

O conceito da reserva do possível nas decisões judiciais

Rebecca Mazzuchelli dos Santos - Aluna do 5º ano da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Monitora de Introdução ao Estudo do Direito, sob a orientação da Professora Márcia Arnaud Antunes, da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

Resumo: Os direitos fundamentais devem ser assegurados a todos indistintamente. Para que isto aconteça, dependem, entre outros fatores, de recursos disponibilizados pelo Estado. Caso este não os forneça, a questão poderá ser levada ao Poder Judiciário, que decidirá sobre a alocação de recursos públicos. A reserva do possível surge como um critério passível de ser observado na decisão judicial. É preciso, contudo, estabelecer seu conteúdo, para saber como incidirá no caso concreto, se adotado.

Palavras-chave: reserva do (financeiramente) possível; políticas públicas; custo dos direitos; direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil elenca um rol exemplificativo de direitos fundamentais individuais e coletivos. A efetivação destes direitos depende, por vezes, de decisões políticas sobre alocações de recursos públicos.

Diante destas decisões e do limite dos recursos, alguns cidadãos podem deixar de ter direitos fundamentais efetivados. Como consequência, podem buscar a tutela de seus interesses junto ao Poder Judiciário.

Surge, então, a reserva do possível, como um dos prováveis critérios a serem adotados na decisão judicial. O que se busca neste estudo é estabelecer se a reserva do possível é aplicada nas decisões judiciais que envolvem a alocação de recursos públicos para a efetivação de direitos fundamentais e, caso seja aplicada, qual o seu conteúdo.

Para isso, além de uma abordagem teórica sobre o tema, serão analisadas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (STF) e, por fim, serão estabelecidos os critérios possivelmente encontrados para sua aplicação.

1. AS GERAÇÕES DE DIREITOS

Entende-se por direitos fundamentais aqueles consagrados como tais na Constituição, conforme ensina Schmitt (*apud* BONAVIDES, 2006, p. 561). Os direitos fundamentais, para Hesse (*apud* BONAVIDES, 2006, p. 560), almejam “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”. Os direitos fundamentais são direitos humanos positivados na Constituição, teorizados na forma de quatro gerações ou dimensões de direitos.¹

Os direitos de primeira geração são os direitos

de liberdade, civis e políticos. O titular destes direitos é o indivíduo. São direitos subjetivos e oponíveis ao Estado. Bonavides (2006, p. 564) os caracteriza como “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

Os direitos de segunda geração estão diretamente ligados ao princípio da igualdade, tendo grande ascensão no segundo período pós-guerra. São eles os direitos econômicos, sociais e culturais, e os direitos coletivos ou das coletividades.

Os direitos de terceira geração estão relacionados à fraternidade. Embora tenham sido identificados cinco destes direitos, Bonavides (2006, p. 569) alerta que há a possibilidade de existirem outros em fase de gestação. Para ele, são direitos de terceira geração: “o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio da humanidade e o direito de comunicação”.

Para o autor (2006, p. 571), os direitos de quarta geração, por sua vez, são: “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.”

Os direitos de primeira, segunda e terceira geração permanecem eficazes perante a quarta geração de direitos, formando uma pirâmide cujo ápice é o direito à democracia (BONAVIDES, 2006, p. 572). Uma vez positivados, caberá ao Estado garantir a sua eficácia e, para isso, poderá ter que suportar custos.

2. O CUSTO DOS DIREITOS

Existem diferentes posicionamentos quanto ao custo da implementação dos direitos pelo Estado, principalmente em relação a uma suposta diferença entre os direitos de primeira e segunda geração. Há quem defenda que os direitos de segunda geração dependem, para sua

¹ Bonavides (2006, p. 571) esclarece que o vocábulo dimensão é correto para substituir o termo geração, pois este pode induzir a uma suposta caducidade dos direitos das gerações anteriores, assim que se aponte uma nova geração de direitos. Contudo, emprega exaustivamente na obra consultada o termo geração e, para garantir coerência com a obra consultada, este termo será mantido no estudo.

concretização, de custeio por parte do Estado, enquanto os de primeira geração se concretizam apenas com uma abstenção estatal.

Neste sentido, Bobbio (2001, p. 69), para quem as chamadas liberdades negativas diferem dos direitos sociais, vez que requerem uma intervenção direta do Estado:

(...) a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado Social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado.

