torres, a expressão “*vem sendo utilizada em Portugal, sem distorções, embora com a discordância dos juristas adeptos da Constituição Dirigente*”. *O direito ao mínimo existencial*, p. 104. Não é de

“rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica¹⁸”.

No Brasil, do mesmo modo, a noção de reserva do possível se propagou. Aqui, contudo, a expressão perdeu parte de seu sentido inicial¹⁹, pois a doutrina não costuma se referir à razoabilidade da pretensão, mas tão-somente à disponibilidade ou não de recursos. Seria apenas a reserva do financeiramente possível.

Fernando Facury Scaff aborda o tema nesta perspectiva, ao afirmar que *“todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral²⁰”.*

Outros autores também estabelecem essa relação entre reserva do possível e disponibilidade financeira²¹. Nesse sentido é o posicionamento de Ana Paula de Barcellos, para quem *“a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas²²”.*

A autora divide a reserva do possível em fática e jurídica²³. A reserva do possível fática estaria ligada à existência de recursos, ao passo que a reserva do possível jurídica diria respeito à previsão orçamentária para a despesa.

No ponto, convém trazer a interessante observação de Eros Grau acerca da reserva do possível fática. Para o autor, estar-se-á diante da reserva do possível fática se, preservados os recursos indispensáveis à continuidade do serviço público, houver inexistência de

estranhar tal discordância, tendo em vista que a reserva do possível tem sido invocada para justificar restrições aos direitos sociais.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004, p. 481.

¹⁹ Ricardo Lobo Torres fala em *“desinterpretação da ‘reserva do possível’ no Brasil”*, embora não sob o mesmo fundamento aqui defendido. *O direito ao mínimo existencial*, p. 106.

²⁰ SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*, p. 151. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

²¹ Ricardo Lobo Torres critica a imprecisão terminológica consistente em utilizar a expressão “disponibilidade financeira” *“para suprir assim a falta de verba orçamentária como a de dinheiro”*. *O direito ao mínimo existencial*, p. 110. Neste trabalho, todavia, a expressão disponibilidade financeira será empregada em sentido amplo. A distinção será abordada apenas ao se mencionar a diferença entre reserva do possível jurídica e reserva do possível fática, o que será feito na sequência.

²² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 276.

²³ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 277-278.

disponibilidade de caixa²⁴. Dessa forma, Eros Grau faz uma ressalva à ideia de indisponibilidade de recursos em caixa, ao afirmar que os valores destinados à manutenção do serviço público não podem ser comprometidos, não entrando na verificação de existência de dinheiro para fins de atendimento de demandas relativas a direitos sociais.

Ingo Sarlet, por sua vez, entende que a reserva do possível teria dimensão tríplice, pois além dos aspectos de reserva do possível fática e jurídica, apresenta um terceiro aspecto, que *“envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade”*²⁵. Com isso, insere o aspecto da razoabilidade, ao lado do aspecto econômico da reserva do possível, como aqui defendido.

Depois de apresentar a classificação da reserva do possível em fática e jurídica, Ana Paula de Barcellos questiona a possibilidade de se alegar a reserva do possível fática²⁶, no sentido de ausência total de recursos em caixa, tendo em vista que o Estado tem como arrecadar mais recursos²⁷. Todavia, é a própria sociedade a responsável por fornecer os recursos ao Estado. E esse raciocínio leva, de fato, à conclusão de que nunca haverá reserva do possível, se entendida como reserva do possível fática, uma vez que o Estado sempre pode obter novos recursos.

Ricardo Lobo Torres, por esse motivo, apresenta concepção extremamente crítica da identificação da reserva do possível com a reserva do possível fática. Assevera ele que a reserva do possível no Brasil passou a ser entendida como reserva do possível fática²⁸:

“ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dinheiro sonante na caixa do Tesouro, ainda que destinado a outras dotações orçamentárias! Como o dinheiro público é inesgotável, pois o Estado sempre pode extrair mais recursos da sociedade, segue-se que há permanente possibilidade fática de garantia de direitos,

²⁴ A emenda constitucional nº 30/00: pagamento de precatórios judiciais. Revista de Direito Administrativo 229:98, 2002, apud BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais, p. 278.

²⁵ Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, p. 30.

