

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**UM DIÁLOGO ENTRE SURDOS:
POR UMA RELEITURA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Valmir de Oliveira Rodrigues Junior

Rio de Janeiro
2017 / 2º Semestre

Valmir de Oliveira Rodrigues Junior

**UM DIÁLOGO ENTRE SURDOS:
POR UMA RELEITURA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Ms. Carina de Castro Quirino.

Rio de Janeiro
2017 / 2º Semestre

CIP - Catalogação na Publicação

R696d Rodrigues Junior, Valmir de Oliveira
Um diálogo entre surdos: por uma releitura da
reserva do possível / Valmir de Oliveira
Rodrigues Junior. -- Rio de Janeiro, 2017.
90 f.

Orientadora: Carina de Castro Quirino.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Direito Constitucional. 2. Direitos Sociais.
3. Políticas Públicas. 4. Reserva do Possível. 5.
Poder Judiciário. I. Quirino, Carina de Castro,
orient. II. Título.

Valmir de Oliveira Rodrigues Junior

**UM DIÁLOGO ENTRE SURDOS:
POR UMA RELEITURA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Ms. Carina de Castro Quirino.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2017 / 2º Semestre

DEDICATÓRIA

Àqueles que são o início de tudo, Deise e Valmir, agradeço por todo apoio, companheirismo e incentivo empreendido durante estes longos anos. Dedico este trabalho como uma pequena forma de retribuir todos esses sentimentos.

AGRADECIMENTOS

À Deise Alice Ramos Silva Rodrigues e Valmir de Oliveira Rodrigues, meus pais, não apenas pelo amor e carinho ao longo dos anos, mas também pelas lições de vida, inspiração e confiança depositada. Vocês são parte imprescindível nesta conquista.

À Livia Cristina Silva Rodrigues, minha irmã, companheira e amiga de todas as horas, que por mais difíceis que fossem as circunstâncias, sempre teve paciência e confiança.

À Viviane Helena Silva da Rocha, aquela que chegou no meio desta jornada e se tornou indispensável. Agradeço não só pelo apoio, carinho e afeto dispendido em todas as horas, mas também pelas correções, sugestões e mesmo discussões que auxiliaram na construção e desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus amigos, tanto aqueles que já me acompanhavam antes desta caminhada como aqueles que surgiram ao longo do caminho. Agradeço de coração não só o apoio e a confiança, mas também as risadas, os conselhos e mesmo o choro de momento difíceis. “Não é lendário se os seus amigos não estiverem lá para ver”.

Aos excelentes chefes com quem tive a oportunidade de trabalhar ao longo destes anos, em especial, ao Dr. João Saia Almeida Leite e a Dra. Viviane de Castro Ferreira, que em muito contribuíram não só para meu crescimento profissional, mas para minha paixão pelo Direito.

Ao corpo docente da minha querida Faculdade Nacional de Direito, especialmente à minha orientadora, Carina de Castro Quirino, que encontrou um trem desgovernado e conseguiu colocá-lo de volta aos trilhos. Agradeço a todos por resolverem dispender parte de seu tempo à nobre função de lecionar e espero, um dia, dividir tal prazer com vocês.

A todos os funcionários da Faculdade Nacional de Direito, cujo trabalho nem sempre é reconhecido e que mesmo diante de todas as circunstâncias persistem e mantêm esta casa funcionando.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 previu diversos direitos sociais cuja concretização depende, essencialmente, da adoção de políticas públicas intentadas pelos governantes. Contudo, ante a grande insatisfação popular e o crescente fenômeno da judicialização da política, o palco da efetivação destes direitos tem sido deslocado do seio democrático para a atividade jurisdicional. Neste novo cenário, a reserva do possível é um dos argumentos apresentados pelo Estado para se eximir de possível condenação pelo órgão jurisdicional. Entretanto, o que tem sido verificado é o crescente esvaziamento deste instituto, que tem sido representado, tão somente, por um óbice de cunho financeiro, ao revés dos ensinamentos doutrinários. Além disso, o próprio Judiciário não parece levar este argumento em consideração, formulando requisitos indeterminados ou mesmo de difícil comprovação. Diante disso, o cenário judicial que envolve a reserva do possível parece marcado por uma comunicação ineficaz entre os envolvidos. O presente estudo objetiva, em síntese, verificar um suposto esvaziamento do argumento da reserva do possível a partir do diálogo entre as partes, apresentando, inclusive, uma proposta de releitura do argumento germânico à luz das peculiaridades do ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-Chave: Direito Constitucional; Direitos Sociais; Políticas Públicas; Reserva do Possível; Poder Judiciário.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 foresaw several social rights which implementation depends, essentially, on the adoption of public policies by the rulers. However, faced with the great popular dissatisfaction and the growing phenomenon of the judicialization of politics, the stage of the realization of these rights has been moved from democratic to jurisdictional activity. In this new scenario, the reservation of the possible is one of the arguments used by the State for the exempt himself of a conviction by court of law. However, what has been verified is the crescent emptiness of the argument, that has been represented so long only by a financial barrier, contrary to doctrinal teachings. In addition, the judiciary seems to not take in consideration this plea, creating vague or even difficult to achieve requirements. Given this, the judicial scenario that involves the reservation of the possible is marked by ineffective communication between the actors involved. The present study aims, in summary, to verify a supposed emptying of the argument of the reservation of the possible out of the dialogue between the parties, presenting, even, a proposal of rereading of the Germanic argument in the light of the peculiarities of the national juridical order.

Keywords: Constitutional Law; Social Rights; Public Policies; Reservation of the Possible; Judicial Power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. OS DIREITOS SOCIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	5
1.1 Introdução	5
1.2 A dupla face dos direitos sociais: uma análise da doutrina de Robert Alexy 7	
1.3 Eficácia, relação e judicialização: o direito subjetivo do indivíduo frente ao Estado	12
1.3.1 A eficácia das normas de direitos sociais: a aplicabilidade direta do artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988.....	12
1.3.2 O novo paradigma da relação jurídica administrativa: a paridade entre os sujeitos 14	
1.3.3 A judicialização de matérias políticas: o Judiciário como ferramenta de concretização de direitos fundamentais	15
1.4 O direito além da academia: a realidade dos custos dos direitos	17
2 A RESERVA DO POSSÍVEL COMO SINÔNIMO DE “ORÇAMENTO LIMITADO”	20
2.1 Origem histórica: A ideia de proporcionalidade da pretensão	20
2.2 O estudo dos transplantes jurídicos e as discrepâncias entre Brasil e Alemanha	23
2.3 A recepção da reserva do possível no direito brasileiro	27
2.4 O mínimo existencial	31
3 UMA RELEITURA DA RESERVA DO POSSÍVEL	35
3.1 Introdução	35
3.2 Do postulado da proporcionalidade	36
3.2.1 Noções gerais.....	36
3.3 O mínimo existencial e a redistribuição do ônus	42
3.4 Reserva do economicamente possível	43

3.5	A separação dos poderes e a capacidade institucional dos atores políticos	
	45	
4	UM DIÁLOGO ENTRE SURDOS	50
4.1	Introdução	50
4.2	O Poder Público como “surdo”: aquele que não ouve os ensinamentos da doutrina	51
4.2.1	A União Federal em juízo	52
4.2.2	O Estado do Rio de Janeiro e a reserva do possível	56
4.2.3	A Procuradoria do Município do Rio de Janeiro frente à reserva do possível	58
4.3	O Poder Judiciário como “surdo”: aquele que não entende o que é dito	61
4.3.1	A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 como marco teórico da reserva do possível	61
4.3.2	O “justo motivo” sinalizado pelo Supremo Tribunal Federal	65
4.3.3	A Súmula nº 241 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	67
4.4	Em síntese	69
5	CONCLUSÃO	71
	Referências bibliográficas	74
	Anexo 1	81

INTRODUÇÃO

Dentro do arcabouço constitucional, os chamados direitos fundamentais possuem posição privilegiada, uma vez que são consequência direta da centralidade no indivíduo e em sua dignidade no ordenamento jurídico, de modo que tais direitos, em razão de sua acentuada importância, devem ser não apenas protegidos, mas também promovidos pelo Estado¹.

A efetivação dos direitos fundamentais é realizada pelos Poderes Públicos no âmbito de suas respectivas funções e capacidades institucionais: a atividade legislativa regulamenta os mais variados temas de relevância social a partir das normas e preceitos constitucionais; ao passo que cabe ao Poder Judiciário transmutar a simples vigência da norma em eficácia², aplicando os preceitos constitucionais e infraconstitucionais aos casos concretos levados à sua esfera de atuação.

Cumprе salientar que a efetivação dos direitos fundamentais cabe, em um primeiro momento, à Administração Pública, que pode promover tais direitos através de um não fazer estatal – restringindo seu cerne de atuação para proteger determinadas liberdades do indivíduo, tais como a liberdade de expressão – ou a partir de verdadeiras ações e programas dos mais variados tipos, definidos como políticas públicas, que objetivam concretizar aqueles fins previstos no texto constitucional³.

Certo é que toda atividade estatal – mesmo aquela inerente à concretização de direitos eminentemente individuais – necessita da alocação de recursos públicos para sua realização. No entanto, os recursos à disposição do Estado não são ilimitados, de modo que cabe ao administrador público, no exercício de suas funções, priorizar e definir onde

¹ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 104.

² Neste sentido, interessante é a contribuição de Ingo Wolfgang Sarlet que, pautado na lição de José Afonso da Silva, discorre quanto aos conceitos de eficácia social e jurídica: “Assim sendo, para efeitos deste estudo, podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação. SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 247.

³ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 105.

serão alocados os meios à sua disposição, situação que, em geral, acarreta a tomada de escolhas trágicas.

Ainda que o Poder Executivo seja aquele legitimado por excelência para efetivar os direitos previstos na carta magna, é possível perceber um aumento cada vez maior da incidência da atividade jurisdicional não apenas como instância de revisão das decisões executivas, mas também de elaboração de projetos e da concretização de direitos fundamentais, a partir do fenômeno da judicialização da política, de sorte que o Judiciário atua como verdadeiro “legislador positivo”⁴.

Os motivos para o crescimento deste fenômeno são variados, perpassando por uma justificada desconfiança no próprio Poder Executivo após cerca de vinte anos de regime autoritário e da ineficácia das medidas adotadas pela Administração Pública até motivos relacionados ao próprio jogo democrático, como a separação dos poderes e o exercício dos direitos políticos⁵.

Ainda que o indivíduo busque efetivar determinado direito subjetivo constitucionalmente previsto, que não fora efetivado pelo Executivo por conta da limitação de recursos, por meio do ajuizamento de ação em face do Estado, tal fato não é capaz de alterar a situação de escassez vivenciada pelo governo, sobretudo em momentos de crise econômica. É neste contexto que a ideia de reserva do possível surge como óbice apresentado pelo Estado, no curso das demandas judiciais propostas, para a concretização de direitos fundamentais.

Contudo, ainda que a reserva do possível seja utilizada no direito brasileiro praticamente como sinônimo de “orçamento limitado”, suas raízes históricas advindas do direito germânico no caso conhecido como “*numerus clausus*” remetem a um significado distinto, próximo à ideia de proporcionalidade daquilo que o particular pode exigir do Estado, e não apenas da ausência de recursos.

Neste sentido, tomando por base o alerta de Norberto Bobbio quanto à necessidade de analisar não apenas os aspectos filosóficos ou jurídicos quanto à efetivação dos direitos fundamentais, mas também a própria realidade fática, como forma de evitar uma

⁴ Ainda que a expressão “legislador positivo” tenha sentido claro definido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência nacional, sua utilização entre aspas decorre do reiterado posicionamento do Supremo Tribunal Federal que veda a possibilidade de atuação positiva do Poder Judiciário nesta seara. Neste sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 473216 Minas Gerais. Agravante: BMG Leasing S/A – Arrendamento Mercantil. Agravado: União Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 05 de fevereiro de 2013. *DJ*, 20 de março de 2013.

⁵ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. p. 67.

discussão meramente acadêmica frente a uma questão de suma importância⁶, o presente estudo pretende averiguar como o argumento da reserva do possível vem sendo proposto pelo Poder Público em sede de demandas judiciais, como forma de analisar os limites argumentativos deste instituto.

Assim, teremos a divisão do presente estudo em quatro partes. Inicialmente, será exposta a questão dos direitos sociais prestacionais, explicitando a posição do indivíduo não mais como mero destinatário das normas da Administração Pública, mas sim como titular de verdadeiros direitos subjetivos que podem ser demandados em juízo. Outrossim, buscaremos demonstrar os motivos que levam o particular a proceder à judicialização da política no direito brasileiro e à questão inerente aos custos dos direitos.

A segunda parte adentrará no cerne da reserva do possível, apresentando sua origem histórica no direito alemão, bem como sua recepção na doutrina brasileira, de modo a demonstrar a roupagem adquirida pelo instituto no ordenamento jurídico pátrio, adentrando, ainda, no conceito de mínimo existencial, ideia diretamente relacionada a reserva do possível.

A terceira parte do estudo buscará, após apreciada a recepção da reserva do possível pela doutrina brasileira, apresentar uma proposta de releitura do referido instituto, buscando um retorno a noção talhada pelo direito germânico, acrescido de componentes que se fazem imprescindíveis para o cenário brasileiro.

Por fim, o quarto capítulo buscará demonstrar como a reserva do possível é aplicada na prática pelo Estado como argumento de defesa frente às prestações jurisdicionais demandadas, assim como o posicionamento dos tribunais pátrios, especialmente das cortes constitucionais frente à correlação entre direitos fundamentais e reserva do possível.

A metodologia empregada ao presente estudo é proveniente do método hipotético-dedutivo, a partir da leitura de textos básicos que sirvam de diretriz para a sustentação e defesa de nosso argumento central dentro do processo de redação, firmando-se aqui a indiscutível necessidade de textos críticos àqueles que adotaremos como base de raciocínio.

⁶ “O problema da sua realização não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica.” BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 64.

Para fins da análise de casos, notadamente na quarta parte do estudo, utilizaremos demandas judiciais que versem sobre prestação de direitos sociais cujo julgamento pelas instâncias ordinárias ocorreu no período compreendido entre os anos de 2015 e 2017. O caso será escolhido como representativo a partir do maior ou menor grau de enfrentamento da reserva do possível pelas decisões de mérito proferidas.

Em síntese, o presente estudo pretende investigar o instituto da reserva do possível, traçando linhas gerais sobre possíveis diferenças entre o conceito talhado pelo direito germânico e o adotado pela doutrina brasileira, seus limites frente a outros institutos, e sua aplicação para além dos muros acadêmicos.

1. OS DIREITOS SOCIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Introdução

Os direitos fundamentais constituem pedra angular em qualquer ordenamento jurídico, uma vez que estabelecem tanto limitações à atuação do Estado – enquanto verdadeiras barreiras intransponíveis frente à atividade ordenadora promovida pelo ente público – quanto instituem os fins almejados pelo Estado, servindo como norte para seu exercício⁷.

A despeito da precária técnica legislativa empregada, a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu bojo, um conjunto abrangente de direitos fundamentais⁸. Esta construção realizada pelo constituinte originário aparenta ser uma resposta ao período autoritário vivenciado recentemente na história política brasileira, marcado por diversos abusos aos direitos do indivíduo.

Ante a existência de expressiva gama de direitos fundamentais, bem como forma de proceder a análise da reserva do possível de forma mais direta, restringiremos o objeto do presente estudo à relação dos chamados direitos sociais, especialmente em sua faceta prestacional, que restará demonstrada no próximo ponto.

Contudo, devemos tecer breves apontamentos sobre dois temas conexos ao estudo dos direitos fundamentais e que serão de grande valia no desenvolvimento do presente estudo: (i) a dignidade da pessoa humana como elemento estruturante dos demais direitos de caráter fundamental; e (ii) a distinção terminológica e conceitual entre direitos humanos, fundamentais, e sociais.

Embora Bobbio entenda que, em razão da concordância quase universal dos governos frente a existência dos direitos fundamentais, a problemática de sua justificação não seja mais o problema fundamental referente a estes direitos⁹, acreditamos que a exposição do fundamento não atua como fator debilitante da discussão, mas sim como elemento enriquecedor do debate.

⁷ Para melhor análise dos papéis dos direitos fundamentais frente à atividade ordenadora do Estado, ver BINNEBJOM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 115-144.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 104.

⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 42-43.

Ainda que concordemos integralmente com a crítica de Vicente de Paulo Barretto no sentido de que a dignidade da pessoa humana pode ser empregada indiscriminadamente como verdadeiro guarda-chuva ideológico para justificar e legitimar uma infinidade de teorias e práticas diversas¹⁰, não podemos deixar de constatar que tal conceito situa-se no epicentro dos direitos fundamentais e sociais.

A posição privilegiada da dignidade da pessoa humana na própria Constituição Federal (art. 1º, inciso III¹¹) explicita sua importância no ordenamento jurídico pátrio a partir de uma leitura topográfica. O referido princípio possui verdadeira função transcendental, traduzindo a concepção kantiana de que o indivíduo não constitui um meio, mas sim, um fim em si mesmo, sendo protagonista de toda relação social. Deste modo, o indivíduo não pode ser sacrificado em prol de determinados fins sociais, impondo ao Estado e às organizações sociais verdadeiros deveres de abstenção de determinados atos, bem como de condutas positivas para realizar a dignidade humana¹².

Vicente de Paulo Barretto vai além da concepção kantiana e entende que a dignidade humana se desdobra em duas máximas: não tratar a pessoa como simples meio e assegurar suas necessidades vitais¹³, sendo certo que a última está intimamente relacionada a ideia de mínimo existencial, que será melhor aprofundada no capítulo três deste estudo. Por outro lado, concordamos com nova crítica apresentada por este autor, no sentido de que a dignidade da pessoa humana deve permanecer como princípio subsidiário, incidindo apenas em situações nas quais não haja outro princípio ou conceito passível de utilização, sob pena de esvaziamento de seu significado¹⁴.

Percorrida a explicitação da justificação dos direitos fundamentais no princípio da dignidade da pessoa humana, passa-se à distinção terminológica e conceitual que aflige os termos “direitos humanos”, “direitos fundamentais” e “direitos sociais”. Ainda que tal discussão pareça ter sido sepultada nos últimos anos, cumpre esclarecer o sentido em que os termos serão empregados no presente estudo.

¹⁰ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 57.

¹¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;” BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 de outubro de 2017.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 179-183.

¹³ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 70.

¹⁴ *Ibidem*, p. 62.

Adotaremos a distinção entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais” trazida por Ingo Wolfgang Sarlet, de modo que os termos não serão sinônimos, sendo o primeiro relacionado com direitos consagrados em declarações e tratados internacionais, ao passo que o segundo equivale aos direitos reconhecidos e positivados no direito constitucional interno de um país¹⁵.

Por outro lado, os “direitos sociais” – que serão objeto principal do presente capítulo – se relacionam com os “direitos fundamentais”, consistindo em uma das dimensões deste.

Os direitos individuais apresentam-se como a primeira dimensão dos direitos fundamentais, caracterizados como direitos de abstenção estatal como forma de evitar arbítrios e proteger a liberdade do indivíduo. Os direitos democráticos são aqueles caracterizados como a segunda geração de direitos fundamentais, relacionados ao exercício da liberdade em sociedade, através da participação individual do cidadão no jogo democrático. Por fim, os direitos sociais representam a terceira dimensão, definidos como desdobramentos da solidariedade e da justiça distributiva, impondo, em regra, verdadeiras imposições positivas ao Estado, em contraposição às noções de abstenção dos direitos individuais¹⁶.

Conforme afirma Alinie da Matta Moreira, os direitos sociais decorrem de resultados adversos da industrialização, bem como de diversos movimentos reivindicatórios, associados as doutrinas socialistas, que ocasionaram a realização da justiça social por parte do Estado em relação aos menos favorecidos¹⁷.

Assim, tendo sido expostas breves considerações quanto à justificativa dos direitos fundamentais e às distinções terminológicas entre “direitos humanos”, “direitos fundamentais” e “direitos sociais”, tem-se por sedimentado o caminho para a análise das demais questões envolvendo os direitos sociais que, por conta de sua faceta eminentemente prestacional, devem ser observados de perto para fins do presente estudo.

1.2 A dupla face dos direitos sociais: uma análise da doutrina de Robert Alexy

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed.rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 33-42.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 184-186.

¹⁷ MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 21-32.

A doutrina germânica de Robert Alexy em muito influenciou o entendimento dos direitos fundamentais ao redor do mundo. O autor, instigado pela teoria dos *status* proposta por Georg Jellinek, compreende que os direitos fundamentais são compostos por um feixe de posições jurídicas que acarretam em uma tríplice divisão: (i) direitos a liberdades; (ii) direitos a competências; e (iii) direitos a algo¹⁸. Em que pesem as demais classificações, nosso interesse reside prioritariamente na última classificação, inerente aos direitos a algo.

Tais direitos demandam determinada ação a ser realizada pelo destinatário da norma que pode ser tanto uma ação negativa – ou omissão –, caracterizada pelos chamados “direitos de defesa”, quanto uma ação positiva, referente aos “direitos a prestações”.

Conforme sintetizado no tópico anterior, os direitos sociais representam manifestações da justiça social e da igualdade material, de modo que uma interpretação superficial poderia indicar que tais direitos pertencem tão somente ao grupo inerente às ações positivas. Entretanto, os direitos sociais, em verdade, abrangem tanto direitos a prestações positivas por parte do Estado quanto direitos de defesa, exercendo uma limitação frente à atuação da Administração Pública.

Como forma de exemplificar o exposto, podemos analisar o direito à greve, positivado no artigo 9º da Constituição Federal de 1988¹⁹, por meio do qual o Estado e os particulares devem abster-se de limitar a atividade grevista dos trabalhadores organizados. No mesmo sentido temos os demais direitos trabalhistas previstos no artigo 7º da Constituição que, em sua grande maioria, consubstanciam posições jurídicas de defesa²⁰.

