

**Me. Antônio Dantas de Oliveira Junior**



Universidade Federal do Tocantins, UFT,  
Brasil

**Dra. Dênia Rodrigues Chagas**



Faculdade de Ciências do Tocantins,  
FACIT, Brasil

[dra.denia.enf@gmail.com](mailto:dra.denia.enf@gmail.com)

---

## O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E AS ESCOLHAS TRÁGICAS: O PAPEL DO JUDICIÁRIO

---

### RESUMO

Esse artigo busca compreender as polêmicas acerca do princípio da reserva do possível, muitas vezes mal interpretado pela doutrina jurídica, mas que, diante de recursos escassos, vem acarretando "escolhas trágicas" com a priorização de um direito sobre outro. Considerando a instabilidade na criação, implementação e execução de políticas públicas sociais estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, o que se percebe, na prática, é uma judicialização da política, na medida em que se está a falar em direitos fundamentais. Conseqüentemente, o cidadão lesionado pela omissão do Estado, individual ou coletivamente, possui o direito público subjetivo de ajuizar uma demanda a um terceiro imparcial, o juiz.

**Palavras-chave:** Reserva do Possível. Política Públicas e Alocação de Recursos. Escolhas Trágicas. Controle Social. Direitos Fundamentais.

---

### THE PRINCIPLE OF THE RESERVATION OF THE POSSIBLE AND THE TRAGIC CHOICES: THE ROLE OF THE JUDICIARY

---

### ABSTRACT

This article seeks to understand the controversies surrounding the principle of the "reserve of the possible", often misinterpreted by legal doctrine, but which, in the face of scarce resources, has led to "tragic choices" with the prioritization of one right over another. Considering the instability in the creation, implementation and execution of social public policies established by the Executive and Legislative Branches, what is perceived, in practice, is a judicialization of politics, to the extent that we are talking about fundamental rights. Consequently, citizens injured by the omission of the State, individually or collectively, have a subjective public right to file a claim with an impartial third party, the judge. The research method established was a bibliographic review based on data from articles published in periodicals and thesis databases.

**Keywords:** Reserve of the Possible. Public Policy and Resource Allocation. Tragic Choices. Social Control. Fundamental Rights.

**Submetido em:** 28/03/2023

**Aceito em:** 12/04/2023

**Publicado em:** 18/04/2023

## 1 INTRODUÇÃO

É preciso efetivar os direitos fundamentais que se encontram previstos em uma Constituição, sob pena deles, sejam prestacionais ou não, serem apenas uma promessa constitucional vaga. Sem perder de vista que o Estado não conseguirá atender aos direitos fundamentais de maneira universal, por exemplo, a polícia não está em todo o lugar e no mesmo instante para assegurar a vida das pessoas, bem como nem todos conseguirão atendimento de saúde com um nível de excelência.

É preciso uma compreensão, apesar das diferenças, entre o direito e a política, no campo da legislação ou da jurisdição, já que no primeiro caso uma Constituição não é feita apenas de argumentos jurídicos sem ideologia política; e, na segunda situação, uma decisão judicial pode ter, perfeitamente, consequências políticas. Ocorre que, um tribunal, uma corte constitucional deve perceber quando está a interferir em uma discussão política ou, por outro lado, atuando como garante de direitos fundamentais.

A origem do princípio da reserva do possível advém da Alemanha no ano de 1972, em uma decisão do Tribunal Constitucional Federal daquele país, conhecida como *Numerus Clausus*, que limitou o número de vagas em universidades públicas diante de um elevado número de candidatos, com base no que, por parte do indivíduo, seria razoavelmente exigível da sociedade (NOVAIS, 2010, p. 90), em duplo aspecto: a condição material do titular do direito e a previsão orçamentária, esta última, da competência do legislativo, na qual se ventilavam escolhas na alocação de recursos, sob pena de ferir o princípio democrático da separação de poderes. Assim, não bastaria ser somente razoável, mas, acima de tudo, financeiramente possível (CANOTILHO, 2004, p. 190).

Canotilho (1998, p. 439) pondera que: “um direito social sob reserva dos cofres cheios equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. É preciso que haja uma delimitação do que é reserva do possível na Alemanha, e do que seja em países de terceiro mundo ou em desenvolvimento como o Brasil”.

A Alemanha, além de possuir uma economia, relações sociais, culturais estáveis e mais bem distribuídas, já há muito tempo assegura direitos sociais não previstos na Constituição de maneira adequada nos campos da saúde, educação básica, habitação, segurança pública etc. A reserva do possível é a última ratio da Administração Pública em questões de uma relevância menor, diferentemente de Estados em que as necessidades vitais, básicas da sociedade não são asseguradas.

A diferença na aplicabilidade da cláusula da reserva do possível em países de primeiro e terceiro mundo ou em desenvolvimento é abissal, no instante em que não se tem como igualar, nas decisões dos tribunais, a situação de um indivíduo que, no primeiro caso, deseja estudar em universidade pública (ANDRADE, 2008, p. 114-115); e, no último caso, busca a manutenção da própria vida.