²⁶ “É possível questionar a realidade dessa espécie de circunstância quando se trata do Poder Público, tendo em conta a forma de arrecadação de recursos e a natureza dos ingressos públicos. Seja como for, a inexistência absoluta de recursos descreveria situações em relação às quais se poderia falar de reserva do possível fática”. BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais, p. 278.

²⁷ Na mesma linha manifesta-se Vidal Serrano Nunes Junior: “(...) entendemos que a realização do mínimo existencial não convocaria o esvaziamento dos cofres públicos. Todavia, mesmo que assim o fosse, nessa seara, como o Estado, por evidente, também exerce uma atividade arrecadatória, quer nos parecer que a obrigação da governança seria a de incrementar a arrecadação, que seja pela criação de novos tributos, para fazer frente a tais despesas, ressaltando-se, porém, que só em países com o Produto Interno Bruto (PIB) muito baixo o problema se colocaria”. A Cidadania Social na Constituição de 1988, p. 193.

²⁸ É nesse contexto que o autor cuida da “desinterpretação da ‘reserva do possível’ no Brasil”. O direito ao mínimo existencial, p. 106 e 110.

inclusive na via do sequestro da renda pública! Em outras palavras, faticamente é impossível a tal reserva do possível fática!²⁹”.

Muitos autores censuram o recurso indiscriminado à cláusula da reserva do possível como forma de restringir a eficácia dos direitos sociais. Vidal Serrano Nunes Junior, ao criticar a aplicação da reserva do possível, que para ele seria excepcional³⁰, afirma tratar-se de ideia que surge como um limite contingente à realização de direitos sociais, na medida em que *“advoga que a concretização dos direitos fundamentais sociais ficaria condicionada ao montante de recursos previstos nos orçamentos das respectivas entidades públicas para tal finalidade³¹”*.

O autor questiona a incorporação desse conceito de origem alemã pela doutrina nacional, pois *“as condições jurídico-positivas nas quais a teoria nasceu não se reproduzem no Brasil³²”*. Segundo ele, tal incorporação deveria considerar, além das diferenças jurídicas entre os países, as diferenças socioeconômicas, tendo em vista que:

“a definição do que, em determinado momento, pode-se exigir da sociedade, uma vez atendidos os direitos públicos subjetivos e respeitado o mínimo vital, só pode ser sopesado à luz das condições socioeconômicas de cada país e das disponibilidades orçamentárias existentes³³”.

Há certo consenso doutrinário quanto à inoponibilidade da cláusula da reserva do possível em matéria de direitos integrantes do mínimo existencial³⁴. A falta de recursos não poderia afetar a realização do mínimo existencial³⁵. Poderia, sim, justificar restrições aos

²⁹ *O direito ao mínimo existencial*, p. 110.

³⁰ A aplicação da cláusula da reserva do possível estaria *“circunscrita a discussões atinentes à realização de direitos sociais que extrapolem o conceito de mínimo vital e que não estejam incorporados por normas constitucionais atributivas de direitos públicos subjetivos a seus destinatários.”* *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, p. 196.

³¹ *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, p. 171.

³² *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, p. 172.

³³ *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, p. 195.

³⁴ Nesse sentido Vidal Serrano Nunes Junior (*A Cidadania Social na Constituição de 1988*, p. 173-176), J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 481), Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 287-288) e Ingo Sarlet (*Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, p. 36).

³⁵ Constata-se uma dificuldade em se delimitar com exatidão o que compõe o mínimo existencial. Segundo Virgílio Afonso da Silva a própria ideia de mínimo existencial tem diversos sentidos, uma vez que *“pode significar: (1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais – ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial; (2) aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é justiciável – ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, sendo o resto mera questão de política legislativa; e (3) o mesmo que conteúdo essencial – isto é, um conceito que não tem relação necessária com a justiciabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito*

direitos sociais, mas não impedir a efetivação das exigências mínimas para a vida com dignidade. Nesse caso, afirma-se que seria necessária a remoção do obstáculo financeiro, mediante a realocação de recursos, a fixação de prioridades, ou outro mecanismo³⁶. Nessa linha, Ana Paula de Barcellos entende que “o mínimo existencial associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível³⁷”.

Observa-se das considerações feitas que a tônica dada pela doutrina nacional em tema de reserva do possível tem sido no seu aspecto financeiro.

