

RESERVA DO POSSÍVEL: SUA ORIGEM E BREVE PANORAMA DOS ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS NO BRASIL

Marina Aguiar de Oliveira¹, Antônio Carlos Ribeiro²

- 1- Bacharel em Direito formada pelo Instituto de Ensino Superior de Itapira - IESI; 2- Docente dos Cursos de Direito do Centro Universitário de Itapira – UNIESI e Universidade Paulista – UNIP Limeira.

Contatos: marina.o.aguiar@gmail.com; acribeiro@mpc.com.br

RESUMO

O presente estudo visa identificar a origem do termo “reserva do possível”, suas concepções e entendimentos primitivos. Outro objetivo é identificar brevemente o entendimento do conceito da reserva do possível através do ensinamento de doutrinadores brasileiros e estrangeiros (com preferência aos primeiros), além de citar entendimentos jurisprudenciais acerca do tema, com foco nas dimensões que cercam o conceito em análise e sua real aplicação no Brasil, no que concerne às suas dimensões fáticas, jurídicas e em relação à proporcionalidade das exigências feitas ao Poder Público.

Descritores: Teoria das escolhas trágicas. Reservas financeiras. Poder judiciário

ABSTRACT

The present study aims to identify the origin of the term "reserve of possibilities", its conceptions and primitive understandings. Another objective is to briefly identify the understanding of said concept through the teaching of Brazilian and foreign doctrinators (with preference to the first ones), and further citing jurisprudential understandings about the topic, focusing on the dimensions that surround the concept under analysis and its real enforcement in Brazil, in the sense of its factual and legal dimensions and in relation to the proportionality of the requirement made to the Public Power.

Key words: Tragic choices theory. Financial reserves. Judicial power.

INTRODUÇÃO

A entendimento do que seria a “reserva do possível”, desde sua concepção, vem suscitando diversas discussões acerca dos vieses que estariam englobados em seu conceito, suas possíveis dimensões e vertentes.

Ponto bastante controvertido acerca da amplitude da reserva do possível são as possíveis linhas argumentativas que podem ser criadas a partir de seu entendimento, e

que podem exercer influência decisiva no sentido de limitar e/ou promover o acesso aos direitos fundamentais.

Diversas são as posições doutrinárias e jurisprudenciais existentes, sendo que sua relação e adequada aplicabilidade na efetivação de direitos fundamentais não encontra, hodiernamente, pacificação no Brasil.

Isso por que a possibilidade de efetivação (ou não) de direitos peticionados individualmente podem impactar coletivamente, em virtude do possível desvio de somas consideráveis de recursos para a concretização, via sistema judiciário, de direitos fundamentais, como o direito à saúde.

Por outro lado, a simples alegação de insuficiência de reservas financeiras, por parte do Estado, de modo a justificar a não implementação e efetivação de direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988, também merece ser analisada com prudência.

A presente pesquisa, que apresenta claro objetivo exploratório, foi dividida buscando-se inicialmente identificar a origem do termo ‘reserva do possível’ e, partir disso, expor algumas correntes de pensamentos doutrinários e jurisprudenciais que cercam o referido termo.

Dessa forma, a partir de pesquisa bibliográfica e da seleção de documentos e livros relacionados com a matéria em análise, foi possível, ainda que de forma breve, o estudo e compreensão dos variados enfoques aplicados ao conceito de reserva do possível e indicar a posição jurisprudencial na Suprema Corte brasileira.

Com isso, tem-se que o objetivo do presente artigo é estudar o conceito de reserva do possível, suas origens e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, uma vez que os diferentes entendimentos de tal conceito e sua correlação com os direitos fundamentais, impactam diretamente a vida em sociedade.

ORIGEM DA RESERVA DO POSSÍVEL

O termo “reserva do possível”¹ foi utilizado pela primeira vez no Tribunal Constitucional alemão (KRELL, 2002), que discutia a possibilidade de leis estaduais regularem o ingresso em cursos de medicina em universidades específicas (universidades de Hamburgo e da Baviera, no caso em concreto, nos anos de 1969 e 1970) e sua compatibilização com o ordenamento constitucional alemão (decisão BVerfGE 33, 303²).