Afastando esta dicotomia entre direitos de primeira e de segunda geração, em função do seu custo, como direitos negativos e positivos, Holmes e Sunstein (*apud* AMARAL, 2001, p.73)² apontam que “todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los”.

Assim, também as liberdades dependem de recursos financeiros para serem asseguradas, seja por meio de investimentos em um efetivo policial, para garantir o direito de ir e vir, seja por meio da manutenção do aparato judicial a fim de garantir a liberdade de expressão ou a liberdade de culto.

Da mesma sorte, os direitos civis e políticos ligados à elegibilidade de representantes do povo por meio do voto dependem de reserva financeira para que tornem-se efetivos, o que se confirma pelos gastos efetuados com o Fundo Partidário³.

Por isso, a classificação dos direitos de primeira geração como negativos, e dos direitos de segunda geração como positivos, se demonstra falha. Há de se analisar o direito pleiteado e o caso concreto para saber se a hipótese é de uma prestação positiva ou de uma abstenção do Estado, independente da geração na qual o direito se situe, por se tratar de mera classificação doutrinária. Além disso, mesmo o direito a uma abstenção do Estado ou de particular, se violado, comporta tutela jurisdicional, o que gera custos ao Estado. Amaral (2001, p. 81) esclarece a proposição:

Pela evolução histórica e pelas características originais, os direitos voltados ao valor liberdade foram classificados como direitos negativos, como limites constitucionais ao poder do Estado. (...) Os direitos sociais, via de regra, voltam-se não a uma abstenção do Estado, mas a uma ação, o que lhes dá a característica de positivos. (...) Primeiramente, cumpre dizer que a identificação dos direitos sociais como positivos é artificial. Há direitos sociais que são eminentemente negativos, como o direito de sindicalização e o direito de greve, que não demandam qualquer conduta estatal intrinsecamente relacionada.

Diante do exposto, cabe assinalar que os direitos que poderão estar submetidos à reserva do possível dependem de uma prestação positiva do

² Holmes e Sunstein, tradução livre. A obra de Holmes e Sunstein: “The cost of rights: why liberty depends on taxes”, publicada em 1999, ficou conhecida por destruir a dicotomia entre direitos negativos e positivos, com base nas condições fiscais e nos gastos do governo norte-americano.

³ O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos, instituído pela lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, é também chamado de Fundo Partidário. É administrado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e destinado à manutenção dos partidos políticos. A dotação orçamentária destinada para o fundo em 2009 perfaz um gasto de R\$ 155.448.144 do dinheiro público. E como se comprova pela dotação orçamentária de 2010, a destinação ao Fundo Partidário foi de R\$160.425.649. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/internet/partidos/index.htm>>

Estado, o que Amaral (2001, p. 81) classifica como “direitos dependentes”⁴. Estes não guardam, necessariamente, relação com alguma geração de direitos específica. O que se considera é a necessidade de recursos materiais⁵ a serem empregados pelo Estado na sua efetivação, recursos muitas vezes escassos.

3. A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS

Diante da insatisfação quanto à efetivação de direitos, inclusive que demandem a ação do Estado, resta ao cidadão recorrer ao Poder Judiciário. A Constituição Federal consagra o inafastável direito de ação⁶, sendo que além de ter o dever de julgar, o juiz deverá fundamentar sua decisão⁷, que deverá se pautar preferencialmente na lei⁸.

Por isso, os direitos fundamentais a prestações também estão na pauta de análise do Poder Judiciário, visto que são normas constitucionais. Registre-se que alguns destes direitos são efetivados por meio de políticas públicas, que resultam de decisões políticas sobre alocação de recursos públicos.

As normas infraconstitucionais que regulamentam dispositivos da Constituição versam, muitas vezes, sobre medidas para a efetivação de direitos fundamentais, também estando sujeitas à análise do Judiciário.

⁴ O autor apresenta também a classificação de Clève, que emprega a terminologia das dimensões negativas e positivas dos direitos (AMARAL, 2001, p.85).

⁵ A terminologia recursos materiais não abrange somente os recursos financeiros, pois convém lembrar que a concretização do direito à saúde, por exemplo, depende de tecnologia ainda não desenvolvida e de doação de órgãos, o que foge da disponibilidade do Estado, mas não deixa de ser uma limitação material.