A respeito do tema, vale trazer, ainda, a manifestação do jurista alemão Robert Alexy, que se distancia do entendimento corrente no Brasil acerca da reserva do possível. De acordo com Alexy:

“em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade”³⁸.

Partindo do conceito de reserva do possível formulado pela jurisprudência alemã (“reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade”), o autor analisa sua aplicação ao caso brasileiro. Robert Alexy utiliza, portanto, uma noção de reserva do possível diversa daquela empregada pela maior parte da doutrina brasileira, pois não a relaciona com a existência de recursos para a concretização dos direitos fundamentais em geral.

social.” *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 204-205.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais*, p. 102. In CANOTILHO, J. J. Gomes CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (organizadores). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁷ A eficácia jurídica dos princípios constitucionais, p. 287-288.

³⁸ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 69.

O autor defende a aplicação da reserva do possível, em um contexto da teoria dos princípios, para a solução do problema da vinculação³⁹. Por um lado, seria evitada a tendência de considerar os direitos fundamentais como normas meramente programáticas e, portanto, despidas de eficácia. Por outro, não seria exigido o “impossível”⁴⁰. Pela teoria dos princípios, em casos de conflitos entre direitos fundamentais consagrados por normas principiológicas, a determinação de qual direito prevalece no caso concreto é feita com o uso da proporcionalidade⁴¹. Conclui o autor que os princípios “*devem ser ponderados e, assim, estão sob uma ‘reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade’*”⁴².

Também o Tribunal Constitucional Federal Alemão, na decisão em que cunhou a expressão “reserva do possível”, afirmou a necessidade da “*observância do princípio da proporcionalidade*”⁴³.

Na mesma linha de Alexy é o entendimento de Virgílio Afonso da Silva, para quem:

*“tanto quanto qualquer outro direito, um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes. O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições. Recursos a conceitos como o “mínimo existencial” ou a “reserva do possível” só fazem sentido diante desse arcabouço teórico. Ou seja, o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizada às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível.”*⁴⁴

³⁹ A teoria dos princípios possibilitaria “*um caminho intermediário entre vinculação e flexibilidade*”. *Constitucionalismo discursivo*, p. 69.

⁴⁰ De acordo com Ana Paula de Barcellos, “*serve apenas para desmoralizar o Direito afirmar que determinada prestação pode ser exigida judicialmente quando isso é verdadeiramente impossível*”. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 276.

⁴¹ Para maiores considerações sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy e sobre a aplicação da proporcionalidade consultar a obra do autor *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

⁴² *Constitucionalismo discursivo*, p. 69.

⁴³ Schwabe, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, p. 666.

⁴⁴ *Direitos Fundamentais*, p. 205. O próprio autor afirma que essas ideias podem gerar “*uma sensação de desproteção aos direitos sociais, pois sua realização fica dependente da verificação das condições fáticas e jurídicas de cada situação concreta*”. Todavia, mais adiante, o autor afirma que o modelo por ele defendido “*pode ser um primeiro passo para uma proteção mais eficiente, ou, pelo menos, para uma maior transparência no trato dos direitos sociais*”, na medida em que, ao reconhecer a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais, que se realizariam de acordo com as condições fáticas e jurídicas do caso, exige que tais restrições sejam fundamentadas, o que permitiria um maior controle dos órgãos públicos em tema de realização de direitos fundamentais. Assim, “*se toda não-realização de direitos que exigem uma intervenção estatal é uma forma de restrição ao âmbito de proteção desses direitos, a consequência natural, como ocorre em todos os casos de restrições a direitos fundamentais, é uma exigência de fundamentação. Restrição fundamentada é restrição possível; restrição não-fundamentada é violação.*” *Direitos Fundamentais*, pp. 250-251.

Contudo, embora existam posicionamentos como esses, a doutrina, como afirmado, tem dado enfoque às indagações econômicas quando aborda a reserva do possível.

3. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema

O Supremo Tribunal Federal vem enfrentando alegações estatais de que determinadas prestações não poderiam ser fornecidas em face das limitações decorrentes da reserva do possível. Em geral, o Tribunal tem se posicionado pelo afastamento desse argumento, que não poderia justificar o descumprimento pelo Estado de seus deveres na área dos direitos sociais, especialmente nos casos em que o direito pleiteado integra o mínimo existencial.

Esta postura pode ser verificada no seguinte trecho da decisão⁴⁵ do Ministro Celso de Mello, em ação na qual se demandava a criação de vagas para atendimento de crianças em creches e em pré-escola⁴⁶:

“(…)A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da

⁴⁵ Decisão proferido no ARE 639337 AgR/SP. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 23/08/2011, AGTE.: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, AGDO.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

⁴⁶ Daniel Wang, após analisar a jurisprudência do STF em torno da reserva do possível, constata que nos casos em que o pedido se refere a vagas em creches “não há debate mais detido a respeito dos custos dos direitos, da reserva do possível e da escassez de recursos, sendo que em todos os casos obrigou-se o Estado a concretizar o direito pedido”. O autor acredita que o Tribunal tem dado maior atenção à matéria em ações de controle abstrato de constitucionalidade, nas quais “existe uma maior preocupação com as consequências econômicas das decisões e é dada relevância à questão dos custos dos direitos, da escassez de recursos e da reserva do possível”. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF, p. 364. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.”

Verifica-se que para o STF a reserva do possível é vista como uma questão que envolve a “*insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária*” e que não pode ser invocada “*com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição*”. Ademais, a reserva do possível, também na visão do STF, não pode servir de argumento para a não implementação dos direitos que integram o mínimo existencial.

Todavia, no julgamento de pedidos de intervenção federal, em casos que envolviam a alegação da reserva do possível para justificar o não pagamento de precatórios, o STF entendeu plausível o argumento⁴⁷, conforme se verifica, por exemplo, no pedido de intervenção IF n° 470/SP⁴⁸. Nessa ação os votos de alguns dos ministros fazem menção a esse argumento, acolhendo-o⁴⁹. O Ministro Gilmar Mendes, relator, referiu-se expressamente à “*reserva do financeiramente possível*” para concluir pelo não cabimento da intervenção federal. Desse modo, nota-se que o STF, aceitando a possibilidade de se invocar a reserva do possível, relaciona a cláusula à disponibilidade financeira.

Igualmente, em decisão que reconheceu a existência de repercussão geral em recurso extraordinário, o STF se refere à “*cláusula da reserva financeira do possível*⁵⁰”. No caso se cogitava da reserva do possível em face de pedido de indenização por dano moral, decorrente da excessiva população carcerária.

⁴⁷ Daniel Wang conclui que “*as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal em matéria de intervenção federal pelo não pagamento de precatórios tratam, em sua maior parte, da escassez de recursos, dos custos dos direitos e da reserva do possível de forma muito diferente daquelas que versam sobre o direito à saúde e à educação*”. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*, p. 368.

⁴⁸ IF 470/SP. INTERVENÇÃO FEDERAL. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 26/02/2003. REQTE.: VALDIR FRANCISCO SIMOES E OUTROS. REQDO.: ESTADO DE SÃO PAULO.

⁴⁹ Para um exame de diversos votos em pedidos de intervenção federal semelhantes, consultar Daniel Wang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*, p. 364-367.

⁵⁰ RE 580252 RG/MS. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 17/02/2011. RECTE.: ANDERSON NUNES DA SILVA. RECD.: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Ementa: LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXCESSIVA POPULAÇÃO CARCERÁRIA. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL. Possui repercussão geral a questão constitucional atinente à contraposição entre a chamada cláusula da reserva financeira do possível e a pretensão de obter indenização por dano moral decorrente da excessiva população carcerária.

Na decisão da ADPF n° 45⁵¹, não obstante tenha sido julgado prejudicado o pedido pela perda do objeto, o STF fez considerações a respeito da reserva do possível. Neste caso, porém, o Ministro Celso de Mello, relator, manifestou-se também sobre a necessidade de razoabilidade da pretensão, a par de existência de recursos para atendê-la:

“(...)Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.”

Nessa decisão o STF abordou a questão da razoabilidade da pretensão, no sentido aqui defendido. No entanto, em decisões posteriores o Tribunal tem examinado a reserva do possível somente pelo ângulo da disponibilidade financeira, ao qual costuma ater-se também a doutrina.

4. Reserva do possível como aquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade

Muito embora haja um vasto espaço para a discussão de questões afetas à existência de recursos estatais suficientes para a implementação dos direitos fundamentais⁵², e

⁵¹ ADPF 45 MC/DF. MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Rel. : Min. Celso de Mello. Julgamento: 29/04/2004. ARGDO: Presidente da República. ARGTE: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB.

⁵² Partindo-se do entendimento de Holmes e Sunstein de que não só os direitos sociais demandam gastos do Estado, mas também os direitos individuais e políticos: “*all rights are positive rights.*” HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights – why liberty depends on taxes.* New York: Norton, 1999, p. 48. Não obstante, é com relação aos direitos sociais que se observam as maiores polêmicas quanto às despesas estatais. Afirma Ana Paula de Barcellos que “*a diferença entre os direitos sociais e os individuais, no que toca ao custo, é uma questão de grau, e não de natureza. Ou seja: é mesmo possível que os direitos sociais demandem mais recursos que os individuais, mas isso não significa que estes apresentem custo zero.*” *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 280.

em especial dos direitos sociais⁵³, sobretudo em épocas de crises financeiras⁵⁴, defende-se aqui que a reserva do possível deve abranger, nos termos da sua formulação originária, a constatação daquilo que o indivíduo pode exigir de forma razoável do Estado e da sociedade.

Assim, sob a denominação de reserva do possível não estariam contidos apenas os debates envolvendo eventuais restrições financeiras do Estado. A cláusula da reserva do possível, na forma em que criada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, é muito mais ampla, não cuidando somente do aspecto financeiro das demandas feitas perante o Estado.

No mesmo sentido é a lição de Ingo Sarlet quando afirma que a reserva do possível, “*compreendida em sentido amplo, abrange mais do que a ausência de recursos materiais propriamente ditos indispensáveis à realização dos direitos na sua dimensão positiva*”⁵⁵.

Portanto, a reserva do possível não compreende tão-somente a existência de destinação orçamentária e de recursos em caixa. A mera disponibilidade financeira não conduz necessariamente ao fornecimento da prestação visada, devendo ser examinada a razoabilidade da pretensão⁵⁶.

Conclusão

- 1- A cláusula da reserva do possível, formulada inicialmente pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, surge como um limite à efetivação dos direitos fundamentais.
- 2- No Brasil, a cláusula tem sido associada à existência ou não de recursos financeiros para tornar efetivos os direitos sociais. A doutrina e também a jurisprudência têm ressaltado o aspecto econômico da reserva do possível.
- 3- No entanto, deve ser considerada a razoabilidade ou não da pretensão, conforme se depreende do conceito apresentado pelo tribunal alemão para a reserva do possível (“*reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir*”).

⁵³ Considerando-se os direitos sociais como espécie de direitos fundamentais, o que garantiria àqueles o regime jurídico destes. Nesse sentido, entende Vidal Serrano Nunes Junior que “*os direitos sociais se integram aos chamados direitos fundamentais*”. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, p. 65. Cf. também a obra *Direitos Fundamentais Sociais*, cujo próprio título expressa igual entendimento. Coordenadores: J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵⁴ O direito não é imune à conjuntura financeira, podendo concordar-se com J. Isensee quando afirma que “*normas constitucionais não afastam as crises econômicas*”. Apud TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, p. 105. Assim, pode se indagar como tornar efetivo um direito garantido por lei ou pela própria Constituição em face de uma crise econômica que acarrete escassez de recursos estatais.

⁵⁵ *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, p. 29.

⁵⁶ Ingo Sarlet possui entendimento semelhante: “*mesmo em dispendo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável*”. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, p. 29.

da coletividade”). Cabe à sociedade como um todo definir os limites da atuação estatal em prol de seus membros, considerados individualmente. Apenas aquilo que se entende como razoável fará parte da reserva do possível e poderá ser concedido aos indivíduos.

4- Não se defende aqui a alegação da reserva do possível pelo Estado para que ele possa simplesmente se furtar ao cumprimento de suas obrigações, em especial aquelas previstas em nível constitucional. O que se defende é que, ainda que exista disponibilidade financeira, não é tudo que é razoável ao indivíduo exigir do Estado. Somente será possível atender àquilo que se insira nos limites do razoável. Somente o que se aceite, racionalmente, como exigível do Estado e, em última instância, da própria coletividade.