

DOCTRINA
Edição Comemorativa
30 ANOS DO STJ

Superior
Tribunal
de Justiça

Brasília
Maio
2019

A Reserva do Possível e sua Aplicação

João Otávio de Noronha
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A RESERVA DO POSSÍVEL E SUA APLICAÇÃO

*Ministro João Otávio de Noronha**

1. INTRODUÇÃO

A **teoria da reserva do possível**, surgida na Alemanha, foi “importada” pelo Brasil e interpretada como sendo a **teoria da reserva do financeiramente possível**, porque limitava a concretização dos direitos fundamentais sociais à existência de recursos públicos disponíveis. Desde então, tem sofrido muitas críticas, calcadas inclusive no fato de que há profundas diferenças entre as realidades econômicas e sociais vivenciadas nas sociedades alemã e brasileira.

A concessão de acesso universal aos direitos fundamentais sociais, previstos constitucionalmente, é **dever** do Estado.

Contudo, há um limite de possibilidades materiais para a realização desses direitos imposto pela sociedade, pois o Estado reflete a riqueza da população, uma vez que o custeio das ações de serviços públicos depende do aporte de parte dessa riqueza para os cofres públicos. Daí o princípio da reserva do possível, segundo o qual os direitos sociais devem ser efetivados na medida da possibilidade de custeio do Estado.

* Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

É nesse cenário que se observa o aumento contínuo de demandas por serviços, tais como os relativos à saúde, desdobramento do direito à vida, cabendo ao Estado fazer escolhas, estabelecer prioridades e critérios a serem seguidos por meio da implementação de políticas públicas, dentro do limite do economicamente razoável.

Por isso deve o intérprete sopesar o binômio entre razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado, buscando equilíbrio entre o dever do Estado de promover e proteger tais direitos sem comprometer as finanças públicas. Isso porque o princípio da reserva do financeiramente possível não pode ser obstáculo à eficácia e realização dos direitos sociais.

Assim, neste texto, propõe-se a ponderação de princípios colidentes na busca do equilíbrio entre valores aparentemente conflitantes, passando-se rapidamente pela questão da hermenêutica, necessária à tarefa interpretativa. A pretensão é contribuir para a fértil discussão sobre aplicação do princípio da reserva do financeiramente possível pelo Superior Tribunal de Justiça.

2. SURGIMENTO DA TEORIA

A teoria da reserva do possível surgiu no Direito como forma de regular a extensão da atuação estatal no âmbito da efetivação dos direitos sociais e fundamentais, condicionando a prestação de serviços públicos à existência de recursos.

A origem dessa teoria (*Vorbehalt des Möglichen*) remonta a uma decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht* ou *BVerfG*) concernente ao direito à educação.

Tratava-se de caso de candidatos ao curso de Medicina que não conseguiram ingressar nas faculdades públicas de ensino devido à limitação do número de vagas. Na época, o Tribunal Constitucional da Alemanha entendeu que o Estado não tinha recursos financeiros suficientes para proporcionar a todos os interessados educação ampla e satisfatória.

A pretensão dos estudantes baseou-se no art. 12 da Lei Fundamental Alemã, segundo o qual todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e centro de formação.

O Tribunal alemão, diante do impasse, entendeu que a prestação requerida deveria corresponder ao que o indivíduo poderia razoavelmente exigir da sociedade, fazendo nascer a necessidade da razoabilidade dos pleitos em desfavor do Estado. Corresponderia ao que se poderia razoavelmente exigir da sociedade, mantendo limites razoáveis à obrigação de prestar do Estado¹.

Amparando-se nesse princípio, aquela Corte reconheceu que era necessário garantir a dignidade do ser humano. Entendeu que essa dignidade correspondia ao direito da população ao ensino básico gratuito e concluiu que o ensino superior, pelo menos naquele momento, não era obrigatório porque não fazia parte do núcleo de direitos fundamentais.

O Tribunal não reconheceu a falta de orçamento. A decisão, baseada na razoabilidade, amparou-se no fundamento de que a alocação de grande parte dos recursos para atender referido pleito comprometeria o bem comum da maioria e da sociedade.

