

# O Poder Judiciário e o princípio da reserva do possível

*Viviane Nóbrega Maldonado*<sup>1</sup>

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O princípio da reserva do possível em sua origem; 3. Os direitos fundamentais; 4. O princípio da reserva do possível e o mínimo existencial; 5. As decisões judiciais; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

## 1. Introdução

Para a compreensão do princípio da reserva do possível no âmbito do Direito Brasileiro, impõe-se, por primeiro, o exame da origem do instituto, o qual, como será visto com maior vagar ao longo deste trabalho, nasceu na Alemanha, especificamente a partir de um julgamento do Tribunal Constitucional Federal, no ano de 1972.

A partir de então, o conceito expandiu-se para outros países europeus até que finalmente aterrissou em solo brasileiro, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988, que, como sabido, contemplou consistente e sedimentado rol de direitos fundamentais, e os quais são, em essência, a causa e a razão maiores para a própria formulação do princípio no Direito Brasileiro.

Diferenças culturais e interpretação jurisprudencial própria determinaram, no desenvolvimento do conceito, certo distanciamento daquele que fora primeiramente reconhecido pelo Tribunal Alemão, perdendo-se, em parte, parcela substancial das motivações que inspiraram o estabelecimento da doutrina em solo tedesco.

Com efeito, em seu nascedouro, o princípio da reserva do possível não se esgotava na apreciação da questão atinente à impossibilidade financeira do Estado como argumento ao não atendimento de um certo direito fundamental.

Na histórica decisão alemã, a par do aspecto concernente à limitação de recursos estatais, analisaram-se, igualmente, a possibilidade e o cabimento da pretensão sob a ótica do próprio cidadão, especificamente no que pertine à razoabilidade do seu pedido, em circunstância muito próxima ao do próprio interesse processual.

Embora neste momento seja possível anotar-se moderada distinção interpretativa entre o sistema brasileiro vigente e o conteúdo da decisão alemã da década de 70 do

---

<sup>1</sup> A autora é Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desde 1993. É especialista em Direito Civil e do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura, especialista em Relações Internacionais junto à Fundação Getúlio Vargas (MBA) e mestranda LLM em Direito Comparado junto à Samford University (USA). É titular da cadeira n. 78 da Academia Paulista de Magistrados. Atua como assessora da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça e também como Formadora de Formadores de Magistrados e professora convidada junto à Escola Paulista da Magistratura.

século passado, o fato é que a matéria, em si própria, ainda não alcançou total maturidade, de modo que não se estabelece, em definitivo, contundente diferenciação entre estas duas formas de compreensão.

De maneira bastante genérica, porém, pode-se afirmar que, no Brasil, a alegação de impossibilidade financeira do Estado como argumento único à negativa à prestação de um direito foi acolhida inúmeras vezes.

E tal posicionamento, evidentemente, sempre foi alvo de contundente crítica, sob a premissa de que, a rigor, os recursos estatais não são necessariamente limitados e que existem meios legítimos para sua obtenção de modo a fazer frente à garantia dos direitos fundamentais.

Alega-se, de outro lado, que a incorporação do princípio no cenário brasileiro é descabida, na medida em que os dois países ostentam realidades muito próprias e diversas.

Parte da crítica é efetivamente pertinente, mormente em razão da impossibilidade de aferição científica e objetiva quanto ao acerto, ou não, por parte do administrador no que se refere ao emprego de verbas públicas e, bem ainda, no que diz respeito à pertinência desta contumaz alegação de escassez de recursos.

Em certa medida, o manejo desta resposta tem sido utilizado de forma bastante simplista, não sendo raras as vezes em que o ente estatal assim se comporta em juízo, sem ao menos trazer a prova da alegada impossibilidade financeira, “*core*” de sua defesa.

Por outra parte, mesmo quando há a demonstração documental de eventual inexistência de recursos, o reconhecimento da situação da omissão estatal subsiste ainda como tarefa árdua ao julgador porque, sabidamente, o Poder Público há de fazer escolhas quanto ao emprego das verbas públicas.

De todo modo, ao longo do tempo, a perspectiva da análise do tema alargou-se, sendo de bom alvitre mencionar-se que hoje já há muitas decisões judiciais em que este argumento único posto como resposta não mais determina o seu acolhimento.

E, além disso, tende-se, neste momento, a proceder-se à análise do tema de forma contextual, de modo a permitir a avaliação da plausibilidade, razoabilidade e proporcionalidade do pedido formulado.

E parece-nos mesmo que, para alcançar o equilíbrio na solução do impasse, seja efetivamente necessário o cotejo entre essas duas circunstâncias, procedendo-se ao antecedente exame da efetiva existência da razoabilidade do direito sob a ótica de quem pede, para, somente ao depois, analisar-se, se o caso, a questão relativa à disponibilidade de recursos.

Nenhum direito é absoluto. Bem por isso, é de rigor a análise da pertinência da pretensão sob a ótica do que pode razoavelmente ser esperado do ente estatal. Não fosse assim, todos os cidadãos estariam legitimados, desde logo, a compelir o Estado a fornecer-lhes, de imediato, tudo quanto lhes parecesse pertinente, o que, sabidamente, não é factível do ponto de vista prático.

Por fim, deve ser anotado que a noção do “mínimo existencial” há de estar igualmente presente na ponderação, prestando-se este critério como elemento orientador da solução nas hipóteses em que a plausibilidade do pedido e a impossibilidade de atendimento da prestação em razão da limitação de recursos encontram-se presentes e comprovadas.

O presente trabalho visa a trazer alguns aspectos que possam contribuir para a reflexão sobre o tema.

## 2. A origem do princípio da reserva do possível

A expressão “reserva do possível” (“*Vorbehalt des Möglichen*”) foi empregada pela primeira vez por ocasião do emblemático julgado “*Numerus Clausus*” da Corte Constitucional Alemã, em 18 de julho de 1972. Esse julgamento recebeu o número BVerfGE, 33, 330, e é considerado como o marco inicial da doutrina.

Segue-se o histórico. Na década de 60 do século passado, dois estudantes alemães pleitearam vagas na Universidade de Medicina das províncias de Bavária e Hamburgo e tiveram negadas suas pretensões em razão do limitado e predeterminado número de lugares disponíveis.