Por outro lado, podemos citar o direito à moradia como exemplo de direito social que possui, simultaneamente, um direito de defesa – decorrente da vedação de medidas arbitrárias como a desapropriação sem o devido procedimento ou da penhora –, bem como

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 193.

¹⁹ “Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.” BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 de outubro de 2017.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed.rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 203.

um direito à prestação positiva, no sentido de que o Estado deve assegurar políticas públicas que concedam o acesso à moradia²¹.

Em verdade, todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão prestacional por parte do Estado, divergindo, tão somente, em relação ao grau de atuação demandado para sua plena concretização. Assim, os chamados direitos de defesa podem ser enquadrados em um grau mínimo de atuação estatal que, por diversas situações, pode ser sintetizado por um não fazer estatal. Por outro lado, existem direitos, tais como os de cunho social, cuja implementação depende, essencialmente, da ação do Estado, exigindo uma intervenção forte do Poder Público.

Cabe trazer à baila o interessante posicionamento de Marçal Justen Filho, para quem todos os direitos à prestação acarretam em um direito de defesa implícito e complementar. O autor exemplifica abordando o direito à educação, cuja prestação positiva pela instituição de um ensino público veda o ensino voltado a uma única ideologia política²².

Retomando a perspectiva da teoria dos *status* de Jellinek, podemos concluir que os direitos à prestação estão intimamente ligados ao *status positivus*, caracterizado pela possibilidade do indivíduo utilizar das instituições estatais, assim como servindo de garantia a prestações positivas²³.

Por seu turno, o *status negativus* não é capaz de abarcar sozinho a concepção de direitos de defesa, uma vez que, conforme exposto inicialmente por Alexy, a ideia de Georg Jellinek apresentava-se como atitudes do cotidiano que não ocasionavam o interesse jurídico do Estado, tais como a realização de um passeio em sua própria propriedade ou a degustação de um vinho²⁴.

Posteriormente, Robert Alexy apresenta uma noção de *status negativus* que se aproxima à ideia dos direitos de defesa, relacionada a uma espécie de “proibição de

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 16-17.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 187.

²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 263-267. No mesmo sentido: “É no *status positivus* que se poderia, grosso modo, enquadrar os assim denominados direitos a prestações estatais, incluindo os direitos sociais” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 183

²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 258-259.

perturbação” das autoridades públicas a partir de uma pretensão que não esteja plenamente fundamentada²⁵. Esta concepção parece voltada À concepção liberal, no sentido de que a intervenção estatal no âmbito privado requer maior justificativa²⁶.

Esta ausência de similitude entre os institutos faz com que autores cujo entendimento vão ao encontro daquele de Alinie da Matta Moreira concluam que a teoria dos *status* de Georg Jellinek não é capaz de comportar os direitos de defesa²⁷. Nos parece, contudo, que a concepção de Gonçalves Loureiro é a mais correta, no sentido de que os direitos de defesa são provenientes tanto de uma leitura extensiva do *status negativus* quanto do *status positivus* em sentido amplo, sendo comum a ambos os *status*²⁸.

Uma vez que nosso interesse reside no estudo da possibilidade do cidadão – ou da própria coletividade – ingressar no Poder Judiciário com o fito de ver satisfeito determinado direito social que não foi plenamente assegurado por meio de políticas públicas, por óbvio o foco principal do estudo manifesta-se nos direitos à prestação.

Neste mister, Robert Alexy entende que o direito à prestação envolve o direito a qualquer ação positiva por parte do Estado, dividindo tal direito em três grupos: (i) direitos à proteção; (ii) direitos à organização e procedimento; e (iii) direitos prestacionais em sentido estrito²⁹. Sendo os direitos sociais inseridos no bojo do último grupo, apontaremos breves considerações sobre os demais para então adentrar no âmbito dos direitos prestacionais em sentido estrito.

Inicialmente, os direitos à proteção caracterizam-se pela possibilidade do indivíduo exigir que o Estado o proteja contra interferências de terceiros em face de bens pessoais, ao passo que os direitos à organização e procedimento servem para garantir as

²⁵ *Ibidem*. p. 258-262. No mesmo sentido, a ideia apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet quanto ao *status negativus* é mais próxima do conceito de direitos de defesa: “Para além deste *status subiectionis*, Jellinek toma como base a ideia de que, por ser dotado de personalidade, ao indivíduo é reconhecido um *status negativus*, consistente numa esfera individual de liberdade imune ao *jus imperri* do Estado, que, na verdade, é poder juridicamente limitado”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed.rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 182-183.

²⁶ OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. *Revista Estudos Feministas*, v. 16, n. 2, mai./ago. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2008000200002>>. Acessado em: 14 de outubro de 2017. p. 306.

²⁷ MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 39.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed.rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 183. Cf. nota 452.

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 442-444.

balizas procedimentais capazes de garantir a plena fruição e efetividade dos direitos fundamentais³⁰.

Os direitos prestacionais em sentido estrito, por outro lado, são definidos por Robert Alexy como “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”.³¹

Para o autor, as teses que fundamentam os direitos sociais são relacionadas à liberdade, tanto jurídica – isto é, voltada para a permissão de fazer ou deixar de fazer algo – quanto àquela de natureza fática – relacionada à possibilidade real de escolha entre as alternativas apresentadas³². Com efeito, importa salientar que a liberdade apresentada por Alexy encontra-se intimamente relacionada com a noção de dignidade da pessoa humana, substrato identificado como a pedra angular dos direitos fundamentais.

Daniel Sarmento ao discorrer sobre a relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia – ou seja, o direito de o indivíduo realizar escolhas pessoais e segui-las quando isto não venha a ferir direito alheio – perquire a ideia de liberdade, apresentando seu viés negativo, definido como a ausência de constrangimentos externos à ação do agente e positivo, caracterizado pela capacidade real do agente de autodeterminar sua conduta, relacionando-se à ideia de liberdade material, condições que possibilitem o efetivo exercício da autonomia individual³³.

Ou seja, liberdade e dignidade humana são conceitos indissociáveis, visto que a existência digna depende da efetiva liberdade negativa e positiva – ou, como prefere Alexy, jurídica ou fática – para que o indivíduo possa governar a si mesmo, devendo o Estado assegurar os meios para a plena autonomia do indivíduo, através da concretização dos direitos sociais. Outrossim, é este o sentido de complementaridade dos direitos

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed.rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 222-229.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 499.

³² *Ibidem*, p. 503.

³³ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 130-187.

fundamentais de primeira e terceira dimensão aos quais Alinie da Matta Moreira se refere.³⁴³⁵

1.3 Eficácia, relação e judicialização: o direito subjetivo do indivíduo frente ao Estado

A partir da análise da doutrina de Robert Alexy, é compreensível que o indivíduo possui direito a determinada prestação por parte do Estado, seja ela uma mera abstenção ou uma efetiva ação positiva. Assim, o ajuizamento, por parte do cidadão, de uma ação judicial que vise à concretização de seu direito parece uma medida um tanto óbvia. Contudo, nem sempre foi assim.

Neste sentido, não nos furtamos de analisar as mudanças e os motivos que alavancaram o processo de judicialização da política no ordenamento jurídico brasileiro, focando nosso estudo em três pontos fundamentais: (i) a eficácia das normas de direitos sociais; (ii) a mudança de paradigma vivenciada pela relação jurídica administrativa; e (iii) o conceito de judicialização da política e os motivos que levam a sua expansão na atualidade.

1.3.1 A eficácia das normas de direitos sociais: a aplicabilidade direta do artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988

A doutrina costuma classificar as normas constitucionais em razão de sua aplicabilidade. Neste sentido, a divisão mais utilizada é aquela proposta por José Afonso da Silva, qual seja: (i) normas constitucionais de eficácia plena, caracterizadas pela produção de seus efeitos a partir de sua vigência; (ii) normas constitucionais de eficácia contida, que acarretam em efeitos jurídicos imediatos, porém possibilitam a discricionariedade tanto do intérprete quanto do legislador infraconstitucional; e (iii)

³⁴ “Fica evidente, neste ponto, a complementaridade existente entre os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, na medida em que o pleno exercício dos chamados direitos de liberdade e igualdade tem como pressuposto a plena garantia dos denominados direitos sociais”. MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 48.

³⁵ Em sentido contrário à complementaridade dos direitos individuais e sociais, cabe menção a posição de Norberto Bobbio: “Os primeiros [direitos individuais] exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos [direitos sociais] só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas. São antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos. Trata-se de duas situações jurídicas tão diversas que os argumentos utilizados para defender a primeira não valem para a segunda.” BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 41.

normas constitucionais de eficácia limitada, entendidas como aquelas que não são capazes de produzir seus efeitos *per si*, necessitando de uma regulamentação posterior³⁶.

Em que pese os direitos de defesa terem sua aplicabilidade imediata reconhecida, os direitos de cunho prestacional, por exigirem a adoção de uma ação positiva do Estado, suscitam diversos questionamentos na doutrina³⁷. Esta noção parece designar os direitos sociais em um grau hierárquico inferior àqueles de caráter individual, situação que não pode ser aceita, uma vez que, conforme exposto anteriormente, os direitos fundamentais de primeira e terceira geração encontram-se numa situação íntima de dependência³⁸.

Entretanto, a própria Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 5º, §1º³⁹ que as normas garantidoras de direitos fundamentais possuem aplicação imediata, excluindo, portanto, suas disposições do âmbito meramente programático. Contudo, tal disposição constitucional acarretou na discussão quanto à sua abrangência, como forma de verificar se o manto da aplicabilidade imediata estaria ligado apenas aos direitos individuais e coletivos previstos no rol do artigo 5º ou se abrangeria direitos políticos, de nacionalidade e direitos sociais – que são aqueles que nos interessam mais de perto⁴⁰.

Vicente de Paulo Barretto indica que uma das formas mais comuns de negar efetividade aos direitos sociais é exatamente retirar-lhes seu caráter de direitos fundamentais, excluindo a incidência tanto da aplicabilidade imediata do artigo 5º, §1º quanto da proteção conferida às cláusulas pétreas⁴¹.

Em que pese tal posicionamento, entendemos como correto aquele defendido por Ingo Wolfgang Sarlet no sentido de que os direitos sociais também estão cobertos pelo manto da aplicabilidade imediata, a partir de uma interpretação sistemática – posto que,

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 270.

³⁸ Noutro giro, tem-se a explicação de Vicente de Paulo Barretto, para quem os direitos de terceira geração ocasionam uma verdadeira função social aos direitos fundamentais, de modo que não devem ser encarados como “caridade” ou “doação gratuita”, de modo que não se encontram em posição hierarquicamente inferior aos demais direitos fundamentais. BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 195.

³⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 de outubro de 2017.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 271-273.

⁴¹ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 197.

pela primeira vez os direitos sociais encontram-se acolhidos no capítulo próprio aos direitos fundamentais, e não mais no capítulo referente à “ordem econômica e social” – e teleológica da Constituição Federal, uma vez que inexistente no ordenamento jurídico pátrio qualquer indício de exclusão dos direitos de cunho social da esfera de influência dos direitos fundamentais. Ademais, cumpre salientar que a adoção de posicionamento contrário à incidência da aplicabilidade direta poderia transformar o capítulo dos direitos sociais em letra morta na Constituição⁴².

1.3.2 O novo paradigma da relação jurídica administrativa: a paridade entre os sujeitos

Os direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva: (i) por um lado, são entendidos como direitos de caráter objetivo, instituindo fins a serem perseguidos pelo Estado; e (ii) por outro, também possuem caráter subjetivo, conferindo uma posição jurídica a seu titular⁴³. Em verdade, a relação jurídica retirada de determinada norma costuma conferir três posições distintas: o titular do direito exposto pela norma (A), seu objeto (D) e o destinatário da norma jurídica (E).

Tomando por base a sistemática dos direitos sociais – que, conforme explicitado, possuem uma face de direitos a uma prestação positiva e possuem eficácia imediata –, podemos depreender que o destinatário da norma é o próprio Estado (E). Este deverá efetivar determinada prestação jurídica, consubstanciada em um direito social, *e.g.* saúde (D) para o titular da norma que, em geral, é a coletividade ou mesmo apenas um administrado (A). A nova posição conferida ao administrado é relacionada com o *status positivus* de Jellinek⁴⁴ e acarreta uma verdadeira revolução na relação entre o sujeito e a Administração Pública.

Como é sabido, o Poder Público goza de diversos poderes e competências conferidas pela lei constitucional e infraconstitucional como forma de ordenar a vida em sociedade. Neste sentido, havia uma clara discrepância entre as partes, sendo o administrado entendido como mero súdito da Administração⁴⁵.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 273-279.

⁴³ *Ibidem*. p. 165-180.

⁴⁴ Cf. nota 23.

⁴⁵ MONCADA, Luis S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa - para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 7-13.

Contudo, esta relação é alterada a partir do momento em que o cidadão é visto como um sujeito de direitos em relação à própria Administração Pública, de modo a transformar a relação de hierarquia existente em uma relação mais próxima da paridade entre as partes⁴⁶. Neste sentido, há uma completa releitura do direito administrativo, que deixa de ser visto apenas como um direito de contenção do Estado e seus arbítrios – relacionados em grande medida aos direitos individuais como limitações à atividade ordenadora – para um direito destinado à efetiva promoção dos direitos fundamentais⁴⁷.

Assim, a relação jurídica administrativa não pode ser entendida como uma supremacia geral do Poder Público, nem de uma sujeição geral em favor dos particulares, mas sim como uma relação bilateral – ou multilateral – em que os direitos fundamentais constituem pedra fundamental, promovendo limites à atividade ordenadora, exigindo medidas protetivas e promocionais e tornando necessária a ponderação entre os objetivos legítimos do Estado e os direitos individuais do cidadão⁴⁸.

1.3.3 A judicialização de matérias políticas: o Judiciário como ferramenta de concretização de direitos fundamentais

A aplicabilidade imediata dos direitos sociais e o entendimento da relação jurídica administrativa não apenas como sujeição do particular ao Estado, mas sim como uma relação bilateral na qual a promoção dos direitos fundamentais é um dos objetivos a ser perseguido, temos o direito subjetivo do indivíduo frente ao Poder Público bem sedimentado.

Com efeito, em que pese a capacidade institucional prioritária do Poder Executivo para a efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988 por meio de políticas públicas, o direito subjetivo do particular permite que este venha a ajuizar demanda judicial para ter seu direito assegurado.

Conforme explicita Luís Roberto Barroso, a judicialização é caracterizada pela decisão em caráter final pelo Poder Judiciário de questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral, acarretando uma transferência de poder político das demais

⁴⁶ *Ibidem.* p. 14-24.

⁴⁷ Neste sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 122-123; BINENBJOM, Gustavo. *Uma teoria de direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 71-76.

⁴⁸ BINENBJOM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 115-117.

esferas para as instituições judiciais, o que pode acarretar intensas reações dos poderes Legislativo e Executivo – dentre as quais, o oferecimento da reserva do possível como óbice à prestação jurisdicional, fato que nos interessa mais de perto⁴⁹.

A judicialização de matérias inerentes às políticas públicas tem os mais diversos motivos, tais como: (i) desconfiança exacerbada no Poder Executivo; (ii) o desenho institucional adotado nos países democráticos, que permite o amplo acesso à justiça; (iii) a ineficácia das medidas adotadas pelo Poder Público; (iv) os instrumentos de controle de constitucionalidade conferidos às Supremas Cortes, dentre outros⁵⁰.

Ainda que o Poder Judiciário possa interferir nas decisões de caráter político e instituir políticas públicas, concedendo o pleito formulado por determinado cidadão ou pela própria coletividade, o instituto da judicialização da política não está alheio às críticas dos mais diversos vieses.

Ana Paula de Barcellos apresenta críticas ao controle jurisdicional de políticas públicas nos âmbitos constitucional, filosófico e operacional. Destarte, última das críticas propostas pelo viés operacional nos interessa mais de perto, qual seja: a preocupação do julgador em solucionar os casos concretos que lhe são apresentados (microjustiça) afeta o atendimento de outras demandas (macrojustiça)?⁵¹ Certo é que abordaremos tal minúcia mais à frente, quando da análise da reserva do possível.

Cumprе sinalizar que esta crítica provoca a formulação de relevante proposição de Leonardo Coelho Ribeiro, relacionada a medidas preventivas por parte do Estado ante a judicialização. Segundo o autor, a advocacia pública deve voltar-se a elaboração de medidas de cunho preventivo, orientando o agente político, quando da formulação de ações positivas de direitos fundamentais, bem como realizar um controle interno de constitucionalidade, como forma de evitar a proliferação de demandas judiciais⁵².

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Supremas Cortes e Tribunais na democracia* (mimeografado). p. 7-10.

⁵⁰ *Ibidem*. p. 10; BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. Se o Direito Administrativo fica, o Direito Constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 1938-1960, 2016. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25461/19165>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.; ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. p. 67.

⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107-116.

⁵² “Desse contexto é que emerge o capital desafio da Advocacia do Estado na atualidade: reduzir essas demandas que buscam a prestação do mínimo existencial por determinação do Poder Judiciário. Deve-se valer, para tanto, de meios preventivos, quais sejam: a orientação ao agente político na formulação de políticas públicas pretendidas por ele, para que atinjam o melhor resultado possível, bem como exercendo

1.4 O direito além da academia: a realidade dos custos dos direitos

Conforme salientado por Norberto Bobbio, a questão dos direitos fundamentais e de sua devida concretização não deve pairar apenas por ares acadêmicos, perfazendo longas discussões doutrinárias e filosóficas sem qualquer eficácia prática⁵³. Pelo contrário, a discussão inerente aos direitos fundamentais, por conta de seu objeto – diretamente relacionado à fruição e ao gozo da liberdade e da autonomia dos indivíduos⁵⁴ - deve fugir das páginas dos livros e manuais e adentrar na realidade fática da sociedade.

Por toda a exposição apresentada até o momento, tem-se por evidente que os direitos sociais prestacionais consistem em direitos que acarretam em dispêndios para os recursos públicos, posto que suscitam a realização de ações positivas que podem ser consubstanciadas em obras públicas, contratação de novos funcionários e servidores, aquisição de insumos, treinamento de pessoal, dentre outras atividades. Neste sentido, os gastos para a efetivação de tais direitos seriam os principais entraves para sua concretização.

Contudo, conforme denota a crítica formulada pelos norte-americanos Cass Sunstein e Stephen Holmes, sintetizada por Flávio Galdino⁵⁵, os direitos fundamentais de primeira geração, fundamentados na liberdade individual, e tidos como puramente negativos⁵⁶ são, na verdade, direitos positivos.

A visão apresentada pelos autores parte, não de uma conceituação ou classificação doutrinária, mas sim da realidade fática em que os direitos individuais também ocasionam gastos públicos ao Estado. Tomando por exemplo o direito de propriedade – talvez o mais liberal dos direitos –, sua manutenção e proteção efetiva não depende de uma simples abstenção estatal, mas também de medidas efetivas para sua proteção frente a terceiros, como a existência e manutenção de corpo de servidores – policiais e bombeiros, por

o controle interno de juridicidade dos atos do mandatário político” RIBEIRO, Leonardo Coelho. Atuais desafios da Advocacia de Estado: judicialização de políticas públicas e estabilização das relações jurídicas num cenário de déficit público. In: Guerra, Sérgio; FERREIRA JUNIOR, Celso Rodrigues (coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Villela Souto*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2015. p. 787.

⁵³ Cf. nota 6.

⁵⁴ Neste sentido, ver SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁵⁵ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem Em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

⁵⁶ Cabe trazer à baila a crítica formulada por Josué Mastrodi e Abner Duarte Alves, na qual afirmam que a premissa de Sunstein e Holmes inerente a que todos os direitos individuais seriam negativos é equivocada. MASTRONDI, Josué; ALVES, Abner Duarte. Sobre a teoria dos custos dos direitos. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 695-722. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19270>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

exemplo – que protegerão as normas jurídicas definidas – criadas por membros do Poder Legislativo, cuja estrutura e vencimentos também acarreta em custos ao erário⁵⁷.

Neste sentido, os autores não sustentam apenas que os direitos individuais seriam direitos a prestações positivas, mas sim que não existiriam quaisquer direitos unicamente negativos⁵⁸. Outrossim, acreditamos que, diante da realidade radical proposta por esta teoria, seja melhor adotarmos uma concepção pragmática que não venha a romper de forma definitiva com as classificações propostas e aceitas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, bem como manter as características primordiais destes direitos⁵⁹, utilizando o pensamento proposto por Marçal Justen Filho em outros termos, quais sejam: todos os direitos “negativos” implicam em um direito a uma prestação positiva, acessória e implícita⁶⁰.

Assim sendo, uma vez que os direitos – negativos ou positivos – implicam em gastos para o Poder Público, temos que a discussão inerente à aplicabilidade imediata dos direitos sociais afigura-se, em verdade, como absolutamente inócua, visto que o principal fundamento para seu afastamento residia nos custos para sua instituição.

Josué Mastrondi e Abner Duarte Alves entendem que a estrutura adotada para entender os direitos fundamentais objetivava apenas a consolidação, prestação e proteção dos direitos fundamentais de primeira geração, de modo que os custos destes direitos não são visíveis, posto que difundidos naqueles próprios da manutenção do Estado⁶¹.

Diante de todas estas considerações, Flávio Galdino busca apresentar um conceito pragmático de direitos fundamentais, objetivando inserir as lentes da realidade sob este prisma. A formulação do referido conceito leva em consideração o abundante rol de

⁵⁷ Ao mesmo tempo, poderíamos citar outros exemplos, como o direito de ir e vir, no qual para sua total fruição depende não só de transportes públicos, mas também de todo o aparato de trânsito, como legislação, fiscalização, funcionários, dentre outros.

⁵⁸ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem Em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 204.