Em virtude do aumento da procura relativa ao curso de medicina, foram criados mecanismos de seleção para o ingresso nos referidos cursos. Contudo, tais mecanismos foram contestados perante o Tribunal Constitucional por supostamente violarem o artigo 12, I da Lei Fundamental Alemã, que determina que todos os alemães têm direito

¹ Em alemão “Vorbehalt des Möglichen”

² Disponível em alemão em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>

de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. Tal dispositivo prescreve ainda que o exercício da profissão pode ser regulamentado por lei³.

Com isso tem-se que a suposta inconstitucionalidade de mecanismos de seleção para o ingresso em universidades, é passível de ser discutido em virtude da amplitude do dispositivo da Lei Fundamental alemã apresentada acima. Isso por que tal dispositivo cita, especificamente, que todo alemão tem direito de eleger livremente não apenas sua profissão, mas também o lugar de aprendizagem da mesma, lugar esse que, na grande maioria dos casos, coincide com a universidade.

Na decisão de tal julgado, contudo, a corte alemã determinou que as leis instauradoras dos mecanismos de seleção para o ingresso nas universidades estavam em concordância com o ordenamento constitucional pátrio, indicando que os direitos dos indivíduos ainda estão sujeitos ao que os mesmos podem razoavelmente exigir da coletividade⁴.

Temos, com isso, uma primeira dimensão que originariamente compõem o conceito de reserva do possível, qual seja, medidas e prestações que sejam razoáveis de serem exigidas do Estado.

Na mesma decisão, a corte alemã tratou também da capacidade financeira estatal, indicando não ser possível obstaculizar o interesse coletivo em preferência do interesse individual, sob pena de ferir o princípio da igualdade⁵, sendo essa a outra dimensão do conceito da reserva do possível.

Nesse cenário, é possível concluir que, de acordo com o Tribunal alemão – e, portanto, na sua origem – a reserva do possível é um conceito que dever ser avaliado fundamentalmente por no mínimo duas vertentes básicas; o que pode ser razoavelmente exigido do Estado de forma individual, contudo, sempre tendo em vista o interesse coletivo, em virtude da capacidade financeira limitada do Estado.

CONCEITOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

A partir da criação, pelo Tribunal Constitucional alemão do conceito de reserva do possível, vários foram os estudiosos que se debruçaram na análise do referido conceito e suas possíveis implicações, especialmente no que se refere à efetivação dos direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet, em análise da relação entre o conceito de reserva do possível e os direitos fundamentais, sustenta que a reserva do possível contempla uma dimensão tríplice que engloba a disponibilização dos recursos para a efetivação dos

³ Disponível em português em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>

⁴ No mesmo sentido: FALSARELLA, C. *Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: 2012.

⁵ Ibid, 2012.

direitos fundamentais, disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos para a distribuição de receitas e competências tributária, orçamentária, legislativas e administrativas e a equalização da proporcionalidade da prestação, no que se refere à sua exigibilidade e razoabilidade, pelo eventual titular de um direito a prestações sociais.

Sarlet discorre também acerca da dimensão econômica dos direitos fundamentais e das teorias que determinam que as prestações relacionadas aos direitos fundamentais dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica do Estado, criando-se, portanto, uma submissão dos direitos fundamentais à reserva do possível.

Contudo, Sarlet afirma que não julga adequado classificar a reserva do possível como elemento integrante dos direitos fundamentais, entendendo aquele conceito como um limite jurídico e fático dos referidos direito, mas também, sob outra ótica, podendo atuar como um garantidor dos mesmos, na medida que pode resguardar outro direito fundamental quando do conflito de direitos, ou seja, quando a pretensão individual pode prejudicar o interesse coletivo, por exemplo (SARLET, 2008).