Essa restrição, então invocada pelas instituições de ensino, encontrava legitimidade na regra “*Numerus Clausus*” das Universidades, que consistia em requisitos específicos para o ingresso no ensino superior.

Acionadas pelos candidatos preteridos, as Cortes Administrativas solicitaram à Corte Constitucional a manifestação acerca da compatibilidade dessa regra com os parâmetros constitucionais, ante a possibilidade, em tese, da violação ao art. 12, inciso I, da Carta<sup>2</sup>, dispositivo sobre o qual se assentou a pretensão.

Esta é a redação da norma constitucional: “todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e de sua aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei”.

Pois bem. Por ocasião do julgamento, a Corte Alemã não reconheceu a alegada incompatibilidade da restrição com a norma de cunho constitucional. Com efeito, afirmou a possibilidade desse regramento aos cursos de medicina no país, valendo-se do fundamento de que os direitos sociais se encontram sob a reserva do possível, assim entendido o que pode um indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade.

Kommers, em sua obra “*The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*,” assim traduziu para o inglês trecho da Decisão:

*We may put aside the question of whether participatory rights (in state benefits) can be partially derived from (the concept that) a social state based on the rule of law takes on a guarantor’s obligation to implement the value system of the basic rights. We have determined that the legislator must decide whether and to what extent it will grant participatory rights within the limits of administrative services – even in a modern welfare state – and the citizen cannot force the legislature to make this decision.*<sup>3</sup>

O argumento central da Corte para o reconhecimento de que a restrição das Universidades não feria a norma constitucional residiu no fato de que o Estado há de suprir uma pluralidade de demandas e que, no caso em questão, já havia ocorrido significativo aporte de investimentos nesta área, a afastar possível omissão.

<sup>2</sup> Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues\\_PDF.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf)>.

<sup>3</sup> KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of German*. 3. ed. 2012. p. 298.

Ademais, entendeu o Tribunal que o mandamento constitucional não obriga o ente público a conceder a cada candidato individualmente considerado e, ainda, a todo e qualquer momento, a vaga de ensino superior por ele desejada, sendo que determinação neste sentido implicaria na minoração de recursos em outras áreas, de modo que o princípio da igualdade restaria comprometido.<sup>4</sup>

Em análise dessas considerações, conclui-se que o Tribunal Alemão não se pautou apenas pela limitação financeira do Estado para denegar a pretensão dos estudantes.

A par desse aspecto, reconheceu que houvera já sido investido significativo valor nas Universidades de Medicina e que existiam demandas outras a serem atendidas, sob pena de priorização de um segmento em detrimento de outros, tudo a afastar o princípio da igualdade.

Outros sistemas jurídicos, entre eles o brasileiro, incorporaram a doutrina em questão em seu arcabouço jurídico. Houve, porém, relativa mutação de seus termos, na medida em que, a princípio, apenas a questão atinente à inexistência de recursos parecia relevante.

E, em razão desse fato, inúmeros autores brasileiros e estrangeiros se opuseram à validação da doutrina em outros sistemas jurídicos que não o germânico, ao argumento de que as circunstâncias entre seus países e a Alemanha apresentavam acentuados elementos distintivos.

De toda forma, o fato é que, ao menos no Brasil, o conceito se estabeleceu, ainda que, também aqui, tenha assumido contornos um pouco diferentes.

Analisa-se, pois, o contexto nacional.

### 3. Os direitos fundamentais

A pequena extensão do presente trabalho não permite discorrer de forma aprofundada sobre a doutrina dos direitos fundamentais em suas várias gerações ou dimensões, sendo certo que se trata de vastíssimo e controvertido tema, a não permitir o esgotamento ao cabo de poucas considerações.

Faz-se, pois, breve digressão sobre o assunto e assinala-se, de saída, que, no âmbito da doutrina brasileira, não existe consenso no que pertine à nomenclatura mais adequada para a definição dessas categorias de direitos.

Por uma opção eminentemente prática e porque não raras vezes a adoção da expressão “gerações de direitos” pode falsamente ensejar a impressão de que ocorreu sucessão ou substituição, utilizarei aqui “dimensões de direitos”.

A Constituição Federal de 1988, precisamente em seu Título II, previu rol de direitos e garantias fundamentais, observando-se que, para fins de organização, a matéria foi dividida em cinco capítulos, a saber: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

Como é cediço, os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas, paulatinamente, em consonância com a demanda e com o cenário de cada época. E é jus-

---

<sup>4</sup> JURGEN, Schwabe. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 662-662.

tamente por esta razão que se convencionou catalogar os diversos direitos em gerações ou dimensões.

Com vistas a esta classificação, podem ser citados, no âmbito da Carta Maior, como exemplos de direitos fundamentais de primeira dimensão, os direitos à vida, à liberdade e à igualdade previstos no “*caput*” do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Atrelem-se a esta classificação, outrossim, os demais direitos destes derivados, tais como as liberdades de manifestação (art. 5º, IV), de associação (art. 5º, XVII) e o direito de voto (art. 14, *caput*), aqui mencionados apenas de forma exemplificativa.

Pode-se dizer, quanto a estes, que se referem às liberdades em sentido amplo e que implicam, desde sua nascente histórica, na adoção de conduta negativa do Estado de modo a não interferir em seu pleno exercício.

Nas palavras de Bobbio, são direitos que reservam ao indivíduo uma esfera de liberdade em relação ao Estado, devendo este se abster de qualquer ato capaz de obstá-la.

Os direitos de segunda dimensão são derivados do princípio da igualdade, surgiram com a noção de Estado Social e são entendidos como direitos da coletividade.

São direitos que exigem prestações por parte do Estado, de forma que implicam em um “fazer” em oposição ao “não fazer”, tal como se exige para o pleno exercício dos direitos de primeira dimensão.

São eles, basicamente, os direitos sociais, a par dos culturais e econômicos, e os quais se acham alocados em capítulo próprio na Constituição Federal. Referem-se, em síntese, à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança e previdência social (art. 6º).

A alteração do paradigma decorrente da explícita positivação representa dizer que o Estado passou a ter a obrigação positiva de criar pressupostos fáticos para a realização desses direitos, os quais, frise-se, devem estar em consonância com os tratados, pactos e convenções internacionais.