3. CONCEITO

De acordo com o art. 7º, IV, da Constituição Federal, o mínimo existencial é o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida digna, efetivados os direitos à saúde, à moradia e ao ensino fundamental.

A ideia de reserva do possível é comumente associada à alegação de carência de recurso para a efetivação de direitos por parte do Estado. Assim, os direitos sociais que exigem prestação de fazer estariam sujeitos à **reserva do possível**, justificando-se a limitação do Estado nas reais condições socioeconômicas, em face daquilo que o indivíduo pode esperar razoavelmente da sociedade.

¹ De acordo com Humberto Ávila, **razoabilidade** diz respeito a **congruência**: “[...] o postulado da razoabilidade exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação”; a **equivalência**: a razoabilidade deve ser considerada em relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona; a **proporcionalidade**: “Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim” (2004, pp. 106 e 109-110).

Portanto, a expressão **reserva do possível** refere-se ao fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades sociais a serem por eles supridas.

A respeito dessa questão, Flávio Martins Alves Nunes Júnior escreve:

Os direitos sociais, vistos como direitos de segunda dimensão ou geração, geram ao Estado um dever principal de agir, de fazer (não obstante, como vimos acima, é também gerado um dever de não fazer). Por essa razão, por estarem vinculados a prestações estatais concretas relacionadas a distribuição de bens materiais, estão intimamente ligados a uma dimensão econômica. Em outras palavras os direitos têm custos.

[...]

Embora todos os direitos tenham um custo, evidentemente os direitos sociais, que necessitam de reiteradas políticas públicas, têm um custo imediato mais intenso, impactante no orçamento, motivo pelo qual levantou-se a tese da “reserva do possível”: limites fáticos, jurídicos e orçamentários que impedem o cumprimento imediato do direito social. Nas palavras de Ana Carolina Lopes Olsen, “a reserva do possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito”.²

A reserva do possível traz, no bojo de suas discussões sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado em relação às prestações de fazer, o limite de suas possibilidades, que, em última análise, diz respeito ao limite que a sociedade pode suportar já que ela sustenta o Estado. Ou seja, a limitação do Estado está na razão de suas condições socioeconômicas e estruturais.

Na verdade, é fato que a satisfação dos direitos tem custos elevados. Concretizar o projeto constitucional de garantia de direitos sociais, considerados fundamentais, demanda a concentração de elevados esforços na arrecadação, gestão, distribuição e alocação de recursos públicos.

² 2017, pp. 1.063/1.064.

Trata-se de recursos escassos na medida em são suportados pela sociedade mediante tributos, o que não pode ser negligenciado na promoção de políticas públicas direcionadas ao atendimento de tais direitos.

Flávio Martins ainda destaca que a reserva do possível não pode ser vista como parte integrante dos direitos fundamentais sociais ou do núcleo essencial desses direitos. Consiste, na verdade, em uma limitação jurídica e fática à execução desses direitos³.

Todavia, há críticas a esse entendimento, destacando-se a de José Joaquim Gomes Canotilho, segundo o qual “rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”⁴.

Na verdade, a consideração dos direitos não pode desprezar a escassez; caso contrário, a questão ficará nas frágeis asas da utopia. Certamente que, em todos os países do mundo, há pessoas sendo assassinadas, há mendigos nas ruas, outros sem educação básica ou tratamento de saúde adequado, tudo em decorrência da escassez de recursos, mesmo nos países considerados ricos. A população não tem condições de arcar com um Estado ideal, sob pena de empobrecimento, que leva ao empobrecimento da própria nação. Também o Estado, por mais eficiente que seja, ainda terá falhas, pois por trás dele está o homem.

Portanto, é necessário levar em conta a escassez de recursos.

O Ministro Celso de Mello tem defendido que o direito à vida tem mais peso que o interesse financeiro do Estado, com o que concordamos, embora tenhamos de reconhecer a escassez do dinheiro público e sua má gestão (aí incluídos o desvio de verbas públicas e a corrupção), de modo que não há como realizar direitos sociais na falta de recursos. Confira-se o que diz Sua Excelência no voto proferido no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 271.286-8 (DJ de 24/11/2000):

³ Op. cit., p. 1.064.