Nos direitos prestacionais é preciso que a reserva do possível, nos aspectos fáticos e jurídicos (SARMENTO, 2008, p. 569), seja observada, isto é, que exista disponibilidade financeira necessária para a satisfação do direito e que haja autorização orçamentária para o Estado arcar com tais custos. Entretanto, o mínimo social ou existencial fará um contraponto que definirá a possibilidade do reconhecimento ou não de uma sindicabilidade individual ou coletiva, o que significa não poder ser dirimida na regra Dworkiana do tudo ou nada (DWORKIN, 1978, p. 24-26).

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo trazer à baila que o Estado não conseguirá atender com um grau de excelência as necessidades mais variáveis, independentemente das políticas públicas, isso porque dependerá de recursos financeiros, além do que se deve observar, regra geral, a discricionariedade da Administração Pública. E para investigação do tema em debate tem como questionamento saber até que ponto, face a gama de direitos fundamentais, o princípio da reserva do possível pode ser utilizado como justificativa da realização ou não de uma política pública, e o limite da atuação do judiciário quando provocado.

Diante do exposto apresenta-se como problema de pesquisa: A aplicação dos direitos fundamentais sociais prestacionais se vinculará ao princípio da reserva do possível? Aponta-se como hipóteses: eis que o Estado deverá arcar com gastos para implementação de políticas públicas. E, como os recursos são limitados e as necessidades ilimitadas, o Poder Público precisará fazer “escolhas trágicas” no sentido de atender ao interesse público, priorizando umas (políticas públicas) em detrimento de outras. E ainda: É imprescindível, diante de escolhas trágicas na administração pública, um sistema de avaliação de políticas públicas, com o escopo de melhor escolhas de investimentos dos recursos públicos, um planejamento econômico racional, e a necessidade de modernização da gestão pública, da reforma do setor público, sendo a avaliação das políticas públicas o último estágio do que se intitula “ciclo de políticas”, visando o aprimoramento e a criação de novas políticas e programas em curso, sem perder de vista a prestação de contas e a responsabilização de agentes estatais, o que a doutrina vem denominando de *accountability*, isto é, o gestor, o governo prestando contas ao povo (FARIA, 2005, p. 98).

Assim, estabeleceu-se como métodos revisão bibliográfica baseada em dados em artigos publicados em periódicos, bancos de teses.

## 2 A RESERVA DO POSSÍVEL

### 2.1 ASPECTOS DA RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL E ESCOLHAS TRÁGICAS

No Brasil, em que os direitos sociais fundamentais, previstos na Carta Magna, estão engatinhando, e a maioria da população com acesso a pouca saúde, somando-se ao elevado nível de descaso dos Poderes Executivo e Legislativo por ausência de vontade política, não é lógico que se interprete como os mesmos rigores de nações mais evoluídas o princípio da reserva do possível. Com isso, as decisões de alocação de recursos e políticas públicas não devem ficar ao alvedrio dos poderes essencialmente políticos.

Na atualidade, face a gama de políticas públicas e a finitude dos recursos, mister se faz uma contenção de gastos públicos, mas buscando a melhoria da eficiência e da produtividade nos serviços prestados. Assim, os governos precisam de uma capacidade de resposta sobre as políticas públicas escolhidas e executadas.

Infelizmente, a política de avaliação de políticas públicas não se limita aos interesses prioritários da sociedade, isso porque a avaliação pode se basear, como menciona Faria (2005, p. 100), por exemplo, nos interesses da disputa eleitoral, no controle das interações intergovernamentais e na busca de acomodação de forças no âmbito intraburocrático.

É de fundamental importância, na formulação e avaliação de políticas públicas e planejamento governamental, a administração pública observar, com certa regularidade, os indicadores sociais levantados (analfabetismo, rendimento médio de trabalho, a demanda de vagas em leitos de hospitais e em estabelecimentos prisionais, a proporção de crianças matriculadas nas escolas e o percentual da evasão escolar, a expectativa de vida da população, mortes por homicídios, roubos à mão armada por 100 (cem) mil habitantes, rede de esgoto, abastecimento de água, etc.), na busca de uma política pública indispensável e eficiente.

Pautando-se o administrador pelo critério dos indicadores é constatada uma melhoria na alocação de recursos em políticas públicas. Isso se deve ao fato de que houve no Brasil a reforma gerencial da gestão pública em meados dos anos de 1990, e, nos últimos 20 (vinte) anos, um controle social do Estado brasileiro, por intermédio da mídia, de sindicatos, e da sociedade civil, os quais passaram a ter um maior poder de fiscalização dos gastos públicos (JANNUZZI, 2005, p. 138).

Passados mais de 30 (trinta) anos da Constituição Federal de 1988, o que se percebe é que a edição de normas, a produção doutrinária, e mesmo a prolação de decisões judiciais não conseguem garantir integralmente a efetivação de políticas públicas que visa a promoção de direitos fundamentais.