⁵⁹ “A faceta que se expressa com mais visibilidade para a primeira dimensão de direitos está no dever do Estado de se abster de atuar em certos âmbitos, sem se levar em conta que há inúmeras obrigações (positivas) que o mesmo Estado deve realizar uma série de funções para garantir e proteger esses direitos, no sentido de impedir que sejam prejudicados por outros cidadãos, bem como pelo próprio poder público. Para a segunda dimensão de direitos, as obrigações positivas são o aspecto mais relevante para identificá-la.” MASTRONDI, Josué; ALVES, Abner Duarte. Sobre a teoria dos custos dos direitos. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 695-722. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19270>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

⁶⁰ Cf. nota 22.

⁶¹ MASTRONDI, Josué; ALVES, Abner Duarte. Sobre a teoria dos custos dos direitos. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 695-722. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19270>. Acesso em: 15 de outubro de 2017. p. 711.

direitos fundamentais previstos no texto constitucional que não são fruídos pela totalidade da população – talvez, nem mesmo por parte considerável⁶².

Galdino entende que, antes de se afirmar que determinada pessoa possui um direito fundamental, deve-se verificar os custos deste direito e a efetiva possibilidade de seu atendimento pelo Poder Público, ou seja, verificar a realidade que nos cerca antes da tomada de decisões que venham a impactar o orçamento⁶³. Em que pese a possibilidade deste entendimento ser visto como retrocesso social, uma vez que sintetiza a eventualidade de “retirada” de um direito, temos que nos ater a dois pontos: (i) ainda que o direito esteja constitucionalmente previsto, a realidade vivenciada pelo indivíduo denota que o mesmo não está sendo respeitado e/ou fruído; (ii) a concessão deste direito ao indivíduo por meio do Judiciário pode afetar de forma definitiva o cumprimento de outras demandas envolvendo direitos fundamentais⁶⁴.

Neste sentido, entendemos que a proposta pragmática apresentada por Galdino quanto aos direitos fundamentais relaciona-se não com um suposto retrocesso social, mas sim com o ideal de proporcionalidade da pretensão em face do Estado pregado pela doutrina alemã no surgimento da reserva do possível, envolvendo não apenas questões orçamentárias – como vem acontecendo no direito brasileiro –, mas também a ideia de critérios de eficiência na alocação dos recursos.

⁶² GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem Em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 336-342.

⁶³ *Ibidem*. p. 342.

⁶⁴ Cf. nota 51.

2 A RESERVA DO POSSÍVEL COMO SINÔNIMO DE “ORÇAMENTO LIMITADO”

2.1 Origem histórica: A ideia de proporcionalidade da pretensão

Após a apresentação de linhas gerais quanto à questão dos direitos fundamentais – discriminando a existência de um direito subjetivo do particular em face do Estado, bem como a noção de que todos os direitos acarretam em custos ao Poder Público –, devemos adentrar na análise da pedra angular do presente estudo: a ideia de reserva do possível.

Preliminarmente, cumpre salientar que, em que pese a importância de tais pontos, não adentraremos na temática inerente à possibilidade ou não do Poder Judiciário intervir no campo das políticas públicas ou em como tal controle deve ser realizado, bem como da ideia que a reserva do possível pode ou não consistir em óbice a prestação de direitos fundamentais. Neste sentido, as posições que encamparemos no presente trabalho derivam da possibilidade da atividade jurisdicional controlar políticas públicas e da reserva do possível consistir em legítima restrição aos direitos fundamentais⁶⁵.

Conforme mencionado anteriormente, a noção de reserva do possível advém do direito germânico, como uma tradução da locução alemã “*Der Vorbehalt des Möglichen*”, a partir do julgado BVerfGE 33, 303 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 18 de julho de 1972, conhecido como “*numerus clausus*”.

O referido julgamento versava sobre dois casos de controle concreto de constitucionalidade, apresentados pelos Tribunais Administrativos de Hamburgo e da Baviera, relativos à regulamentação da admissão para o curso de medicina nas universidades dos referidos estados nos anos de 1969 e 1970⁶⁶. Neste sentido, a discussão era pautada pela Lei Universitária de Hamburgo, datada de 25 de abril de 1969, que restringia o acesso de estudantes ao curso de medicina sob o pretexto de insuficiente capacidade de ensino⁶⁷ e pela Lei de Admissão às Universidades Bávaras, de 8 de julho

⁶⁵ Para análise mais aprofundada sobre tais temas, ver ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Controle judicial de políticas públicas: critérios e parâmetros possíveis. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 85-102; BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101-132; MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 58-102.

⁶⁶ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Traduzido por Beatriz Henning et al. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 656.

⁶⁷ O referido diploma normativo em seu §17 previa: “(1) A admissão para alguns cursos pode ser restringida, se e enquanto isso for necessário, em vista da capacidade de absorção da universidade, para garantir a

de 1970, também albergada na discussão. Este último diploma normativo instituía que as vagas para determinadas áreas do conhecimento poderiam ser limitadas apenas para a estrita manutenção do funcionamento do curso⁶⁸.

O julgamento de constitucionalidade foi proposto diante do direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino, garantido pela Lei Fundamental alemã e decorrente direto da admissão ao curso universitário. Neste sentido, o Tribunal asseverou que determinados direitos podem ser pleiteados em juízo⁶⁹, consolidando a ideia de direitos subjetivos já exposta anteriormente⁷⁰.

Entretanto, a Corte declarou que ainda que o cidadão, investido de seu direito subjetivo, tenha a faculdade de pleitear a admissão à universidade, este pode ser limitado por meio de uma lei ou com base em uma lei nos limites do estritamente necessário.

Em síntese, o Tribunal alemão entendeu que o direito do cidadão de ver determinada prestação constitucional ser satisfeita pode ser obstada por lei, desde que existente uma justificação plausível⁷¹, que no presente caso relacionava-se ao esgotamento da capacidade de ensino e a impossibilidade fática de alocar todos aqueles qualificados ao ensino superior.

Assim, a prestação estatal não poderia ser concretizada meramente pela interpelação judicial dos interessados em ingressar no curso de medicina, mas sim a partir de prestações estatais – caracterizadas por políticas públicas – que, diante da existência de recursos e da responsabilidade do Administrador Público com os demais interesses da coletividade, ampliariam, gradativamente, a expansão da capacidade referido curso.

É neste contexto que surge a noção de reserva do possível, como aquilo que o indivíduo pode exigir da coletividade de forma racional. A existência de um direito constitucional, conforme exposto pela Corte germânica, não obriga o Estado a prover a cada candidato a vaga no curso de medicina, assim como pode não obrigar o Estado em diversas outras situações. Assim, o indivíduo deve, em verdade, tolerar eventuais limites

regular realização de um curso na respectiva área do conhecimento. Antes da introdução de uma limitação da admissão, deve-se, sobretudo, avaliar, se e em que extensão a universidade pode tomar medidas, principalmente na área da reforma do ensino, que sejam adequadas a evitar uma restrição na admissão. (2) Limitações da admissão serão regulamentadas por leis de admissão, nas quais devem ser estabelecidas regras sobre a escolha e o número dos candidatos a serem admitidos. A cada seis meses deve ser verificado se ainda está presente a condição do parágrafo 1º. (3) Leis de admissão serão estatuídas pelo Senado (Conselho) Acadêmico, depois da oitiva dos departamentos interessados.” *Ibidem* p. 656.

⁶⁸ *Ibidem*. p. 657.

⁶⁹ *Ibidem*. p. 661-662.

⁷⁰ Cf. ponto 1.3.

⁷¹ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Traduzido por Beatriz Henning *et al.* Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 658.

impostos pela Administração Pública, desde que permaneça protegida sua individualidade⁷².

Em estudo mais aprofundado sobre a decisão do Tribunal Constitucional, Fabiana Okchstein Kelbert aduz que a noção de reserva do possível é proveniente do pensamento de Peter Häberle, que já realizava expressivo cotejo envolvendo a satisfação dos direitos fundamentais e a capacidade econômica do Estado, apontando pela impossibilidade de exigir do Estado o impossível⁷³.

Ante o exposto, o português Jorge Reis Novais destaca que a limitação material do razoável encontra-se, implicitamente, ligada a uma dimensão econômica e financeira do Estado. Para o autor, ainda que dada prestação possa ser demandada do Poder Público, esta apenas pode ser cumprida diante da existência de recursos públicos, instituindo a ideia de “reserva do economicamente possível”, nomenclatura muito mais próxima da ideia absorvida pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme será demonstrado adiante⁷⁴.

Por derradeiro, cumpre salientar dois pontos imprescindíveis da decisão prolatada: (i) ainda que tenha sido negado o direito de pleitear a abertura de novas vagas, o Tribunal alemão entendeu que não houve omissão de qualquer ente estatal na geração gradual de novas vagas. A omissão estatal no âmbito das políticas sociais a serem instituídas constitui ponto de extrema relevância na experiência brasileira, conforme será melhor abordado no capítulo quatro; (ii) a decisão do “*numerus clausus*” foi prolatada em 1972, momento anterior a uma suposta crise do Estado Social⁷⁵. Neste sentido, ainda que o modelo de bem-estar social estivesse em sua plenitude⁷⁶, o Tribunal germânico entendeu pela possibilidade de frear a prestação de direitos sociais – no presente caso, o acesso ao ensino superior, fundamentado no direito à livre escolha fundamental – diante da existência de dados fatores, como o exaurimento da capacidade institucional.

⁷² *Ibidem*. p. 663-664.

⁷³ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 70-71.

⁷⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editoria, 2010. p. 89-92.

⁷⁵ Ainda que haja forte divergência quanto à crise efetiva do modelo social de Estado relacionada ao surgimento do modelo neoliberal, bem como ao marco temporal desta crise, adotaremos no presente trabalho a posição do professor Maximiliano Martín Vicente, para quem o Estado Social deu-se diante das crises do petróleo, ocorridas entre 1973 e 1979, aliada à crescente insatisfação das grandes empresas com o referido modelo de Estado. Neste sentido, ver VICENTE, M. M. *História e comunicação na ordem internacional*. 1. ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. p. 123-146

⁷⁶ Importante salientar que a promulgação da Lei Fundamental de Bonn em 1949 retirou do âmbito de proteção constitucional o capítulo destinado aos direitos de cunho social. Esta questão será melhor aprofundada no próximo ponto.

2.2 O estudo dos transplantes jurídicos e as discrepâncias entre Brasil e Alemanha

Tendo analisado o surgimento da reserva do possível em seu nascedouro germânico, tem-se a necessidade de verificar a efetiva transposição do instituto para o ordenamento jurídico brasileiro, apreciando as diferenças existentes entre os dois países, não apenas no âmbito jurídico, mas também na própria realidade fática e social. Esta análise tem por fim entender os motivos que ocasionaram a modificação da reserva do possível.

Neste sentido, transplante jurídico é entendido como o deslocamento de determinado conceito ou instituto de dado ordenamento jurídico para outro, bem como da utilização de mecanismos doutrinários e/ou jurisprudenciais de sistema jurídico alienígena para fundamentar determinado pleito ou decisão judicial, sendo considerado uma das formas mais simples de transformação de um ordenamento jurídico⁷⁷.

Inicialmente, cabe trazer à baila a crítica de Pierre Legrand ao entendimento de Alex Watson quanto às regras transplantadas de dado ordenamento jurídico: enquanto Watson entende que as normas jurídicas não se encontram conectadas com fatores históricos ou sociais, sendo universais em qualquer lugar do mundo ocidental, Legrand aponta na direção contrária, entendendo, inclusive, que os “transplantes jurídicos” são impossíveis⁷⁸.

A impossibilidade dos transplantes jurídicos, segundo Legrand, decorre da própria interpretação da regra jurídica, uma vez que esta passa a variar ao sabor do contexto político, social e econômico ao qual seu interprete está inserido, assim como da situação em que a regra surgiu. Ou seja, a interpretação seria diferente se tivesse ocorrido em outro lugar ou época, uma vez que as condições intrínsecas à própria regra seriam diversas⁷⁹.

⁷⁷ FEDTKE, Jörg. Legal transplants. In: SMITHS, Jan M. (ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012. p. 550-554. Em relação a utilização de precedentes estrangeiros em decisões judiciais, ver FREIRE, Alonso. O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Ideias Constitucionais: Considerações sobre a Análise Comparativa na Interpretação dos Direitos Fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alonso. (org.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁷⁸ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. Tradução de Gustavo Castagna Machado. *Cadernos do programa de pós-graduação em direito/UFGRS*, Rio Grande do Sul, v. 9, n.1, p. 3-4. Disponível em <http://seer.ufgrs.br/index.php/ppgdir/article/view/49746/31244>. Acesso em 31 de outubro de 2017.

⁷⁹ *Ibidem*. p. 5-6.

Em verdade, a imersão das normas jurídicas sobre aspectos culturais conforme leciona Legrand não é matéria exclusiva a transposição de regras e institutos de outros ordenamentos jurídicos, mas também a instrumentos do próprio direito interno. Apenas a título de exemplo, podemos citar a decisão do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI nº 4.277, de relatoria do ministro Ayres Britto, onde foi consolidado o entendimento segundo o qual a união entre pessoas do mesmo sexo merece a aplicação das mesmas regras e consequências daquela de caráter heteroafetivo⁸⁰.

Conforme leciona Robert Alexy, uma determinada norma jurídica pode ser exposta por uma gama de enunciados normativos, ao mesmo passo que estes enunciados podem acarretar em diversas interpretações⁸¹ que, retomando a ideia defendida por Pierre Legrand, são relacionadas não apenas à sensibilidade cultural do intérprete⁸², mas também ao interesse em defender ou pleitear dado direito.

Ante o exposto, Pierre Legrand entende que os transplantes jurídicos, em realidade, apenas poderiam ser efetivados caso tanto o contexto quanto o significado investido da regra jurídica pudessem ser transportados para outra cultura, situação que o autor entende como improvável. Em conclusão, Legrand entende que a regra ou instituto jurídico transportado toma um significado distinto daquele inicial, mesmo que subsista o mesmo enunciado descritivo⁸³, síntese que também é apontada por Jörg Fedtke, sob a ressalva de que transplantes costumam ser mais eficazes em áreas mais técnicas⁸⁴.

Diante destas considerações inerentes à efetivação de transplantes jurídicos, mister se faz analisar as diferenças entre Brasil e Alemanha como forma de averiguar como a cultura destes países afeta a noção de reserva do possível, conceito que, por não possuir enunciado descritivo explícito é mais propenso a distorções e modificações ao longo do procedimento de transplante. Neste sentido, iniciaremos analisando os dados

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 Distrito Federal. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. *DJ*, 20 de março de 2013.

⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 50-65.

⁸² LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. Tradução de Gustavo Castagna Machado. *Cadernos do programa de pós-graduação em direito/UFRGS*, Rio Grande do Sul, v. 9, n.1, p. 8. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49746/31244>. Acesso em 31 de outubro de 2017.

⁸³ “Pressupondo uma linguagem comum, a posição é a seguinte: havia uma regra (palavras inscritas α + significado x), e agora há uma segunda regra em outro lugar (palavras inscritas α + significado y). Não é a mesma regra.” *Ibidem*. p. 9-10.

⁸⁴ FEDTKE, Jörg. Legal transplants. In: SMITHS, Jan M. (ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012. p. 552-553.

fornecidos pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) referente ao ano de 2014⁸⁵ nos seguintes critérios: (i) Produto Interno Bruto (PIB); (ii) população total e taxa de desemprego; e (iii) total de receitas e gastos⁸⁶.

Quanto ao Produto Interno Bruto (PIB), primeiro cumpre esclarecer que este refere-se à soma de todos os bens e produtos produzidos no país em determinado período. Apesar deste índice não ser capaz de dimensionar a qualidade de vida de um país, seu índice *per capita* pode ser utilizado para indicar a situação de um cidadão médio em relação a outro de localidade distinta⁸⁷. Partindo dessas informações, é possível depreender que o PIB da Alemanha em 2014 foi consideravelmente superior ao do Brasil, ao passo que no índice *per capita* possui diferença gritante: o padrão germânico é maior do que o quádruplo daquele brasileiro.

Quanto à população total no ano de 2014, o Brasil possuía cerca de 202 milhões de habitantes com taxa de desemprego estipulada em 6,8%, ao passo que a Alemanha detinha 81 milhões de habitantes com taxa de desemprego fixada em 5%. Ainda que tais números já demonstrassem que o número de desempregados no Brasil superava em muito aqueles da Alemanha, certo é que os efeitos da recente crise econômica e política nacional alavancaram a taxa de desemprego para 13,7% no primeiro trimestre de 2017⁸⁸, ampliando ainda mais o grau de disparidade entre os dois países – ainda mais levando em consideração que a taxa de desemprego atual na Alemanha atingiu o valor histórico de 3,7% em 2017⁸⁹ - e, principalmente, ampliando o número de necessitados dos benefícios sociais fornecidos pelo Estado brasileiro.

Por fim, o último indicador utilizado refere-se ao total de receitas e gastos de cada um dos países no ano de 2014. Neste mister, ainda que os dados fornecidos pelo FMI estejam em moedas distintas (real brasileiro e euro), é importante notar que o Estado

⁸⁵ O ano de 2014 foi o escolhido como base por ser aquele mais próximo à data de elaboração do presente estudo que não é baseado em meras previsões e estimativas da equipe do Fundo Monetário Internacional (FMI), mas sim em dados reais.

⁸⁶ Os números e dados fornecidos pelo FMI para elaboração desta comparação encontram-se no Anexo I deste trabalho.

⁸⁷ CALLEN, TIM. Gross Domestic Product: An Economy's All. *Finance & Development*. 29 de julho de 2017. Disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/basics/gdp.htm>. Acesso em 01 de novembro de 2017.

⁸⁸ SILVEIRA, Daniel; CAVALLINI, Marta. Desemprego fica em 13,7% no 1º trimestre de 2017 e atinge 14,2 milhões. *GI*, Rio de Janeiro, 28 de abril de 2017. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-137-no-1-trimestre-de-2017.ghtml>. Acesso em 01 de novembro de 2017.

⁸⁹ LOOK, Carolyn; MELZER, Stu. German Unemployment Slides to Record Low as Economy Booms. *Bloomberg*, 31 de março de 2017. Disponível em <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-03-31/german-unemployment-falls-to-new-record-low-as-economy-booms>. Acesso em 01 de novembro de 2017.

brasileiro gasta mais do que arrecada, ao passo que a Alemanha mantém suas contas em um quase nulo superávit.

Diante destes números, a discrepância econômica entre os dois países resta comprovada. Enquanto a Alemanha apresenta uma economia mais produtiva, com uma população menor para dividir seus lucros, e com um Estado mais desenvolvido que demanda menos gastos públicos em relação ao arrecadado, o Brasil encontra-se ainda em situação de desenvolvimento, tendo que lidar com um território nacional de proporção continental, e gastos públicos superiores ao total arrecadado.

Quanto ao âmbito jurídico, Andreas Joachim Krell assevera que os preceitos do direito alemão podem ser adaptados ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que diversos institutos pátrios são inspirados, indiretamente, na Lei Fundamental de Bonn através da influência ibérica de Espanha e Portugal. Contudo, ressalta o autor que apesar do pioneirismo germânico na proteção aos direitos fundamentais após os eventos relacionados ao nazismo, a Lei Fundamental de Bonn difere bastante da Constituição Federal de 1988, uma vez que aquela não prevê um alto número de direitos e normas sociais⁹⁰.

Krell aduz que a Lei Fundamental de 1949 não incorporou nenhum dos direitos sociais previstos na Constituição de Weimar de 1919. Em verdade, ainda que esta constituição seja vista como um dos marcos para a estrutura do Estado Social, a doutrina alemã percebe esta carta como um verdadeiro “fracasso” diante da radicalização da política nos anos 20 e pela tomada do poder dos nazistas em 1933, sendo os direitos sociais vistos como meras “promessas vazias do Estado burguês” pela extrema-direita dominante. O autor ressalta que os direitos sociais são previstos em quase todas as constituições dos estados membros da federação alemã⁹¹.

Ainda que os direitos sociais não estejam previstos no bojo constitucional, isto não implica em uma imediata recusa do modelo social pelo Estado alemão. Neste sentido, Andreas Krell sinaliza que o artigo 20 da Lei Fundamental de 1949 representa uma “norma-fim de Estado” (*Staatszielbestimmung*), fixando a direção a ser seguida pela atuação estatal sem, contudo, criar direitos subjetivos para sua realização⁹².

⁹⁰ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 43-44.

⁹¹ *Ibidem*. p. 45-46.

⁹² *Ibidem*. p. 48.

Insta salientar que esta posição parece estar sendo gradualmente alterada na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, uma vez que, conforme exposto por Ingo Wolfgang Sarlet, uma recente decisão desta Corte reconheceu o direito subjetivo à prestação constitucional na área da saúde, ainda que em caráter excepcional⁹³.

Assim, podemos perceber as discrepâncias entre os direitos brasileiro e germânico no âmbito das prestações de direitos sociais. Enquanto no ordenamento jurídico pátrio encontramos um rol extenso de direitos no bojo constitucional, a Alemanha, pelos motivos já explicitados, preferiu retirar tais previsões do âmbito constitucional, encampando-as tão somente na legislação infraconstitucional, retirando em certa medida sua plena eficácia que, contudo, vem ressurgindo em caráter excepcional.

2.3 A recepção da reserva do possível no direito brasileiro

A partir da análise do caso paradigmático do Tribunal Constitucional alemão, conhecido como “*numerus clausus*”, foi possível depreender que a reserva do possível surgiu associada à ideia de razoabilidade daquilo que se pode exigir do Estado. Sendo certo que esta teoria foi acolhida no ordenamento jurídico pátrio e, tendo em consideração todas as diferenças econômicas, sociais e jurídicas entre os dois países, bem como as considerações sobre os transplantes jurídicos, cumpre analisar a efetiva recepção do instituto e de seu significado no sistema jurídico nacional.

Ab initio, frente à consolidação de uma posição subjetiva do particular como titular de uma gama de direitos sociais inseridos no bojo constitucional, não se poderia negar o direito a sua efetividade. Entretanto, tendo em vista as considerações quanto à proporção continental do território nacional, o alto número de habitantes, e o déficit entre gasto público e receitas apresentados no tópico anterior, certo é que a questão orçamentária ganha ares de destaque quando da recepção do conceito de reserva do possível.