⁴ 2004, p. 108.

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ética jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e saúde humanas.

Na verdade, o princípio da reserva do possível, considerado apenas sob o ponto de vista financeiro – como se se tratasse de alguma teoria do financeiramente possível, já que é comumente trazido à baila para embasar decisões acerca de questões que envolvem direitos fundamentais –, não pode ser dissociado da razoabilidade da pretensão deduzida.

Portanto, essa teoria está relacionada à razoabilidade da pretensão, o que está intimamente ligado à proporcionalidade.

A propósito da proporcionalidade, Marçal Justen Filho (1998) afirma o seguinte:

[...] a proporcionalidade se relaciona com a ponderação de valores. Não há homogeneidade absoluta nos valores buscados por um dado Ordenamento Jurídico, pois é inevitável atrito entre eles. Pretender a realização integral e absoluta de um certo valor significaria inviabilizar a realização de outros. Não se trata de admitir a realização de valores negativos, mas de reconhecer que os valores positivos contradizem-se entre si. Assim, por exemplo, a tensão entre Justiça e Segurança é permanente em todo sistema normativo. A proporcionalidade relaciona-se com o dever de realizar, do modo mais intenso possível, todos os valores consagrados pelo Ordenamento Jurídico. O princípio da proporcionalidade impõe, por isso, o dever de ponderar os valores.

É certo que o traslado de teorias estrangeiras deve ser avaliado e aplicado à luz das reais condições socioeconômicas do país que as recebe. A Alemanha é um país com alta renda *per capita*, economia ascendente e

qualidade de vida superior à do Brasil. Isso apenas em relação à questão econômica⁵. A Alemanha tem uma das economias mais sólidas do mundo.

Portanto, embora seja um princípio perfeitamente adaptável à realidade dos diversos países, essa leitura customizada é necessária, de forma a não ser limitada apenas ao sentido orçamentário, sobretudo ao cuidar de direitos fundamentais, item bastante sensível na realidade nacional, tendo em vista a existência de uma população extremamente necessitada em um Estado rico, mas com péssima gestão financeira.

4. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

É necessária uma rápida discussão acerca da questão da hermenêutica constitucional, em busca da concretização da norma constitucional.

Konrad Hesse (1991) afirma que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade”, ou seja, a interpretação constitucional considera os fatos do mundo real além do texto.

A hermenêutica constitucional exige parâmetros de controle na interpretação que guardem conformidade com a consciência jurídica material, evitando-se arbitrariedades dos responsáveis pelas interpretações e respectivas decisões. A interpretação deve alcançar o objetivo de atualidade do texto constitucional, e o intérprete deve considerar os fatos como são na realidade.

Mesmo que se considere (não posso afirmar, é uma hipótese) que a atividade interpretativa pressupõe a subsunção da norma ao caso concreto, é preciso apreender o significado da norma à luz da compreensão do caso concreto a ser solucionado. Contudo, esse procedimento deve ser realizado no contexto histórico atual, ficando comprometida a concretização das normas na hipótese de tal procedimento ocorrer fora de um ponto da existência histórica. Isso explica parte das críticas feitas à aplicação da teoria do possível, surgida numa época passada, numa sociedade que nunca tangenciou situações similares às brasileiras.

⁵ HESSEL e PERRONE, 2018.

Daí a oportuna observação de Canotilho: “Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista, que tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental”⁶.

5. CONSIDERAÇÕES SOBRE PRINCÍPIOS

Princípios, em sentido jurídico, são normas elementares ou disposições primordiais que constituem o alicerce do ordenamento jurídico. Nas palavras de Nelson Nery Junior⁷, “são mandamentos de otimização”, pois podem ser cumpridos em graus diferenciados, a depender das possibilidades reais e jurídicas envolvidas.

De modo geral, as normas contêm implícita ou explicitamente o princípio que lhes serve de fundamento. Portanto, trazem em si os fundamentos normativos que servem de pontos interpretativos.

A Constituição precisa ser interpretada em seu conjunto, como um todo sistematizado. A hermenêutica constitucional faz com que os dispositivos ganhem força ativa que influencia a realidade política e social.