O fato é que a política pública prevista como norma imprescindivelmente precisará de uma implementação, v.g, a criação de estruturas administrativas, a continua alocação de recursos, a contratação de pessoas e infraestrutura suficientes para atender aos destinatários da política, a produção de relatórios, as pesquisas de monitoramento, etc., bem como, pós implementação, mister se faz a verificação dos resultados da política pública, sob pena de não se ter com avaliar se uma política pública está atendendo seus objetivos, se precisa de melhorias ou alterações (BARROSO, 2018, p. 57).

Dito isso, as políticas públicas precisam de metas concretas e mensuráveis, a informação acerca delas poderá ser exigida e devem ter sistemas de monitoramento capazes de apurar e informar os resultados desagregados por ela produzidos (BARROSO, 2018, p. 62).

Lado outro, diante da conjectura, os limites na gestão da coisa pública, em especial, na saúde, não são somente econômicos, mas, v.g., de pessoal, de órgãos humanos, de leitos, de profissionais especializados, de equipamentos etc. Amaral (2010, p. 75), citando John F. Kilner aduz que "em outras palavras, critérios de seleção de pacientes são desesperadamente necessários hoje em todos os lugares e continuarão a sê-lo no futuro". Esse futuro já chegou com a pandemia mundial da COVID-19.

Assim sendo, no instante em que o Estado define o quantum vai disponibilizar na área da saúde e a quem atenderá, automaticamente, implicará em escolhas trágicas (AMARAL, 2010, p. 81), o que é originário da escassez natural. Como ensina Reis Novais, citando Rawls, acerca dos direitos sociais e atuação do Estado em uma situação de escassez moderada de recursos há sempre esse condicionamento inevitável (NOVAIS, 2010, p. 89).

A cláusula da reserva do possível possui duas características: a fática que diz respeito à ausência de recursos financeiros, humanos e de infraestrutura para a efetivação do direito, e a jurídica relacionada à legalidade orçamentária (BORGES, 2008, p. 88).

Nas lições de Sarlet, o princípio da reserva do possível divide-se em duas dimensões, uma de natureza fática (aquilo que o Estado economicamente pode dispor), e outra de natureza jurídica (competência dos destinatários para decidir sobre a alocação de recursos) (FIGUEIREDO, 2007, p. 132). Por ser questão de matriz constitucional, o poder político como regra, desde que atue com razoabilidade e proporcionalidade, deve definir as dimensões da reserva do possível.

Outro fator dificultoso na concretização de um direito fundamental social por interferência de uma justiciabilidade é referente ao princípio da isonomia (BORGES, 2008, p. 88), pelo fato de uma decisão judicial não poder limitar os direitos fundamentais de outros cidadãos que também esperam do Poder Público um mesmo tratamento.

O que se observa no Brasil são decisões judiciais sendo executadas de maneira razoável quando se trate de bens privados postulados em demandas individuais, por exemplo, medicamentos e internações. De maneira oposta, nas ações coletivas e/ou demandas que envolvem bens públicos, dentre elas, alteração correção ou implementação de uma política pública, a execução de decisões judiciais são morosas ou mesmo podem não acontecer. Entretanto, não caberá ao Judiciário elaborar o sistema de monitoramento da política pública, mas exigir sua existência, informação e publicidade dos resultados. (BARROSO, 2018, p. 57-63).

No que pertence à limitação jurídica da reserva do possível acerca das escolhas das políticas públicas por parte do executivo/legislativo podem sofrer o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, caso ocorram abusos, e isso não significa afronta à separação de poderes ou à soberania popular. O Estado tem que obedecer, na elaboração do orçamento, as tarefas, os encargos constitucionais (BORGES, 2008, p. 90) estabelecidos, havendo, portanto, uma mitigação na discricionariedade legislativa e executiva para que não ocorra uma arbitrariedade.

A cláusula da reserva do possível não pode ser considerada como uma regra "do tudo ou nada" (ALEXY, 2012, p. 85) e sim um princípio, como um mandamento de otimização (algo que deve ser efetuado no maior peso possível, com observância às possibilidades jurídicas e fáticas existentes), uma vez que o judiciário, excepcionalmente, diante de uma ponderação, poderá ordenar, por exemplo, a transferência de verba orçamentária para alocar em rubrica que atenda valores maiores dos cidadãos. Assim, os operadores do direito devem observar a classificação da norma jurídica em princípios e regras (DWORKIN, 1978, p. 22).

O Estado não pode se eximir, porém deve haver por parte dos poderes políticos uma atuação com priorização progressiva nas definições das previsões orçamentárias em matéria de direitos sociais prestacionais. Não sendo suficiente o argumento estatal de escassez de recursos ou de que se investiu apenas o que seria possível. É que o Estado deve demonstrar uma atuação com critério nas escolhas mais fundamentais, até porque a responsabilidade pelo ônus da prova é sua e não do hipossuficiente. Em situação de normalidade, em um Estado Social, como leciona Novais (2010, p. 115) a escassez nunca é absoluta.