⁶ Art. 5º, XXXV, CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁷ Art. 93, IX, CF/88: “(...) todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

⁸ Art. 4º, LICC: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

⁹ Art. 2º, CF/88: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Art. 60, § 4º, CF/88: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III- a separação dos Poderes”.

O que se pretende demonstrar é que as características do ordenamento jurídico brasileiro chamam o Judiciário a atuar na esfera política. Além do controle de constitucionalidade, há outros mecanismos processuais previstos na Constituição que trazem ao Judiciário esta tarefa. Como apontam Duran *et. al.* (2005, p. 7) “o estado de bem-estar traduz em norma jurídica suas decisões políticas”.

Por isso, cabe também ao Judiciário analisar as decisões discricionárias dos Poderes Executivo e Legislativo, se em conformidade ou não com o comando constitucional, pois não se pode olvidar que mesmo a discricionariedade das decisões políticas encontra limite nas diretrizes traçadas pela Constituição.

Sobre a revisão das decisões políticas balizadas nas normas constitucionais, pelo Poder Judiciário, afirmam Duran *et. al.* (2005, p. 8):

Como as normas constitucionais tornaram-se cada vez mais específicas no sentido de dirigirem a atuação sócioeconômica dos agentes políticos, ao Poder Judiciário é conferida competência para julgar, segundo os preceitos constitucionais de justiça social, os parâmetros de eficiência e oportunidade a atuação governamental.

O que tem sido denunciado é que a atuação do Poder Judiciário nas decisões políticas tem provocado a judicialização da política, desequilibrando a separação dos Poderes⁹, assegurada pela Constituição.

Combatendo este posicionamento, Duran *et al.* (2005, p. 6) afirmam que não vivemos sob um Estado liberal, abstencionista, que defende a concepção de uma atuação estatal garantidora de ideais liberais, primando pela segurança jurídica na aplicação do direito, que limita o poder do julgador, utilizando-se da doutrina da tripartição dos poderes. Vivemos em um Estado que visa o bem-estar dos cidadãos por meio da garantia de direitos fundamentais, tarefa acometida ao Estado como um todo.

A despeito da discussão enunciada, cumpre analisar a reserva do possível nas decisões do STF, ainda que se posicionem acerca de questões políticas.

4. A RESERVA DO POSSÍVEL

Encontra-se menção à reserva do possível como um princípio, uma cláusula, uma teoria ou um princípio da reserva do financeiramente possível.

4.1. Origem

A origem do princípio da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) remonta a uma decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, conhecida como *numerus clausus* de vagas nas universidades (*numerus-clausus Entscheidung*)¹⁰. No caso analisado pela Corte Alemã, um grupo de candidatos a vagas nas faculdades públicas de Medicina não obteve êxito ao tentar ingressar nas instituições de ensino, devido aos critérios de admissão que limitavam o número de vagas.

Este grupo de estudantes¹¹ pleiteou judicialmente sua admissão na faculdade, sob a alegação de que os critérios das Universidades da Bavária e de Hamburgo seriam arbitrários e

estariam violando o direito à educação e o direito de escolha da profissão. O fundamento legal da pretensão foi o artigo 12 da Lei Fundamental da Alemanha.

Embora o Tribunal alemão tenha negado a garantia a uma vaga no ensino superior público, declarou inconstitucional o favorecimento da lei da Bavária em favor dos filhos daquela terra, o que importaria em discriminação. Também declarou inconstitucional a lei de Hamburgo, que não fixava regras claras sobre o critério de escolha, no caso de limitação na admissão de estudantes¹².

A fundamentação do Tribunal, para indeferir o direito pleiteado pelo autor, se baseou na reserva do possível. Conforme tradução livre de trecho da decisão (SCHWAB *apud* LIMA, 2007, p. 132):

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. (...) 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. Não se

¹⁰ BverfGE n° 33, 303 (S. 333).

¹¹ Parte da bibliografia consultada aponta que era um único cidadão o autor da demanda. Neste sentido: Silva e Weiblen (2007, p. 5); em nota, Wang (2006, p. 4). Afirmando ser um grupo, Lima (2007, p. 131), que obteve resumo do caso em Langford e Nolan (2003, p. 23); e Mânica (2007, p. 13).