Conforme leciona Alinie da Matta Moreira ao encampar posicionamento de Ana Carolina Lopes Olsen, a reserva do possível germânica não deixa de considerar a escassez de recursos para determinar o que é razoável exigir do Estado. Contudo, esta noção

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais como direitos subjetivos: a nova decisão da corte alemã. *Consultor jurídico*, 2 de junho de 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jun-02/direito-fundamentais-direitos-sociais-subjetivos-nova-decisao-corte-alema>. Acesso em 01 de novembro de 2017.

orçamentária é vista em segundo plano⁹⁴. No espectro brasileiro, o jogo é invertido: a noção de proporcionalidade e razoabilidade é relegado – em dados momentos, é vista apenas como uma limitação a própria ideia de reserva do possível⁹⁵ –, ao passo que a questão orçamentária ganha destaque exacerbado.

Andreas Joachim Krell ressalta que as diferenças do “mundo em desenvolvimento” são flagrantes para a adaptação da reserva do possível a uma noção meramente orçamentária, submetendo a prestação estatal à disponibilidade de recursos, encampados no âmbito da discricionariedade administrativa⁹⁶. Outrossim, Fabiana Okchstein Kelbert indica que inexistente consenso na doutrina e na jurisprudência nacional quanto à natureza jurídica da reserva do instituto, sendo considerado por vezes como uma doutrina, um princípio ou mesmo uma cláusula⁹⁷.

Por seu turno, impende salientar a posição de alguns autores que consideram a reserva do possível como uma característica dos direitos sociais prestacionais, conforme explicita Ingo Wolfgang Sarlet. Nesta senda, o autor aduz que os defensores desta corrente são contrários à possibilidade do Judiciário concretizar direitos sociais, uma vez que consistiria em grave afronta ao princípio da separação dos poderes⁹⁸.

Esta posição nos parece assentada na teoria interna dos direitos fundamentais, ou seja, da impossibilidade de existirem limitações externas a tais direitos. Em que pese tal posição doutrinária, concordamos com a posição de Alinie da Matta Moreira, no sentido de que a teoria externa dos direitos fundamentais aparenta ser a mais correta, em se tratando da possibilidade de restrição destes pela reserva do possível⁹⁹.

A principal conceituação advém da lição de Ingo Wolfgang Sarlet. Para o referido autor, a reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro possui uma dimensão tríplice, composta por perspectivas fáticas, jurídicas e proporcionais¹⁰⁰.

⁹⁴ MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 84-85.

⁹⁵ *Ibidem*. p. 109-150.

⁹⁶ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 52.

⁹⁷ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 72-73.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 302 e 325.

⁹⁹ A posição da autora, em síntese, advém da possibilidade de sopesamento de determinado direito fundamental com fatores externos e pela existência de mecanismos mais claros e transparentes para a visualização das restrições. Neste sentido, ver MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 70-76.

¹⁰⁰ “A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos

O componente fático constitui o cerne da reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o ponto mais complexo da tríplice dimensão, conforme aduz Daniel Sarmento¹⁰¹. Tal componente refere-se à efetiva existência de recursos necessários à concretização de determinado direito social, ou seja, da realidade econômica do próprio Estado. Outrossim, conforme exposto por Fabiana Okchstein Kelbert, a ausência de recursos não se limita apenas a questões econômicas, mas também à recursos humanos ou materiais, elementos imprescindíveis a real concretização do direito pleiteado¹⁰².

Daniel Sarmento indica que a reserva do possível fática não deve levar em conta apenas a pretensão de caráter individual demandada em juízo (microjustiça), mas sim a possibilidade do Estado arcar com a mesma pretensão para uma gama extensa de pessoas (macrojustiça), como forma de concretizar o princípio da igualdade¹⁰³. Ana Paula de Barcellos argumenta no mesmo sentido, ressaltando que, muitas vezes, aqueles que efetivamente buscam o Poder Judiciário para postular a concretização de direitos fundamentais nem sempre são representantes das classes menos favorecidas da sociedade, mas sim, indivíduos com maior poder aquisitivo e conhecimento de seus direitos¹⁰⁴.

Contudo, mesmo diante deste ideal de “universalização da prestação material postulada”¹⁰⁵, Gustavo Amaral e Danielle Melo explicitam a dificuldade na tomada de uma decisão contrária ao pleito: aquele que venha a proferir a decisão tem conhecimento

direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 301-302.

¹⁰¹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 234.

¹⁰² A autora destaca, a título de exemplo, a ausência de médicos e/ou leitos vagos em hospitais, impossibilitando a efetiva prestação do direito à saúde. KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 79-80.

¹⁰³ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 234. No mesmo sentido, ver LOPES, J. R. L. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 171.

¹⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 115.

¹⁰⁵ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 234.

de que a negativa da prestação jurisdicional pode acarretar em dor, sofrimento, e até mesmo a morte de uma pessoa, com nome, sobrenome, CPF e rosto¹⁰⁶.

Esta consideração em muito auxilia o entendimento do resultado obtido em recente pesquisa divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ): para 62,4% dos magistrados indagados, as ações individuais que pleiteiam o acesso a políticas ou bens públicos tem mais chances de sucesso do que aquelas de caráter coletivo, propostas, em sua maioria, pelo Ministério Público¹⁰⁷.

Assim, ainda que José Reinaldo de Lima Lopes argumente que o debate de políticas públicas envolvendo a esfera orçamentária seja menos passível de tratamentos desiguais, concedendo apenas o benefício que possa ser deferido a todos aqueles que venham a pleiteá-lo em juízo¹⁰⁸, nos parece que a consideração de Gustavo Amaral e Danielle Melo é a mais correta: tais decisões, isoladamente, podem fazer sentido, porém, coletivamente, não o fazem¹⁰⁹.

O segundo componente da reserva do possível consiste no âmbito jurídico, relacionado à existência de autorização legal para dispêndio de recursos. Ou seja, ainda que o Estado possua recursos econômicos, estes não estão necessariamente disponíveis para utilização, diante da inexistência de previsão orçamentária¹¹⁰. Neste diapasão, José Reinaldo de Lima Lopes afirma que não basta a mera existência de recursos, mas sim que estes estejam alocados para utilização na área definida¹¹¹.

¹⁰⁶ AMARAL, Gustavo. MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 95.

¹⁰⁷ CIEGLINSKI, Thaís. Pesquisa indica uso de ações coletivas para defesa de direitos individuais. *Conselho Nacional de Justiça*. Brasília, 19 de outubro de 2017. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85595-aco-es-coletivas-estrategia-para-defesa-de-direitos-individuais>. Acesso em 01 de novembro de 2017.

¹⁰⁸ LOPES, J. R. L. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 171.

¹⁰⁹ É importante ressaltar que acreditamos que tais decisões coletivamente não fazem sentido por três motivos principais: (i) o dever de universalização da pretensão não aparenta ser levado em consideração em todas as demandas; (ii) a crítica do acesso à justiça, onde, ainda que existam mecanismos para o pleno acesso ao Judiciário, este ainda é mais procurado por pessoas com melhores condições e que, efetivamente, conhecem seus direitos, não sendo almejado por aqueles que são, em verdade, mais necessitados da prestação estatal; e (iii) ainda que as decisões individuais de microjustiça não causem impacto profundo no orçamento estatal, sua multiplicidade pode prejudicá-lo de sobremaneira que prestações afetas a própria área demandada fiquem em segundo plano. AMARAL, Gustavo. MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 79.

¹¹⁰ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 82-83.

¹¹¹ LOPES, J. R. L. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 171.

Ainda que esta questão aparente ser problemática, alguns autores como Ingo Wolfgang Sarlet entendem que o Judiciário deve tomar medidas relacionadas à concretização dos direitos sociais, fato que incluiria o remanejamento do orçamento. Ademais, ainda que tal situação não seja possível, o Judiciário pode vir a impor a inclusão de determinada quantia quando da elaboração do próximo orçamento¹¹².

Por fim, o último componente proposto por Sarlet envolve a proporcionalidade da prestação, ponto central do conceito de reserva do possível talhado na doutrina alemã, sendo certo que este assunto já foi objeto de breve apreciação nos pontos anteriores e será melhor aprofundado no capítulo 3 deste estudo.

Entretanto, ainda que o conceito proposto por Ingo Wolfgang Sarlet – e reproduzido por parte da doutrina – preveja uma tríplice dimensão do conceito brasileiro de reserva do possível, certo é que sua efetiva arguição e discussão nos tribunais se reduz à problemática da escassez de recursos, ignorando os demais pontos apresentados pelo autor.

Por seu turno, autores como Fernando Borges Mânica assumem uma visão pragmática do instituto, caracterizando-o puramente como reserva do financeiramente – ou economicamente – possível¹¹³. Outrossim, Vicente de Paulo Barreto enxerga a reserva do possível como um óbice de caráter neoliberal à prestação de direitos sociais, consubstanciada, tão somente, na escassez de recursos¹¹⁴.

Diante destas opiniões e da realidade fática e diária dos tribunais pátrios, entendemos que a reserva do possível foi assimilada como um mero sinônimo de “orçamento limitado” no ordenamento jurídico brasileiro, perdendo sua natureza de instrumento pautado pela proporcionalidade, como fora talhado no direito germânico.

2.4 O mínimo existencial

Ainda que sejam conceitos distintos, a ideia de reserva do possível parece indissociável do mínimo existencial no direito brasileiro, e vice-versa. Esta situação pode

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 440028 São Paulo. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de outubro de 2013. *DJ*, 25 de novembro de 2013.

¹¹³ 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.

¹¹⁴ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 204-206.

ser explicada, em certa medida, pela necessidade de concretizar direitos de cunho social como forma de almejar um ideal de justiça social e pôr fim à latente desigualdade no país. Neste sentido, diante de um Estado que, muitas vezes, efetua gastos desmensurados em áreas secundárias – *e.g.* publicidade e viagens – e ainda assim venha a alegar a escassez de recursos quando demandado judicialmente, urge a necessidade de um instrumento que imponha limites à supracitada dimensão.

É neste sentido que temos a relação entre mínimo existencial e reserva do possível: conceitos ligados umbilicalmente, impondo ao Estado o dever de, ao menos, fornecer prestações materiais mínimas àqueles que não possuam condições para tal, sem que seja arguida impossibilidade orçamentária.

Novamente, a Alemanha aparenta ser precursora deste conceito, a partir dos estudos de Otto Bachof, reconhecidos pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1975 quando do julgamento do caso BVerfGE 40, 121¹¹⁵, objetivando superar a ausência de direitos fundamentais encampados na Lei Fundamental de 1949¹¹⁶. Entretanto, conforme aduz Daniel Sarmento, ainda em 1933, Pontes de Miranda já introduzia a ideia de direitos do homem que compreenderiam o “mínimo vital”¹¹⁷.

Sendo sua origem alemã ou brasileira, certo é que o conceito de mínimo é sustentado pelos mais diversos argumentos, como pleno exercício da liberdade, da autonomia do indivíduo, dos ideais de democracia, bem como da dignidade da pessoa humana, da igualdade, e do próprio conceito de Estado Social¹¹⁸. Em verdade, inexistente no corpo da Constituição Federal de 1988 qualquer previsão quanto ao mínimo existencial, de modo que autores como Ingo Wolfgang Sarlet e Ricardo Lobo Torres defendem sua existência e plena eficácia sem esta necessidade, decorrendo de uma interpretação sistemática do próprio sistema constitucional¹¹⁹.

¹¹⁵ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Traduzido por Beatriz Henning *et al.* Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 828.

¹¹⁶ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 60.

¹¹⁷ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 190.

¹¹⁸ Para uma análise aprofundada dos fundamentos do mínimo existencial: SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 188-208; TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 137-179.

¹¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 8; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 24-25.

Ricardo Lobo Torres entende o mínimo existencial como as condições mínimas para uma existência digna, e não apenas nas condições necessárias para subsistência do indivíduo¹²⁰. Tal posição também é adotada por Ingo Wolfgang Sarlet, para quem subsiste um direito ao mínimo existencial sociocultural¹²¹. Quanto à natureza jurídica do instituto, Lobo Torres afirma tratar-se do conteúdo essencial dos direitos fundamentais que, por não se sujeitar a ponderações e consubstanciar-se em direito definitivo, também pode atuar como regra jurídica¹²².

Com efeito, cumpre salientar que a principal crítica ao conceito de mínimo existencial advém da ideia de que se trata de uma teoria de índole conservadora, limitando a atuação do Estado no campo social à simples satisfação das condições necessárias à subsistência do indivíduo¹²³. Neste sentido, Daniel Sarmento aduz que, para não enquadrar tal garantia neste aspecto, o mínimo existencial deve abranger condições superiores à simples sobrevivência, adotando o conceito de mínimo sociocultural, bem como entender que o papel estabelecido por tal instituto é o de assegurar uma garantia mínima que pode ser exigida do Estado¹²⁴.

Este, inclusive, é o pensamento proposto por Ricardo Lobo Torres ao enfrentar tal crítica. O autor entende que a jusfundamentabilidade dos direitos fundamentais está reduzida ao mínimo existencial, ou seja, o dever do Estado de prestar direitos sociais esgota-se neste conceito, de modo que a aquisição de prestações materiais superiores ao mínimo devem ocorrer por meio do exercício da cidadania, e dos processos democrático e orçamentário¹²⁵.

Em que pese a relevância deste pensamento, entendemos ser mais correta a ideia proposta por Daniel Sarmento, para quem, após a satisfação das condições materiais necessárias para uma vida digna, o mínimo existencial deve servir como parâmetro de ponderação para o direito subjetivo exigido em juízo¹²⁶.

¹²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 36.

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21-22.

¹²² TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 83-84.

¹²³ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 209-210.

¹²⁴ *Ibidem*. p. 210-211.

¹²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 80-81.

¹²⁶ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 211-212.

Em síntese, enquanto determinada prestação social não tiver sido efetivada pela Administração Pública, o mínimo existencial atuará como regra, incidindo no caso concreto independentemente da existência de recursos alocados para esta prestação. Por outro lado, tendo superado este primeiro cenário, caso um indivíduo venha a demandar judicialmente nova prestação, o mínimo existencial atuará como princípio jurídico, adentrando em uma ponderação com a reserva do possível, o ideal de proporcionalidade, e a alocação orçamentária para determinar a razoabilidade do pedido, conforme será proposto no próximo capítulo.

3 UMA RELEITURA DA RESERVA DO POSSÍVEL

3.1 Introdução

Conforme foi possível depreender do último capítulo, o conceito de reserva do possível foi talhado pelo Tribunal Constitucional Alemão, fruto da ideia daquilo que, razoavelmente, se pode exigir do Estado. Todavia, diante de todas as peculiaridades e diferenças existentes entre Brasil e Alemanha, este instituto assumiu um relevo distinto no ordenamento jurídico brasileiro, relacionando-se, essencialmente, com a escassez de recursos, fato que nos leva a considerar que a reserva do possível no Brasil é, na verdade, um sinônimo de “orçamento limitado”.

Tendo o mote orçamentário grande – e talvez exclusiva – relevância dentro desta teoria, entendemos que sua arguição junto ao Poder Judiciário resta em muito prejudicada, acarretando, inclusive, em uma verdadeira tarefa hercúlea: convencer o julgador de que a prática orçamentária é mais importante do que a vida e a felicidade dos indivíduos, em especial, daqueles necessitados. Em que pese tal argumento, a prática forense e a jurisprudência nos demonstram que os julgadores parecem propensos ao deferimento de pretensões pontuais, afetas ao ideal de microjustiça sem, contudo, atentar-se à visão macro, tanto do orçamento público quanto das políticas públicas, prejudicando um ideal de isonomia¹²⁷.

Conforme fora exposto acima, entendemos como correto o pensamento proposto por Daniel Sarmiento: após a concretização do mínimo existencial em matéria de direitos sociais, prestações materiais além deste conceito podem ser demandadas em juízo diante do direito subjetivo do indivíduo, porém estão sujeitas à teoria da reserva do possível. Todavia, diante do esvaziamento teórico deste argumento em face de seu aspecto orçamentário, como podemos efetivar este ideal de ponderação?

Em nossa concepção, a saída para um verdadeiro diálogo entre a população civil, o Estado, e o Judiciário perpassa por uma “nova-velha” visão da reserva do possível. Explica-se: devemos, gradualmente, abandonar o conceito recepcionado do instituto, pautado puramente por questões de cunho orçamentário, e nos reaproximar daquela ideia

¹²⁷ Já ressaltamos anteriormente o importante questionamento de Gustavo Amaral e Danielle Melo no sentido de questionar de onde saem os recursos utilizados para cumprir as inúmeras determinações judiciais? Estaríamos, em verdade, diminuindo o orçamento público para áreas fundamentais em razão destas decisões, afetando, assim, o princípio da isonomia? AMARAL, Gustavo. MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 95.

talhada pelo Tribunal Constitucional Alemão. Todavia, a teoria comparativista nos ensina que não é factível a reprodução plena de um instituto jurídico em outro ordenamento.

Apesar de nos avizinharmos da ideia de proporcionalidade, não podemos deixar de atentar às peculiaridades nacionais, tanto no âmbito jurídico quanto em seus aspectos culturais, econômicos e sociais. Neste sentido, a noção de escassez de recursos deve ser levada em consideração, mas como elemento secundário em nossa análise. Por outro lado, outros dois aspectos surgem como extremamente relevantes: (i) o mínimo existencial; e (ii) a separação dos poderes em sentido amplo.

Conforme já observamos, o mínimo existencial é caracterizado pelas condições mínimas para uma existência digna do indivíduo, relacionando-se, conforme preceitua Ricardo Lobo Torres, com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais¹²⁸. Em nossa releitura sobre a reserva do possível, o mínimo existencial será preponderante para entendermos se uma determinada pretensão jurídica pode ser deduzida de imediato sobre o Estado, atuando como mais um dos parâmetros de ponderação do instituto.

Por seu turno, a separação dos poderes é elemento em muito já utilizado no âmbito da defesa do Poder Público frente às interferências da atividade jurisdicional, pugnando por uma postura de autocontenção de juízes e tribunais frente à função administrativa do Estado. Ao atentarmos à separação dos poderes em sentido amplo como mais um dos componentes desta releitura, estaremos, em verdade, concebendo dois aspectos distintos: (i) a omissão estatal; e (ii) a capacidade institucional dos poderes.

Em verdade, o que objetivamos ao propor esta releitura é uma ferramenta capaz de auxiliar na resolução dos *hard cases* envolvendo prestações subjetivas de direitos fundamentais, onde juízes e tribunais se encontrarão diante não de áreas de certeza jurídica – positiva ou negativa –, mas sim diante das chamadas zonas de penumbra ou incerteza.

3.2 Do postulado da proporcionalidade

3.2.1 Noções gerais

A noção de proporcionalidade tem raízes ainda na antiguidade clássica, a partir dos escritos de Aristóteles no livro “Ética a Nicômaco”. Nesta ocasião, o filósofo redigiu verdadeiro manual para seu filho (Nicômaco) sobre os valores e elementos que acreditava

¹²⁸ Cf. nota 122.

serem imprescindíveis para a virtude humana. Neste sentido, ao adentrar no conceito de justiça distributiva, o filósofo assevera que o conceito de proporcionalidade é integrante da própria ideia de justiça¹²⁹. Em relação ao Direito, a doutrina sinaliza que tal postulado teve sua origem no Direito europeu¹³⁰, inicialmente no Direito Administrativo, como forma de conter os arbítrios do Poder Público na aplicação do poder de polícia, sendo posteriormente transportado ao Direito Constitucional¹³¹.

Esta transposição da ideia de proporcionalidade para a aplicação constitucional perpassa a atuação do direito alemão que, através tanto da construção doutrinária quanto da jurisprudência assentada por seu Tribunal Constitucional, conferiram um perfil analítico e sistemático ao referido postulado, relacionando-o às limitações dos direitos fundamentais¹³². Conforme exposto por Rafael de Oliveira, a exemplo dos direitos fundamentais, o postulado da proporcionalidade também não se encontra presente na Lei Fundamental de Bonn, sendo considerado uma decorrência implícita do próprio Estado de Direito¹³³.

Humberto Ávila entende que a proporcionalidade não consiste em um princípio, mas sim em um postulado no Direito brasileiro. Segundo o autor, seu fundamento não é deduzido de um texto normativo próprio, mas sim, de uma implicação lógica das normas jurídicas existentes na Constituição brasileira¹³⁴. Seja sua natureza jurídica de princípio ou postulado, a doutrina parece unânime quanto a sua ideia central: uma relação adequada entre determinado fim e o meio realizado para sua concretização.

¹²⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1973, v.4.

¹³⁰ PEREIRA, Jane Reis. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: Um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 168.

¹³¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 123. Neste sentido, vale trazer à baila a lição de Paulo Bonavides: “A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardiais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade.” BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista da faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Minas Gerais, n. 34, 1994. p. 278.

¹³² PEREIRA, Jane Reis. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: Um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 168.

¹³³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 123.

¹³⁴ AVILA, Humberto B. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, 1999. p. 153.

Em relação ao nosso objeto de estudo – prestação de direitos sociais – a proporcionalidade deve ser componente essencial não só da ideia de reserva do possível, mas também de uma análise própria do julgador, que deve investigar se a conduta a ser exigida em face do Poder Público mostra-se adequada ao fim desejado. Jane Reis entende que as normas de direitos fundamentais devem ser tratadas como princípio no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a serem efetivadas em diferentes graus, sendo necessária a estipulação de um critério capaz de verificar o grau imposto pela Constituição para sua concretização no caso concreto¹³⁵.