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade – este, na Reforma do Judiciário, foi positivado pela EC n. 45/2004, a qual inseriu no art. 5º da CF/88 o inciso LXXVIII, que assegurou a todos, no âmbito judicial ou administrativo, a “razoável duração do processo” –, segundo Luís Roberto Barroso, remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Carta de 1215, tratando-se de “valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle de discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema”⁸.

A razoabilidade, como princípio de interpretação que impede a consumação de atos, fatos e comportamentos inaceitáveis, constitui uma

⁶ Apud LENZA, 2008.

⁷ 2016, p. 37.

⁸ BARROSO, 2009, p. 305.

garantia do devido processo legal e de todos os princípios e garantias assegurados pela ordem constitucional brasileira.

Nesse sentido, Barroso observa que “[...] a cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes estas condições se poderá admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente previstos no texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade”⁹.

O princípio da razoabilidade nos julgados terá efeito de controle e invalidação em face dos dados objetivos de cada caso. A falta de razoabilidade nas decisões judiciais enseja injustiça.

Entretanto, deve ficar claro que é de difícil alcance esse princípio diante dos desafios que, a todo instante, são lançados aos aplicadores da Constituição por uma realidade social em permanente transformação. Daí a necessidade de o intérprete trabalhar com todos os instrumentos hermenêuticos – objeto, método, realidade e norma –, que devem ser manejados à luz do caso concreto.

Desse modo, os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito. Também devem ser considerados os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade e, em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos.

Essa razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada **razoabilidade interna**, que se refere à existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins.

Uma situação bastante pontual é a relativa aos pedidos de custeio de tratamento médico no exterior, não obstante o SUS oferecer possibilidade de tratamento em território nacional. Nessa situação, mesmo diante do direito fundamental à saúde previsto na Constituição, obrigar a

⁹ Op. cit.

rede de saúde pública a financiar todo e qualquer tratamento no exterior significaria provocar uma lesão nesse sistema, mormente quando os tratamentos ofertados no exterior ainda estão em fase de experimento, sem eficácia comprovada. Estar-se-ia ferindo a isonomia e não garantindo o direito à saúde do postulante¹⁰.

Outro exemplo são as construções em faixas de domínio público – rodovias e ferrovias – ou em faixas de proteção ambiental diante do direito à moradia. Trata-se de questão que leva o intérprete ou julgador a valer-se da proporcionalidade diante de interesses aparentemente antagônicos¹¹.

Como se trata de pretensões protetivas ligadas a forças aparentemente conflitantes, seria propício evocar a **máxima da proporcionalidade**, que se apresenta sob três condições, a saber: **necessidade** (meio mais benéfico ou menos oneroso para o cidadão), **adequação** e **proporcionalidade em sentido estrito**¹².

Se a pretensão protetiva colide com outros direitos fundamentais ou fere direitos protegidos constitucionalmente, em tese não pode ser acolhida pelo Poder Judiciário, que tem legitimidade para aferir esse parâmetro valorativo.

Há ainda outro requisito a ser enfrentado, isto é, a proporcionalidade em sentido estrito, que se verifica por meio do contraste da justificativa da pretensão protetiva no ordenamento jurídico, especialmente quando se tratar de restrição de direitos, como a liberdade.

Na segunda hipótese acima citada, há colisão de direitos fundamentais: direito à moradia, mas também à segurança (art. 4º da Lei n. 6.766/1979, obrigatoriedade da observância da faixa de domínio não edificável de 15 metros nas rodovias e ferrovias). Para além da questão de obras realizadas na faixa *non aedificandi*, ambos os direitos tocam ao direito maior previsto na Constituição: o direito à vida.

¹⁰ TRF 1. AC n. 111106420114014100. DJe de 11/12/2014.

¹¹ REsp n. 1.748.699/RN, DJe de 13/11/2018.

¹² GOMES, 2013, p. 88.

A discussão é profunda. Tratando-se de colisão de direitos fundamentais insolúvel pelos métodos tradicionais, cabe ao magistrado valer-se dos métodos contemporâneos para sopesar todas as circunstâncias do caso concreto, os direitos fundamentais em colisão e as consequências jurídicas de cada um diante das possíveis soluções apresentadas pela Constituição.