¹² Site da Procuradoria Regional da República da 4ª Região, link do Projeto de Pesquisa: O Ministério Público e a promoção dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível em: <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisa/PauloLeivas/index.php?pagina=jurisprudencia_internacional>.

pode, portanto, proibir ao legislador que ele também se oriente pela necessidade urgente de pessoal nas diferentes profissões, contanto que não seja possível cobrir demanda individual e necessidade social geral por meio da orientação estudantil (oferecida a estudantes e candidatos nas universidades). Com base nesses critérios, uma violação constitucional não pode ser constatada.

Sob o ensinamento da Corte alemã, extrai-se que os direitos são conferidos abstratamente a todos. Porém, sob a ótica do indivíduo, encontram limite na razoabilidade do que se pode exigir da coletividade, pois a opção do legislador em torno do orçamento visa atender os interesses da sociedade, garantindo a harmonização econômica geral, a efetivação da justiça social e o princípio da igualdade.

4.2. Entendimento do Supremo Tribunal Federal

Como o objetivo do estudo é a busca por um critério utilizado em decisões judiciais, ressaltou-se a importância da jurisprudência do Supremo, a fim de estabelecer sob que argumentos a reserva do possível é considerada, ou não, nas decisões.

4.2.1. Metodologia de pesquisa

Por meio da página eletrônica do Supremo Tribunal Federal¹³, foi feita uma pesquisa de jurisprudência a fim de analisar¹⁴ o conteúdo da reserva do possível.

No link Jurisprudência – Pesquisa – Pesquisa Livre – “reserva adj3 possível”, foram

encontrados cinco acórdãos, sendo descartados dois¹⁵ por não guardarem relação com o estudo. Os demais foram utilizados para análise¹⁶. Ao pesquisar “reserva do possível” sem o uso de conectivos, foram encontrados 48 acórdãos, mas só aproveitados dois¹⁷, já encontrados na busca anterior.

Na pesquisa de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), no link Processos – ADI, ADC, ADO e ADPF, utilizando o termo de busca “reserva adj3 possível”, foi encontrado um resultado¹⁸. Ao pesquisar “reserva do possível” sem o uso de conectivos, foram encontrados sete decisões mas, referente ao tema, somente o acórdão já encontrado.

4.2.2. IF 2915/SP

O pedido de intervenção no Estado de São Paulo se deu em virtude do inadimplemento de precatórios provenientes de decisões judiciais, e foi embasado no artigo 34, inciso VI, da Constituição Federal, que prevê a intervenção nos Estados ou no Distrito Federal para prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial.

Após litigarem 11 anos em determinado processo, os autores do pedido de intervenção tiveram seu direito reconhecido, e a execução da decisão seria feita por meio do pagamento de precatórios. Os autores tinham direito a créditos de natureza alimentar, ou seja, como eram complementos da remuneração de servidores públicos, se destinavam a prover a subsistência deles e de suas famílias.

Por não terem sido pagos os precatórios, nos moldes do artigo 100 da Constituição, em

¹³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>

¹⁴ A análise foi feita por ordem cronológica, partindo da decisão mais antiga.

¹⁵ RE 42229 e MS 5859.

¹⁶ Ag RE 410.715-5/SP; IF 2915/SP; ADI 3768/DF.

¹⁷ Ag RE 410.715-5/SP e ADI 3768/DF.

¹⁸ ADPF 45.

outubro de 1999 foi requisitada a intervenção. Em 14 de março de 2001, a intervenção foi deferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e os autos foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal. O procurador geral da República se pronunciou pelo deferimento do pedido.

Iniciou-se a votação pelo Pleno do Supremo, com o voto do presidente e relator do acórdão, o ministro Marco Aurélio, que informou que na época havia 2.822 processos requerendo a intervenção federal no Estado de São Paulo, além de outros processos referentes a outros Estados.

O ministro julgou o pedido de intervenção procedente, pois afirmou que, em primeiro lugar, as decisões do Judiciário não são meramente formais, mas devem ser cumpridas, não se tornando materialmente inúteis, e atendendo, desta forma, aos anseios da justiça. A lei não pode ser sopesada ao sabor de políticas governamentais.

Assinalou que o argumento de deficiência de caixa do maior Estado da Federação, com 18 meses para quitar os precatórios, seria um argumento de autoridade inaceitável, o que afirmou ser sem embasamento fático.

Nas palavras do ministro, a ausência de recursos é a "ladainha de sempre". Contudo, em seu voto não foi encontrada uma análise concreta dos recursos disponíveis.