Nesse contexto, interessante apontar os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello que, em julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (ADPF 45), determina que o Estado não pode se desobrigar do cumprimento de direitos constitucionalmente garantidos, conforme abaixo:

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - **não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais**, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (grifo nosso)

De maneira mais específica, aponta-se a opinião da Ministra Cármen Lúcia que, em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768 (ADI 3768), entendeu que o direito discutido na referida ação (gratuidade do transporte coletivo à idosos), não se condiciona aos limites impostos pela reserva do possível:

A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar, **não se compadece** com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível. (grifo nosso)

No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho tece críticas aos entendimentos adotados em Portugal, apontando que associar a efetivação dos direitos sociais à previsão de fundos nos cofres públicos, equivale, na prática, à nenhuma vinculação jurídica, tecendo o termo “reserva dos cofres cheios”, que caracterizaria uma

política social que somente seria efetivada mediante abundância de recursos financeiros (CANOTILHO, 2004).

Por outro lado, Gustavo Amaral defende que, uma vez que a efetivação dos direitos fundamentais - sendo caracterizada por pretensões positivas por parte do Estado - de fato demanda a utilização de reserva financeiras estatais, tal efetivação deve estar vinculada necessariamente à reserva do possível.

Amaral defende ainda que cabe exclusivamente à Administração Pública a alocação dos recursos financeiros ("escolhas dramáticas"), não admitindo a interferência judiciária na questão, uma vez que os membros do Poder Judiciário não possuem a legitimidade conferida pelo voto popular (AMARAL, 2004).

A teoria das escolhas trágicas (ou dramáticas, conforme Amaral) estuda, de maneira resumida, como a sociedade escolhe em qual campo irá alocar os recursos escassos. Coleman afirma que a escolha da alocação de recursos deve abranger dois pontos essenciais; a quantidade de recurso que será disponibilizada pela sociedade e quem (ou em última instância, quais direitos) irá receber tais recursos (Coleman, 1979).

Sobre tal tópico, Celso de Melo esclarece, em julgamento na ADPF 45/DF que:

[...] conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas "escolhas trágicas" (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, "Tragic Choices", 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão **o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.** (grifo nosso)

Voltando à temática da definição do conceito de reserva do possível, Ana Paula de Barcellos defende que "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 supridas".

Essa autora defende que a reserva do possível é composta por duas vertentes: (i) a vertente fática, que é relacionada com a efetiva disponibilidade de recursos financeiros pelo Estado e (ii) a vertente jurídica, associada com a previsão orçamentária das despesas (BARCELLOS, 2002).

Com o exposto, nota-se que a dimensão relacionada com a disponibilidade orçamentário do conceito de reserva do possível é mais explorada por diversos pensadores, em detrimento da questão relacionada à razoabilidade da exigência formulada ao Estado, sendo também deixada de lado a dimensão jurídica da questão, tal como definida por Barcellos.

Nesse sentido, Ricardo Lobos Torres aponta preocupação com o entendimento da reserva do possível vinculado unicamente com a previsão e existência fática de reservas estatais.

Tal autor pontua que a reserva do possível no Brasil passou a ser entendida apenas em sua dimensão fática, o que pode, em última análise, significar que a reserva do possível é um conceito impossível, uma vez que o Estado pode sempre extrair mais recursos da sociedade (TORRES, 2009):

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

246

De fato, é o que se observa quando se analisa a jurisprudência brasileira. Tal análise pode ser exemplificada pelas informações constantes de pesquisa elaborada por Wang.

Wang analisou diversos casos relacionados com direito à saúde e à educação, indicando a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quando do possível confronto entre a reserva do possível e a efetivação dos referidos direitos (WANG, 2008).

Da análise elaborada por Wang, é possível concluir que o STF avalia, de uma forma geral, não ser possível que o Estado alegue falta de fundos para se eximir da obrigação de efetivar um direito fundamental previsto em nossa Carta Magna.

