

A aplicação da reserva do possível pela Administração Pública brasileira

Cândida Alzira Bentes de Magalhães*

Elói Martins Senhoras**

A exigibilidade judicial, por parte dos cidadãos em relação ao Estado sobre determinadas políticas públicas que repercutam na garantia de direitos sociais, incorre muitas vezes em limitações, tanto, fáticas, pautadas na dependência de recursos orçamentários, humanos e materiais, quanto, jurídicas, relacionadas à ausência de dispositivos normativos que garantam a capacidade jurídica de ação do Estado. Estas limitações do Estado são identificadas pela doutrina e pela jurisprudência pelo termo *reserva do possível*!

A origem da teoria, da jurisprudência, e, da própria consolidação da reserva do possível como instituto jurídico são considerados relativamente recentes, à medida que remontam a Alemanha da década de 1970, em um contexto internacional de inflexão na Administração Pública, na qual o paradigma intervencionista do Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*) abriu espaço para a emergência de um paradigma neoliberal de Estado Mínimo.

A difusão internacional da reserva do possível aconteceu pelo transbordamento direto da influência alemã nos ordenamentos jurídicos daqueles países que compartilhavam, tanto, as diretrizes de uma agenda neoliberal, quanto, a lógica de funcionamento de um Sistema Jurídico Romano-Germânico, caracterizado pelo Direito Civil (*Civil Law*).

A fundamentação da teoria da reserva do possível em sua natureza ontológica apresenta o objetivo de limitar a atuação do Estado ou justificar o seu silêncio administrativo quanto à materialização de determinadas políticas públicas que efetivem direitos sociais e fundamentais em função de razões fáticas (disponibilidade de recursos) ou jurídicas (autorização legal).

* Delegada da Polícia Civil do estado de Roraima, especialista em Direito Penal e Processo Penal e mestranda em Desenvolvimento Regional da Amazônia pela Universidade Federal de Roraima (UFRR). E-mail para contato: candidabentes@hotmail.com.

** Professor da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Especialista, mestre, doutor e pós-doutor em Ciências Jurídicas. E-mail para contato: eloisenhoras@gmail.com. Outros trabalhos do autor podem ser encontrados em www.eloisenhoras.com.

Quadro 1 - Características do princípio da reserva do possível

<i>Disponibilidade fática de recursos</i>	A reserva do possível legítima é passível de utilização como argumento jurídico naquelas situações em que a ausência de recursos orçamentários, humanos e materiais é não apenas alegada, mas também comprovada pelo Estado.
<i>Disponibilidade jurídica de recursos</i>	A reserva do possível é utilizada, também, em situações em que existem recursos orçamentários, humanos e materiais, porém indisponíveis devido à ausência de previsão legal que garanta a capacidade jurídica do Estado de efetivar as políticas públicas.
<i>Razoabilidade da demanda</i>	A reserva do possível tem uso previsto quando existir razoabilidade de um pedido de direito frente aos interesses coletivos da sociedade, uma vez que o Poder Judiciário deve zelar pela efetivação dos direitos sociais com cautela, dado o problema da escassez de recursos.

Fonte: Elaboração própria. Baseada em Ávila (2013); Cunha (2015) e Sarlet (2015).

Se a fundamentação fática para o uso do princípio da reserva do possível apresenta a justificativa de ausência de recursos orçamentários para que o Estado não faça a prestação de determinadas políticas públicas, por sua vez, a fundamentação jurídica introduz argumentos de ausência legiferante para autorizar o Estado a despender seus recursos orçamentários (SARLET, 2015).

O caráter inovador do princípio da *reserva do possível* introduz condições de razoabilidade, tanto, ao cidadão que só pode exigir direitos fundamentais e sociais caso haja razoabilidade em seu pleito para exigir ônus da sociedade e sem comprometer os demais direitos da coletividade, quanto, à ação do Estado, uma vez que o seu direito à prestação positiva de determinadas políticas públicas fica condicionado à existência de reserva do possível.

A teoria da “reserva do possível”, na sua origem, não se relaciona exclusivamente à existência de recursos materiais/financeiros, suficientes para a efetivação dos direitos sociais, mas, sim, à razoabilidade da pretensão proposta frente à sua concretização (ÁVILA, 2013, s. p.).

A natureza ontológica do princípio da reserva do possível fundamenta-se, portanto, na complementaridade de dois lados de uma mesma moeda, já que há uma necessária dimensão fática que prevê disponibilidade orçamentária do Estado para a materialização de determinados direitos fundamentais e sociais, simultaneamente a uma dimensão jurídica, na qual se exige razoabilidade por parte do cidadão demandante de direitos frente aos interesses da coletividade.

A natureza instrumental do instituto da reserva do possível é invocada geralmente em casos de Ação Civil Pública, quando há uma demanda para que o Estado promova a prestação de serviços

interligados ao princípio do *mínimo existencial*,¹ porém, deve-se ressaltar que a reserva do possível será observada quanto ao aspecto da essencialidade² do bem jurídico objeto da demanda.

Internacionalmente, a aplicação da teoria da reserva do possível, bem como sua recepção jurídica depende da espécie da necessidade coletiva em análise, demonstrando assim, que tal princípio não pode ser invocado pelo Estado para o não cumprimento de necessidades sociais básicas e essenciais já que estas são amparadas pelo princípio do *mínimo existencial*.

No Brasil, o instituto da reserva do possível teve seu advento no âmbito jurídico brasileiro na década de 1990, refletindo os desdobramentos consolidados na Alemanha e na Europa desde a década de 1970, muito embora tenha evoluído de modo sistemático a partir da década de 2000 juntamente e em diálogo direto com o princípio do mínimo existencial (CUNHA, 2015).

A introdução do instituto da reserva do possível no país é fruto sincrônico de uma era, quando, houve a promulgação da Constituição de 1988 e a passagem de um paradigma nacional-desenvolvimentista para um paradigma logístico (SANTOS; SENHORAS, 2015), o que repercutiu na consolidação doutrinária e jurisprudencial de uma reserva do que é financeiramente possível³, cuja dimensão fática (condição orçamentária) prevalece em relação à dimensão jurídica (condição legal e razoável).

De um lado, a *doutrina* nacional não apresenta consenso quanto ao uso do princípio da reserva do possível, pois a fratura emerge com a cisão entre doutrinadores que veem positivamente a transplantação de um instituto jurídico externo dentro do ordenamento jurídico brasileiro *vis-à-vis* às leituras críticas existentes, dadas as especificidades da formação sócio histórica do país (KRELL, 2003; SCHWINDT, 2011).

Em um primeiro plano, a doutrina favorável à reserva do possível no ordenamento jurídico nacional apresenta uma compreensão de que este princípio independente do ordenamento jurídico incide positivamente de modo exógeno na eficácia alocativa dos direitos fundamentais sociais nas situações em que não há disponibilidade orçamentária, humana e material (ALEXY, 2001).

Neste sentido, o uso da reserva do possível por parte do Estado não tem como consequência a ineficácia de um direito, mas antes gera uma eficácia positiva de otimização de recursos quando

¹ O *princípio do mínimo existencial*, também chamado de “mínimo vital”, “conteúdo mínimo”, “núcleo essencial” é um conceito emprestado da dogmática constitucional alemã que traduz a proteção judicial dos direitos sociais indispensáveis para a dignidade humana (SOUZA, 2006).

² O interesse coletivo pode estar presente em direitos e interesses essenciais e também em direitos e interesses secundários, ou seja, quando o interesse coletivo estiver relacionado com uma essencialidade, o Poder Público deverá prestá-lo na maior abrangência possível, devido ser esse interesse público essencial e não sendo o interesse coletivo essencial, se classificando como secundário, cabe ao Estado discricionariamente oferecê-lo com menor abrangência na sua prestação, pelo fato de não ser essencial, pois o Poder Público não tem com o atender a todo e qualquer clamor social.

³ No caso brasileiro, é comum identificar a assertiva de que o Poder Público nas suas defesas judiciais habitualmente recorre à *teoria da reserva do possível*, alegando finanças limitadas, informando não poder atender a todas as demandas da sociedade porque o seu orçamento é limitado e por tanto sua prestação consequentemente também será limitada.

um direito passa a ser ponderado frente ao interesse da coletividade, já que os direitos sociais e fundamentais não possuem conteúdo absoluto e aplicável a todos os casos de um modo definitivo, mas antes, são delimitados pela colisão de interesses em cada caso concreto.

Em um segundo plano, a visão doutrinária crítica ao uso do princípio da reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro apresenta o argumento do contexto problemático nacional de transplantação de um instituto jurídico exógeno, haja vista que no Brasil o Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*) nunca foi consolidado plenamente tal como aconteceu na Europa⁴ (CUNHA Jr, 2011; KRELL, 2002). .

De outro lado, a *jurisprudência* brasileira consolidada pelas decisões tomadas pelos Tribunais Superiores sobre o uso do instituto da reserva do possível não é pacífica, dependendo da especificidade de cada caso concreto, muito embora tenha predominantemente se posicionado de modo crítico, pois exige nos processos contra a Administração Pública, a alegação discursiva da inexistência de recursos orçamentários, bem como a sua comprovação empírica, pois o Estado deve produzir prova suficiente para não prestar determinadas políticas públicas.

Conforme sistemática pesquisa de Wang (2008), na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) não existe pacificidade quanto à aceitação do uso do instituto jurídico da reserva do possível por parte da Administração Pública a fim de se dirimir de ação executiva, uma vez que especificidade concreta de casos gerou decisões distintas por parte da corte.

Por um prisma, fica claro na jurisprudência do STF que, tanto, o direito à saúde, quanto à educação, são considerados direitos fundamentais jurisdicionalmente tuteláveis, não cabendo uso do instituto da reserva do possível por parte da Administração Pública, devendo estes direitos clássicos de segunda geração ser efetivados de modo “pleno” e “universal”.

Por outro prisma, a jurisprudência do STF é suscetível quanto à aceitação da reserva do possível em casos como intervenção federal pelo não pagamento de precatórios, casos estes em que a escassez de recursos orçamentários e a razão custo-benefício acabam repercutindo em um padrão de decisão distinta em relação aos temas clássicos de direitos de segundo geração.

A jurisprudência consolidada pelas decisões do STF demonstra o quão problemática é a interpretação do uso do instituto da reserva do possível, haja vista que resultam dos julgamentos uma espécie de hierarquia em alguns direitos de segundo geração, entre temas clássicos e não clássicos, que acabam gerando posicionamentos jurisdicionais distintos para os casos.

⁴ “A chamada reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-concreta brasileira. Apesar das grandes contribuições que a doutrina estrangeira tem dado ao direito brasileiro, proporcionando indiscutivelmente consideráveis avanços na literatura jurídica nacional, é preciso deixar bem claro, contudo, que é extremamente discutível e de duvidosa pertinência o traslado de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases cultural, econômica, social e histórica próprias, para outros países cujos modelos jurídicos estão sujeitos a condicionamentos socioeconômicos e políticos completamente diferentes” (CUNHA Jr, 2011, p. 761).

Com base na doutrina e na jurisprudência nacional, observa-se no Brasil que o instituto da reserva do possível incorre em uma concepção minimalista, cujo fundamento se apresenta por uma predominante visão de uma reserva do que é financeiramente possível para ser efetivado com o orçamento público, repercutindo assim, em limites à efetivação dos direitos fundamentais e sociais previstos na Carta Magna de 1988.

Conclui-se que, independente da doutrina ou da jurisprudência, o instituto da reserva do possível impõe limitações à materialização de direitos de segunda geração, sendo sua materialização dependente de critérios de razoabilidade da demanda de um cidadão face ao Poder Público e de disponibilidade fática e jurídica de recursos, razão pela qual o seu uso deve sempre ser cauteloso e julgado à luz de sua contrapartida que é o princípio do mínimo existencial.

Referências bibliográficas

ALEXYY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ÁVILA, K. C. A. “Teoria da reserva do possível”. *Revista Jus Navigandi*, ano 18, n. 3558, março, 2013.

CUNHA, J. R. A. “As teorias do mínimo existencial e da reserva do possível como retrocessos à efetivação do direito à saúde no Brasil”. *Caderno Ibero-Americano de Direito Sanitário*, vol. 4, n. 3, 2015.

CUNHA JR, D. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

KELBERT, F. O. *A assim chamada “reserva do possível” e efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Dissertação de Mestrado em Direito. Porto Alegre: PUC-RS, 2009.

KRELL, A. J. “As Competências do art. 23 CF. Sua Regulamentação por Lei Complementar e o “Poder Dever” de Polícia”. *Revista Interesse Público*, n. 20, julho-agosto, 2003.

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

SANTOS, S. S.; SENHORAS, E. M. “Cooperativismo e desenvolvimento local: uma avaliação das cooperativas intermunicipais de passageiros no estado de Roraima”. *Caderno Gestão Social*, vol. 5, n. 2, 2015.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHWINDT, M. C. S. S. *Da Relativização das Cláusulas Pétreas em Face de Restrições Econômico-Financeiras do Estado*. Dissertação de Mestrado em Direito. Brasília: IDP, 2011.

SOUZA, L. M. “Reserva do possível x mínimo existencial: o controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária como instrumento de realização dos direitos fundamentais”. *Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI*. Manaus: CONPEDI, 2006.

WANG, D. W. L. “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”. *Revista Direito GV*, vol. 6, n. 2, 2008.