O ministro Gilmar Mendes votou logo após o ministro Marco Aurélio, e foi designado para ser redator do acórdão. Seu voto, que foi acompanhado pela maioria dos ministros, resultou no indeferimento do pedido de intervenção federal.

Basicamente, a decisão se pautou nos seguintes elementos: reserva do possível, princípio da proporcionalidade, relação de precedência condicionada e comparação com precedente da Corte.

Ao iniciar a análise da reserva do possível, o ministro esclareceu que:

(...) esse exame de dados concretos, em vez

de apenas argumentos jurídicos, não é novidade no Direito comparado. No âmbito dos reflexos econômicos da atividade jurisdicional, a experiência internacional tem, assim, demonstrado que a proteção dos direitos fundamentais e a busca da redução das desigualdades sociais necessariamente não se realizam sem a reflexão acurada acerca de seu impacto.

O ministro Gilmar Mendes reconhece, portanto, a importância de se analisar dados concretos e não permanecer apenas no plano da norma abstrata, refletindo sobre os reflexos das decisões judiciais sobre alocação de recursos públicos na esfera econômica e na proteção dos direitos fundamentais.

Em seguida a essas considerações, cita o precedente histórico *numerus clausus* de vagas nas universidades, proferido pelo Tribunal alemão, segundo o qual não se pode exigir do Estado altos investimentos para suprir demandas individuais sem que seja considerado o interesse coletivo. E compara com o caso em tela:

Com efeito, não se pode exigir o pagamento da totalidade dos precatórios relativos a créditos alimentares sem que, em contrapartida, se estabeleça uma análise sobre se tal pagamento encontra respaldo nos limites financeiros de um Estado zeloso com suas obrigações constitucionais. Tanto é verdade que, ainda que ocorra uma intervenção no Estado de São Paulo, o eventual interventor terá que respeitar as mesmas normas constitucionais e limites acima assinalados pelo referido Estado, contando, por conseguinte, com apenas 2% das receitas líquidas para pagamento dos precatórios judiciais. Ao interventor também será aplicável a reserva do financeiramente possível.

Arremata a argumentação afirmando que esta análise de informações e dados concretos objetiva uma interpretação precisa. A análise da reserva do possível seria o bastante para prolar

a decisão de indeferimento, trazendo uma argumentação coerente, que justifica a decisão, não se atendo somente à norma jurídica, mas também aos fatos.

A despeito disso, o ministro vai além e aplica o princípio da proporcionalidade. Esclarece que o princípio busca o limite da possibilidade de restrição a um direito fundamental na colisão de bens, valores ou princípios jurídicos.

Segundo o voto, a intervenção mostra-se inadequada, desnecessária em relação a outros meios, e desproporcional mediante outros bens jurídicos garantidos pela Constituição, que seriam sacrificados em favor da quitação imediata dos precatórios.

Sobre a relação de precedência condicionada entre os princípios concorrentes, algum deles deverá ser escolhido na ponderação como o mais adequado em termos de otimização de justiça. O princípio precederá aquele com o qual se encontra em colisão no caso específico, podendo a situação ser modificada de acordo com as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto.

Na intervenção federal, de acordo com o ministro do Supremo, o princípio da autonomia dos Estados terá precedência condicionada sobre a proteção constitucional às decisões judiciais.

Por fim, o voto trouxe a citação de precedente da Corte sobre o primeiro pedido de intervenção federal em virtude do inadimplemento de precatórios. Trata-se da IF 20, julgada em 15 de julho de 1954, de relatoria do ministro Nelson Hungria. Na decisão mencionada, era necessário que se demonstrasse intencional ou arbitrário embaraço ou impedimento à execução do precatório, o que também não restou configurado.

O voto seguinte é o da ministra Ellen Gracie, que não se pronuncia sobre a reserva do possível, mas afasta a pretensão pela efetiva inexistência de recursos financeiros, comprovada pelos memoriais apresentados.

O ministro Nelson Jobim concorda com

este entendimento, e afirma que o Estado de São Paulo fez o seu melhor tentando salvar a dívida. Lembra que os julgadores e juristas costumam esquecer que todos os direitos têm custos.

Para o ministro Maurício Correa, a intervenção não produziria os efeitos práticos desejados e, conforme o precedente da IF 20, não houve desobediência manifesta ou descaso à ordem ou decisão judicial. Por isso, indefere o pedido.