Na visão de Paulo Bonavides, passaram a ser vistos numa perspectiva também de globalidade, enquanto chave de libertação material do homem.<sup>5</sup>

Segundo Sarlet, “os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social”.<sup>6</sup>

Tais direitos consagram os princípios da solidariedade ou fraternidade, sendo atribuídos genericamente a todas as formações sociais, na medida em que sua titularidade pode ser individual ou coletiva.

Como exemplos de direitos de terceira geração, podem ser mencionados os direitos relativos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, ao patrimônio comum da humanidade e à paz, anotando-se que são eles de natureza transindividual e que se concebem como tendo por destinatária a própria coletividade.

Assim se expressa Bonavides:

*Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira*

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 108.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2001. p. 50.

*geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.*<sup>7</sup>

Ao fazer referência aos direitos de terceira dimensão, Ingo Sarlet ressalta:

*cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.*<sup>8</sup>

Por fim, cabe mencionar que há doutrinadores que sustentam a existência de direitos de quarta e de quinta dimensão, atrelando-se os primeiros às questões relacionadas à engenharia genética, democracia e pluralismo e, os últimos, por sua vez, a noções relacionadas a amor e compaixão como direitos constitucionalmente protegidos.

Lançados esses breves apontamentos, volta-se ao tema central do trabalho para estabelecer que, dada a natureza da categoria de cada qual desses direitos, o princípio da reserva do possível, tem, em termos pragmáticos, estreita relação com os direitos de segunda dimensão, na medida em que são estes os que contam com a atuação direta e pontual do Estado para sua efetivação.

A problemática se instaura a partir deste ponto, na medida em que o Estado não dispõe, em princípio, de recursos ilimitados para atender a toda uma classe de demandas. E esta limitação, como sabido, é de ordem prática e também legal, já que o ente estatal sujeita-se a regras orçamentárias objetivas.

Ora, se, por um lado, não conta o Estado com irrestrita capacidade para fazer frente à satisfação de todos, é imperativo, por outra parte, que o direito garantido constitucionalmente deva ser efetivado, ainda que de modo não ideal.

Inicia-se, pois, o exercício da equação para a determinação das circunstâncias em que o Estado pode, em tese, invocar, o princípio da reserva do possível, e o que haverá de ser cotejado, como dito anteriormente, com a razoabilidade e a proporcionalidade da pretensão e com o ingresso, ademais, do parâmetro do mínimo existencial.

Procede-se, pois, ao exame desses paradigmas.

#### **4. A reserva do possível e o mínimo existencial**

Celso Antônio Bandeira de Melo, ao discorrer sobre a natureza jurídica dos princípios, assim pontuou:

---

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo, op. cit. p. 569.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit. p. 58.

*(...) princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome de sistema jurídico positivo.<sup>9</sup>*

Neste sentir, é evidente que todo o ordenamento jurídico rege-se por princípios, os quais, em certa medida, possuem caráter normativo similar ou mesmo superior às próprias regras jurídicas.

Segundo Alexy, os princípios são mandamentos de otimização, sendo que, quanto à imperatividade, possuem o mesmo caráter normativo das regras.

Parte-se, portanto, da premissa de que tanto os princípios quanto as regras são normas para todos os efeitos. O que irá, pois, diferenciá-los é que as regras são necessariamente explícitas quanto ao seu cumprimento, ao passo que os princípios são informadores das ações que devam ser levadas a efeito, maximizando os resultados e segundo os critérios da exequibilidade.<sup>10</sup>

No funcionamento do sistema de normas, não raras vezes uma regra jurídica contrapõe-se a um determinado princípio. Nesta hipótese, é evidente que o princípio prevalecerá sobre a regra, sob pena de que, em alguma medida, o sistema seja ferido em sua essência.

Situações há, entretanto, em que ocorre a colisão principiológica e, para tanto, não há regra ou fórmula preestabelecida para que a questão seja dirimida.

Nessa hipótese, o julgador, no caso concreto, há de fazer uso do princípio da concordância prática ou da harmonização, que assim pode ser definido:

*O princípio da concordância prática é aquele que, diante das situações de conflito ou concorrência, preconiza em confronto, sem que a aplicação de um imprima a supressão de outro. Diz-se, no caso, que deve haver cedência recíproca, de parte a parte, para que se encontre um ponto de convivência entre esses direitos.<sup>11</sup>*

Frise-se, neste ponto, que os princípios devem ser lidos à luz do sistema, haja vista que não se comportam como entidades autônomas. Tecido o texto constitucional, tornam-se interdependentes e formam, nesse contexto, uma amálgama principiológica, responsável pela coerência, coesão e unidade que blindam e garantem a higidez e harmonia do sistema jurídico.

Dentro de um contexto maior, portanto, é que a interpretação do princípio da reserva do possível há que ser ultimada, procedendo-se ao ajuste de sua aplicabilidade em cotejo com os demais princípios que se acham inseridos na ordem brasileira.

<sup>9</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Malheiros Editores, 1996. p. 545.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 75.

<sup>11</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 87.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, é um tratado celebrado pelos integrantes da Organização dos Estados Americanos (OEA), adotada e aberta à assinatura durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Entrou em vigor em 18 de julho de 1978, com a ratificação do décimo primeiro instrumento, de iniciativa de Granada.

O documento veio a ser ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, vigorando no ordenamento interno a partir do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

Com a promulgação da Emenda Constitucional 45 de 2004, restou expresso o mecanismo de inserção dos tratados internacionais na ordem nacional.

Nesse contexto, embora fosse desnecessário fazê-lo, a Emenda proclamou de forma explícita que as normas relacionadas a direitos humanos haveriam de ser equiparadas às normas internas de cunho constitucional (art. 5º, par. 3º).

O artigo 26 do tratado mencionado – Desenvolvimento Progressivo, e que se acha inserido no Capítulo III – Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Convenção – acha-se cunhado com a seguinte redação:

*Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.*

A leitura do dispositivo em questão permite a conclusão de que a implementação de políticas públicas e a adoção das providências adequadas à consecução da efetividade dos direitos ali descritos, incluídos os de natureza social, acham-se atreladas à disponibilidade de recursos do Estado-Parte.

Nesse diapasão e porque, na lógica da integração legal, a expressão “na medida dos recursos disponíveis” está efetivamente positivada no Direito Brasileiro, afigura-se como perfeitamente sustentável a possível negativa do Estado frente a uma determinada e concreta pretensão. É o que decorre dessa interpretação.

Pois bem. Em linhas gerais, todos os direitos fundamentais alinhados na Constituição Federal ostentam igual relevo e devem ser atendidos de forma integral para o cumprimento de seu mister.

Mas há que se reconhecer, de outro lado, que o direito à saúde, porque intrinsecamente ligado à própria vida, situa-se em patamar privilegiado no que tange aos demais direitos, o que explica, em parte, que os doutrinadores brasileiros, quando do estudo do princípio da reserva do possível, tenham se dedicado a analisar com maior atenção esta específica área, a qual, se não atendida, potencialmente põe em cheque o princípio da dignidade humana, pilar maior do sistema constitucional brasileiro.

Por essas mesmas razões, grande parte das decisões judiciais hoje debatidas acerca da matéria diz respeito a esse específico tema, na medida em que, sem saúde, o homem



não pode sequer existir para ser titular dos outros direitos que lhe são assegurados pela Constituição Federal.

A relevância do direito à saúde, que, de uma certa forma, sobrepõe-se aos demais, determina a compreensão doutrinária e jurisprudencial de que a invocação do princípio da reserva do possível nessas hipóteses não é, via de regra, materialmente aceitável, porque, de forma pungente, contrapõe-se a uma situação em que se contempla o mínimo existencial.

É evidente que também outros direitos, tais como, educação e moradia, permitem o vislumbre do mesmo mínimo existencial. Entretanto, parece ser no direito à saúde que esse parâmetro se revela de maneira mais premente e inadiável, o que vem a determinar o acolhimento de grande parte das pretensões.

Neste ponto, portanto, há a tendência, por parte dos julgadores, de afastamento da alegação do princípio invocado pelo Estado, até porque possível denegação do direito nessa seara teria, potencialmente, efeitos deletérios irreversíveis.

Ainda assim, há que se ter em conta, por outro lado, a pertinência da pretensão sob a ótica de quem pede, tendo em mira a análise da razoabilidade do pleito como elemento equilibrador da equação.

Com efeito, existem julgados em que não ocorreu o acolhimento da pretensão posta em juízo porque, ainda que de forma implícita, entendeu-se por não presente a plausibilidade sob a ótica meritória.

Analisa-se a seguir, portanto, algumas decisões judiciais acerca da composição desta ponderação, não somente no campo da saúde como em relação a outros direitos.

## 5. As decisões judiciais

A aplicabilidade do princípio da reserva do possível tem sido vista com relação aos vários direitos garantidos constitucionalmente, não se limitando, ao que poderia parecer à primeira vista, às questões relacionadas ao direito à saúde, muito embora, é verdade, seja neste campo que o debate se revele mais visível.

Com efeito, a mesma discussão abre-se também com relação ao direito à educação, o direito à moradia, o direito ao transporte, o direito ao acesso à justiça e até mesmo no que concerne à abertura de vagas no sistema carcerário, este último aspecto com a finalidade de validar o princípio da dignidade humana do encarcerado.

Tribunais de todo o país têm enfrentado tais questões nos últimos anos e observa-se que não existe, ainda, homogeneidade quanto ao conteúdo das decisões, nem mesmo no âmbito de uma mesma Corte.

Tal fenômeno atesta, ao menos de forma parcial, que o conceito ainda não atingiu um patamar de estabilidade jurídica no que pertine à sua interpretação, notadamente no que se refere à consideração atinente à razoabilidade da pretensão sob a ótica do próprio pretendente, a par da incapacidade financeira do Estado recorrentemente alegada como resposta.

O estreito campo de abrangência deste trabalho não permite, evidentemente, uma análise individualizada do comportamento das Cortes Estaduais quanto ao enfrentamento dessas questões.

Por esta razão, portanto, aqui serão mencionadas tão somente decisões judiciais emanadas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, é importante anotar que os julgados referidos não são os únicos existentes naquelas Cortes acerca da matéria.

As decisões escolhidas possuem, portanto, caráter meramente informador quanto aos argumentos comumente utilizados para o desate da matéria, não se afirmando, por óbvio, acerca da inexistência de outras decisões das mesmas Cortes, mas com posicionamento diverso.

De todo modo, como são elas relativamente recentes, são capazes de ilustrar as tendências relativas ao entendimento jurisprudencial vigente.

Nesta conformidade, listam-se, por assunto, as seguintes decisões.

No que pertine, por primeiro, ao fornecimento de medicamentos pelo sistema público de saúde, consolidou-se o entendimento no Supremo Tribunal Federal de que a invocação do princípio da reserva do possível, “*de per si*”, não é capaz de elidir a pretensão.

Com efeito, apenas em situações muito excepcionais, a recusa ao fornecimento da medicação poderá ser admitida.

Prevalece, na hipótese, a circunstância do mínimo existencial, sob a acepção de que a ausência da medicação prescrita é capaz de, concretamente, comprometer não somente a saúde, mas também a própria vida do paciente.

Calha mencionar, a esse propósito, o julgado abaixo, que vem sendo secundado pelos Tribunais Estaduais de todo o país. Trata-se de demanda originária do Estado de Pernambuco em face de decisão que o condenou a fornecer medicamento a paciente que não dispunha de recursos financeiros para tanto.

Observa-se que o inconformismo do Estado à decisão judicial, manifestado pela interposição de Agravo Regimental, acarretou-lhe até mesmo a imposição de pena de litigância de má-fé, destacando-se da ementa a menção à existência de jurisprudência assentada sobre a matéria.

Ei-lo:

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado”. (STF - RE: 534908 PE , Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 11/12/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-031 DIVULG 21-02-2008 PUBLIC 22-02-2008 EMENT VOL-02308-07 PP-01408 LEXSTF v. 30, n. 353, 2008, p. 267-272).<sup>12</sup>*

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14724332/agregno-recurso-extraordinario-re-534908-pe>>.

O direito à saúde não é uma condição abstrata, mas, sim, uma circunstância que abarca toda e qualquer providência que seja necessária à manutenção do estado saudável e à cura de doenças.

Incluem-se aqui, portanto, os tratamentos, medicações, intervenções cirúrgicas e os materiais necessários à sua realização, assim como terapias e quaisquer outras providências imprescindíveis ao restabelecimento da vida saudável do indivíduo.

Demais disso, é perceptível que a negativa a essa espécie de prestação não somente implica, como dito, no risco à própria vida, como também afronta, de maneira contundente, o princípio da dignidade humana, paradigma de todo o sistema constitucional.

Parece não restar dúvida, quanto a esse tópico, que a jurisprudência efetivamente se consolidou sobre o tema e que a invocação do princípio da reserva do possível, nesse específico contexto, não há de ser aceita.

Anote-se, de outro lado, que até mesmo medicamentos de caráter experimental têm determinado o provimento da pretensão, mormente quando não exista fármaco sucedâneo e que, de outra parte, seja constatada a específica prescrição médica.

Inúmeras decisões de Cortes Estaduais têm determinado essa providência a cargo do Poder Público, sendo certo que a questão, até o momento, não foi submetida de forma direta às instâncias superiores. De todo modo, incidentalmente, os Tribunais superiores resvalaram na questão.

Pois bem. Malgrado seja fato inconteste a adoção de posicionamento pró-paciente em face do Estado, há situações em que a concessão da pretensão não se afigura possível.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu como de Repercussão Geral a questão atinente à falta de registro de medicação na Anvisa, procedendo à conclusão de que o direito à saúde não é absoluto e que há barreiras legais a esta pretensão.

Inobstante tal conclusão, é interessante ressaltar que, do corpo do V. Acórdão, constou expressamente a *“competência do administrador público para gerir de maneira proba e razoável os recursos disponíveis”*<sup>13</sup>.

Em termos práticos, a pretensão, a esta altura, já estaria afastada pelo argumento central da decisão no que pertine à questão legal. De toda forma, a menção destacada acima afigurou-se como de extrema utilidade para o estudo do tema, ainda que, objetivamente, o fato antecedente já fosse suficiente a afastar a pretensão da parte.

Na ementa da Decisão, verifica-se que o alijamento da pretensão deu-se com base no parâmetro legal. A invocação do princípio da reserva do possível, aqui, funcionou apenas como abordagem incidental:

*SAÚDE - MEDICAMENTO - FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REPERCUSSÃO GERAL - CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. (STF - RE 657718 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 17/11/2011,*

<sup>13</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983664>>.

ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 09-03-2012 PUBLIC 12-03-2012  
REPUBLICAÇÃO: DJe-092 DIVULG 10-05-2012 PUBLIC 11-05-2012).<sup>14</sup>

Essa mesma controvérsia já havia sido enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça em outras oportunidades, tal como se verifica no julgado que segue:

*ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO IMPORTADO SEM REGISTRO NA ANVISA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança no qual se objetiva o fornecimento à impetrante de medicamento importado sem registro na Anvisa (substância química: Tetrabenazina; nomes comerciais: Nitoman, Xenazine ou Revcon). 2. O Tribunal de Justiça do Paraná, ao denegar a segurança, por maioria, externou o entendimento de que, “não sendo o medicamento postulado registrado na Anvisa, não é possível ao Estado do Paraná fornecer o referido medicamento a senhora impetrante. Nestas condições, voto para ser extinto o mandado de segurança sem julgamento do mérito porque ausente direito líquido e certo a ser tutelado” (fl. 139). 3. Não se observam a liquidez e a certeza do direito invocado pela impetrante nem a prática de ato ilegal ou de abuso de poder. 4. O fato de o medicamento pretendido não ter registro na Anvisa e, portanto, não poder ser comercializado no território nacional, denota que o alegado direito não é líquido nem certo para fins de impetração de mandado de segurança, porquanto o seu exercício depende de eventual autorização da Anvisa para que o medicamento seja importado e distribuído pelo Estado. 5. A entrada de medicamentos no território nacional, sem o devido registro na Anvisa, configura o crime previsto no artigo 273, § 1º-B, I, do Código Penal; fato que não pode ser desprezado pelo administrador público responsável pelo fornecimento do medicamento em questão, razão pela qual não há falar que o seu não fornecimento caracteriza ato ilegal ou de abuso de poder. 6. Recurso ordinário não provido. (STJ - Ministro Benedito Gonçalves, RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 35.434 - PR (2011/0192002-0)).<sup>15</sup>*

Decorre também dessa Decisão que, malgrado seu relevo, tampouco o direito à saúde é ilimitado e absoluto. Nesta hipótese, a Corte procedeu a verdadeira operação de ponderação para, a final, reconhecer a falta da razoabilidade da pretensão, em sua própria origem.

A análise dessas duas decisões revela que se consolidou o entendimento de que a medicação importada sem registro na Anvisa, ainda que potencialmente eficiente, é elemento obstativo da pretensão, prejudicando-se, de forma objetiva, o próprio exame

<sup>14</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28anvisa+e+sa%FAde%29&base=aseRepercussao&url=http://tinyurl.com/omplqkg>>.

<sup>15</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20161825&n\\_um\\_registro=201101920020&data=20120209&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20161825&n_um_registro=201101920020&data=20120209&tipo=5&formato=HTML)>.

da questão atinente ao custo, invariavelmente invocado pelo Estado para elidir o acolhimento do pedido.

E mais do que isso, o entendimento expressado nessas decisões é emblemático no que tange ao reconhecimento de que o direito à saúde, sob a ótica formal, é relativo. Como decorre da conclusão, ainda que a droga em questão fosse a única capaz de salvar uma vida, não poderia ser chancelada pelo Estado-Juiz pelas razões expostas no julgamento dos recursos.

No que concerne, por seu turno, ao fornecimento de medicações de alto custo, os Tribunais do país têm entendido que o deferimento da pretensão há de ser feito com reservas, porquanto reconhecida e notória a limitação econômica estatal.

Essa questão foi analisada de forma expressa no julgado abaixo, o qual, dentre outros fundamentos, reconheceu a inexistência da prova de que outras medicações seriam ineficazes quanto aos resultados almejados.

Embora, em sua essência, o pedido tenha sido indeferido por questão relacionada à falta de prova pré-constituída em Mandado de Segurança, o que, por si só, já determinaria a denegação da ordem, o fato é que outros argumentos foram alinhados no corpo da decisão, trazendo-se a lume, vez mais, a questão relacionada ao princípio da reserva do possível.

Observem-se, a propósito, os itens 5 e seguintes da decisão:

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDANDO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA E CONSEQUENTEMENTE DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. 1. “A concessão da ordem, em sede de Mandado de Segurança, reclama a demonstração inequívoca, mediante prova pré-constituída, do direito líquido e certo invocado” (RMS 24.988/PI, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18 de fevereiro de 2009). 2. No caso em foco, o compulsar dos autos denota que não há prova pré-constituída a embasar o pleito deduzido neste writ of madamus. Deveras, a prescrição medicamentosa do remédio Enbrel por médico conveniado ao Sistema Único de Saúde (fl. 15) não é suficiente para comprovar que a resposta do paciente ao tratamento será melhor do que aquela obtida com os medicamentos oferecidos pelo SUS (acitretina e ciclosporina) (fl. 18). 3. A produção da prova subjacente à assertiva de que o tratamento do paciente com a droga Enbrel surtirá mais efeito é de grande complexidade e, à toda evidência, demanda a realização de perícia técnica, cuja dilação probatória é incompatível com rito célere do mandado de segurança. 4. Ainda sob esse ângulo, o documento indicativo de que o tratamento deve ser realizado com o fármaco Enbrel (receita à fl. 15) foi produzido unilateralmente, sem o crivo do contraditório. Ademais, a contraprova produzida pelo impetrado, consistente na Nota Técnica NAT/AF n. 0321/2007 (fls. 74-76), milita em sentido oposto à pretensão do impetrante, pois consignou que: (a) o etanercepte, substância ativa do Enbrel, é de alto custo, relativamente nova e ainda não testada satisfatoriamente em pessoas portadores de psoríase; (b) o relatório médico de fl. 28 informa que o paciente foi tratado com acitretina, corticoterapia sistêmica e tó-*

*pica e hidratantes, mas não se refere aos medicamentos oferecidos pelo Ministério da Saúde para o tratamento de psoríase (ciclosporina e acitretina); e (c) a droga em comento foi recentemente incluída, pelo Ministério da Saúde, no rol de medicamentos com dispensação em caráter excepcional, através da Portaria MS/GM n. 2577/2006, e a sua utilização foi tão somente autorizada por aquele órgão para o tratamento de artrite reumatoide. Logo, a questão gravitante em torno da eficácia superior do Enbrel para o tratamento de psoríase e da menor manifestação de efeitos colaterais advindos da sua utilização deve ser analisada à luz do processo cognitivo (Precedentes: RMS 22.115/SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 22 de junho de 2007 e RMS 17.873/MG, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 22 de novembro de 2004). 5. Apenas a título de argumento obter dictum, as ações ajuizadas contra os entes públicos com escopo de obrigar-lhes indiscriminadamente ao fornecimento de medicamento de alto custo devem ser analisadas com muita prudência. 6. O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente, seja na saúde ou em qualquer outro segmento, é utópico; pois o aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as infindáveis necessidades de todos os cidadãos. 7. Esse cenário, como já era de se esperar, gera inúmeros conflitos de interesse que vão parar no Poder Judiciário, a fim de que decida se, nesse ou naquele caso, o ente público deve ser compelido a satisfazer a pretensão do cidadão. E o Poder Judiciário, certo de que atua no cumprimento da lei, ao imiscuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria problemas de toda ordem, como desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros. 8. O art. 6º da Constituição Federal, que preconiza a saúde como direito social, deve ser analisado à luz do princípio da reserva do possível, ou seja, os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e, acima de tudo, é necessário que existam condições financeiras para o cumprimento de obrigação. De nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos. 9. Recurso ordinário não provido. (STJ - MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 28.962 - MG (2009/0037261-9))<sup>16</sup>.*

Destaca-se, pois, a opção do Ministro Relator em discorrer sobre a problemática do princípio da reserva do possível, para concluir, como dito alhures, que o direito à saúde não é absoluto e que os pedidos devem ser “*logicamente razoáveis*”. A “*ratio*” da decisão não se fundou na falta de recursos, mas, sim, na própria falta de razoabilidade objetiva da pretensão.

Ainda no tópico atinente ao direito à saúde, as situações de faltas de vagas em estabelecimentos hospitalares têm sido reconhecidas como de responsabilidade do Estado.

<sup>16</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6101999&n\\_um\\_registro=200900372619&data=20090903&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6101999&n_um_registro=200900372619&data=20090903&tipo=5&formato=HTML)>.

Ademais, tem-se que, nas hipóteses de inexistência, o Estado deverá custear a eventual ocupação em estabelecimento particular, tal como decidido no julgado abaixo.

Esta, a decisão:

*ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR EM REDE PARTICULAR. PEDIDO SUBSIDIÁRIO NA FALTA DE LEITO NA REDE PÚBLICA. GARANTIA DE EFETIVIDADE DA TUTELA JUDICIAL. 1. Não há violação ao art. 535 do CPC quando a prescrição jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida e a decisão está suficientemente fundamentada. 2. O direito à saúde, como consectário da dignidade da pessoa humana, deve perpassar todo o ordenamento jurídico pátrio, como fonte e objetivo a ser alcançado através de políticas públicas capazes de atender a todos, em suas necessidades básicas, cabendo, portanto, ao Estado, oferecer os meios necessários para a sua garantia. 3. Um vez reconhecido, pelas instâncias ordinárias, o direito a tratamento médico-hospitalar na rede pública de saúde, o resultado prático da decisão deve ser assegurado, nos termos do artigo 461, § 5º, do CPC, com a possibilidade de internação na rede particular de saúde, subsidiariamente, na hipótese de lhe ser negada a assistência por falta de vagas na rede hospitalar do SUS. Recurso especial provido. (STJ - RELATOR MINISTRO HUMBERTO MARTINS, RECURSO ESPECIAL Nº 1.409.527 - RJ (2013/0288479-1)).<sup>17</sup>*

A particularidade do entendimento expressado nessa decisão atrela-se ao fato de que a prescrição de internação é fato urgente e insubstituível e que a limitação do número de leitos implica em gravame a ser contornado por outros meios, notadamente a assunção de despesas de estabelecimento privado.

Em princípio, pois, deve o Estado responder pela internação hospitalar, seja providenciando a alocação do paciente em hospital adequado da região, seja custeando a utilização de estabelecimento particular. A falta de providências desta ordem fragilizaria o princípio constitucional da dignidade humana.

Pois bem. Como dito ao início, o princípio da reserva do possível não se esgota na área da saúde, muito embora a relevância do tema tenha determinado maior atenção neste específico segmento.

Há outras circunstâncias, entretanto, em que ocorre a mesma ponderação e discussão.

Pautado no direito à educação e nos princípios protetivos da criança, o Supremo Tribunal Federal determinou ao Município de São Paulo matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis, sob pena de imposição de multa.

Nessa decisão, discorreu-se de forma ampla sobre a problemática da questão do princípio da reserva do possível e sobre a imperiosa necessidade de efetivação de “escolhas trágicas” ante o reconhecimento da escassez dos recursos públicos.

<sup>17</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31930206&n\\_um\\_registro=201302884791&data=20131018&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31930206&n_um_registro=201302884791&data=20131018&tipo=5&formato=HTML)>.

Concluiu-se, nesta esteira, pela relevância da pretensão, ainda que afirmada a contida capacidade financeira da municipalidade para o atendimento da pretensão.

Segue a extensa ementa:

*CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impõe o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional,*



juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. **DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICCIONAL.** - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. **A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”.** - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado

na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência. (STF ARE 639337 AgR/SÃO PAULO, AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 23/08/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma).<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28escolhas+tr%E1gicas%29&base=baseAcordao>>.

De relevo anotar que, em outras hipóteses, similar pretensão foi afastada à vista do reconhecimento de que, malgrado não houvesse vagas para todos os alunos, o Estado não teria sido omissor.

Destaca-se, a propósito, o seguinte julgado, este emanado do Superior Tribunal de Justiça:

*PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DEVER DO MUNICÍPIO. AMPLIAÇÃO DA REDE DE ENSINO. OMISSÃO DO MUNICÍPIO INDEMONSTRADA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA 07/STJ. 1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. Precedentes jurisprudenciais do STJ: REsp 806592, Relator Min. Luiz Fux, DJ 28.03.2007; RESP 804595/SC, DJ de 14.12.2006 e Ag 794505/SP, DJ de 01.02.2007. 2. In casu, a questão debatida nos autos - obrigação do poder público municipal de ampliar o número de vagas nas escolas educação infantil foi examinada pelo Tribunal a quo à luz de aspectos eminentemente constitucionais, consoante se conclui da razões expendidas no voto condutor do acórdão hostilizado, o que revela a impossibilidade de exame da questão em sede de recurso especial. 3. Nada obstante, e apenas em caráter obiter dictum, o acórdão recorrido, à guisa de exauriente cognição probatória, verificou que a insuficiência de vagas na rede de ensino da municipalidade in foco não decorre de negligência ou inadequação da Administração Pública, consoante se infere do excerto do voto condutor do acórdão hostilizado" (...) É verdade que muitas crianças ainda aguardam em filas de espera para ingressar nos educandários, mas restou comprovado que houve aumento do número de vagas, ou seja, houve a aplicação de recursos públicos na educação municipal, ainda que insuficientes para atender toda a demanda existente na municipalidade, a descaracterizar a alegada omissão do poder público municipal. Ademais, a ampliação física da rede de ensino restou bem demonstrada no documento de fl. 172, juntado em contestação pelo Município de Sapiranga, nele listadas mais de dez obras entre os anos de 1999 e 2003. Além disso, evidenciou, também em contestação, o aumento na oferta de vagas nas escolas de educação infantil de 815 em 1997, para 2479 em 2004 (fl. 171), sendo que somente em 2004 houve o acréscimo de 475 novas vagas, conforme declarou a Supervisora das Escolas Municipais de Educação Infantil, Jane Dodde Schuh (fls. 169-70)", aspectos fático-probatórios, cujo revolvimento, frise-se, resta obstado em sede de recurso especial, ante a incidência da Súmula 07/STJ. 4. Recurso especial não conhecido" (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 892.434 - RS (2006/0218767-5); RELATOR MINISTRO LUIZ FUX; J. 12/08/2008).<sup>19</sup>*

<sup>19</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4174168&num\\_registro=200602187675&data=20080915&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4174168&num_registro=200602187675&data=20080915&tipo=5&formato=HTML)>.

Aqui, de forma diferente da decisão transcrita anteriormente, entendeu-se que o Poder Público não havia sido omissivo e que cuidou de destinar recursos a essa específica área. Foi afastada, assim, a pretensão manejada pelo Ministério Público no sentido de compelir a Municipalidade à ampliação significativa do número de vagas disponíveis.

Privilegiou-se, de uma certa forma, o conteúdo programático do Poder Executivo, tudo a afastar a necessidade de interferência do Poder Judiciário na condução desta específica questão.

Acerca de outras matérias também já se pronunciaram as Cortes Superiores.

No julgado que segue, foi afastada a alegação do princípio da reserva do possível no que se refere a políticas públicas atinentes ao meio ambiente:

*Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Insuficiência orçamentária. Invocação. Impossibilidade. Precedentes. 1. A Corte Suprema já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. 2. Assim, pode o Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias desse direito, reputado essencial pela Constituição Federal, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. A Administração não pode justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República sob o fundamento da insuficiência orçamentária. 4. Agravo regimental não provido. (STF - RE 658171 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 01/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 25-04-2014 PUBLIC 28-04-2014).<sup>20</sup>*

Reconheceram-se, nesta decisão, a relevância e a essencialidade da argumentação da parte frente ao argumento estatal de insuficiência de recursos. E, ademais, restou consignado que esta forma de determinação de cunho judicial não é capaz de violar o princípio da separação dos poderes.

Nesta outra decisão que abaixo segue, houve também negativa quanto ao acolhimento de invocação do princípio da reserva do possível no que tange à possibilitação de acesso à assistência judiciária à população carente:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO - DEFENSORIA PÚBLICA - IMPLANTAÇÃO - OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS - SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL - O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO "DIREITO A TER DIREITOS" COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS**

<sup>20</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28m%EDnimo+existencial%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k9lyl9p>>.

DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS - INTERVENÇÃO JURISDI-CIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINA-DO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍ-DICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) - LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUIZES E TRIBUNAIS - O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETI-VADAS PELO PODER PÚBLICO - A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBI-LIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLE-MENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO - A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) - CONTROLE JURISDI-CIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) - DOCTRINA - PRECEDENTES - A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIA-LIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - “THEMA DECIDENDUM” QUE SE RESTRINGE AO PLEITO DEDUZIDO NA INICIAL, CUJO OBJETO CONSISTE, UNICAMENTE, na “criação, implantação e estruturação da Defensoria Pública da Comarca de Apucarana” - RECURSO DE AGRAVO PROVIDO, EM PARTE. - Assiste a toda e qualquer pessoa - especialmen-te àquelas que nada têm e que de tudo necessitam - uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fun-damentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa impor-tância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública. - O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs. - É que de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam - além de desrespeitados pelo Poder Públi-co ou transgredidos por particulares - também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação esta-tal quanto mediante inércia governamental. A situação de incons-titucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios

*que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um “facere” (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse “non facere” ou “non praestare” resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. Precedentes (ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Doutrina. - É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desprezita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. Precedentes. Doutrina. - A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa Instituição da República: a transgressão da ordem constitucional - porque consumada mediante inércia (violação negativa) derivada da inexecução de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134) - autoriza o controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado e permite aos juizes e Tribunais que determinem a implementação, pelo Estado, de políticas públicas previstas na própria Constituição da República, sem que isso configure ofensa ao postulado da divisão funcional do Poder (STF: AI 598212 ED/PR - PARANÁ EMB. DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 25/03/2014).<sup>21</sup>*

Aqui entendeu-se acerca da imprescindibilidade do serviço de forma tal que o argumento de insuficiência de recursos não pode ser acolhido. Constatou da decisão, outrossim, que o controle levado a efeito pelo Poder Judiciário não é capaz de configurar ofensa ao postulado da divisão funcional das esferas.

Como alertado, este trabalho não se presta a esgotar o tema em comento. Há várias outras decisões relativas a estas questões, tais como, a título de exemplo, quanto ao direito ao transporte gratuito de idosos, atendimento de gestantes na rede pública, vagas em estabelecimentos carcerários, apenas para citar alguns.

De toda forma, como antecipado, reputa-se como não totalmente amadurecida a problemática em questão, de modo que ainda se contempla certa intermitência quanto ao conteúdo das decisões nas diversas Cortes do país.

<sup>21</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>>.

E aliás, não é por outra razão, que se antevê a possibilidade de que muitos outros aspectos venham a ser enfrentados pelas Cortes Brasileiras nos próximos anos, na medida em que os próprios direitos, mesmo que já positivados há mais de vinte e cinco anos, encontram-se ainda em evolução quanto às formas de sua efetivação.

É de ser anotado, ademais, que a judicialização destas questões, diversamente do que sustentado pelo Poder Público em mais de uma oportunidade, não atenta contra a tripartição dos poderes, máxime quando sabido que estes atuam no modelo de freios e de contrapesos.

Por fim, também é disposição constitucional que nenhuma pretensão poderá ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário, o qual, sobretudo nas questões atinentes aos direitos fundamentais, tem o papel de verdadeiro guardião da Constituição.

## 6. Conclusão

Como alertado ao início deste despretensioso trabalho, buscou-se, aqui, tão somente trazer algumas pinceladas de elementos informadores e auxiliares do exame deste delicado tema, o qual implica na preservação e na concretização de direitos fundamentais.

Conforme mencionado, doutrina e jurisprudência brasileiras, ao início, analisaram o princípio da reserva do possível sob a exclusiva ótica do desprovento de recursos financeiros para fazer frente às demandas atinentes aos direitos fundamentais de segunda dimensão, notadamente os de cunho social.

O exame das várias decisões judiciais emanadas das Cortes Superiores vem a demonstrar que, paulatinamente, os julgadores acabaram, em alguns casos, por se aproximar da decisão alemã que deu à luz ao então novo conceito.

Com efeito, em várias delas, abordou-se também a questão da razoabilidade da pretensão sob a ótica do que se pode legitimamente esperar do Poder Público.

Outrossim, ampliou-se, também, o âmbito de percepção de outras nuances, notadamente a do mínimo existencial, que, obrigatoriamente, ingressa na equação como relevante elemento revelador da plausibilidade do direito à vista do caso concreto.

No que toca a possíveis críticas atinentes à possibilidade de análise, pelo Poder Judiciário, da conduta do Poder Executivo sob a ótica do modelo de emprego de recursos e também possíveis omissão ou escolhas indevidas, não se sustenta a alegação de ingerência imprópria em outro Poder.

E isto porque o sistema de freios e contrapesos e a sujeição a esta espécie de controle legal não comprometem, em absoluto, o princípio da separação de poderes, tal como estabelecido na Constituição Federal.

Por fim, tem-se que a permanente evolução dos conceitos intrínsecos dos direitos fundamentais, hoje já categorizados em quatro ou cinco diferentes dimensões, determina a antevisão de que outras questões similares certamente virão a ser conhecidas pelo Poder Judiciário, notadamente no que toca à possibilidade, ou não, de invocação do princípio da reserva do possível.

Aliás, é intuitivo que o amadurecimento dos direitos ainda latentes na Constituição Federal determinará maior demanda e, conseqüentemente, ensejará maiores dificuldades ao Poder Executivo para dar cumprimento a ela.

Remanescerá, pois, ao Poder Judiciário, tal como já ocorre, servir de guardião a seu cumprimento, chancelando, ou não, as opções do Poder Público para fazer frente às situações que se apresentem.

E, no contraponto, como fato antecedente a esta própria análise, haverá o julgador de considerar a questão sob a ótica da razoável pretensão da parte, inclusive no que se refere à eventual detecção de situação que vise à garantia do mínimo existencial, parâmetro inarredável da Constituição.

## 7. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

JURGEN, Schwabe. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3. ed. 2012.

KRELL, Andreas J. *Os direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. *Revista de Doutrina*, n. 24, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.