Conforme exposto alhures, o Tribunal Constitucional Alemão delimitou um perfil analítico e sistemático para a averiguação da proporcionalidade no caso concreto. Esta análise perpassa a apreciação de três subprincípios: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Conforme assevera Gustavo Binbenjom, este tríptico aspecto da proporcionalidade servirá como guia ao administrador – e, nesse caso, ao julgador – para a máxima realização dos interesses em jogo, com o menor prejuízo possível para as partes¹³⁶.

O primeiro componente do postulado da proporcionalidade é a adequação, que consiste na verificação se o meio escolhido é apto para concretizar o fim definido. Jane Reis, ao tratar da possibilidade de restrição de direitos fundamentais baseada na ideia de proporcionalidade, assevera que a restrição deve atender a dois requisitos: (i) vise atingir a um fim constitucionalmente legítimo; e (ii) que a medida se afigure como um meio instrumentalmente adequado à concretização deste fim¹³⁷.

A autora aduz quanto a dificuldade de verificar o que seria um “fim constitucionalmente legítimo”, posto que tal conceito pode aduzir tão somente aos fins que não são proibidos, implícita ou explicitamente, pela Constituição Federal ou, ainda, aqueles expressamente autorizados pelo sistema constitucional em sentido amplo, incluindo, portanto, normas de caráter infraconstitucional. Na concepção de Jane Reis,

¹³⁵ PEREIRA, Jane Reis. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: Um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 173.

¹³⁶ BINBENJOM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Quaesto Juris*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, 2005. p. 46.

¹³⁷ PEREIRA, Jane Reis. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: Um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 174.

todos os fins eleitos pelo legislador são passíveis de perpassar o primeiro exame da adequação¹³⁸.

Ou seja, não basta que a medida seja adequada à realização de um determinado fim, caso este não seja um fim constitucionalmente previsto. Como exemplo, podemos citar a pretensão judicial para obtenção de medicamento cuja composição química ocasionará efeitos sabidamente danosos à saúde do indivíduo. Sendo a saúde e vida dois elementos protegidos constitucionalmente, tal pretensão está fadada ao insucesso, posto que atenta contra tais direitos.

Por outro lado, Jane Reis indica que o segundo aspecto da adequação, referente ao meio a ser efetivado para a concretização do fim, vem sendo entendido pela doutrina em caráter débil, ou seja, apenas meios completamente ineficientes devem ser descartados pelo subprincípio da adequação¹³⁹. Caso seja demandado em juízo a concretização do direito à educação básica a uma criança que não conseguiu vaga numa escola próxima de sua residência, o juiz poderia determinar que o Poder Público incluísse a criança em outra escola, não necessariamente naquela cuja vaga foi pleiteada.

Rafael de Oliveira aduz que o subprincípio da adequação não pressupõe a realização completa do objetivo constitucionalmente previsto, mas sim, a adoção de medidas que ajudem a fomentar sua concretização¹⁴⁰. No mesmo sentido temos a conclusão de Alinie da Matta Moreira, já adequando o subprincípio da adequação à concepção de reserva do possível. A autora indica que uma atuação adequada da Administração Pública é aquela que emprega os meios disponíveis para atender a um determinado fim¹⁴¹.

Esses pontos nos parecem relevantes para uma averiguação nos tópicos posteriores, de modo que entendemos que, neste primeiro momento, caberá ao julgador, tão somente, verificar se o pleito deduzido em juízo pelo particular consiste em medida adequada para concretização do fim constitucionalmente previsto, levando em consideração as ponderações realizadas quanto aos conceitos em estudo.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 175-176.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 178. Quanto a noção de um conceito forte da idoneidade/adequação, a autora aduz: “De fato, a concepção forte do subprincípio da idoneidade conduz à ideia de que, à exceção da medida mais eficaz para atingir um meio, todas as outras devam ser consideradas inconstitucionais já na primeira etapa da aferição da proporcionalidade, deixando assim ao legislativo um conjunto de escolhas muito restrito”. *Ibidem*, p. 180-181.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 127.

¹⁴¹ MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 141.

O segundo componente dissecado da noção de proporcionalidade diz respeito ao subprincípio da necessidade. Conforme aduz Paulo Bonavides, necessária é a medida que não exceda os limites indispensáveis para o atendimento ao fim constitucionalmente legítimo. Neste sentido, a necessidade é usualmente entendida como a escolha, dentre todas as medidas possíveis para concretizar determinado fim, como aquela que seja menos gravosa aos direitos fundamentais, produzindo as menores consequências negativas¹⁴².

Jane Reis entende que este subprincípio também se caracteriza por uma proibição de excesso, de modo que cabe ao administrador público ou julgador comparar, dentre todos os meios possíveis de cumprir determinado fim, aquele que seja menos gravoso ao direito em tela¹⁴³.

Partindo dessas premissas, o julgador não pode conceder ao particular um tratamento para uma enfermidade que cause intensa dor, caso existam métodos alternativos que também possam curar a enfermidade sem atentar contra sua dignidade.

É interessante notar que a limitação imposta pelo princípio da necessidade é a efetivação de uma medida que seja menos gravosa aos direitos fundamentais. Todavia, caso a prestação imposta ao Poder Público determine o dispêndio de gastos elevados, estaríamos diante de uma medida gravosa aos interesses difusos de toda a coletividade, uma vez que os recursos seriam deslocados para atendimento de medida pontual que, conforme necessidade de universalização da prestação, deverá ser concedida a todos aqueles que se encontrem na mesma situação fática¹⁴⁴.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é caracterizada por um verdadeiro juízo de ponderação entre o custo da atuação estatal e o benefício por ela produzido¹⁴⁵. Ou seja, há uma análise sistemática entre o ônus imposto ao Poder Público referente à efetivação de dada prestação e o atendimento à finalidade pretendida pelo particular.

¹⁴² BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista da faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Minas Gerais, n. 34, 1994. p. 280.

¹⁴³ PEREIRA, Jane Reis. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: Um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 183.

¹⁴⁴ Apesar de não apresentar fundamentação neste sentido, Jane Reis também é contrária à concessão de medidas que demandem altos gastos pelo Poder Público: “Devem também ser excluídos da comparação aqueles meios alternativos que, embora dotados de grau equivalente ou superior de idoneidade ao do meio empregado pelo Legislativo, são de difícil efetivação ou, ainda, demandam custos muito elevados para serem implementados”. *Ibidem*, p. 185.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 129.

Segundo Jane Reis, a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito em relação ao administrador público ocorre em três etapas: (i) identificar a intensidade da restrição ao direito fundamental; (ii) determinar a importância do princípio que dá azo a restrição; e (iii) verificar se a importância do fim pretendido justifica a intervenção no direito fundamental¹⁴⁶. A autora indica, ainda a possibilidade de uma classificação entre as restrições de direitos fundamentais através de um juízo racional em leves, médias ou graves, de modo a auxiliar o julgador ou o administrador público na tomada de sua decisão¹⁴⁷.

Tomando por base as noções destacadas pela referida autora, entendemos que a ponderação a ser efetivada pela atividade jurisdicional neste ponto deve ser realizada de maneira inversa: (i) primeiro o julgador deve classificar a pretensão aduzida pelo particular em leve, média, ou forte¹⁴⁸ (*e.g.* o fornecimento de remédio popular incluído na lista do SUS deve ser entendida como uma pretensão de caráter leve, ao passo que o pedido da construção imediata de uma moradia pode ser visto como uma pretensão de caráter forte); (ii) realizada tal classificação, o juízo deve verificar o fundamento do direito subjetivo do autor, avaliando em que grau a Constituição Federal exige o cumprimento deste direito; e (iii) avaliar os impactos de concessão da referida prestação, analisando a possibilidade de universalização da prestação, bem como das demais medidas passíveis de serem concretizadas para consecução da finalidade alegada.

Diante do exposto, podemos entender que o princípio (ou postulado) da proporcionalidade tem por objetivo verificar a efetiva adequação da medida proposta ao fim preconizado. Portanto, em primeiro lugar, o juízo deve verificar a existência de fundamento constitucional por parte da finalidade aduzida, bem como da ausência de qualquer contrariedade aos preceitos, princípios e normas do ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, analisar se a medida proposta pelo indivíduo cumpre a finalidade explicitada, mesmo que apenas parcialmente, de modo a perpassar pelo exame da adequação.

No exame da necessidade, o julgador deve ampliar o leque de opções, verificando todas as possibilidades que concretizem a finalidade pleiteada, ainda que parcialmente,

¹⁴⁶ PEREIRA, Jane Reis. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: Um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 189.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 192-193.

¹⁴⁸ A substituição da nomenclatura de “grave” para “forte” decorre de acreditarmos que é inconcebível tratar uma pretensão fundada em direito constitucional como “grave”.

identificando a que é menos gravosa aos direitos fundamentais em geral, e não apenas àquele que está sendo pleiteado. Ao fim desta etapa, o julgador ainda não deve descartar nenhuma hipótese.

Por fim, a atividade jurisdicional, a partir da proporcionalidade em sentido estrito deve realizar uma verdadeira análise de custo-benefício das possíveis de aplicação no caso concreto. Neste sentido, consideramos que os custos não devem se ater àqueles de caráter meramente econômico, mas sim a todos aqueles fatores que devem ser considerados pelo julgador no momento de prolação de sua decisão.

Assim, em verdade, acreditamos que os demais fatores propostos nesta releitura da reserva do possível – mínimo existencial, dispêndio de recursos públicos, e separação dos poderes – consistem em elementos que compõem a última instância da proporcionalidade em matéria de prestação de direitos sociais, sendo esmiuçados adiante.

3.3 O mínimo existencial e a redistribuição do ônus

O primeiro elemento a ser considerado pelo julgador ao analisar a proporcionalidade em sentido estrito é o mínimo existencial. Conforme explicitamos anteriormente, o mínimo existencial consiste nas prestações mínimas para a existência digna do indivíduo, e não apenas para sua subsistência¹⁴⁹.

Na esteira do pensamento de Daniel Sarmento, acreditamos que o mínimo existencial possa servir como um parâmetro das prestações materiais aduzidas em face do Estado, após sua efetivação por parte do administrador público¹⁵⁰. Isto porque, conforme mencionado anteriormente, o mínimo existencial consiste em um núcleo intransponível que deve ser prestado e adimplido pelo Estado. Assim, somos contrários ao pensamento de Ricardo Lobo Torres, para quem a jusfundamentabilidade dos direitos sociais se esgota no mínimo existencial¹⁵¹. Concordamos com o autor no sentido de que o “ótimo social” deva ser obtido, prioritariamente, pela via do exercício da cidadania, mas que isso não exclui a possibilidade de que tais prestações sejam ancoradas no Poder Judiciário.

Em nossa concepção, o parâmetro ocasionado pelo mínimo existencial em sede de reserva do possível funciona da seguinte forma: tendo determinado Estado efetivado

¹⁴⁹ Cf. ponto 2.4.

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 211-212.

¹⁵¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 80-81.

o mínimo existencial em sede de saúde, a prioridade dos recursos e esforços do Poder Público tende a ser vertida para eventuais áreas que se encontrem descobertas¹⁵². Dessa maneira, caso um particular ingresse em juízo objetivando a concessão de prestações na área da saúde que sejam superiores ao mínimo existencial, o ônus argumentativo para a concessão desta prestação deve ser muito superior àquele que demandado para uma prestação em que não tenha sido cumprido o mínimo existencial.

Neste raciocínio, também entendemos que caso juízes e tribunais venham a conceder o pleito do particular, duas são as consequências esperadas: (i) em primeiro lugar, haverá um ônus de justificação maior por parte do julgador, especialmente para aquelas prestações que se enquadrem dentro da classificação forte; e (ii) o julgador se encontrará adstrito a uma atividade mais contida, sem poder demandar transferências imediatas de recursos para cumprimento da determinação¹⁵³ ou a instituição de políticas públicas que substituam a discricionariedade administrativa¹⁵⁴.

Destarte, entendemos que não cabe ao Judiciário olvidar-se da prestação de direitos sociais além do mínimo existencial, contudo sua atuação deverá ser mais singela, exigindo do requerente um ônus argumentativo muito superior, bem como fundamentando sua própria decisão de forma mais detida, não apelando para argumentos “guarda-chuva”, como a dignidade da pessoa humana.

3.4 Reserva do economicamente possível

Outro elemento que deve ser levado em consideração ao analisar a proporcionalidade em sentido estrito é o mote orçamentário que, seguindo os passos de parte da doutrina e da jurisprudência – mas agora sem o protagonismo de outrora –, denominaremos de “reserva do economicamente possível”.

Os custos inerentes às prestações de direitos são uma realidade – tanto para aqueles típicos direitos de defesa quanto para os conhecidos direitos à prestação –, de modo que não podem ser descartados por juízes ou tribunais quando da prolação de sua decisão definitiva de mérito.

¹⁵² Todavia, devemos observar que esta matéria se encontra adstrita à discricionariedade do administrador público que, ao revés desta situação, pode considerar mais importante a alocação de maiores recursos em área que já alcançou o mínimo existencial.

¹⁵³ A possibilidade de realocação de despesas pelo Judiciário é matéria controversa, porém nesta hipótese, entendemos que não seria cabível a realocação imediata. Contudo, a atividade jurisdicional poderia determinar que, no momento da elaboração do próximo orçamento, o Poder Público aloque parte do orçamento para cumprir tal determinação judicial.

¹⁵⁴ Cf. ponto 3.5.

Fernando Scaff assevera que a discricionariiedade do administrador público quando da elaboração do orçamento é reduzida pela Constituição Federal que tanto institui fins e objetivos a serem concretizados quanto prevê o dispêndio mínimo de recursos para determinadas áreas como saúde e educação¹⁵⁵. Neste sentido, inclusive, discordamos das opiniões de Fernando Scaff e Fabiana Okchstein Kelbert¹⁵⁶ quanto a Desvinculação de Receitas da União (DRU). Acreditamos que tal mecanismo afigura-se imprescindível para a governabilidade, posto que, ao longo dos anos, o legislador vem minando cada vez mais a discricionariiedade do Poder Executivo, vinculando número cada vez maior de receitas para determinadas áreas¹⁵⁷.

Ainda que a discricionariiedade do Poder Executivo seja reduzida, o orçamento também é finito, de modo que mesmo tendo de cumprir os fins previstos constitucionalmente, o administrador público ainda assim deve realizar “escolhas trágicas” ante as ilimitadas possibilidades, alocando os escassos recursos nas áreas que considera como prioridade naquele momento. Diante desta situação, retomamos o pensamento de Alinie da Matta Moreira, em referência à análise do subprincípio da adequação: segundo a autora, adequada é a medida que utiliza os recursos disponíveis para a prestação de determinado fim¹⁵⁸. Ainda que a referida autora utilize tal conceituação no exame da adequação, em nossa proposta, tal conceito espelha-se na proporcionalidade em sentido estrito, conforme mencionado.

Nesta senda, devemos retomar a tríplice dimensão proposta por Ingo Wolfgang Sarlet, na qual o autor aduz quanto a disponibilidade jurídica das receitas¹⁵⁹. Assim, quando nos referimos a “receitas disponíveis” na concepção de Alinie da Matta Moreira, temos que tomar por referência aquelas receitas que foram, originalmente, alocadas pelo administrador público na lei orçamentária.

Além da deferência ao orçamento e a seus princípios sob o aspecto jurídico, juízes e tribunais também devem levar em consideração, sob as luzes do aspecto financeiro, o custo monetário da prestação por eles deferida em conjunto não só com a própria noção

¹⁵⁵ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 7, n. 32, jun. 2005. p. 91.

¹⁵⁶ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 119-127; SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 7, n. 32, jun. 2005. p. 96.

¹⁵⁷ Ainda que os impostos, originalmente, sejam tributos desvinculados quanto ao produto de sua arrecadação conforme preconiza o artigo 174, inciso IV, da Constituição Federal, tal regra, ao longo dos anos, foi recebendo novas exceções através de emendas constitucionais.

¹⁵⁸ Cf. nota 141.

¹⁵⁹ Cf. nota 100.

de reserva do possível, mas também com a ideia de isonomia, prescrita no mote da universalização da pretensão: prestações que demandem alto custo devem ser evitadas e, se possível, substituídas por outras que também sejam capazes de cumprir a finalidade constitucionalmente legítima sem, contudo, desfalcar de forma gritante o orçamento público.

Por fim, um último elemento deve ser considerado pelos juízes ao realizarem a análise orçamentária da pretensão: tomando por empréstimo a expressão cunhada por Flávio Galdino, “direitos não nascem em árvores”, de modo que seus custos devem ser considerados, mas principalmente, a origem das receitas para a concretização destas pretensões. Conforme asseverado por Gustavo Amaral e Daniele Mello, devem ser investigadas e divulgadas as origens dos recursos financeiros dispendidos para o cumprimento de determinações judiciais geradas a partir da judicialização da política¹⁶⁰.

3.5 A separação dos poderes e a capacidade institucional dos atores políticos

Por fim, o último componente do exame da proporcionalidade em sentido estrito refere-se à noção de separação dos poderes. A ideia clássica de tripartição prevê que cada um dos Poderes políticos possui sua função definida: (i) o Legislativo, como representante do povo, deve criar leis e normas para regular a vida em sociedade; (ii) ao Executivo cabe governar o povo e administrar os interesses públicos; e (iii) ao Judiciário cabe o cumprimento das leis e normas, bem como a tutela dos interesses individuais, coletivos, e sociais. Outrossim, cada poder possui mecanismos capazes de fiscalizar e evitar abusos cometidos pelos demais poderes, através do sistema de freios e contrapesos (“*check and balances*”).

Na atualidade, o modelo tripartite de separação dos poderes proposto por Montesquieu vem sendo criticado¹⁶¹, especialmente no âmbito da concretização de

¹⁶⁰ “Neste aspecto, parece impressionante que mesmo após anos de ativismo judicial quanto a medicamentos não sejam conhecidos estudos que apontem de onde vieram os recursos para a compra. Será que os remédios fornecidos por força de decisão judicial foram obtidos graciosamente pelo Estado? Será que foram adquiridos por compra emergencial? Será que os preços obtidos foram melhores? Não tendo havido aquisição gratuita, de onde vieram os recursos? De outros setores? De redução dos gastos com propaganda? Ou será que vieram da não execução de prioridades no próprio setor de saúde, como sugere a reportagem do Valor Econômico do dia 16 de agosto de 2007?” AMARAL, Gustavo. MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 95.

¹⁶¹ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Tradução por Diego Werneck Arguelles e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, 2014, p. 13-23.

direitos sociais, uma vez que há um verdadeiro “efeito paralisante” conforme aduz Andreas Joachim Krell ante a inexistência de meios compulsórios para a execução de sentenças que venham a condenar o Estado a determina prestação¹⁶².

Ricardo Lobo Torres assevera que o Mandado de Injunção – uma das principais ferramentas para a defesa e garantia dos direitos sociais diante da inércia do legislador – tornou-se inviabilizado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, uma vez que tal Corte assentou posicionamento no sentido de que o Judiciário deve se ater, tão somente, a recomendar ao Poder Legislativo a elaboração das medidas cabíveis, sem, contudo, incorrer em um meio coercitivo para tanto¹⁶³.

Ademais, cumpre destacar a decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça no julgamento do processo nº 0000749-61.2011.2.00.0000, no qual foi recomendado aos tribunais de todo o país que não penalizassem os advogados públicos pelo descumprimento de ordem judicial que cabe, exclusivamente, ao gestor público, discorrendo quanto à inexistência de meios coercitivos por parte do defensor estatal fazer valer a decisão judicial¹⁶⁴.

Por outro lado, não é raro nos depararmos com a atividade jurisdicional adotando uma postura ativista, diante da crescente judicialização da política, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ante seu caráter político e sua função de proteção e promoção dos direitos fundamentais. Consequentemente, a proposta de Andreas

¹⁶² KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 88.

¹⁶³ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 288-292.

¹⁶⁴ ADVOGADO PÚBLICO. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. PRISÃO. RECOMENDAÇÃO.

1. Não se pode admitir que advogados públicos sejam punidos com a pena mais grave em vigor neste País – a restrição da liberdade – por desempenharem as funções a eles acometidas por lei, ou seja, pelo exercício de suas atribuições funcionais. A determinação de prisão do advogado público por descumprimento de decisão judicial configura procedimento incorreto, nos termos da LOMAN, e enseja punição disciplinar.

2. Mesmo que promova as medidas judiciais para buscar a reforma das decisões que julgar merecedoras de reparo, não se pode admitir a punição do advogado público por descumprimento de ato que compete unicamente ao gestor do bem ou serviço em questão. O advogado tem o dever de recorrer das decisões que julgar equivocadas e é credor da inviolabilidade constitucionalmente assegurada para exercer sua atividade profissional.

3. Recomendação aos Tribunais no sentido de se absterem de ameaçar ou determinar a prisão de Advogados Públicos Federais e Estaduais diante de casos de descumprimento de decisões judiciais dirigidas aos gestores das Autarquias e Fundações.

4. Pedido procedente.

(CNJ - PP - Pedido de Providências - Conselheiro - 0000749-61.2011.2.00.0000 - Rel. JORGE HÉLIO CHAVES DE OLIVEIRA - 133ª Sessão - j. 30/08/2011).

Joachim Krell quanto à atualização do dogma da separação dos poderes parece ter surtido efeito¹⁶⁵.

Ainda que estejamos diante de uma repaginação da separação dos poderes, com a atividade jurisdicional intervindo, diretamente, tanto sobre o mérito dos atos administrativos em determinadas hipóteses quanto sobre a discricionariedade do gestor público, precisamos estabelecer certas balizas quanto a esta atuação que devem ser levadas em consideração na intervenção judicial. Nesta esfera, dois pontos surgem como fundamentais nesta análise: (i) a ausência de omissão ou inércia estatal; e (ii) a capacidade institucional do Poder Judiciário.

Ab initio, a omissão estatal caracteriza-se pela ausência de medidas intentadas por meio de políticas públicas para concretização de determinado direito de cunho social. Em síntese, estaríamos diante de uma omissão ou inércia quando o Poder Público não realiza nenhuma medida para consagrar dado direito. Nesta seara, o entendimento consolidado pelos tribunais pátrios é de que, havendo omissão estatal, a atividade jurisdicional pode intervir na discricionariedade administrativa.

Neste primeiro momento, nos limitaremos às situações em que inexistente omissão ou inércia estatal, embora as medidas até então intentadas não ocasionam o resultado esperado, de modo que houve interposição de ação judicial como forma de forçar o Poder Público a concretizar tal prestação.

Ainda que não seja sua competência institucional não lhe possibilite a análise de dispositivos constitucionais, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência assentada quanto à impossibilidade de substituição da discricionariedade do gestor público por aquela do órgão jurisdicional ou mesmo da parte autora¹⁶⁶.

Mesmo que o estudo das formas de controle da Administração Pública não seja o enfoque do presente estudo, devemos trazer à baila o posicionamento da professora Ana Paula de Barcellos quanto à possibilidade do Poder Judiciário instituir metas e prioridades junto ao Poder Público, que serão objeto de acompanhamento e apreciação até a

¹⁶⁵ “Na base do acima exposto, torna-se evidente que o apego exagerado de grande parte dos juízes brasileiros à teoria da Separação dos Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional tradicional, que ainda não adaptou as suas “lições” às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está devendo a necessária atualização e re-interpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico” KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 91.

¹⁶⁶ Neste sentido, ver REsp 1.475.525/RJ e REsp 1.533.878/RJ, ambos de relatoria do ministro Humberto Martins.

concretização da política pública demandada¹⁶⁷. Tal solução nos parece acertada: como a atividade jurisdicional não pode substituir o juízo de conveniência e oportunidade do administrador público, a estipulação de metas factíveis a serem acompanhadas pelo Poder Judiciário e pelos demais interessados demonstra-se como postura correta para uma plena transparência dos métodos utilizados pela Administração Pública.

Por seu turno, nas situações em que o gestor público não efetivou nenhuma política pública para a concretização de determinado fim, encontrando-se em mora administrativa, também não nos parece correta a imposição de uma política pública instituída unilateralmente pelo próprio julgador, ou mesmo pela parte autora, diante da ausência de capacidade institucional para tanto.

Conforme leciona Luís Roberto Barroso, a capacidade institucional de determinado órgão ou instituição refere-se a sua habilitação e *expertise* para a produção da melhor decisão possível em determinada matéria. Segundo o autor, o Poder Judiciário se encontra legitimado para prolatar decisão em caso concreto, em atenção ao ideal de microjustiça, porém não aparenta possuir a capacidade institucional de avaliar a prestação do impacto econômico de suas decisões ou mesmo de elaborar uma política pública para concretização de direitos fundamentais¹⁶⁸.

Contudo, diante da ausência de mecanismos e instrumentos capazes de exercer influência definitiva sobre o Poder Executivo para a elaboração de políticas públicas que resolvam tal situação, como deveria proceder o Poder Judiciário? Em nossa perspectiva, uma das soluções possíveis pode estar em importantes precedente da Corte Constitucional da Colômbia, tais como a Sentencia T-025/04.

No caso em epígrafe, a Corte Constitucional da Colômbia declarou o estado de coisas inconstitucionais no país referente à situação da população que havia sido despejada de suas residências, uma vez que haveria intensa vulnerabilidade de direitos fundamentais destas pessoas de forma recorrente, inexistindo medidas adotadas pelo governo colombiano para resolver tal situação.

Em vista disso, conforme assevera Daniel Sarmiento, o Tribunal Colombiano comunica a declaração do estado de coisas inconstitucional para os entes estatais

¹⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 116-120.

¹⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política. *Migalhas Jurídicas*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acessado em 18 de novembro de 2017.

competentes para a formulação de planos de ação, que posteriormente serão analisados e aprovados pela Corte Constitucional com o auxílio da sociedade civil, de órgãos e entidades com *expertise* na área, de modo que a capacidade institucional necessária estará satisfeita¹⁶⁹. Por outro lado, tendo ampla participação popular e estando nas luzes da opinião pública, não nos parece factível que o Poder Público persistirá na omissão institucional.

¹⁶⁹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 240-241.

4 UM DIÁLOGO ENTRE SURDOS

4.1 Introdução

Tendo em vista as exposições anteriores, podemos concluir que a reserva do possível no direito brasileiro assume uma postura distinta do conceito talhado pelo Tribunal Constitucional Alemão quando do julgamento do caso conhecido como “*numerus clausus*”, sendo, portanto, uma simples arguição de “orçamento limitado” frente às inúmeras necessidades do Estado.

Esta concepção do instituto decorre das grandes diferenças entre Brasil e Alemanha, tanto no aspecto jurídico quanto naquele de caracteres econômico, político e social. Outrossim, a própria doutrina comparativista entende que é impossível transportar uma ideia jurídica de dado ordenamento sem que haja uma transmutação de seu significado.

Neste sentido, surge a indagação: se a reserva do possível foi assumida como “orçamento limitado” no direito brasileiro diante das características existentes no país, por que devemos buscar uma releitura deste instituto conforme preconizado no capítulo 3? Não seria mais interessante mantermos a aplicação deste conceito jurídico da forma como vem sendo realizado tanto pelos aplicadores do direito, quanto por juízes e tribunais? A resposta, em nossa concepção, é negativa.

O que se verifica, atualmente, é a reserva do possível sendo utilizada como argumento de cunho genérico pelo Estado para se esquivar das obrigações de cunho social impostas pela Constituição Federal, justificando-se, tão somente, por questões orçamentárias que, apesar de sua grande importância, não constituem o ponto central de tal conceito. Outrossim, ainda que a escassez de recursos seja arguida pelo Estado, esta nem sempre é comprovada pelo ente federativo, enfraquecendo e esvaziando o argumento.

Por outro lado, juízes e tribunais, ao se deparem com o argumento da reserva do possível, não aparentam incluí-lo de forma escorreita para sua convicção, gerando óbices para sua real incidência no caso concreto que podem, inclusive, ou demandar prestações impossíveis ou que não são corretamente explicitadas. Ademais, conforme já fora explicitado anteriormente, constitui enorme dificuldade ao julgador negar uma prestação

estatal a um indivíduo sob o argumento de ausência de recursos por parte do Estado¹⁷⁰, ainda mais em um país com uma elevadíssima carga tributária.

Diante desta situação comumente vivenciada em fóruns, gabinetes e salas de audiência, entendemos que, em verdade, o diálogo que envolve a reserva do possível no direito brasileiro é realizado entre surdos, na qual os dois lados falam, porém não se entendem.

Nossa proposição por uma releitura do instituto da reserva do possível busca conferir novos caminhos para o diálogo, remodelando tal conceito jurídico para que não se perca como um argumento esvaziado que encontra óbices intransponíveis para seu real sopesamento pelo julgador.

Como forma de confirmar nosso diagnóstico sobre a aplicação da reserva do possível além dos livros e manuais¹⁷¹, partiremos de uma análise da jurisprudência pátria nos últimos dois anos – momento marcado por uma intensa crise econômica e política que afetou o país –, bem como da análise de decisões que se revelam imprescindíveis para a discussão da reserva do possível no país, como a ADPF nº 45, avaliando tanto a atuação do Poder Público ao apresentar a reserva do possível como argumento, quanto de sua real apreciação pelo Poder Judiciário.

Para tanto, verificaremos decisões proferidas pelos tribunais superiores, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que, ao contrário do direito alemão, os direitos de cunho prestacional encontram-se positivados no texto constitucional. Outrossim, também serão apreciadas decisões prolatadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, um dos estados mais afetados pela crise econômica vivenciada.

4.2 O Poder Público como “surdo”: aquele que não ouve os ensinamentos da doutrina

Como forma de proceder à nossa análise da utilização da reserva do possível além dos livros, devemos iniciar nossa observância pelo primeiro expoente desta teoria: o Poder Público.

Certo é que, diante de todos os princípios e regras que regem o direito processual brasileiro, não cabe ao julgador adentrar em matérias que não venham a ser arguidas pelas

170 Cf. nota 107.

171 Aqui nos remetemos, novamente, às palavras de Norberto Bobbio (Cf. nota 6). Não basta lidarmos com meros aspectos teóricos quanto à reserva do possível ou qualquer outro instituto ou conceito, devemos observar sua aplicação na prática para verificar eventuais vícios ou erros.

partes, de modo que cabe aos próprios envolvidos a defesa de seus direitos e interesses no processo. Assim, ante o desinteresse do particular em trazer argumentos contrários a seu pleito, é lógico que cabe ao Poder Público apresentar o argumento da reserva do possível para a apreciação do julgador.

Neste diapasão, nossa observação parte das manifestações da reserva do possível emanadas por três órgãos de defesa do Poder Público distintos: (i) a Advocacia Geral da União (AGU); (ii) a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ); (iii) a Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro (PGM-RJ). Neste sentido, busca-se averiguar até que ponto os aplicadores do direito seguem todas as indicações adotadas pela doutrina, especialmente quanto à tríplice dimensão proposta por Ingo Wolfgang Sarlet ou se simplesmente apontam a questão orçamentária como óbice à prestação jurisdicional.

Ante a grande demanda processual destes órgãos, bem como da diversidade de matérias tratadas, foi possível verificar a existência de grupos especializados em determinadas matérias, como procuradorias de saúde e de defesa do meio ambiente. Neste sentido, também verificou-se que as manifestações processuais destes órgãos são, em certa medida, similares, partindo de uma mesma construção que busca se amoldar ao caso concreto. Assim, havendo certa semelhança entre as construções proferidas por cada órgão, nos limitaremos a analisar apenas um caso para cada um dos entes.

Ademais, ante a solidariedade existente entre os entes federativos para a prestação de determinados direitos sociais – *e.g.* prestações na área da saúde – é normal verificarmos que alguns processos contam com manifestações de mais de um ente. Com efeito, para uma melhor individualização das condutas de cada um, os processos em análise apenas irão esmiuçar as manifestações de um órgão de defesa, e não de todos aqueles que participaram do processo.

4.2.1 A União Federal em juízo

O primeiro ente federativo ao qual direcionaremos nosso estudo é a União Federal, cuja defesa dos interesses no Poder Judiciário é realizada através da Advocacia Geral da União (AGU). Neste sentido, nossa análise passa pelo processo nº 0013852-39.2011.4.02.5101, julgado em primeira instância pela 19ª Vara Federal do Rio de Janeiro e, em segunda instância, pela 3ª Turma Especializada do Tribunal Federal da 2ª Região (TRF-2).

O caso em apreço versa sobre pedido do particular que, diagnosticado com hérnia inguinal e ferida por trauma na perna direita foi atendido no Hospital Municipal Souza Aguiar, onde recebeu os primeiros atendimentos, sem, contudo, realizar a cirurgia necessária para remediar seu quadro clínico, ou mesmo ter alguma previsão para sua efetivação. Assim, o autor procurou a Defensoria Pública após a indicação da própria Secretária de Estado de Saúde e de Defesa Civil do Estado do Rio de Janeiro para que fosse ajuizada a ação cabível.

A Defensoria Pública ajuizou a demanda em face da União Federal, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro, diante da solidariedade dos entes federativos para prestações na área da saúde, conforme preceitua o artigo 196 da Constituição Federal, de modo que a competência foi deslocada para a Justiça Federal diante da presença da União Federal na lida.

Apesar da presença dos demais entes federativos, nos limitaremos a analisar as manifestações propostas pela Advocacia Geral da União ao defender os interesses da União Federal no processo em epígrafe.

Inicialmente, tendo em vista a concessão de antecipação de tutela para que o autor recebesse tratamento médico imediato para averiguar a necessidade de intervenção cirúrgica, houve a interposição de Agravo de Instrumento por parte da União Federal em face desta decisão.

Nesta primeira manifestação processual, a União Federal não aborda diretamente a questão da reserva do possível, apresentando, tão somente, argumentação quanto à quebra de isonomia do autor em relação aos demais indivíduos necessitados de assistência no âmbito da saúde por parte do Estado e quanto a um suposto pleito genérico formulado. O Agravo de Instrumento interposto, contudo, não é provido pelo tribunal de segunda instância que ressalta que a reserva do possível deve ser comprovada pelo ente federativo.

No que tange a contestação, tal manifestação mantém parte considerável dos argumentos já apresentados em sede de Agravo de Instrumento, porém aborda a temática da reserva do possível em breves parágrafos. Segundo a Advocacia Geral da União, a saúde pública encontra-se funcionando sob a égide da reserva do possível, sendo as escolhas dramáticas decorrentes desta situação reservadas ao Poder Executivo, e não ao Judiciário. Outrossim, afirma que inexistem espaços para todos nos hospitais públicos, de

modo que incluir alguém por decisão judicial significa retirar outra pessoa, acometida por mal maior¹⁷².

Conforme é possível depreender, tal manifestação não esmiúça de maneira profunda a discussão da reserva do possível, se limitando a indicar a existência de “escolhas dramáticas”, que devem ficar a cargo do Administrador Público. Contudo, sequer há uma explicação concisa sobre o que realmente é a reserva do possível e seus componentes. Em verdade, esta primeira argumentação promovida pela União Federal parece ressaltar em muito o âmbito da separação dos poderes, pugnando pela não interferência do Judiciário, ao invés de apresentar novo argumento.

Diante da fraca construção de argumento voltado à reserva do possível pela União Federal e pelos demais entes, a sentença prolatada pelo juízo da 19ª Vara Federal do Rio de Janeiro não tece qualquer linha argumentativa sobre o caso. Porém, há a colação de julgados do Tribunal Regional da 2ª Região que versam sobre a reserva do possível, no qual o tribunal mantém a mesma argumentação proferida no Agravo de Instrumento: o ente federativo deve comprovar sua situação orçamentária, e não apenas apresentar argumentação genérica.

Tendo a sentença de piso sido desfavorável, a União Federal procedeu a interposição de recurso de apelação, no qual o argumento da reserva do possível é melhor apresentado pelo ente federativo, apesar de persistir no caráter orçamentário.

Ab initio, a Advocacia Geral da União indica que o direito constitucional à saúde se encontra inserido no bojo dos direitos prestacionais, cuja efetivação depende da realização de políticas sociais e econômicas, derivando, diretamente, da condição econômica e financeira do Estado.

Neste sentido, a União Federal entende pela existência de uma “reserva do economicamente possível”, de modo que as prestações estatais relacionadas ao direito à saúde devem buscar escolhas que alcancem a maior parte da população¹⁷³. Outrossim,

172 “As chamadas ‘decisões dramáticas’ não devem ficar a encargo do Poder Judiciário, mas sim do Poder Executivo, que tem por função típica a administração do Estado. A saúde pública funciona segundo o princípio da ‘reserva do possível’. Infelizmente, no Brasil, não há espaço para todos nos hospitais públicos. Incluir alguém por decisão judicial significa excluir outra pessoa necessitada e acometida por mal maior, como *in casu*.” BRASIL. Tribunal Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 0014021-03.2011.4.02.0000. Rio de Janeiro. Agravante: União Federal. Agravado: Otacílio Ferreira Salgado. Relator: Juiz Federal Convocado Guilherme Diefenthaler. Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 2012. DJ, 28 de março de 2012.

173 “Assim, em relação à saúde, optou o Administrador brasileiro, com base na teoria alemã, em concretizar os direitos sociais levando-se em conta à ‘reserva do financeiramente possível’, utilizando-se de escolhas que alcançassem a maior parte da população, ainda que, para tanto, algumas situações específicas tivessem que ser excluídas.” BRASIL. Tribunal Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 0014021-

conforme exposto por Vicente de Paulo Carvalho, há uma tentativa de retirar do direito à saúde sua categorização como direito fundamental, de modo a enfraquecer a pretensão do autor, retirando a eficácia imediata deste direito¹⁷⁴.

Ademais, é ressaltado que o Judiciário não se encontra preparado para decidir questões que envolvam o ideal de macrojustiça, tendendo sempre a observar apenas os aspectos do caso concreto a sua frente. Por outro lado, escolhas tomadas pelo Administrador Público devem levar em consideração toda a população e, “em especial, aquilo que é possível realizar para todos os graus de igualdade”.

Todavia, a argumentação da União Federal não é acolhida pelo tribunal de segunda instância, o qual afirma que a ausência de recursos não pode ser oposta ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e, assevera, novamente, que a situação de desequilíbrio econômico e financeiro deve ser comprovada pelo ente federativo que a alega¹⁷⁵.

03.2011.4.02.0000. Rio de Janeiro. Agravante: União Federal. Agravado: Otacílio Ferreira Salgado. Relator: Juiz Federal Convocado Guilherme Diefenthaler . Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 2012. DJ, 28 de março de 2012.

174 Cf. nota 41.

175 APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. SEPARAÇÃO DE PODERES. ISONOMIA NAS DECISÕES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. REVERSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA. RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL. FILA DE ATENDIMENTO. 1. Apelação interposta contra sentença que, em ação ordinária, confirmou a antecipação de tutela deferida e julgou procedente o pedido, condenando os demandados a assegurarem ao demandante os procedimentos necessários ao tratamento adequado à cura da doença que o acometeu, inclusive com o fornecimento dos medicamentos adequados à sua recuperação. 2. O fato de o tratamento ter sido prestado, por ordem judicial liminar antecipatória, não é causa de modificação ou extinção do direito, e tampouco autoriza à dispensa de uma sentença de cognição exauriente, sob pena de ofensa ao princípio da tutela judicial efetiva. Uma medida cautelar, essencialmente provisória, não se torna definitiva em razão da irreversibilidade (processual) dos seus efeitos. Ademais, fatos supervenientes e modificativos do direito (não mais necessitar da cirurgia, porque já a realizou) devem ser considerados, com efeito ex nunc, em decisão de mérito. Afastada a alegação de perda de objeto. 3. "O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente" (STF, Pleno, RE 855.178-RG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe. 16.03.2015). 4. Não viola o princípio da separação de poderes a decisão judicial que, para tornar efetivo o direito fundamental à saúde, busca reparar danos causados por políticas equivocadas, revisão de diretrizes de gestão ou condenar à edição de normas ou atos administrativos correspondentes (A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. Direito, Estado e Sociedade, v. 41, 2012. p. 189. Disponível em:). Precedente do STF: "É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação de poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde" (STF, 1ª Turma, ARE 894.085-SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe. 17.02.2016). 5. "O princípio da igualdade a ser observado pela Administração não serve de justificativa para negar direitos subjetivos. Realmente, conceder a um cidadão um direito que também poderia ser estendido a todos os que estivessem na mesma situação, sem efetivamente estendê-lo, rompe com a ideia de igualdade. Porém, o erro está na Administração não estender esse benefício e não no Judiciário reconhecer o direito."(TRF2, 5ª Turma Especializada, AI 00140210320114020000, E-DJF2R 28.3.2012). 6. A real irreversibilidade ocorre com a eventual negativa do pleito necessário à garantia da saúde, devidamente comprovado nos autos, mas não na prestação judicial efetiva do direito fundamental. 1 Precedente: "Não se aplica o conceito de dano irreparável a uma lesão exclusivamente patrimonial, sem conexão com um direito não patrimonial ou um

Da análise do caso em epígrafe, podemos depreender que a União Federal, em sede de contestação, adotou a posição de uma verdadeira “reserva do economicamente possível”, ignorando os demais pressupostos do conceito e advertindo o julgador, tão somente de que a decisão de mérito que concedesse o pleito autoral estaria violando o princípio da isonomia e a separação dos poderes.

Posteriormente, em sede de apelação, a União Federal aborda temas como a classificação dos direitos fundamentais e a universalização da pretensão, sem, contudo, fugir do rótulo de “reserva do economicamente possível”. Contudo, não há qualquer menção à proporcionalidade da prestação exigida pelo autor, de modo que a peça recursal busca basear, em síntese: (i) na questão orçamentária do Estado e na efetivação de escolhas trágicas; (ii) na ausência de capacidade institucional do Judiciário para julgar questões concernentes à macrojustiça; e (iii) na violação da separação dos poderes.

Em que pese tais argumentos, não logramos êxito em identificar uma argumentação concisa da União Federal quanto à reserva do possível neste caso, posto que esta se baseou, exclusivamente, em questões de caráter orçamentário.

4.2.2 O Estado do Rio de Janeiro e a reserva do possível

Procedendo ao estudo das manifestações do Poder Público em juízo relacionadas à reserva do possível, partiremos àquelas pelo Estado do Rio de Janeiro a partir de sua Procuradoria. Para tanto, tomaremos por base o processo nº 1039881-73.2011.8.19.0002, julgado em primeira instância pela 5ª Vara Cível da Comarca de Niterói e, em segunda instância pela Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O caso em apreço versa sobre pedido de inclusão do autor nos programas habitacionais existentes no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e/ou do Município de

direito fundamental, exceto se o devedor estiver na iminência de insolvência" (TRF2, 5ª Turma, AI 20150000054283, DJe. 7.3.2016). 7. "A falta de orçamento público não obsta a exigibilidade judicial do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Contudo, tratando-se de prestações de saúde vinculadas à lei (direitos fundamentais derivados), a reserva do possível deve ser observada, nos limites do orçamento, mas, neste caso, compete à Administração comprovar - e não apenas alegar - que o orçamento não comporta a satisfação da pretensão do demandante" (TRF2, 5ª Turma Especializada, AI 00140210320114020000, E-DJF2R 28.3.2012). 8. A simples menção à fila de espera para atendimentos, somente em sede de apelação, tendo o paciente já realizado o procedimento cirúrgico requerido, não isenta a Administração dos procedimentos necessários ao tratamento devidamente prescrito nem do fornecimento dos medicamentos adequados à recuperação do indivíduo, concedidos em sentença de mérito. 9. Apelação a que se nega provimento. Remessa necessária não provida.

Niterói, uma vez que a residência na qual vivia com sua família foi interdita em 2010 pela Defesa Civil do Município.

O pedido de antecipação de tutela para inclusão do autor nos programas habitacionais e para pagamento de aluguel social até a decisão final de mérito foi acolhido pelo juízo monocrático, sendo tal decisão atacada por Agravo de Instrumento interposto pelos réus.

No recurso interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, foi ressaltada a possibilidade de um “efeito multiplicador”, fundamentado nas centenas de processos judiciais que versam sobre a mesma situação que, caso sejam acolhidos pelo Poder Judiciário acarretariam em grave prejuízo econômico ao Poder Público, ocasionando uma indevida interferência da atividade jurisdicional naquela de ordem administrativa e orçamentária, fato que violaria tanto a separação dos poderes quanto a reserva do possível, de modo que a inclusão nos programas habitacionais deve ser realizada pela autoridade competente.

Mais adiante, a Procuradoria Geral do Estado indica que apenas os direitos negativos podem ser demandados em sua totalidade, uma vez que aqueles de cunho social necessitam de recursos públicos, estando sujeitos à cláusula da reserva do possível ou sob a “soberania orçamentária do legislador”. Assim, cabe ao Administrador Público – e não ao Judiciário – realizar “escolhas trágicas”, frente às ilimitadas possibilidades de atuação. Todavia, a tutela antecipada foi mantida pelo tribunal de segunda instância, uma vez que não houve violação à lei ou contrariedade com as provas apresentadas nos autos.

A contestação apresentada pelo Estado do Rio de Janeiro se limitou a afirmar que o convênio firmado com o Município de Niterói para concessão do benefício do aluguel social era limitado a três mil e duzentas pessoas devidamente cadastradas e que a ampliação deste número acarretaria em graves prejuízos de ordem econômica e financeira aos cofres públicos¹⁷⁶. Neste ponto, cumpre ressaltar que a argumentação inerente à reserva do possível na contestação foi reproduzida em sua integralidade pelo Estado em sede de apelação.

A sentença proferida pelo juízo monocrático entendeu que a reserva do possível encontra limitação frente ao mínimo existencial do indivíduo e ao princípio da dignidade humana, devendo, inclusive, o Poder Público comprovar a escassez de seus recursos. Por

176 “Destarte, o termo de cooperação referido no início desta peça prevê que até 3.200 (três mil e duzentas) famílias poderiam ser beneficiadas pelo programa, desde que cadastrados entre as vítimas dos temporais de abril de 2010. Relevando esses limites imporá sensível ônus aos cofres públicos e inegável violação ao princípio da reserva do possível, mormente por não haver previsão orçamentária para tanto.”

seu turno, a apelação foi decidida em sede de decisão monocrática que asseverou a necessidade dos entes públicos preverem recursos orçamentários para situações de calamidade¹⁷⁷ e que a escassez alegada não foi comprovada em nenhum momento ao longo dos autos, sendo tal decisão mantida em sede de agravo interno.

Da análise da argumentação do Estado do Rio de Janeiro nos presentes autos foi possível depreender que este ente também adota a ideia de uma reserva do possível ligado exclusivamente a questões orçamentárias, apoiando seu raciocínio numa visão tradicional da separação dos poderes. Por outro lado, cumpre salientar que a visão de que apenas os direitos de cunho social possuem custos não pode ser considerada como correta: conforme explicitado anteriormente, todos os direitos possuem custos, mesmo que indiretos e implícitos¹⁷⁸.

4.2.3 A Procuradoria do Município do Rio de Janeiro frente à reserva do possível

Por fim, o terceiro ente federativo passível de análise é o Município do Rio de Janeiro, cuja defesa é efetivada por sua Procuradoria. O caso escolhido foi o processo nº 0261015-90.2014.8.19.0001, julgado em primeira instância na 4ª Vara de Fazenda Pública e, em segunda instância, pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A ação versa sobre pedido de inclusão do autor em programa habitacional do Estado do Rio de Janeiro e/ou do Município do Rio de Janeiro, uma vez que sua moradia, construída em área de risco, foi interditada pela Defesa Civil do Município em abril de 2013, tendo a antecipação de tutela deferida pelo juízo competente.

Da decisão de concessão dos efeitos da tutela antecipada, o Município interpôs Agravo de Instrumento, no qual, apesar de não tratar de forma explícita do termo “reserva do possível”, apresentou diversas nuances próprias ao argumento: (i) a limitação de recursos do Poder Público; (ii) possível violação da isonomia e da impessoalidade; e (iii) violação do direito à moradia de outros administrados. Neste sentido, é possível verificar que a argumentação da Municipalidade atentava para a universalização da pretensão, que é impossibilitada pela limitação orçamentária do erário. Todavia, tal argumentação não

177 “Com efeito, os entes públicos devem prever em seus orçamentos verbas suficientes a atender aos seus cidadãos, no caso de calamidade pública, não lhes permitindo se beneficiar da própria omissão para afastar a sua responsabilidade.”

178 Cf. ponto 1.4.

foi acolhida pelo juízo de segunda instância, entendendo que não foi demonstrada a impossibilidade do Município de cumprir o mandamento judicial¹⁷⁹.

Em sede de contestação, o Município novamente não apresenta o argumento da reserva do possível de forma explícita, porém segue apresentando diversos componentes do argumento, inclusive, ampliando e sofisticando aqueles apresentados em sede recursal.

Ao tratar de uma suposta violação dos poderes, o ente federativo alega que as escolhas trágicas devem ser feitas pelo administrador público, aquele legitimado democraticamente para tanto e que possui competência institucional para definir a correta alocação de recursos e delimitação de prioridades, devendo o Poder Judiciário adotar uma postura de autocontenção, intervindo tão somente para assegurar o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, em caso de omissão injustificável ou ineficácia das medidas adotadas.

Outrossim, o Município alega que diversas famílias que tiveram suas casas interditadas ou foram afetadas por situações de calamidade pública se negam a serem encaminhadas para os abrigos municipais, pressionando a Administração Pública a incluí-los em programas habitacionais. Cumpre sinalizar que o Município assevera que os abrigos públicos constituem medida temporária, até que haja a possibilidade de concretização das políticas públicas de habitação.

Por derradeiro, a Procuradoria Geral do Município, mesmo não explicitando o uso da reserva do possível, entra de forma definitiva em seu cerne ao alegar que a pretensão da parte autora não passa por um exame profundo de proporcionalidade, uma vez que existem prestações como os abrigos públicos que se afiguram como uma hipótese de cumprimento estatal do direito previsto constitucionalmente e que não acarretam em tantos prejuízos aos cofres públicos¹⁸⁰.

179 “Não há ainda que se falar em aplicação do princípio da reserva do possível, vez que o agravante não logrou demonstrar a impossibilidade efetiva de cumprimento da determinação judicial.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0047893-94.2014.8.19.0000. Rio de Janeiro. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Jorge Heleno Nascimento Lima. Relator: Desembargadora Monica Maria Costa Di Piero. Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2014. DJ, 6 de outubro de 2014.

180 “Reputa-se proporcional uma medida que seja adequada e necessária para atingir os fins pretendidos e cuja concretização produza mais benefícios do que prejuízos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Muito embora se pudesse admitir que a inclusão da parte autora em programas habitacionais seria adequada para tutelar seu direito de moradia (adequação), fato é que existe outra providência, muito menos gravosa aos cofres públicos, que, igualmente, atingiria os mesmos objetivos, ao menos enquanto não chegasse a vez de a parte demandante ser contemplada em algum programa habitacional (necessidade).”

A sentença prolatada pelo juízo de piso indeferiu o pleito da parte autora, uma vez que a interdição do referido imóvel decorreu de vícios na construção, e não de calamidade pública, estando ausente o pressuposto para inclusão nos programas sociais de habitação, bem como a possibilidade do Poder Público efetivar prestações tão somente até o mínimo existencial¹⁸¹, não assegurando um direito subjetivo à entrega de uma unidade habitacional.

Tendo a parte autora interposto recurso de apelação, o Município foi instado a apresentar suas contrarrazões, na qual permaneceu sem explicitar no corpo de sua manifestação o termo “reserva do possível”, porém demonstrando forte apelo a sua conceituação e seus componentes, arguindo a irrazoabilidade da pretensão autoral, uma vez que os programas habitacionais promovidos pelo Poder Público seguem estritos critérios de concessão de unidades habitacionais, através de requisitos objetivos e de uma ordem de preferência.

Todavia, em sede de decisão monocrática, o relator do processo entendeu que a parte autora faz jus à concessão do benefício do aluguel social, bem como sua devida inclusão nos programas de habitação popular. Ademais, a Súmula nº 241 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – que será alvo de análise detida ao longo deste capítulo – também foi mencionada no referido *decisum*, sinalizando que cabe ao ente federativo a comprovação da situação de escassez de recursos ao alegar a reserva do possível.

Ainda que o caso em tela esteja pendente de decisão definitiva pelas instâncias ordinárias, devemos atentar para as manifestações promovidas pelo Município que, ainda que não utilizem de forma explícita a expressão “reserva do possível” fez uso de diversos de seus argumentos e componentes, que sequer foram ventilados nos demais casos. Por outro lado, a atuação do tribunal de segunda instância se revela, em nossa concepção, desarrazoada. Explica-se: ainda que a argumentação proposta pela Procuradoria do Município não tenha se pautado exclusivamente por questões orçamentárias – inclusive, estas foram colocadas em segundo plano ao longo do processo –, o relator do feito em segunda instância se limitou a afastar a incidência da reserva do possível sob a mera alegação de não comprovação da escassez de recursos orçamentários. Ante esta situação,

181 Tal posição se assemelha àquela proposta por Ricardo Lobo Torres e já explicitada neste trabalho (cf. nota 125). Na concepção do referido autor, o indivíduo pode recorrer ao Poder Judiciário para ver satisfeita a prestação inerente ao mínimo existencial. Todavia, prestações superiores devem ser obtidas mediante o exercício da cidadania e da democracia.

podemos perceber que o Poder Judiciário ainda encontra certa resistência em apreciar corretamente o argumento da reserva do possível, mesmo que tal argumento não tenha sido citado de forma explícita e sem o viés orçamentário exclusivo.

4.3 O Poder Judiciário como “surdo”: aquele que não entende o que é dito

Após a apreciação da forma como o argumento da reserva do possível é utilizado por três entes federativos distintos, devemos proceder à análise da forma como tal argumento é recepcionado pelo Poder Judiciário, verificando suas decisões e eventuais posições já consolidadas.

Para efetivar tal exame, partiremos da observância da ADPF nº 45¹⁸², caso considerado como paradigmático na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação à ideia de reserva do possível e utilizado como precedente para fundamentar diversas decisões nos mais diversos tribunais nacionais.

Além disso, partiremos para duas óbices impostas pelos tribunais pátrios: (i) o justo motivo elaborado pelo Supremo Tribunal Federal em matérias afetas à reserva do possível; e (ii) o verbete sumular nº 241 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, conforme exposto no tópico anterior, está presente em boa parte das decisões proferidas por tal tribunal no âmbito das políticas públicas.

4.3.1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 como marco teórico da reserva do possível

A decisão monocrática proferida pelo ministro Celso de Mello por ocasião do julgamento da ADPF nº 45 é, indubitavelmente, a decisão inerente à reserva do possível mais conhecida e relevante no cenário nacional, servindo de precedente e base teórica para inúmeros estudos e decisões que perpassam pelo tema.

A referida ADPF foi impetrada pelo Partido da Social Democracia Brasileiro (PSDB) em razão do veto presidencial ao artigo 59 da Lei nº 10.707/03, destinada a fixar diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado, segundo o autor da ação, importava em violação ao preceito fundamental

182 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Distrito Federal. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. DJ, 4 de maio de 2004.

decorrente da Emenda Constitucional nº 29/00, que garante a aplicação de recursos financeiros mínimos nas ações e serviços públicos de saúde.

Ante a interposição da ação, foi remetido pedido de informações ao Presidente da República, que informou a restauração da integralidade do artigo vetado no texto na Lei nº 10.777/03, suprimindo, portando a omissão que ensejou o ajuizamento da ADPF¹⁸³.

Não obstante a perda superveniente do objeto da presente demanda, o ministro relator Celso de Mello entendeu tratar-se de uma oportunidade única para redigir decisão que demonstrasse a possibilidade do Poder Judiciário intervir na concretização de políticas públicas, no sentido de proteger e concretizar direitos fundamentais.

Ricardo Lobo Torres assevera que a decisão proferida pelo relator efetivou uma confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, bem como do conceito de reserva do possível, associando-o de forma explícita às noções orçamentárias e ampliando a competência da Corte constitucional para o controle de políticas públicas relacionadas aos direitos sociais¹⁸⁴.

Quanto à referida decisão monocrática, o ministro Celso de Mello teceu comentários quanto à possibilidade do Supremo Tribunal Federal, diante de sua dimensão política, atuar na efetivação dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional¹⁸⁵, reconhecendo a vinculação da Corte constitucional a estes direitos¹⁸⁶. Em nossa concepção, tal assertiva é correta em certa medida: os direitos fundamentais compõem a pedra angular do ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser protegidos por todos os instrumentos possíveis. Porém, sua promoção deve ser encarada com maior parcimônia. Os direitos acarretam em custos, e os recursos a favor do Estado são escassos,

183 MOREIRA, Alinie da Matta. As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 214

184 “Nada obstante, o Min. Celso de Mello, a exemplo do que já fizera no julgado sobre a AIDS acima referido, redigiu decisão maximalista, de cunho doutrinário (sem eficácia jurisdicional), pois a jurisdição se esgotara no despacho de arquivamento da ADPF, proclamando a ‘intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial’, mas confundindo os direitos fundamentais com os sociais e econômicos, emburilhando a reserva do possível com a disponibilidade financeira do Estado e dilargando a competência da jurisdição constitucional para o controle de políticas públicas relacionadas com os direitos sociais.” TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 72-73.

185 “Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional”.

186 KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 108.

de modo que uma pulverização de decisões que garantam e promovam direitos fundamentais sem qualquer tipo de critério pode minar a economia nacional.

Em relação à reserva do possível, tema que nos interessa diretamente, o ministro relator reconheceu a premissa abordada acima: os direitos possuem custos. Assim, sua concreta consolidação e efetivação dependem da existência de recursos financeiros por parte do Estado. Todavia, o ministro assevera que eventual limitação orçamentária deverá ser comprovada pelo ente federativo¹⁸⁷, porém não enxerta o caminho para que este ônus probatório seja efetivado. Deveria, portanto, o Estado apresentar o orçamento anual previsto para determinada despesa e comprovar que os recursos alocados já foram utilizados? Ou ainda, apresentar orçamento anual para todas as áreas? Nesta situação, caso o tribunal decida que determinado gasto é supérfluo, poderia atuar como verdadeiro administrador público, determinando setores e/ou áreas que podem sofrer restrições orçamentárias para sua efetivação? A alegação comprovada de grave crise de cunho econômico vivenciada por ente federativo é capaz de comprovar a escassez de recursos?¹⁸⁸

O caminho do ônus probatório inerente ao Poder Público quando da alegação de escassez de recursos ainda é tema nebuloso, sem uma definição clara e concisa de como a Administração Pública pode comprovar sua impossibilidade econômica de atuação,

187 Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política"

188 Neste sentido, é possível ver posicionamentos distintos dentro de um mesmo tribunal: "Vale dizer, ainda, que, diante da crise financeira que nosso Estado está vivenciando, a utilização de verba pública deverá estar sempre jungida à sua previsão e disponibilidade orçamentária, incumbindo ao Poder Legislativo, integrado pelos representantes da vontade popular, realizar as escolhas das prioridades, eis que as verbas orçamentárias são finitas, enquanto as necessidades sociais são infinitas." BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0063663-56.2016.8.19.0001. Rio de Janeiro. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Apelado: Município do Rio de Janeiro. Relatora: Desembargadora Maria Helena Pinto Machado. Rio de Janeiro, 02 de agosto de 2017. DJ, 04 de agosto de 2017; "Nesse mesmo sentido, descabe argumentar a crise econômica atual do país como pretexto para esquivar-se do cumprimento das obrigações constitucionais impostas ao ente público, como pretende o apelante." BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0052893-87.2016.8.19.0038. Rio de Janeiro. Apelante: Município de Nova Iguaçu. Apelado: Ana Karina da Silva REP/P/ Charles Mousinho da Silva. Relator: Desembargador Peterson Barroso Simão. Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2017. DJ, 06 de novembro de 2017.

consistindo em óbice cuja superação constitui tema de grande dificuldade, conforme será demonstrado nos próximos tópicos. Outrossim, cumpre sinalizar que o Poder Judiciário, quando da definição de como este ônus probatório deverá ser cumprido não pode impor ao Estado uma obrigação impossível. Explica-se: ainda que o Poder Público em juízo goze de diversas benesses processuais e materiais, este também está sujeito a prazos e a uma extensa gama de demandas a serem resolvidas de modo simultâneo. Instituir um ônus probatório de difícil comprovação que demande diversos documentos e laudos técnicos, pode se afigurar como uma verdadeira obrigação leonina.

Prosseguindo nos ensinamentos do ministro Celso de Mello em referência à prolação de sua decisão na ADPF nº 45, este também sinalizou que a prestação requisitada deverá ser aquela que possa ser razoavelmente deduzida ao Poder Público¹⁸⁹. Em sua concepção, uma dada pretensão jurisdicional apenas poderá ser deduzida caso afigure-se como razoável, ou seja, ultrapasse a análise de proporcionalidade¹⁹⁰ e, obrigatoriamente, subsistam recursos por parte do Estado. Tais componentes da reserva do possível devem ser cumulados para a efetiva atuação do Estado.

Concordamos com o pensamento do ministro Celso de Mello: para que uma prestação possa ser implementada pelo Estado, esta deve ser proporcional e, ao mesmo tempo, devem subsistir recursos para sua efetivação. Contudo, em nosso entendimento, estes não devem ser os únicos componentes a serem apreciados pelo juízo: o mínimo existencial, a separação dos poderes, a preexistência de políticas públicas¹⁹¹, e a questão

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

190 Concordamos com o apontamento realizado por Virgílio Afonso da Silva, reproduzido por Alinie da Matta Moreira, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal reconhece a proporcionalidade e a razoabilidade como sinônimos. Neste sentido, adotaremos tal concepção, em relação ao voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. MOREIRA, Alinie da Matta. As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 216.

191 “Sob este aspecto, a reserva do possível pode ser admitida como argumento válido desde que, entre outros fatores, a Administração Pública comprove que não dispõe dos recursos suficientes para financiar por completo a realização do direito postulado, mas demonstre seus esforços no sentido de alcançar sua concretização gradual e efetiva”. MOREIRA, Alinie da Matta. As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 216.

orçamentária – e não a mera disponibilidade de recursos¹⁹² – também devem ser observados quando do julgamento do caso concreto.

Aliás, conforme muito bem pontuado por Alinie da Matta Moreira, este parece ser o grande calcanhar de Aquiles da decisão proferida na ADPF nº 45: é uma decisão puramente teórica e doutrinária. Conforme exposto alhures, a referida ação restou prejudicada quando informada pelo Presidente da República de que o dispositivo vetado havia sido totalmente restaurado através da promulgação da Lei nº 10.777/03. Ou seja, a ADPF nº 45 não enfrentou um caso concreto, de modo que seus conceitos servem tão somente para balizar futuras demandas. Assim, devemos verificar se, diante do enfrentamento de um caso concreto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apresenta caminhos para as dúvidas geradas por uma de suas próprias decisões.

4.3.2 O “justo motivo” sinalizado pelo Supremo Tribunal Federal

Analisado aquele que, sem sombra de dúvidas, é o caso paradigmático da reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro, passamos a apreciar algumas das recentes decisões proferidas pela Corte Constitucional brasileira que envolvam o conceito de reserva do possível. Neste sentido, nosso marco temporal para tais demandas também se atém àquele entre janeiro de 2015 e setembro de 2017, período marcado por grave crise política e econômica no país.

Ab initio, ainda que estejamos apreciando, no presente ponto, a atuação do Poder Judiciário quando defrontado com o argumento da reserva do possível, insta salientar a atuação equivocada do instituto quando do Recurso Extraordinário 580.252/MS. O caso em epígrafe entendeu que é dever do Estado ressarcir os danos, inclusive aqueles de caráter moral, causados à detentos sobre sua responsabilidade decorrentes de falta ou insuficiência de condições materiais no cárcere.

Ainda que o referido processo trabalhasse tão somente a ideia de responsabilidade civil do Estado, a ideia de reserva do possível foi ventilada, sendo inclusive acolhida pelo órgão colegiado ordinário em sede de embargos de declaração. Ainda que concordemos que a reserva do possível poderia ser utilizada como argumento em eventual processo

192 A distinção que fazemos entre “disponibilidade de recursos” e “questão orçamentária” é simbolizada pela alocação de recursos na elaboração do orçamento. Enquanto entendemos a disponibilidade de recursos como mera existência de receitas por parte do Estado, a questão orçamentária envolve a noção de alocação de recursos, de modo que não bastam os cofres públicos possuírem quantia para efetivação de dada prestação, estes devem estar alocados em sua respectiva área.

requisitando obras públicas em estabelecimentos prisionais, não podemos concordar com sua utilização em questão de responsabilização civil. Concordamos, inclusive, com o ministro Luís Roberto Barroso que, quando da exposição de seu voto, asseverou acerca da diferença entre a lógica corretiva da responsabilidade civil e aquela distributiva das políticas públicas¹⁹³.

Dos demais casos observados no período de estudo¹⁹⁴, foi possível perceber que, quando da negação do argumento da reserva do possível, o Supremo Tribunal Federal costuma mencionar a necessidade de um “justo motivo” para sua aplicação no caso concreto¹⁹⁵.

Em nossa concepção, tanto pela alegação genérica da reserva do possível como um mero sinônimo de “orçamento limitado”, quanto pela perpetuação desta conceituação nos tribunais pátrios, o “justo motivo” sinalizado pelo Supremo Tribunal Federal

193 “Não se ignora que todos os direitos, inclusive os individuais, têm custos. No entanto, ainda que as limitações financeiras não sejam de todo estranhas à responsabilização civil, não faz sentido impor considerações estritamente distributivas nesse campo, afastando a lógica comutativa que lhe é inerente. Isso, por óbvio, equivaleria a desvirtuar o instituto e criar um regime de irresponsabilidade civil, em que a todo tempo o Estado alegaria a escassez de recursos para se isentar do dever de reparar os danos causados à população. E mais, o mesmo raciocínio legitimaria a invocação da reserva do possível em casos como o de repetição de indébito tributário ou de desapropriação de terras, do que evidentemente não se cogita.”

194 Ao todo, foram localizados 8 (oito) julgamentos envolvendo a reserva do possível no Supremo Tribunal Federal no período compreendido entre janeiro de 2015 e setembro de 2017, são eles: (i) AgRE 1.026.698/MT; (ii) RE 580.252/MS; (iii) ADPF 347; (iv) RE 592.581/RS; (v) ARE 855.762/RJ; (vi) EDcl no ARE 875.333/RS; (vii) ARE 860.979/DF; e (viii) AgRE 796.347/RS.

195 Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, “Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública”, p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda., v.g.), que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Distrito Federal. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. DJ, 11 de novembro de 2015.

“Além disso, conforme jurisprudência desta Suprema Corte, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, ressalvada a ocorrência de justo motivo, objetivamente” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 875.333. Distrito Federal. Agravante: Município de Panambi. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 24 de março de 2015. DJ, 14 de maio de 2015.

“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, 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” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 796.347. Distrito Federal. Agravante: Município de Panambi. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 28 de abril de 2015. DJ, 13 de maio de 2015.

relaciona-se com a ideia destrinchada em exame da ADPF nº 45, qual seja, a comprovação pela Administração Pública da situação de flagrante escassez de recursos.

Todavia, mesmo diante de casos concretos dos mais variados, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda não foi capaz de aduzir o que seria este “justo motivo” e como o Poder Público poderia comprová-lo, de modo que a teoria da reserva do possível seja aceita pela Corte Constitucional.

Dos casos analisados, apenas nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 860.979/DF, o ministro relator Gilmar Mendes equaciona luzes à questão de forma sucinta: para o relator, a comprovação do “justo motivo” dar-se-á através de detalhamento orçamentário que comprove a ausência de recursos por parte do Poder Público¹⁹⁶. Ainda assim, tal conceito nos parece muito abstrato, já que não traça qualquer baliza quanto aos elementos que devem ser apresentados no detalhamento orçamentário, não explicitando um limite material ou temporal daquilo que deve ser apresentado pelo Poder Público em juízo.

Em verdade, nos parece que o Supremo Tribunal Federal pretende manter o “justo motivo” como um conceito indeterminado, consubstanciando-se em um argumento “coringa” para a não aceitação da reserva do possível, ainda mais quando verificamos que a Corte Constitucional não procede ao reexame de matéria fático-probatória. Ou seja, ainda que fosse apresentado todo o orçamento anual de dado ente federativo, comprovando a escassez de recursos, este poderia, sequer ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude da súmula nº 279 deste tribunal¹⁹⁷.

Por outro lado, é importante salientar que cumpre a Administração Pública, em juízo, requisitar explicações sobre o conteúdo do “justo motivo”, bem como municiar tanto esta Corte Constitucional, quanto os demais tribunais pátrios com documentos e subsídios que possam fortalecer o argumento da reserva do possível, de modo a não o transformar em mero argumento retórico e vazio.

4.3.3 A Súmula nº 241 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

196 Por outras palavras, a parte recorrente cinge-se a afirmar suposta prerrogativa de avaliação da viabilidade material do pedido, de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade. Portanto, não logrou demonstrar, de forma objetiva, ou seja, mediante detalhamento orçamentário, a impossibilidade de assegurar à parte recorrida o acesso à educação infantil especializada garantida pelo art. 208, III, da Constituição Federal.

197 Súmula nº 279/STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

Além do “justo motivo” apresentado pelo Supremo Tribunal Federal, podemos citar outro óbice à concretização e aceitação da reserva jurídica no ordenamento jurídico pátrio, em especial, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: o verbete sumular nº 241¹⁹⁸.

O referido entendimento sumular foi consagrado a partir do processo administrativo nº 0014104-12.2011.8.19.0000, sendo aprovado por unanimidade. A justificativa conferida pelos desembargadores membros do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi no sentido de que a inversão do ônus da prova é possível diante de situações de inércia governamental, que apenas poderá ser afastada mediante “justo motivo”¹⁹⁹.

É interessante notarmos que a suposta inversão do ônus da prova tomada dentro da justificativa dada pelo órgão não possui qualquer fundamento. Como é sabido, o diploma processual pátrio estipula que, salvo situações específicas, o ônus probatório compete aquele que alega. Seria inviável considerar que a alegação da reserva do possível seria comprovada por outro que não o próprio ente público.

Por seu turno, a justificativa elaborada para o verbete sumular em apreço relaciona-se à sua utilização tão somente em casos nos quais o Administrador Público tenha se mantido inerte ou omissos na concretização de políticas públicas para a efetivação de direitos fundamentais. Novamente, devemos salientar que cumpre ao Estado fundamentar a reserva do possível, não necessariamente com justificativas de cunho orçamentário.

Todavia, a súmula nº 241 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro não é utilizada apenas nos casos de omissão estatal. Conforme se verifica do processo nº 0097604-33.2012.8.19.0002, a decisão monocrática proferida pelo relator da apelação tomou como um dos fundamentos de seu *decisum*, o referido verbete sumular. Contudo,

198 Súmula nº 241/TJRJ: “Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas pela Constituição.”

199 “JUSTIFICATIVA: A necessidade de preservação dos indivíduos e da observância do mínimo existencial permite que se inverta o ônus da prova em desfavor da pessoa jurídica de direito público, quando há inércia governamental na efetivação de políticas públicas, traçadas pela Constituição. Somente será elidida tal presunção se ocorrer justo motivo demonstrado pelo ente público, porquanto o administrador está vinculado à Constituição, que limita, neste aspecto, a discricionariedade político-administrativa. (Precedentes 0139397- 96.2005.8.19.0001, TJERJ, 2ª C. Cível, julgamento em 29/11/2010, DO 115549-58.2008.8.19.0004, TJERJ, 2ª C. Cível, Julgamento em 13/02/2011)” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo Administrativo nº 0014104-12.2011.8.19.0000. Rio de Janeiro. Requerente: Excelentíssimo Senhor Desembargador Diretor Geral do Centro de Estudos e Debates - CEDES Relator: Desembargador José Geraldo Antônio. Rio de Janeiro, 09 de junho de 2011. DJ, 17 de junho de 2011.

já existiam políticas públicas tanto de programas habitacionais quanto do pagamento de aluguel social para famílias que tivessem sido afetadas pelo acidente ocorrido no Morro do Bumba em 2010. Assim, inexistindo inércia do administrador público, a decisão monocrática proferida não poderia se basear na súmula nº 241.

Novamente dentro do campo da justificativa deste verbete sumular, temos que o ônus probatório apenas poderá ser descartado caso haja “justo motivo”, que também deverá ser comprovado pelo ente público. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro adota o mesmo termo cunhado pelo Supremo Tribunal Federal, mantendo sua natureza indeterminada. Em verdade, o que nos aparenta é que a súmula em tela parece tornar o ônus probatório do ente público ainda mais rígido e servir como âncora para a fundamentação de decisões que venham a ser contrárias à reserva do possível.

Por mais uma oportunidade, não é apresentado pela atividade jurisdicional qualquer elemento que defina de forma clara e objetiva o que o ente público deverá demonstrar nos autos para que a reserva do possível seja considerada pelo tribunal como argumento válido.

4.4 Em síntese

No presente capítulo, buscou-se apresentar a reserva do possível além dos livros e manuais; aquela que aparenta ser efetivamente utilizada e apreciada nos tribunais pátrios. É a partir destas colocações do uso instrumental do instituto que podemos compreender um pouco melhor a necessidade de uma releitura da reserva do possível, de modo que se aproxime daquele conceito talhado no direito germânico, porém sem perder as especificidades do ordenamento jurídico e da sociedade brasileira.

Preliminarmente, ainda que o Poder Público seja representado por uma vasta gama de órgãos e entidades, que possuem entendimentos e padrões distintos, pudemos perceber que a grande maioria persiste na consideração da reserva do possível como argumento de cunho orçamentário, inclusive de maneira explícita, como a própria União Federal. Por outro lado, entes como o Município do Rio de Janeiro, mesmo não apresentando o termo, foram capazes de dar conta de parte expressiva dos conceitos e componentes do instituto, obtendo, inclusive, resultados favoráveis. Outrossim, foi possível verificar que, conforme o andamento e a aproximação de uma sentença de mérito definitiva, os órgãos de defesa

da Administração Pública buscam sofisticar seus argumentos, como forma de tentar reverter eventual decisão desfavorável.

Por outro lado, o Poder Judiciário ainda não parece creditar o argumento da reserva do possível como ponto argumentativo válido. Ainda que a ADPF nº 45 tenha apresentado um bom ponto de cunho doutrinário e jurisprudencial, as decisões proferidas denotam que o argumento ainda é entendido apenas do ponto de vista orçamentário e, pior, criam óbices cuja delimitação não é apresentada, consistindo em verdadeiros instrumentos retóricos para denegar eventuais casos de reserva do possível.

É neste sentido que acreditamos que a reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro está presa num verdadeiro diálogo de surdos, onde os entes públicos não escutam as vozes vindas da doutrina, que informam tratar-se de um argumento muito mais sofisticado do que um mero sinônimo de “orçamento limitado”, e a atividade jurisdicional, apesar de se comunicar, não consegue ser clara em sua manifestação, mantendo conceitos indeterminados que mais atrapalham do que auxiliam na instituição de um verdadeiro diálogo.

Assim, o que pretendemos com o presente estudo é simplesmente oferecer a releitura proposta no capítulo 3 como uma possibilidade de atuação dos entes públicos, que possibilite um maior diálogo e cooperação com a atividade jurisdicional, de modo que todos os envolvidos entendam, de uma vez por todas, que os direitos possuem custos e que nem sempre o Estado possuirá recursos para cumprir todas as determinações constitucionais, mas que a reserva do possível não pode ser taxada como mero argumento de cunho orçamentário.

5 CONCLUSÃO

Orçamentos não são mais importantes do que direitos. Esta é uma premissa assentada por diversos juízes e tribunais ao longo do país para fundamentar seu raciocínio ao prolatar uma decisão que concede um medicamento, uma vaga em creche, o ingresso em programas habitacionais, dentre tantas outras prestações possíveis em sede de direitos sociais. Não negamos a veracidade desta premissa, direitos são sim mais importantes que orçamentos. Contudo, isso não significa que devemos desconsiderar a ideia de que todos os hospitais, colégios, ônibus, medicamentos, dentre outros exemplos, possuam custos e que para a concretização desses direitos, tais custos têm que provir de algum lugar.

Em que pese tal afirmação, as receitas do Estado são finitas e mais do que isso, dependem da economia interna do país para serem ainda mais expressivas, de modo que um contexto de crise econômica pode prejudicar o orçamento público. Neste sentido, cabe ao gestor público alocar recursos nas áreas que considera prioritárias, realizando verdadeiras “escolhas trágicas”, já que nem todos os direitos poderão ser cumpridos na proporção desejada pela população.

A desconfiança exacerbada sobre os governantes e legisladores após seguidos escândalos de corrupção acrescida à visão de juízes e tribunais como guardiões da Constituição impulsiona a população a cada vez mais procurar o Judiciário em busca da concretização dos direitos previstos constitucionalmente, tanto em parcelas pontuais e individuais como na busca por verdadeiras políticas públicas. Assim, ante ao fenômeno crescente da judicialização da vida, retornamos ao início: orçamentos não são mais importantes que direitos.

É preciso quebrar esse ciclo. Direitos são mais importantes que orçamentos, mas devemos ter calma. Ainda que os direitos fundamentais tenham aplicação imediata, não se pode “colocar os pés no lugar das mãos”, conforme preceitua conhecida expressão popular. É preciso identificar que direito é esse, qual o limite daquilo que o particular pode exigir do Estado.

A jurisprudência alemã nos apresentou uma possível saída: a reserva do possível. Os recursos são escassos, os direitos são ilimitados e (infelizmente) nem tudo pode ser prestado como deveria. É necessária uma ponderação, o que eu, como cidadão, posso exigir do Estado? Qual o limite do Estado Social? Até onde a Constituição Federal exige que determinado direito seja concretizado? De onde vieram o remédio, o hospital e a

escola que foram pleiteados em juízo? Direitos não nascem em árvores, mas será que o orçamento do Estado nasce?

Em que pese tais indagações e conceitos, as diferenças entre Brasil e Alemanha são gritantes jurídica, social, cultural e economicamente. Assim, aquele conceito desenhado com uma ideia de proporcionalidade passou a ser apenas um mote orçamentário: a reserva do possível se tornou a reserva do economicamente possível, adstrita a termos orçamentários, que não são mais importantes que direitos.

Um resgaste não se faz necessário, mas sim, uma releitura. Não há como incorporarmos um conceito alheio em sua integralidade, ainda mais em contextos sociais e jurídicos tão distintos. Devemos sim buscar um retorno à origem germânica, mas sem nos prendermos exacerbadamente à esta ideia. É preciso mudar, adequar. É neste sentido que o presente trabalho busca apresentar uma releitura da reserva do possível.

Inicialmente, foram apresentadas as noções de direitos fundamentais e sociais no direito brasileiro, já de início tão distinto do alemão. Como consequência do regime totalitário vivenciado, nossa Constituição buscou elencar o maior número possível de direitos em seu bojo, como forma de garantir a segurança que não esteve presente outrora. E pouco a pouco, fomos conhecendo e buscando estes direitos, modificando aquela relação inicial de mera subordinação para uma relação entre iguais; o Estado tem direitos e prerrogativas, mas o particular também.

Tendo discorrido sobre esta evolução que apesar de recente já pode ser caracterizada como histórica, passamos ao objeto do estudo: a reserva do possível. Desde suas origens quando do julgamento do caso “*numerus clausus*” pelo Tribunal Constitucional Alemão, perpassando por seu transporte para o Brasil até chegar a sua recepção pelo direito brasileiro, adentrando ainda na apreciação de um conceito intimamente relacionado: o mínimo existencial.

Entendido o conceito à brasileira da reserva do possível, apresentamos uma proposta de releitura que tantos outros autores também já cogitaram: retomar a ideia de proporcionalidade da prestação, porém, adicionando novos ingredientes como o mínimo existencial, a separação dos poderes e a tão utilizada questão orçamentária. Em verdade, ainda que a reserva do possível deva ser alegada pelo Poder Público em sua defesa judicial, acreditamos que esta possa ser consubstanciada, na verdade, em uma espécie de raciocínio jurídico a ser utilizado pelo julgador no momento de sua decisão de mérito.

Explicitada a proposta, deve-se entender sua necessidade. Ainda que a reserva do possível já seja utilizada no direito brasileiro há algum tempo, seu diálogo não aparenta

ter evoluído. O Poder Público e o Poder Judiciário se comportam como dois surdos, que não se escutam e, portanto, não se entendem: ao passo que um sustenta sem comprovar, o outro aparenta ignorar qualquer alegação.

Neste diapasão, entendemos que uma nova leitura da reserva do possível possa estabelecer de forma definitiva a comunicação entre as partes, fortalecendo não só este argumento jurídico, em longo prazo o próprio ideal de democracia e representação, uma vez que, caso esta teoria passe a ser, efetivamente, conhecida e deferida pelos tribunais nacionais – nos casos em que seja adequada e necessária –os cidadãos terão que recorrer às instâncias ordinárias de representação para ter suas demandas satisfeitas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015;

AMARAL, Gustavo. MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013;

ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Controle judicial de políticas públicas: critérios e parâmetros possíveis. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017;

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1973, v.4;

AVILA, Humberto B. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, 1999;

BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. Se o Direito Administrativo fica, o Direito Constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 1938-1960, 2016. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25461/19165>. Acesso em: 15 de outubro de 2017;

BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos*

fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e ilumina: os papéis das Supremas Cortes e Tribunais na democracia* (mimeografado);

BINBENJOM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Quaesto Juris*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, 2005;

_____. *Uma teoria de direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

_____. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016;

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004;

BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista da faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Minas Gerais, n. 34, 1994;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 Distrito Federal. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. DJ, 20 de março de 2013;

_____. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 473216 Minas Gerais. Agravante: BMG Leasing S/A – Arrendamento Mercantil.

Agravado: União Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 05 de fevereiro de 2013. DJ, 20 de março de 2013;

_____. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 796.347. Distrito Federal. Agravante: Município de Panambi. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 28 de abril de 2015. DJ, 13 de maio de 2015;

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Distrito Federal. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. DJ, 4 de maio de 2004;

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Distrito Federal. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. DJ, 11 de novembro de 2015;

_____. Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 875.333. Distrito Federal. Agravante: Município de Panambi. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 24 de março de 2015. DJ, 14 de maio de 2015;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0047893-94.2014.8.19.0000. Rio de Janeiro. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Jorge Heleno Nascimento Lima. Relator: Desembargadora Monica Maria Costa Di Piero. Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2014. DJ, 6 de outubro de 2014;

_____. Processo Administrativo nº 0014104-12.2011.8.19.0000. Rio de Janeiro. Requerente: Excelentíssimo Senhor Desembargador Diretor Geral do Centro de Estudos e Debates - CEDES Relator: Desembargador José Geraldo Antônio. Rio de Janeiro, 09 de junho de 2011. DJ, 17 de junho de 2011;

BRASIL. Tribunal Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 0014021-03.2011.4.02.0000. Rio de Janeiro. Agravante: União Federal. Agravado: Otacílio Ferreira Salgado. Relator: Juiz Federal Convocado Guilherme Diefenthaler . Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 2012. DJ, 28 de março de 2012;

CALLEN, TIM. *Gross Domestic Product: An Economy's All. Finance & Development*. 29 de julho de 2017. Disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/basics/gdp.htm>. Acesso em 01 de novembro de 2017;

CIEGLINSKI, Thaís. *Pesquisa indica uso de ações coletivas para defesa de direitos individuais*. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 19 de outubro de 2017. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85595-acoes-coletivas-estrategia-para-defesa-de-direitos-individuais>. Acesso em 01 de novembro de 2017;

FEDTKE, Jörg. Legal transplants. In: SMITHS, Jan M. (ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012;

FREIRE, Alonso. O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Ideias Constitucionais: Considerações sobre a Análise Comparativa na Interpretação dos Direitos Fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alonso. (org.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem Em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014;

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011;

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002;

LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. Tradução de Gustavo Castagna Machado. *Cadernos do programa de pós-graduação em direito/UFRGS*, Rio Grande do Sul, v. 9, n.1, p. 3-4. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49746/31244>. Acesso em 31 de outubro de 2017;

LOOK, Carolynn; MELZER, Stu. *German Unemployment Slides to Record Low as Economy Booms*. Bloomberg, 31 de março de 2017. Disponível em <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-03-31/german-unemployment-falls-to-new-record-low-as-economy-booms>. Acesso em 01 de novembro de 2017;

LOPES, J. R. L. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;

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;

MASTRONDI, Josué; ALVES, Abner Duarte. Sobre a teoria dos custos dos direitos. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 695-722. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19270>. Acesso em: 15 de outubro de 2017;

MONCADA, Luis S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa - para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009;

MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011;

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editoria, 2010;

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

PEREIRA, Jane Reis. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: Um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

RIBEIRO, Leonardo Coelho. Atuais desafios da Advocacia de Estado: judicialização de políticas públicas e estabilização das relações jurídicas num cenário de déficit público. In: Guerra, Sérgio; FERREIRA JUNIOR, Celso Rodrigues (coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Villela Souto*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2015;

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos sociais como direitos subjetivos: a nova decisão da corte alemã*. Consultor jurídico, 2 de junho de 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jun-02/direito-fundamentais-direitos-sociais-subjetivos-anova-decisao-corte-alema>. Acesso em 01 de novembro de 2017;

_____. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006;

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016;

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 7, n. 32, jun. 2005;

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Traduzido por Beatriz Henning et al. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005;

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014;

SILVEIRA, Daniel; CAVALLINI, Marta. *Desemprego fica em 13,7% no 1º trimestre de 2017 e atinge 14,2 milhões*. G1, Rio de Janeiro, 28 de abril de 2017. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-137-no-1-trimestre-de-2017.ghtml>. Acesso em 01 de novembro de 2017;

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

VICENTE, M. M. *História e comunicação na ordem internacional*. 1. ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

ANEXO 1

País	Subject Descriptor	Unidade	Escala	Ano Base (2014)
Brasil	Produto Interno Bruto (PIB)	Doláres	Bilhões	2,417.158
Alemanha	Produto Interno Bruto (PIB)	Doláres	Bilhões	3,885.440
Brasil	PIB <i>per capita</i>	Doláres	Unidades	11,920.280
Alemanha	PIB <i>per capita</i>	Doláres	Unidades	47,851.698
Brasil	Taxa de Desemprego	Percentual da população ativa		6.825
Alemanha	Taxa de Desemprego	Percentual da população ativa		5.008
Brasil	População	Pessoas	Milhões	202.777
Alemanha	População	Pessoas	Milhões	81.198
Brasil	Receitas do Estado	Moeda Nacional (Real)	Bilhões	1,880.457
Alemanha	Receitas do Estado	Moeda Nacional (Euro)	Bilhões	1,306.324
Brasil	Receitas do Estado	Percentual do PIB		33.064
Alemanha	Receitas do Estado	Percentual do PIB		44.677
Brasil	Despesas do Estado	Moeda Nacional (Real)	Bilhões	2,224.373
Alemanha	Despesas do Estado	Moeda Nacional (Euro)	Bilhões	1,298.207
Brasil	Despesas do Estado	Percentual do PIB		39.111
Alemanha	Despesas do Estado	Percentual do PIB		44.399

Fonte: International Monetary Fund, World Economic Outlook Database, October 2016