Em seguida é proferido o voto do ministro Ilmar Galvão, que é modificado, após um pedido de vista dos autos. No primeiro voto, a intervenção é deferida parcialmente e é indicada uma medida alternativa para a solução da questão, embora os ministros Gilmar Mendes, Moreira Alves e Marco Aurélio expliquem que aquela medida apontada seria imprópria, tratando-se de regramento de outro tipo de ação.

Após retificar seu entendimento, o ministro Galvão decide pelo indeferimento do pedido, pois o cumprimento da ordem do Tribunal para o pagamento dos precatórios seria juridicamente impossível, e não poderia dar margem a uma intervenção federal.

O ministro Carlos Velloso, por sua vez, em voto vista, julga que o Estado não está desobedecendo à ordem judicial arbitrariamente, mas está pagando os precatórios, porém nos limites do orçamento. Atribui importância à análise dos dados concretos, fazendo referência ao voto de Gilmar Mendes, mas não efetua esta análise.

O entendimento do ministro Celso de Mello aponta que o Estado demonstrou incapacidade material de solver suas dívidas. Faz menção ao precedente da IF 20 e acata as palavras de Nelson Hungria, dizendo que não há desobediência à ordem judicial se está presente a hipótese de falta de numerário.

O penúltimo voto é do ministro Sepúlveda Pertence, que foi presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo e afirma conhecer os fatos de perto, inclusive os esforços existentes para saldar

as dívidas, imersas em uma situação de crise fiscal. Por este motivo, indefere o pedido, por não haver negligência do governo. Por último, o ministro Moreira Alves indefere a intervenção, acompanhando Gilmar Mendes.

Em 03 de fevereiro de 2003 foi prolatado o indeferimento da intervenção federal, por maioria, sendo vencido o presidente, o ministro Marco Aurélio.

4.2.3 ADPF 45-9 DF

A ADPF foi promovida contra veto do presidente da República em dispositivo do projeto da Lei de Diretrizes Orçamentárias referente a 2004, que teria ofendido preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional nº 29/2000, que garante a aplicação de recursos financeiros mínimos nas ações e serviços públicos de saúde.

A ação foi julgada prejudicada pela perda superveniente de seu objeto, em 29 de abril de 2004, em virtude de remessa pelo próprio presidente ao Congresso Nacional de projeto de lei que, aprovado, fez vigorar o mesmo conteúdo da norma vetada.

Mesmo assim, o ministro relator Celso de Mello pronunciou suas considerações sobre o assunto. Para ele, os direitos não podem ser “promessas constitucionais inconsequentes”, caracterizadas por um caráter programático.

Porém, admite o vínculo financeiro com o orçamento na realização dos direitos, notadamente os direitos econômicos, sociais e culturais. Por isso, entende que o Poder Público não deve manipular sua atividade financeira ou político-administrativa a fim de criar obstáculo que fraude, frustre ou inviabilize a preservação do mínimo existencial.

Adiante, a reserva do possível é justificável na existência de “justo motivo aferível”, conceito não explicado na decisão. Além disso, a reserva do possível:

(...) não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

O dolo não foi demonstrado. Porém, a reserva do possível foi bem explorada, trazendo condicionamentos à concretização dos direitos e traduziu-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.

Embora o conceito tenha sido esclarecido e a aplicação do princípio se torne viável a partir destas premissas, a limitação de recursos foi reconhecida como uma contingência que se contrapõe ao mínimo existencial. Portanto, só poderia ser aplicada quanto ao investimento dos recursos remanescentes à realização do mínimo.

Difícil é indicar qual a extensão deste núcleo intangível de direitos. Além disso, deve-se considerar que os recursos podem ser tão escassos a ponto de inviabilizar a plena realização do mínimo existencial.

Por isso, embora tenha sido consignado no voto que a reserva do possível só se aplica aos recursos remanescentes, percebe-se a sua utilidade em qualquer decisão sobre alocação de recursos, pois visa analisar as finanças disponíveis e a razoabilidade da pretensão do indivíduo ou da sociedade em face do Estado. Este conceito diverge do estabelecido pelo Tribunal alemão, que entendia ser a pretensão deduzida em face da sociedade, pois o orçamento serviria aos seus interesses e não do Poder Público.