Quer-se dizer: diminuam-se os gastos com o que é supérfluo, não essencial e investe-se maciçamente em direitos fundamentais essenciais, dentre eles: saúde, educação, segurança pública, sistema prisional, sob pena do judiciário intervir para assegurar, ao menos, o mínimo existencial, não no aspecto do direito fundamental social, mas no campo da dignidade da pessoa humana. A reserva do possível, a não ser em uma situação de total escassez de recursos, não pode prevalecer sobre o mínimo existencial.

Como é perceptível, o poder político deverá fazer escolhas, o que não conseguirá, por conseguinte, abarcar a todas as necessidades sociais fundamentais, mas, ao menos, levar em conta o desenvolvimento econômico e as finanças estatais.

## 2.2 A MAIORIA PARLAMENTAR E A RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do financeiramente possível, no Brasil, com a Carta Magna de 1988, não pode ser vista como um obstáculo intransponível à concretização dos direitos fundamentais, mormente porque, direitos fundamentais não podem ser deixados à mercê de uma maioria parlamentar (NOVAIS, 2010, p. 91). A natureza maior dos direitos fundamentais é justamente limitar o poder do legislador (MENDES, 2011, p. 564), assegurando determinados direitos individuais e coletivos, quando houver uma excessiva restrição ou uma deficitária proteção nos direitos jusfundamentais em detrimento da maioria do parlamento.

A tutela jurisdicional dos direitos sociais implica em que o Poder Judiciário ordene a concretização de um direito social com previsão constitucional. A dificuldade é saber precisar o limite da intervenção judicial ou se deve havê-la, eis que, nesse caso, há uma necessidade da implementação de políticas públicas (envolvem gastos) pelo Estado, e que, em tese, a proteção de um direito estatal deve ficar sob a batuta da ação do Estado.

A grande preocupação na concretização pelo Poder Judiciário é em relação aos gastos públicos, pois quando se obriga que o Estado utilize recursos em determinado direito social, a Administração Pública não

terá condições de arcar, em algumas situações, com o atendimento da decisão judicial, na efetivação de outros direitos fundamentais que foram considerados mais importantes para a sociedade.

Ocorre que, analogicamente com a Constituição Portuguesa, diante do quadro constitucional brasileiro, pode-se afirmar que a democracia social, muito mais ambiciosa que a liberal, nas lições do professor português Sampaio (2014, p. 148): “é um objectivo a realizar mediante a observância das exigências do princípio democrático e do princípio do Estado de Direito”. Nesta conjectura, ainda segundo o autor citado, uma democracia somente pode funcionar se oferece a todas as classes sociais as mesmas oportunidades no processo econômico. Como se depreende, tipicamente é o caso da Constituição brasileira em razão de defender um Estado social de Direito Democrático, por isso a cláusula do Estado Social é um princípio vinculante para os poderes públicos.

Ante o aqui expandido, o fato é que cada sociedade possui centenas de problemas que alguns cidadãos acreditam ser questões de interesse e a respeito dos quais o estado-gestor deve atuar. Entretanto, na prática, uma pequena proporção de problemáticas é realmente absorvida no desenvolvimento de políticas públicas.

Surge, assim, a figura da definição de agenda, isto é, um processo pelo qual os governos decidem quais questões precisam da sua atenção, do que constitui o “problema” e quais ações de políticas públicas subsequentes são destinadas a resolver. Por óbvio, o mau enquadramento dos problemas públicos acarreta soluções ineficazes e inúteis.

Na relação entre direitos fundamentais e políticas públicas, em tese, nem todos os problemas públicos são reconhecidos como problemas pelos governos, e, por causa, de suas limitações de recursos e de tempo, há somente um número limitado de problemas públicos na agenda que os gestores podem abordar em um dado momento.

Como se vê, há a possibilidade de intervenção do judiciário na garantia desses direitos, mas sem esquecer da limitabilidade dos recursos. Além do que, o Poder Público é quem tem o ônus argumentativo de explicitar o porquê não investiu em determinada área de interesse coletivo do Estado em prol de outra, por exemplo, gastos excessivos com publicidade e festas, como é comum no Brasil, e investimentos insuficientes na saúde básica, na educação pública, na segurança pública, sistema prisional etc., com um claro comportamento governamental desviante.

### **3 OS DIREITOS DE LIBERDADE, OS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL**

Há diferenças entre direitos civis e políticos e econômicos e sociais? Sim, mas não se pode cunhar os primeiros simplesmente como não prestacionais e os segundos como prestacionais. Já que, ambos, podem ser caracterizados cumulativamente como negativos e positivos (COURTIS, 2011, p. 33), por isso o alcance das distinções ultrapassa o conteúdo, e atingem o grau de relevância que as prestações têm para um e outro tipo de direitos (a relevância do fazer para os direitos prestacionais tem um alcance maior, como é o não fazer para os direitos não prestacionais e vice-versa). É a ausência de obrigações negativas e positivas puras<sup>1</sup>.

Pensando na liberdade de expressão e imprensa como direito civil e político, também pode ser visto como um direito social, pois o Estado não poderá proibir a liberdade de informação a toda e qualquer pessoa. De outra banda, o direito à saúde além de ser prestado pelo Estado, terá ele a obrigação de não piorar o citado serviço; de não impedir o acesso à educação de alguém etc.

O argumento, outrora mencionado, é por causa da natureza dúplice (positivas e negativas) dos direitos sociais, econômico, civis e políticos. Obviamente, nas obrigações estatais de fazer ou de dar é preciso, quando não envolver uma regulação do estado para o desempenho de uma atividade, certo capital por parte do estado, porém nada impede que o ente estatal procure parcerias, sujeitos igualmente responsáveis (COURTIS, 2011, p. 42), para diminuir os gastos.

Independentemente de alguns direitos sociais e econômicos estarem consagrados em Constituições, como a brasileira, e figurando em tratados internacionais não é o bastante para sua observância, sendo fator decisivo que o Poder Judiciário possa atuar para fazer valer tais direitos, ao menos, resguardando o mínimo necessário, na medida em que proclamar um direito subjetivo é uma coisa, e outra bem diferente é o seu cumprimento e acesso a toda população. Neste último caso, a justiça, a exigibilidade judicial é primordial não apenas aos direitos civis e políticos, mas aos direitos econômicos e sociais.

<sup>1</sup> Segundo Contreras (1994, p. 21): “Não existem, em resumo, obrigações ‘negativas’ puras (ou melhor direitos que comportem exclusivamente obrigações negativas) [...]”.

Na problemática dos direitos sociais é preciso saber se o Poder Judiciário tem a condição necessária de planejar políticas públicas através de uma situação posta na justiça; se o Estado-Juiz possui meios coercitivos para que haja uma execução de sua sentença que obrigue

o Estado executor a assegurar um direito social omitido ou não prestado a uma terceira pessoa; e se a concessão pela justiça de um direito social a uma pessoa determinada, aquela que provocou a atuação judicial, não desencadearia desigualdades para as pessoas que não participaram do julgamento.

Os questionamentos acima são intrigantes, porém o Estado não é o salvador da pátria que cumprirá e assegurará isoladamente todos os direitos sociais, isso porque nada impede que alguns serviços dessa natureza, com a regulamentação do Estado, sejam prestados com a coparticipação de particulares que investirão no mercado, por exemplo, na saúde, na educação etc., por intermédio de autorizações, permissões ou licenças possam atuar.

As sentenças judiciais em matérias dessa natureza, caso descumpridas, podem acarretar o pagamento de multa por intermédio do Estado, a possibilidade de uma ação direta interventiva contra o ente federativo inadimplente, além de ser uma forma de pressionar o Estado a fazer uma agenda política dos assuntos decididos pela justiça, o que, diante de uma violação, possibilita à judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Nesse sentido é o ensinamento de Alexy:

Como mostrou a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (alemão), de modo algum um tribunal constitucional é impotente frente a um legislador inoperante. O espectro de suas possibilidades processuais constitucionais se estende, desde a mera constatação de uma violação da Constituição, através da fixação de um prazo dentro do qual deve sancionar-se uma legislação acorde com a Constituição, até a formulação judicial direta do ordenado pela Constituição. (ALEXY, 1993, p. 497)

É perceptível, portanto, no caso dos direitos sociais, econômicos e culturais não ser o Poder Judiciário o protagonista para assegurá-los e sim o poder político, mas nada impede a justiça, com a devida provocação, ser um meio, um garante na formação de algumas políticas públicas no setor social.

O argumento da reserva do financeiramente possível precisa ser analisado de forma sistêmica, não à vista somente dos direitos sociais, mas do gênero direitos fundamentais, isto é, nos direitos negativos clássicos de liberdade ou de defesa há também um gasto, um custo econômico ao erário, entretanto, esses direitos, civis e políticos, não perdem sua característica jusfundamental.

Pode-se tomar como paradigma para explicar o assunto, em países democráticos como o Brasil, o grande dispêndio econômico, em direitos de liberdade, para realizar o processo eleitoral; o direito de propriedade privada em que o aparelho estatal deve manter um aparato para protegê-la, por intermédio de proteção policial, instituições adequadas, sistema judicial; indenizações por ofensas aos direitos de liberdade, eis que levar a sério os direitos, significa levar a sério a escassez (HOMES, 1999).

Todo e qualquer direito – positivo ou negativo – pleiteado em desfavor do Estado depende de recursos públicos, e não apenas os denominados de positivos, como ensina Stephen Holmes e Cass Sunstein – “The Cost of Rights: why liberty depends on taxes.” A diferenciação seria que os direitos de liberdade não se sujeitam a regulamentações ou a políticas públicas, e, por conclusão, não acarretam situações que envolvam o Judiciário em uma intromissão indevida.

Analisando os gastos públicos, seja nos direitos de liberdade, seja nos direitos sociais, percebo uma diferença tênue: nos primeiros, os recursos estariam automaticamente inseridos no sistema estatal, daí os mecanismos de proteção do indivíduo (direitos de defesa contra o Estado) fazerem parte da própria estrutura, sem a qual a figura do Estado de Direito seria inócua. Nos segundos, haveria uma variabilidade na disponibilização dos recursos, não sendo algo uniforme, por dependerem da necessidade de cada indivíduo, mesmo em uma demanda coletiva.

Sarlet (2009), Amaral (2010), Galdino (2005) e outros afirmam que todos os direitos fundamentais (defesa e prestacionais) são sempre positivos, isto é, mesmo as liberdades, direitos e garantias precisam de um montante financeiro para a sua implementação e proteção. No mesmo sentido Nabais (2007, p. 175) quando suscita que independentemente dos custos que envolvem os direitos fundamentais, os dispêndios servem, igualmente, para que o Estado efetue a própria defesa da pátria.

Ocorre que, será possível dizer que um direito de propriedade deve merecer um maior dispêndio econômico em relação a direitos sociais como saúde, educação, segurança pública, sistema prisional etc.

Atualmente, esses direitos devem ser considerados como de primeira linhagem e parte da engrenagem principal de um Estado intitulado como social o que ratifica sua essência fundamental.

Como citado, o Estado tem o dever de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais, porém, em regra, no primeiro, típico dos direitos negativos, não há gastos públicos; diferentemente dos segundo e terceiro mais relacionados aos direitos prestacionais e que há gastos condicionados à reserva do possível.

O direito reconhecido de um cidadão à saúde, à educação, à segurança pública, à liberdade de religião, à liberdade de ir e vir, não ocasiona diretamente o dispêndio de recursos financeiros por parte do Estado, diferentemente quando o Estado precisa proteger (violação de direitos fundamentais) e promover (criar os mecanismos para utilização desses direitos), pois uma coisa é a previsão de um direito e outra é ter acesso aos direitos fundamentais.

Diante disso, no direito de defesa, de não intervenção estatal, de conduta negativa, regra geral, o cidadão caso esteja sendo tolhido indevidamente, em não poder professar a sua fé, seu direito de reunião, sua opção sexual, ou mesmo em um direito social não prestacional como a liberdade de associação sindical ou greve, poderá interpor ações devidas no judiciário e com aplicação imediata, sem a preocupação de haver ou não legislação ou recursos financeiros. Por outro lado, os direitos sociais prestacionais, em regra, consideram o oposto, pois o Estado, como destinatário da norma, deve atuar, promovendo esses direitos, e, para isso, a reserva do possível é imprescindível.

Os direitos sociais prestacionais estão vinculados diretamente a uma distribuição e gastos de recursos para atingirem o seu fim, e os direitos de liberdade independem diretamente de disponibilidade financeira. Em tese, a liberdade de opções para ser assegurada não está adstrita diretamente ao fator econômico, contrariamente quando da disponibilização de um serviço público médico hospitalar. Cabe frisar que, em determinadas circunstâncias esse argumento perde a importância, haja vista a possibilidade de um direito social positivo ser caracterizado ora negativo, ora positivo.

Os direitos de liberdade, apesar da singeleza da diferenciação, da mesma forma que os sociais prestacionais precisam de recursos para ser garantida a liberdade, seja de reunião, opção sexual etc. Assim, carece da atuação da polícia, do judiciário, do ministério público, o que acarreta despesas públicas.

O direito reconhecido à saúde, à educação, à segurança pública e à liberdade não ocasiona diretamente o dispêndio de recursos financeiros por parte do Estado, diferentemente quando o Estado precisa protegê-los (violação de direitos fundamentais) e promovê-los (criar os mecanismos para utilização destes direitos), isso porque uma coisa é a previsão de um direito e outra é ter acesso aos direitos fundamentais. Nos direitos de liberdade, em casos específicos, sua natureza passa a ser prestacional, daí a relevância, como ensina Bonavides (1999, p. 515), de se falar em direitos fundamentais propriamente ditos.

Então, qual o motivo da diferenciação entre os direitos negativos e positivos? Segundo Silva (2011, p. 231) os direitos sociais "custam mais dinheiro", e os gastos se dividem em: "institucionais" e "sociais"; os primeiros inerentes a todos os direitos (positivos e negativos, com a manutenção das instituições), e os segundos referentes aos direitos sociais, demonstrando uma maior dimensão econômica.

Necessariamente, os direitos sociais prestacionais não custam mais caros que os direitos de liberdade, porém, nestes últimos, o Estado tem como prever e organizar os gastos; nos direitos sociais, em regra, não há como fixar um gasto estável, por isso a importância e necessidade do princípio da reserva do possível.

Os direitos de liberdade, mesmo sendo fundamentais, diante da reserva geral imanente de ponderação, não são absolutos, no sentido de que um direito deverá prevalecer sobre o outro, sem que ocorra o impedimento de uma judicialidade. Nos direitos sociais, além da possibilidade da ponderação, mister se faz a observância da reserva do financeiramente possível que, por sua vez, vai gerar uma maior dificuldade de controle da justiça constitucional. A limitação desses direitos em face de outros igualmente dignos de proteção não tolhe a natureza jusfundamental.

A escassez de recursos não pode servir de esQUIVA do Estado para descumprir, de maneira generalizada, sem fundamentação plausível e sem progressividade social com seus deveres constitucionais. Conclui-se: não só os direitos negativos, mas os direitos positivos podem ser judicializados diante de uma omissão ou ação Estatal desidiosa, sem que haja uma fratura no princípio da separação dos poderes.

O fato é que, de uma forma ou de outra, em qualquer dos direitos analisados, prestacionais ou não, como regra, seja para mais, seja para menos, o Estado terá que disponibilizar verbas públicas, e a diferença, sem perder a característica da fundamentalidade, será que nos direitos prestacionais é condição *sine qua non* a reserva do possível, já nos direitos de liberdade, não.

## 4 PROGRESSIVIDADE SOCIAL E A EXCEPCIONALIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL

### 4.1 PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS E A PROGRESSIVIDADE

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC (FIGUEIREDO, 2007, p. 138), em que o Brasil é signatário, no seu artigo 2, item 1<sup>2</sup>, prevê que cada Estado-parte comprometa-se, até o máximo das possibilidades financeiras, a cumprir o acordado, em especial no seu art. 12, item 12, o direito das pessoas de desfrutarem de saúde física e mental. Com isso, se percebe que a efetivação de todos os direitos sociais não ocorrerá em um único instante, mas de maneira gradual, progressiva.

Dessa forma, no aspecto da progressividade dos direitos sociais, reconhece-se que o Estado, de imediato, não conseguirá, diante da limitabilidade de recursos, atender todas as questões sociais, por isso, deve, de maneira gerenciada e crescente, atender às necessidades sociais, por se tratar de um direito fundamental. Não pode ocorrer é a estagnação ou a não atuação dos poderes legítimos na implementação dos direitos sociais, o que configuraria uma desídia estatal passível de sindicabilidade.

É perceptível que os direitos sociais devem ser conferidos a terceiros como direitos subjetivos públicos (BRITO 2002, p. 125) progressivos, e o princípio da progressividade como premissa primeira da concretude desses direitos.

### 4.2 A EXCEPCIONALIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL, O DESTINATÁRIO DA NORMA E A EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A reserva do possível deve ser utilizada pela Administração Pública de maneira excepcional, e não, como corriqueiramente argui-se. Negar os direitos fundamentais sociais é o mesmo que negar a força normativa da Constituição, além do que, o judiciário, assim como nos direitos de liberdade, nos conflitos envolvendo direitos sociais, mesmo atento ao financeiramente possível, deve realizar uma reserva geral imanente de ponderação entre princípios acerca das escolhas estatais (ALEXY, 2006).

Barcellos (2007, p. 14) sobre a temática: “A definição dos gastos públicos é, por certo, um momento típico de deliberação político-majoritária; salvo quando essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais... é certo que a delegação envolvida na representação política não é absoluta; não se trata de um cheque em branco”.

A competência orçamentária, no Brasil, conforme artigo 165 e seguintes da CRFB, é do poder legislativo, pois o poder político tem a obrigação de definir a destinação dos recursos, controlar o dinheiro público, mas as escolhas e os gastos devem ser motivados, com uma justificativa plausível, caso contrário a decisão final, em um sistema de freios e contrapesos, deve ser do judiciário. O que se está a afirmar não é a inversão de papéis entre os poderes, mas que eles atendam os fins prioritários previstos na Constituição Federal.

O simples fato de um parlamentar, de um prefeito, de um governador ou de um presidente da república ser eleito pelo voto popular não é sinônimo de “poder irrestrito”. De maneira inversa, quando não cumprirem os objetivos primeiros de uma Constituição Federal o legítimo passa a ser ilegítimo, e, conseqüentemente, não haverá óbice à intervenção judicial.

O princípio da eficiência também deve ser observado, pois o Estado para ser eficiente necessita que seus administradores saibam gerenciar as despesas públicas e evitem gastos desnecessários, nos termos dos artigos 37<sup>3</sup> e 169, parágrafos 3º e 4º<sup>4</sup>, da CRFB.

No âmago da reserva do possível nos direitos sociais (NOVAIS, 2010, p. 116), um fator que deve ser observado é a separação de poderes, isto é, não se trata de saber quem tem “mais força”, se o juiz, se o administrador ou se o legislador, mas que, em um Estado Democrático de Direito, em uma conjectura de escassez de recursos, o essencial é a definição e efetivação de prioridades que estão traçadas na Lei Maior.

<sup>2</sup> Artigo 12, item 1, do PIDESC: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”.

<sup>3</sup> Artigo 37 da CRFB: “A administração pública direta e indireta [...] obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

<sup>4</sup> Artigo 169 da CRFB: “A despesa com pessoal [...] não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar [...]”.



## 5 O ÔNUS DA PROVA, A RESERVA DO POSSÍVEL E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O Código de Processo Civil Brasileiro, no seu artigo 333 e incisos<sup>5</sup>, trata da questão do ônus da prova, e a parte que não conseguir demonstrar seu argumento ficará em situação desfavorável quando do julgamento de uma ação. É incompreensível o Estado, em uma lide, sem expor nenhuma justificativa plausível, alegar a incapacidade financeira na efetivação de um direito social básico à saúde, até porque se sabe que, em maior ou menor volume, dinheiro sempre existe nos cofres públicos, mas o fundamental é o Estado demonstrar que o investimento seguiu uma lógica de prioridades e racionalidade, caso contrário, em sendo provocado, o judiciário deve assegurar o direito tutelado, seja ponderando princípios ou aplicando o mínimo necessário em um caso concreto.

A relação que deve existir entre o princípio da reserva do possível e o princípio da igualdade está no fato da Administração Pública aduzir, em inúmeras situações, a inviabilidade em atender a uma demanda social individual, com a justificativa de que se todas as pessoas que estiverem na mesma situação fizessem o mesmo o Estado irá à bancarrota.

O último argumento deve ser analisado com ressalvas pelo Poder Judiciário, porque individualmente as pessoas têm o direito constitucional de acesso a uma jurisdição na solução de um conflito, bem como o Estado deve provar que havendo o reconhecimento de uma demanda individual acarretará o ajuizamento de inúmeras ações no mesmo sentido, e a sua falta de condição financeira. Além do que, em sendo a pretensão individual razoável, deve ser assegurada pelo Estado seja por tratar-se de um direito fundamental em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao juiz incumbe, tão somente, a função de avaliar a relevância da dificuldade financeira apresentada pelo poder político (NOVAIS, 2010, p. 117), no sentido de reconhecer ou não uma pretensão individual em matéria de direito social prestacional, e não conhecimento técnico na distribuição de recursos e em políticas públicas. O que se está a afirmar não é a inversão de papéis entre os poderes, pois a definição da alocação de recursos públicos deve partir do Poder Legislativo e a implementação das políticas públicas por intermédio do Poder Executivo, desde que atendam os fins prioritários previstos na Constituição Federal.

O parágrafo segundo, do artigo 198<sup>6</sup> da Carta de Outubro dispõe sobre os recursos mínimos em saúde (fim básico) que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão. Em não havendo respeito a essa norma, ou, mesmo que haja, não consiga atender a todos aqueles que precisam de um sistema de saúde digno, não há outra saída a não ser a provocação do poder judiciário para fazer garantir a regra constitucional e o mínimo existencial, impedindo que o dinheiro público seja mal aplicado, com o que não é tão urgente.

## 6 CONCLUSÃO

No Brasil, apesar da evolução ao longo dos anos, há uma profunda crise na efetivação de direitos e garantias fundamentais, haja vista que temas de grande repercussão prevista constitucionalmente não estão sendo tratados por membros do Poder Legislativo, tampouco as políticas públicas não estão em sintonia com a realidade social, pelo fato da sobreposição de interesses de grupos políticos e sociais prevalentes, o que vem a desaguar uma enxurrada de ações na justiça, dentre elas: pedidos de medicamentos, internação em leitos hospitalares, sistema prisional, casamento de pessoas do mesmo sexo, o aborto de feto anencefálico, etc.

Dito isso, a parcela da sociedade mais politizada (professores, estudantes, juizes, advogados, promotores, intelectuais, integrantes de movimentos sociais, entre outros), até por um dever moral e de solidariedade, deverá criar meios, através de projetos sociais, de organizações não governamentais etc., no sentido de despertar a consciência social das pessoas (profissionalização, qualidade do voto, reivindicação

<sup>5</sup> Art. 333 do Código de Processo Civil: "O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito".

<sup>6</sup> Artigo 198 da CRFB: "As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e §3º".

pacífica de direitos etc.) em prol da defesa da concretização dos objetivos republicanos, e, por consequência, a diminuição do ativismo judicial que, mesmo importante no estágio democrático do Brasil, não deve ser usado como regra e em substituição automática e constante dos Poderes Legislativo e Executivo.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALEXY, R. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.
- ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.
- AMARAL, G. **Direito, Escassez e Escolhas**: Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARCELLOS, A. P. **A República que ainda não foi**: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARCELLOS, A. P. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e "reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BORGES, T. B. A Eficácia dos Direitos Sociais e o Princípio da Reserva do Possível. **Revista ESMAFE**, Recife, n. 18, p. 75-106, dez. 2008.
- BRITO, W. Que direitos sociais? Um standard mínimo lusófono de direitos sociais? **Boletim da Universidade de Coimbra**, Coimbra, 2002.
- COURTIS, C.; ABRAMOVICH, V. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.
- DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. 2. ed. London: Duckworth, 1978.
- FARIA, C. A. P. A Política da Avaliação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 20, n. 59, 2005.
- FIGUEIREDO, M. F. **Direito Fundamental à Saúde: Parâmetro para sua Eficácia e Efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GALDINO, F. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- HOMES, S.; CASS, S. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999.
- JANNUZZI, P. de M. Indicadores para diagnóstico, monitoramento e avaliação de programas sociais no Brasil. **Revista de Serviço Público**, Brasília, v. 56, n. 2, p.137-160 abr./jun. 2005.
- MENDES, G. F. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NOVAIS, J. R. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Portugal: Coimbra, 2010.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.