Não se questiona o dever do Poder Público em relação à moradia, tampouco o direito à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme assegura o art. 225 da CF, ou à segurança dos cidadãos. Além disso, não se pode esquecer que o direito à moradia não encontrou nas políticas estatais forma razoável de solução, sendo certo que construções em lugares inadequados, invasões de terras públicas e particulares foram tornando-se comuns no país.

Em razão disso, essa colisão de direitos fundamentais é patente e, na busca da solução constitucionalmente adequada, cumpre ao juiz valer-se da razoabilidade para a aplicação eficaz de um direito fundamental.

6. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para alguns autores, são o mesmo e contêm em si ideias de natureza axiológica, das quais emanam valores relativos à Justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, enfim, uma escala de valores¹³ que importam para sociedade no momento da decisão.

O princípio da razoabilidade é um princípio – que, em tese, serve para colocar limite à atividade discricionária do Estado – de não fácil alcance já que o aplicador deve transcender seus próprios pensamentos sobre o que seja bom, certo e justo para ir colher dos princípios gerais

¹³ Os valores se organizam na seguinte escala de importância: **ÉTICO** é o juízo sobre o bem e o mal e refere-se àquilo que é vital/vida. **MORAL** é a ação normativa do comportamento, costumes, hábitos, normas e leis e refere-se ao convívio humano em sociedade. **MATERIAL** é o juízo sobre o que é necessário para a sobrevivência humana. **RELIGIOSO** é o juízo sobre o que é bom para o espírito e refere-se às coisas da alma. **ESTÉTICO** é o juízo sobre o belo e o feio e refere-se às coisas do mundo sensível, da natureza. **UTILIDADE** é juízo sobre o que é melhor e pior e refere-se às coisas e aos objetos (MONDIM, 2018).

que guardem conformidade com a consciência jurídica geral a solução interpretativa. Tudo isso no momento social adequado, já que a sociedade está em permanente transformação. Uma das particularidades opostas à **nacionalização** do princípio da reserva do possível diz respeito justamente à inadequação pela diferença de realidades entre Brasil e Alemanha.

Daí a necessidade de o intérprete manejar os instrumentos hermenêuticos à luz do caso concreto, evitando arbitrariedade. Daí também o porquê de tal princípio ser de aplicação adequada para a resolução de conflitos no Brasil, pois nunca é visto isoladamente, senão em conjunto com outros princípios consagrados constitucionalmente.

Todavia, não se fala em princípio da razoabilidade sem trazer a lume o importante princípio da proporcionalidade, segundo o qual as medidas tomadas pelo julgador devem guardar proporção direta com as necessidades a serem atendidas, ou seja, o alcance das decisões deve ter razoabilidade para que não caia na arbitrariedade.

A decisão judicial não deve desbordar do que seja realmente necessário para sua finalidade. Deve-se esclarecer que, quando os operadores do direito aplicam dispositivos constitucionais a vários casos, mas de formas diferentes, estão usando o princípio da razoabilidade para fazer justiça e dar efetividade às normas constitucionais.

Convém destacar que as constituições costumam traduzir-se em longo elenco de propósitos e finalidades: elas definem determinado fim a ser alcançado e nem sempre dispõem sobre os meios para tanto, sendo, portanto, de crucial importância a interpretação.

Daí dizer-se que o princípio da razoabilidade é hermenêutica constitucional; nas palavras de Paulo Bonavides, “abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição”¹⁴.

¹⁴ 2003, p. 359.

Esse é um princípio fundamental para dar efetividade às normas constitucionais; portanto, está em relação de complementaridade com o princípio da reserva legal. Observa-se que uma das garantias constitucionais é que os homens sejam tratados equitativamente, o que pressupõe, para além da igualdade formal, tratamento diferenciado que permita a adequação da lei às necessidades de cada um e de todos.

A inobservância dos princípios é em si uma inconstitucionalidade, pois o intérprete constitucional deve ter como ponto de partida os princípios constitucionais, que são os espelhos da ideologia da Constituição. Portanto, sem princípio, não há ordem constitucional e, sem ordem constitucional, não há democracia nem Estado de Direito.

7. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO STJ E NO STF

O Município de Criciúma questionou, no REsp n. 1.185.474/SC¹⁵, a obrigação imposta pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina de criar vaga em creche. Alegou a precariedade do orçamento público e violação das disposições dos arts. 32 e 87 da Lei n. 9.394/1996.

Afirmou que “a forma com que o Estado deve garantir o direito à educação infantil está condicionada às políticas sociais e econômicas, o que faz ver que qualquer atuação deve ser realizada na medida das suas possibilidades estruturais e financeiras”, ou seja, da reserva do possível.

A segunda Turma do STJ, ao apreciar a questão, seguindo o voto do relator, Ministro Humberto Martins, entendeu que o princípio da reserva do possível deveria ser aplicado ao caso. Do voto consta o seguinte:

A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por que motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

¹⁵ REsp n. 1.185.474/SC, DJe de 29/4/2010.

Para o relator, “a doutrina e jurisprudência germânica, conscientes da existência de limitações financeiras, elaboraram a teoria da ‘reserva do possível’ (*Der Vorbehalt des Möglichen*), segundo a qual os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado”.

Registrou que não se pode exigir da ação humana a realização de algo impossível, destacando que a problemática está em que as limitações orçamentárias vão de encontro à necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, principalmente aqueles que, em regra, realizam-se com a implementação de prestações positivas pelo Estado.

Contudo, a realização dos direitos fundamentais não é ato que possa ficar restrito ao juízo discricionário do governante, pois são direitos ligados à dignidade humana, entre os quais os relacionados aos direitos prestacionais essenciais como educação e saúde. Nesse aspecto está o desafio do governante, pois são direitos que, sendo prestacionais, demandam medidas positivas do Poder Público e abrangem a alocação significativa de recursos para sua efetivação.

Assim, o Ministro Humberto Martins analisou o disposto no art. 4º da Lei n. 8.069/1990 (que praticamente repete o art. 227 da Constituição Federal), segundo o qual:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Concluiu, pois, que a priorização dos investimentos na educação infantil, devido a sua essencialidade, não é resultado de opções políticas dos ocupantes momentâneos do cargo de chefe do Poder Executivo, mas sim de imposição da própria Carta Magna.

Salientou ainda que o Supremo Tribunal Federal apreciou a questão no julgamento do RE n. 436.996/SP, tendo asseverado que a educação infantil não se expõe a avaliações meramente discricionárias da administração pública.

Entendeu, portanto, ser dever do Estado, quando alega insuficiência de recursos, demonstrá-la, pois não se admite a tese como mera desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais.

Dessa forma, manteve a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Em outro caso, no REsp n. 353.147¹⁶ (relator Ministro Franciulli Netto), a Segunda Turma conheceu de outro aspecto da aplicação do princípio na hipótese de direito fundamental à saúde.

O caso era de um portador de retinose pigmentar que afetava os dois olhos e que o deixaria cego, tendo em vista a progressão da doença. Os médicos nacionais recomendaram tratamento no exterior, em um centro mundial que desenvolvia estudos sobre a doença. Contudo, o paciente não conseguiu o custeio do tratamento pelo Estado: o Ministério da Saúde, nos termos da Portaria n. 763 de 7 de abril de 1994, indeferiu o pedido.

A questão chegou ao STJ, que determinou a realização do tratamento.

O relator entendeu que, diante de um direito fundamental, qualquer justificativa de natureza técnica ou burocrática do Poder Público cairia por terra. Adotou a doutrina de Ives Gandra da Silva Martins de que “o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo”¹⁷.

Todavia, a Ministra Eliana Calmon divergiu do relator por entender que, se ao sistema privado de prestação de serviço de saúde não se pode impor limites além do contrato, em relação ao sistema público, o limite está nas forças da receita reservada para cada rubrica. Acrescentou ser “muito fácil o discurso liberal de que o direito à vida e à saúde é absoluto

¹⁶ REsp n. 353.147/DF, DJ de 18/8/2003.

¹⁷ 1985, p. 27.

e acima de qualquer interesse. Mas a verdade é que só o conhecimento médico-administrativo pode priorizar os tratamentos e autorizá-los ou não, o que não pode ficar ao saber das informações obtidas pela parte, ou chanceladas pelo Judiciário que, sem o conhecimento fático necessário, enxerta razões subjetivas como fundamentos das decisões da Justiça, o que me parece lamentável, em termos de segurança jurídica”.

Contudo, prevaleceu o entendimento do relator, Ministro Franciulli Netto, embora haja julgados em sentido contrário.

O Supremo Tribunal Federal, no RE n. 581.488¹⁸, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, analisou interessante questão suscitada em ação civil pública movida em desfavor da União em que se discutia o acesso de paciente a internação pelo Sistema Único de Saúde (SUS) em acomodações melhores e atendimento por médico selecionado pelo paciente, mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes.

O relator reconheceu ser constitucional a regra que veda, no âmbito do SUS, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio sistema ou por conveniado, mesmo que o paciente arque com a diferença de custos.

Em seu voto, afirmou o Ministro que o sistema público de saúde no Brasil, instituído pela Constituição Federal e pela Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/1990), prevê dois eixos de ação. Em primeiro lugar, estabelece a prestação de serviços públicos de saúde e, em segundo lugar, uma gama de atividades denominadas de ações de saúde relacionadas nos arts. 200 da Constituição Federal e 5º e 6º da Lei n. 8.080/1990.

O sistema nacional de saúde está baseado nos princípios da universalidade, integralidade e equidade, mas isso não significa que o Estado deva fornecer todo tipo de serviço de saúde na forma pretendida pelos cidadãos. A cobertura, segundo o entendimento do relator, deve ser, de fato, a mais ampla possível, observando-se os elementos técnicos regulados pelo Estado e pela ciência, bem como os limites orçamentários estritos. Ou seja, os serviços devem ser reconhecidos como adequados pelas

¹⁸ RE n. 581.488/RS, DJe de 8/4/2016.

autoridades científicas, médicas, farmacêuticas e administrativas (sanitárias) e serão prestados de acordo com a capacidade econômica do Poder Público, sendo absolutamente lógico que os direitos sejam garantidos por meio da prestação do serviço público no local em que haja verba orçamentária suficiente. Observe-se trecho do voto:

Essa ideia de que o Estado deve fazer o que é possível há de estar sempre aliada ao senso de necessidade, do que é necessário executar, elemento essencial à elaboração e à boa implantação de políticas públicas.

Também registrou o seguinte:

[...] o fato de os custos extras correrem por conta do próprio interessado, não implicando, ao menos, financeiramente, despesas extras para a Administração, não possui o condão de autorizar a implantação da “diferença de classe”. Primeiro porque, embora a questão econômica não possa ser ignorada, ocupará sempre papel secundário diante dos objetivos constitucionalmente impostos ao ente estatal; em segundo lugar, porque a implementação de um sistema de saúde equânime foi uma missão expressamente imposta ao Estado; e, em terceiro lugar, porque a igualdade, inclusive no atendimento público de saúde, é algo compreendido no próprio conceito de dignidade da pessoa humana, constituindo, portanto, fundamento da República, o qual deve ser incansavelmente perseguido e aplicado pelo Estado sempre que for chamado a atuar.

Portanto, com base nos exemplos acima indicados, observa-se que a reserva do possível como princípio condicionante da efetivação dos direitos sociais abrange questões além da financeira, havendo uma tendência bastante acentuada de observância dos princípios da razoabilidade e da reserva do possível quando se condena o ente público a realizar os direitos da população à saúde e à educação.

8. CONCLUSÃO

A grande questão referente aos direitos sociais é que, como são previstos constitucionalmente (por exemplo, o art. 196, segundo o qual a

saúde é um direito de todos, é dever do Estado), devem ser cumpridos tal como um pacto social.

Observa-se que a **Constituição Federal de 1988 conferiu à vida o *status* de bem maior entre os direitos fundamentais; portanto, na prática, não deve haver descaso com a saúde e com outros direitos sociais, que nada mais são do que desdobramentos do direito à vida, à vida com qualidade, tal como o direito à educação.**

Assim, o Estado tem o dever de conceder a todos o acesso universal a esses bens, protegendo o cidadão. O custeio das ações de serviço de saúde baseia-se nas receitas públicas decorrentes do ingresso de recursos nos cofres públicos.

No entanto, os recursos públicos necessários para a implementação desses direitos são escassos diante de demandas ilimitadas.

Daí o surgimento do princípio da reserva do possível, construção da jurisprudência alemã, o qual estabelece que os direitos sociais devem ser efetivados de acordo com a possibilidade de custeio do Estado e desde que a demanda por esses direitos esteja dentro do limite do economicamente razoável.

Para a observância desse princípio, deve-se sopesar o binômio entre a razoabilidade da pretensão e a disponibilidade financeira do Estado, buscando-se equilíbrio entre o dever do Estado de promover e proteger tais direitos e o não comprometimento das finanças públicas.

Não por outro motivo, Fernando Gomes Correia Lima e Viviane Carvalho de Melo¹⁹ discorrem sobre a matéria nestes termos:

O Princípio da Reserva do Possível ou Princípio da Reserva de Consistência é uma construção jurídica germânica originária de uma ação judicial que objetivava permitir a determinados estudantes cursar o ensino superior público embasada na garantia da livre escolha do trabalho, ofício ou profissão. Neste caso, ficou decidido pela Suprema Corte Alemã que, somente se pode exigir

¹⁹ 2018.

do Estado a prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de razoabilidade. Os direitos sociais que exigem uma prestação de fazer estariam sujeitos à **reserva do possível** no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, ou seja, justificaria a limitação do Estado em razão de suas condições socioeconômicas e estruturais.

Portanto, deve-se considerar a disponibilidade de recursos materiais do Estado, a prévia previsão orçamentária para aquele gasto público e a razoabilidade da pretensão constante do requerimento de providência ao Estado.

Apesar disso, no Brasil, o princípio da reserva do financeiramente possível não pode ser tido como um obstáculo à eficácia e realização dos direitos sociais, tendo em vista as particularidades existentes no país, como desigualdade na distribuição de renda, o que enseja a necessidade de o Estado prover as necessidades básicas de uma vida mais digna. Dessa forma, a mera alegação da reserva do financeiramente possível não constitui empecilho à efetivação desses direitos, como se tem observado em larga escala no que tange ao direito à saúde, pois são inúmeras as decisões que determinam a realização de tratamentos.

Em relação a essa questão, não há discricionariedade do administrador público, de forma que a escolha estatal de alocação de recursos públicos deve respeitar os direitos sociais. Afinal, as normas constitucionais são dotadas do atributo da imperatividade, tendo o Estado o dever de assegurá-los efetivamente a todos os cidadãos como decorrência da garantia do direito à vida, conforme estabelece a Constituição Federal.

Portanto, o argumento da falta de recursos financeiros pelo Estado não se sobrepõe ao dever de garantir direitos correlatos à dignidade humana.

Assim, esses direitos têm de ser cumpridos, pois vivemos num Estado Democrático de Direito, sustentado por uma Constituição viva e eficaz e não mera letra morta. A sociedade que vive a democracia e pactua obrigações com o Estado deve ter a consciência de que a concretização de seus direitos é dever do Estado, e não um favor que lhe é prestado.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> .

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 106 e 109-110.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004, p. 108.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição: Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HESSEL, Rosana; PERRONE, Célia. Diferenças entre as economias alemã e brasileira são gritantes. In: *em.com.br: Economia*. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2014/07/10/internas_economia,546915/diferencas-entre-as-economias-alema-e-brasileira-sao-gritantes.shtml>. Acesso em: 9 dez. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Fernando Gomes Correia; MELO, Viviane Carvalho de. *O princípio da reserva do possível, o mínimo existencial e o direito à saúde*. Disponível em: <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46:artigos&Itemid=18>.

Acesso em: 9 dez. 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Caderno de Direito Natural: Lei Positiva e Lei Natural n. 1*, 1. ed., Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27.

MONDIM, Westerley Santos Batista. *Valores: axiologia ou teoria dos valores*. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/filosofiapopular/etica/valores---axiologia-ou-teoria-dos-valores>>. Acesso em: 7 dez. 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 37.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 1.063-1.064.