4.2.4. AG RE 410.715-5/SP

O processo foi ajuizado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, contra o município de Santo André, em virtude de omissão do Poder Público na área da educação infantil. A fundamentação legal se baseou no art. 208, inciso IV, da Constituição Federal, na forma anterior à alteração da EC nº 53/06, que assegurava “atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”.

O relator ministro Celso de Mello declarou a competência do STF para analisar o feito, embora tenha admitido na decisão que a formulação e implementação de políticas públicas sejam atribuições dos Poderes Legislativo e Executivo.

Afirma o ministro que se os órgãos estatais competentes descumprirem o encargo constitucional e comprometerem a eficácia e integridade dos direitos fundamentais, a competência será atribuída ao Poder Judiciário, excepcionalmente.

Na análise da reserva do possível, o relator fez as mesmas considerações da ADPF 45, em torno da manipulação da atividade financeira ou político-administrativa, o “justo motivo aferível”, o mínimo existencial, inclusive citando a decisão exaustivamente. Note-se que não são demonstrados dados concretos que evidenciem que a situação do município seja de fraude, frustração ou inviabilização dos direitos, não restando comprovado novamente o dolo do Poder Público.

Também não há análise do orçamento do município que leve à conclusão de seu descumprimento. A limitação financeira é totalmente desconsiderada, em favor da efetivação do direito fundamental à educação, sem sopesar se isso restringiria a realização de outro direito, na realocação de recursos públicos.

A Segunda Turma negou provimento ao recurso de agravo interposto pelo município de Santo André, por votação unânime, em 22 de novembro de 2005.

4.2.5. ADI 3.768-4/DF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) foi proposta pela Associação Nacional de Empresas de Transportes Urbanos (NTU), e refere-se ao art. 39 da lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso). A norma discutida prevê a gratuidade dos transportes públicos urbanos e semi-urbanos aos maiores de 65 anos, mas excetua os serviços seletivos e especiais quando prestados paralelamente aos serviços regulares. A ADI foi julgada improcedente pelo Plenário do STF, por maioria, e vencido o ministro Marco Aurélio, em 19 de setembro de 2007.

Ocorre que o art. 203, § 2º, da Constituição, assegura a gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos, indistintamente. O *caput* do artigo impõe o dever de amparar os idosos à família, à sociedade e ao Estado. Mas o autor da ADI discute que é o Estado que deve arcar com os custos desta gratuidade, e não as concessionárias e permissionárias de transporte público, visto que a lei instituidora da gratuidade não prevê compensação ao delegatário do serviço público.

A relatora da ADI foi a ministra Carmen Lúcia, que entendeu que a reserva do possível tem que se compatibilizar com a garantia do mínimo existencial. E, aplicando sobre o caso em análise, concluiu que:

(...) 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 o condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível.

Embora a ministra tenha ao menos justificado o motivo pelo qual se deve afastar o princípio, argumentando sobre a relação entre gratuidade do transporte público aos idosos e o mínimo existencial, não toca diretamente a

questão alegada pelo autor no que tange à reserva do possível.

O princípio não foi alegado para que se afaste a instituição da gratuidade, mas para que não se deixe o custeio por conta das concessionárias e permissionárias, devendo ser transferido ao Estado, que seria responsável por garantir o bem-estar dos cidadãos por meio dos tributos arrecadados.

E, embora o mínimo existencial tenha sido conceituado na decisão, por meio de uma citação de alguma decisão não identificada no acórdão, o princípio da reserva do possível não foi conceituado, e as condições materiais, ou seja, as condições financeiras da gratuidade não foram analisadas, mas sim o direito isoladamente.

Os votos dos ministros Carlos Direito, Henrique Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Ellen Gracie não mencionaram o princípio. O ministro Celso de Mello faz breve apontamento, para dizer que concorda com a relatora, mas acolhe a motivação sem acrescentar nenhuma informação.

O voto divergente do ministro Marco Aurélio é o único que analisa a questão do custo dos direitos, mas não teoriza em torno da reserva do possível. Ele admite o custo em se conceder uma gratuidade geral. Além disso, afirma que não se deve ignorar a situação econômica e financeira do idoso que se beneficiará da gratuidade.