Em outras palavras, é possível avaliar que, ainda que não submeta a prestação Estatal, na efetivação dos direitos fundamentais, aos ditames da reserva do possível, tal Corte efetivamente discorre acerca da dimensão fática de tal conceito.

Contudo, com a análise dos casos apresentados e das jurisprudências citadas acima, nota-se que a dimensão relacionada à razoabilidade da exigência formulada ao Estado, na maior parte dos casos, sequer é discutida. No mesmo sentido, e ainda menos debatida, tem-se a dimensão jurídica da reserva do possível, tal como definida por Barcelos e citada acima.

Temos, portanto, que a discussão jurisprudencial no Brasil não abarca todas as vertentes possíveis de serem extraídas do conceito de reserva do possível, ficando-se somente na dimensão que poderia ser considerada mais palpável, ou seja, na existência ou não de recursos financeiros nos cofres públicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde sua concepção, o conceito de reserva do possível é intensamente discutido, tanto em relação sobre o que tal conceito englobaria, quanto no que concerne sua relação com a efetivação dos direitos fundamentais, sendo desenvolvidas diversas teorias sobre o assunto.

De acordo com tais teorias, o referido conceito pode abranger diversas dimensões, tais como a efetiva disponibilização dos recursos para a concretização dos

direitos fundamentais, a disponibilidade jurídica dos recursos para a distribuição de receitas e competências (tributária, orçamentária, legislativas e administrativas) e a proporcionalidade e razoabilidade da exigência feita ao Estado, tal como ensinado por Sarlet.

No mesmo sentido, Barcelos defende a existência das dimensões fáticas e jurídicas como componentes da reserva do possível, aquelas estando relacionadas com a disponibilização dos recursos pelo Estado e essas, às dotações orçamentárias estatais.

Com isso, tem-se que a reserva do possível se caracteriza por ser um conceito complexo, contando com diversas nuances e podendo apresentar ainda imbricações com diversas outras concepções – igualmente complexas - que não são o foco do presente trabalho, como o conceito do mínimo existencial e a teoria das escolhas trágicas.

Apesar de contar com diversas dimensões de análise, o entendimento da reserva do possível no Brasil, na maior parte dos casos, quando da discussão sobre a efetivação de direitos fundamentais, se resume à existência ou não de recursos financeiros por parte do Estado.

As decisões de nossa Suprema Corte, com raras exceções e especialmente no que se refere ao direito à saúde e educação, define que o Estado não pode se eximir do cumprimento do que determina a Constituição Federal, baseado apenas na (suposta) falta de recursos financeiros.

Com isso, ao se deixar de lado as outras dimensões que compõem o conceito de reserva do possível, a discussão no Brasil se empobrece significativamente, podendo inclusive resultar em prejuízos à sociedade, uma vez que as decisões que circundam esse tema são tomadas sem avaliar de forma ampla todas as possíveis implicações decorrentes.

REFERÊNCIAS

AMARAL, 2004 apud BEDIN D. C. R. A efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário e a reserva do possível. **Rev. D. público**, Londrina, v.4, n.2, p.12-28, maio-ago, 2009.

BARCELLOS, A. P. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em 02 jul. 2017, 15:30.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>.

Acesso em 02 jul. 2017, 16:45.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm>.
Acesso em 07 jul. 2017, 19:25.

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

COLEMAN, J. L., "**Book Review:** Tragic Choices" (1979). Faculty Scholarship Series. Paper 4203.

FALSARELLA, C. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado,** 2012. 227 fls. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012.

KRELL, A.J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado".** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

SARLET, I. W., FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região,** Porto Alegre, n. 24, jul. 2008.

TORRES R.L. **O Direito ao Mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WANG. D. W. L. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV,** São Paulo. 4[2], p. 539-568, jul-dez, 2008.

Os autores declararam não haver qualquer potencial conflito de interesses referente a este artigo.