Aprofundando o raciocínio, ressalta que os responsáveis pelo bem-estar do idoso, conforme a Constituição, são a família, a sociedade e o Estado. Por isso, algum deles deve arcar com o custo da gratuidade. A família não pode arcar, pois do contrário não seria gratuidade. A sociedade, por sua vez, já satisfaz os impostos e tributos.

Resta, portanto, o Estado, que é a figura que deve arcar com os custos, pois "ele não pode transferir a terceiros o ônus que haja criado". Este ônus não deve ser repassado nem à concessionária

ou permissionária, nem ao valor da tarifa paga pelos usuários. Esta seria a interpretação conforme a Constituição.

O ministro declara, contudo, a inconstitucionalidade do § 2º do art. 39, que impõe a obrigatoriedade de reservar 10% dos assentos preferencialmente aos idosos, o que seria matéria de competência do Poder Legislativo Municipal.

4.2.6. Considerações sobre a análise dos julgados

A partir do estudo, depreende-se que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a importância da análise de dados concretos sobre finanças públicas, nos casos em que haja necessidade de realocar recursos públicos para efetivação dos direitos fundamentais.

O estudo de informações e dados concretos tem como objetivo fornecer uma interpretação precisa, apta a fundamentar a decisão judicial, embora este estudo não tenha sido efetuado em nenhum caso localizado.

A reserva do possível, conforme determinado pelo Tribunal brasileiro, se define pelo binômio: razoabilidade e disponibilidade financeira. Porém, o argumento da reserva financeira pode ser frequentemente relativizado em relação à garantia do mínimo existencial, ainda que não se tenha definido ao certo qual o seu limite.

5. CONCLUSÃO

Conforme proposto, o estudo se pautou pela busca do conceito da reserva do possível empregado nas decisões judiciais que afetem a alocação de recursos públicos, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Além disso, visou determinar se o Tribunal efetivamente utiliza o princípio da forma que o conceitua.

O STF fixou um conceito capaz de abarcar o plano jurídico e o fático, abordando tanto a razoabilidade quanto a disponibilidade de recursos,

embora se tenha verificado que este binômio não foi aplicado para proferir as decisões analisadas.

Ao prescrever o conceito, excedeu o que foi dito no Tribunal alemão, visto que a consideração sobre a razoabilidade da pretensão seria vazia se não houvesse meios materiais para sua realização. Da mesma forma, se deferida uma pretensão absurda, ainda que financeiramente viável, haveria descrédito quanto à seriedade da decisão.

Neste sentido, a utilização da reserva do possível é relevante, pois propiciará ao julgador que não decrete um comando impossível e, ao mesmo tempo, que elabore com base em dados concretos

uma solução que contribua com a efetivação dos direitos, em vez de causar prejuízos à sociedade, considerando que não se trata de sua rotina a decisão sobre alocação de recursos públicos, vale dizer, o julgador não exerce, originariamente, a função de gestor público.

Assim, com a aplicação do princípio da reserva do possível no binômio – razoabilidade e disponibilidade financeira –, a decisão judicial se mostra fundamentada, com base em dados concretos, afastando o distanciamento do Poder Judiciário da realidade fática, aprimorando o julgamento e, finalmente, promovendo a efetivação dos direitos fundamentais, ainda que nos limites da razoabilidade e do financiamento possível.

Bibliografia

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte, v. 9, n. 46, p. 31-61, nov./dez. 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria Regional da República da 4ª Região. *O Ministério Público e a Promoção dos Direitos Fundamentais Sociais*. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.prr4.mpf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.768-4*. Requerente: Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos (NTU). Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relatora: Carmen Lúcia. Distrito Federal, 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5*. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Celso de Mello. São Paulo, 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9*. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator: Celso de Mello. Distrito Federal, 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Intervenção Federal nº 2.915-5*. Requerentes: Nair de Andrade e

outros. Requerido: Estado de São Paulo. Relator: Marco Aurélio. Redator para o acórdão: Gilmar Mendes. São Paulo, 2003.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br>>.

DURAN, Camila Ferreira; MACHADO, Ana Mara *et. al.* *O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS*. IN: *PRÊMIO IPEA 40 ANOS: monografias premiadas*. Brasília: IPEA, 2005.

LIMA, George Marmelstein. *Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*. 2007. 149 f. Monografia (Especialização) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do Judiciário na efetivação dos direitos sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, n. 2, v. 2, p. 42-53, jul. 2007.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2006. 44 f. Monografia (Escola de Formação) – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo.