

# ANÁLISE CRÍTICA DA ESCASSEZ DE RECURSOS: um possível limite à efetivação dos direitos sociais

## RACHEL FREIRE DE ABREU NETA

A autora é membro do Ministério Público da União, exercendo o cargo de Procuradora do Trabalho; é pós-graduada em Direito do Estado pelo Juspodivm e em Direito Constitucional do Trabalho pela Escola Judicial do TRT da 5ª Região em convênio com a UFBA.

**Resumo:** O presente estudo tem por finalidade discutir sobre a (in)viabilidade de adotar a escassez de recursos como possível limite à concretização dos direitos fundamentais sociais. Tem-se, assim, a tenção maior de analisar os problemas que envolvem a efetividade dos direitos fundamentais sociais, assim como, de outro lado, a necessidade de assegurar os direitos intrínsecos ao ser humano. Pretende-se, ainda, por meio deste estudo, apresentar propostas de adequação entre a necessária realização dos direitos intrínsecos ao ser humano e o risco de uma oneração excessiva aos cofres públicos. Para

tanto, utilizar-se-ão obras específicas de cada matéria, consoante a necessidade de apresentar, de forma precisa, os pontos de intersecção entre as mesmas e, por conseguinte, aqueles que deverão ser aplicados a essa temática, sob um método de abordagem analítico nas esferas da legislação, doutrina e jurisprudência.

**Palavras-chave:** Escassez de Recursos. Efetividade. Direitos fundamentais sociais.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar os principais aspectos atinentes à efetivação dos direitos fundamentais sociais, especialmente no que concerne ao seu principal problema, qual seja a escassez de recursos.

Para tanto, mister se faz introduzir a noção de “reserva do possível”, que envolve justamente as possibilidades materiais de atuação do Poder Público. Nesse diapasão, não se pode olvidar que os direitos sociais, como “direitos positivos”, exigem do Estado prestações materiais para a sua realização.

O enfoque deste estudo justifica-se pela constante violação aos direitos sociais, cujo teor predominantemente prestacional termina resultando em diversos questionamentos sobre sua real fundamentalidade, mecanismos de efetivação e limitações do Estado quanto à sua prestação.

D’outra sorte, além de despertar a discussão jurídica – já que são direitos inseridos na vida cotidiana de forma marcante –, têm sido objeto de frequentes omissões do Estado, gerando verdadeira insatisfação popular, mais enfatizadas em razão do reiterado uso de argumentos vagos, pelo Poder Público, para justificar sua abstenção.

Busca-se, assim, analisar a “escassez de recursos” sob um aspecto crítico, não apenas quanto à necessidade de reconhecer o direito subjetivo constitucional à dignidade, mas também para fins de propor sugestões de interpretação ante as chamadas “escolhas trágicas”.

Por derradeiro, para que a relevância do tema em tratativa não gere frustração, salienta-se que não se tem, com este trabalho, a pretensão de solucionar as perplexidades teóricas que envolvem a temática. Busca-se, sim, apresentar a divergência doutrinária e jurisprudencial, oferecendo recursos

que possam auxiliar na compreensão da complexidade do tema, assim como na adoção de uma interpretação voltada à premente **efetivação dos direitos fundamentais sociais**.

## **2. A RESERVA DO POSSÍVEL, SEUS FUNDAMENTOS E INSUFICIÊNCIAS**

A cláusula da Reserva do Possível consubstancia-se, pois, na análise das possibilidades materiais de atuação do Poder Público. Trata-se de uma teoria desenvolvida pelo Direito Alemão, fruto de uma decisão da Corte Constitucional daquele país<sup>1</sup>, que condicionou a efetivação de prestações materiais à disponibilidade de recursos<sup>2</sup>.

Nesse mister, a noção de “Reserva do Possível” tem por fundamento o reconhecimento gradativo de diferentes dimensões de direitos humanos<sup>3</sup>. Ab initio, fala-se na primeira dimensão, correspondente aos direitos individuais, políticos e de nacionalidade. São, portanto, direitos relativos à liberdade, impondo uma abstenção da ação estatal, posto que só serão efetivados quando o Estado não agir no sentido de turbá-los<sup>4</sup>.

Em seguida, houve a consagração de uma segunda dimensão, atinente aos direitos sociais, culturais e econômicos. Tais direitos, por seu turno, impõem ao Poder Público prestações positivas, além do estabelecimento de diretrizes de política social.

Reconhece-se, ainda hoje, uma terceira dimensão, que diz respeito aos direitos difusos, de solidariedade ou fraternidade. Nota-se, com isso, a constante ampliação do campo de direitos humanos, através da consagração de diferentes dimensões a eles relativas, segundo a própria necessidade manifestada à época<sup>5</sup>.

Ocorre que o grande salto evolutivo deu-se com a sedimentação dos direitos sociais. Nesse sentido, observe-se a seguinte colocação de Norberto Bobbio<sup>6</sup>:

---

1 “No caso, a Corte alemã analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva – no caso aumento do número de vagas na universidade – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade.” (MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, n. 1, abr./jun. 2003, p. 180).

2 SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. Interesse Público. Porto Alegre, n. 32, jul./ago. 2005, p. 219.

3 Optou-se, neste trabalho, pelo uso da expressão “dimensões”, em detrimento de “gerações” de direitos humanos. Isso porque não houve, de fato, uma evolução linear e sucessiva. O reconhecimento de novos direitos não levou à substituição ou exclusão dos anteriores. Ademais, quando se fala em uma nova dimensão, não se quer dizer que os problemas atinentes à antecedente já estão solucionados.

4 VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n.61, out./dez. 2007, p. 27.

5 Hoje, já se fala em uma quarta e uma quinta dimensão, mostrando-se, pois, que há o reconhecimento gradativo de cada vez mais direitos e, por conseguinte, um processo contínuo de positivação, com mais garantias aos indivíduos.

6 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 86.

É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela “prática” de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social.

Não se pretende, nesse trabalho, esgotar o tratamento a ser dado aos direitos sociais. Ocorre que, embora haja exigência de recursos para a satisfação dos direitos humanos como um todo, foi a consagração dos direitos sociais que demandou ao Estado o desenvolvimento do sistema de serviços públicos. Com isso, tem-se, aí, a origem da Reserva do Possível, como teoria explicativa das limitações materiais do Poder Público.

Isso porque na medida em que o próprio ente estatal reconheceu direitos sociais à comunidade, ele obrigou-se à realização de prestações multifárias, recaindo no problema concernente à escassez de recursos.

De fato, todos os direitos humanos são de exigibilidade imediata, como consta da própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, §1º<sup>7</sup>. Ocorre que o grande universo dos direitos sociais foi, originariamente, disposto em normas programáticas – que estabelecem um plano a ser desenvolvido mediante legislação integrativa –, ou em normas cuja eficácia social não se compatibiliza com a eficácia jurídica correspondente<sup>8</sup>.

A esse propósito, destaque-se, mais uma vez, a lição do ilustre autor Bobbio<sup>9</sup>:

O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas”. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hit et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de “direito”?

Percebe-se, dessa forma, a dificuldade no tratamento dos direitos sociais, posto que se, de um lado, não se pode eleger uma interpretação que limite a efetivação desses direitos; de outro, muito se discute sobre a possibilidade de aceitação da cláusula da Reserva do Possível ante a escassez de recursos<sup>10</sup>.

7 Observe-se o inteiro teor do referido dispositivo (artigo 5º, § 1º): “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

8 FARIA, Luiz Alberto Gurgel de Faria. Controle da constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos. Curitiba: Juruá, 2001.

9 BOBBIO, op. cit., p. 92.

10 Colha-se, ademais, da lição de Vaz:

“O problema que se coloca ante a efetivação desses direitos é que a implementação deles depende de recursos financeiros. Erradicação da pobreza, direito ao trabalho, direitos sindicais, direito à previdência social, direito à saúde, direito a um meio ambiente sadio, direito à alimentação, direito à educação, direito aos benefícios da cultura, direito à constituição e proteção da família, direito da criança, direito do idoso, direito do portador de deficiência e direito à moradia não se concretizarão sem ações

Quanto a isso, reputa-se necessário fazer uma distinção terminológica no que concerne ao uso da expressão “reserva do possível”, que não se confunde, propriamente, com a idéia de “reserva do financeiramente possível”.

Há, nesse ponto, uma clara relação de gênero e espécie. Isso porque a teoria da Reserva do Possível não inclui, apenas, a noção de “recursos escassos”. Fala-se, pois, em todos os eventos materiais ou formais que impedem a concretização dos direitos humanos, especialmente de direitos sociais. Já a reserva do financeiramente possível diz respeito, unicamente, aos recursos financeiros delimitados no orçamento estatal, que impõem uma limitação material<sup>11</sup>.

Observe-se, nesse sentido, a seguinte assertiva de Fernando Borges Mânica<sup>12</sup>:

A teoria da reserva do possível, portanto, tal qual sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação. Entretanto, a interpretação e transposição que se fez de tal teoria, especialmente em solo pátrio, fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa.

Nessa perspectiva, verifica-se uma constante restrição ao real sentido de “reserva do possível”. Essa expressão, em sua amplitude, mostra-se plenamente aceitável em diversas situações, eis que, “por vezes, é impossível dobrar a natureza ou as contingências da vida mesmo em nome dos direitos humanos”<sup>13</sup>.

É com vistas nesse argumento que o autor Anderson Rosa Vaz<sup>14</sup> traz os exemplos abaixo transcritos:

Vejam os seguintes exemplos: se em homenagem ao direito à saúde, o cidadão pleiteia um determinado tratamento médico que ainda não está disponível nem na rede pública nem na rede privada. Ou uma ação pleiteando a distribuição de um medicamento importado que não é mais fabricado. A concretização desse direito invocado é impossível. Está-se, assim, diante de uma reserva do possível. Se para privilegiar o direito à educação pleiteia-se perante o Judiciário que este determine ao Poder Público a construção de escolas, fixando prazo em poucos dias para o cumprimento da obrigação, também se verificará a reserva do possível, já que o Poder Público, por mais que disponha de orçamento, não pode fazer uma escola surgir do nada e funcionar em alguns dias.

Isso, contudo, não quer dizer que, por outro lado, a alegação de escassez de recursos – reserva do financeiramente possível – seja inviável. De fato, o Poder Público, em muitas situações, utiliza-se desse fundamento como escusa à concretização de diversos direitos sociais.

Ocorre que “a escassez, longe de ser uma situação anormal, é a regra”<sup>15</sup>. Com isso, é preciso reconhecer que não há uma infinidade de recursos disponíveis para a atuação do Estado, daí a necessidade de se

---

afirmativas por parte do Estado, da sociedade civil e da sociedade internacional. Essas ações, sabe-se, dependem de recursos orçamentários.” (VAZ, op. cit., p. 39)

11 VAZ, op.cit., p. 40.

12 MÂNICA, op.cit., p. 181.

13 VAZ, op.cit., p. 41.

14 VAZ, op. cit., p. 40.

15 AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 04.

analisar, inclusive, as possibilidades materiais de atuação do Poder Público no caso concreto. Tem-se exigido, para tanto, a demonstração, por parte do ente estatal, do tratamento que o direito social lesado tem recebido, no orçamento, ao longo do tempo, além da comprovação objetiva de sua incapacidade econômico-financeira para gerir, de imediato, aquele comando constitucional.

Destaque-se, quanto a isso, o seguinte trecho extraído da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede da ADPF 45 MC/DF pelo Relator Min. Celso de Mello, em 29.04.2004, a saber:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível”, [...] notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (ADPF 45 MC/DF, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 29.04.2004, DJ 04/05/2004, p.12)

Nota-se, desse modo, que a teoria da Reserva do Possível, mesmo sob a ótica exclusiva de recursos escassos, pode ser invocada pela Administração, desde que respeitados os limites orçamentários e a noção de mínimo existencial<sup>16</sup>.

16 Mostra-se de grande valor a seguinte assertiva de Ana Paula de Barcellos, a saber:

“Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246)

Isso porque, como assevera Anderson Rosa Vaz<sup>17</sup>, um dos pressupostos do Estado de Direito é, justamente, o respeito às disposições orçamentárias<sup>18</sup>. Nesse mister, a simples alegação de falta de recursos, por parte do Estado – se não for acompanhada da devida comprovação de ausência ou insuficiência de previsão orçamentária para determinada despesa –, gerará uma dupla violação, por manifesto desrespeito aos direitos humanos e às normas constitucionais de planejamento orçamentário.

Pode-se exigir, também, do ente estatal, o compromisso de realizar, progressivamente, os direitos sociais questionados, o que se faria, por exemplo, através da fixação obrigatória de certas dotações na peça orçamentária.

Outro limite a se considerar, na análise da reserva do possível, está relacionado com a idéia de “mínimo existencial”. Nesse ponto, verifica-se, de fato, a imposição de limitações financeiras à pessoa estatal. Não se pode, contudo, alegar a escassez de recursos “como argumento vago e fácil para escapar à exigibilidade de cumprimento de determinados compromissos estatais, notadamente aqueles relacionados a prestações sociais, positivas”<sup>19</sup>.

Se o Poder Público, por outra via, comprovar a alegada escassez, não poderá se eximir, mesmo assim, de cumprir os direitos inerentes à noção de mínimo existencial, elemento este essencial à garantia de uma vida digna aos administrados<sup>20</sup>.

Fala-se, inclusive, no reconhecimento de um direito fundamental ao mínimo existencial, de conteúdo variável, concernente às condições intrínsecas à realização nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>21</sup>.

A esse propósito, ressalte-se a posição defendida por Fernando Facury Scaff<sup>22</sup>:

O mínimo existencial não é uma categoria universal. Varia de lugar para lugar, mesmo dentro de um mesmo país. É a combinação de capacidades para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas e culturais que determinará este patamar de mínimo existencial. Não são apenas os aspectos econômicos os principais envolvidos.

A concessão das condições materiais mínimas de existência aos membros da coletividade configura, portanto, obrigação inafastável do ente estatal. Tem-se, assim, um alvo prioritário do qual não poderá o Poder Público se abster, mesmo que não existam recursos financeiros suficientes a ele destinados.

---

17 VAZ, op. cit., p. 39.

18 Nesse mesmo sentido, Fernando Borges Mânica:

“No Estado Social e Democrático de Direito, o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do texto constitucional. Dele depende a concretização dos direitos fundamentais.” (MÂNICA, op. cit. p. 171)

19 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. O Direito ao Mínimo Existencial no Contexto dos Direitos Fundamentais. Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia. Salvador, v.6, n.7, maio 2007, p. 212.

20 Quanto a isso, mostra-se de grande valor a posição adotada pelo autor Gustavo Amaral (op. cit., p. 185), ao versar sobre a noção de mínimo existencial. Segundo ele, há dificuldades manifestas na fixação desse conceito, ainda mais considerando a inexistência de divisões nítidas quanto ao que seria ou não de premente exigibilidade. Reconhecem-se, de fato, os problemas. Há de se ter em mente, entretanto, que a fixação de um mínimo de direitos imediatamente exigíveis goza de considerável importância para aqueles que vivem em total miserabilidade, além de servir como instrumento de pressão diante das tão comuns abstenções dos governantes.

21 VILLAS-BÔAS, op. cit., p. 203.

22 SCAFF, op. cit., p. 217.

Seria possível, ainda, deslocar recursos de áreas menos essenciais com o fito de atender às necessidades primordiais dos cidadãos. Um dos elementos que diferenciam o mínimo existencial dos direitos sociais em geral consiste, justamente, na sujeição à reserva do possível, que existe apenas para estes. Isso decorre, em verdade, da necessidade de alocação de recursos para áreas prioritárias, podendo gerar, inclusive, as chamadas “escolhas trágicas”, que terminam resultando em certas ausências de prestação, verificadas no caso concreto<sup>23</sup>.

Nesse sentido, mais uma vez, Scaff<sup>24</sup>:

Os direitos sociais, também denominados de direitos fundamentais sociais, não possuem correlação com o mínimo existencial, pois se referem a opções de política econômica de cada Estado, não gerando direito público subjetivo à sua obtenção. Além disso, tais direitos estariam limitados em sua implementação pela chamada “reserva do possível”, que possui raízes orçamentárias<sup>25</sup>.

Evidencia-se, pois, que o atendimento às pretensões positivas, decorrentes da necessidade de efetivação dos direitos sociais, demanda o consumo de recursos intrinsecamente escassos, daí os constantes conflitos decorrentes da necessidade de sua alocação<sup>26</sup>. A idéia de “reserva do possível” mostra-se, portanto, pertinente, desde que comprovadas, no caso concreto, as limitações financeiras do Poder Público, não podendo, por isso, ser argüida como escusa à concretização dos direitos sociais.

É preciso definir políticas públicas que visem à máxima efetivação da Constituição Federal, aceitando-se a tese da “escassez de recursos” não como barreira, mas sim como mero reflexo da possibilidade de agir do ente estatal, respeitadas as previsões orçamentárias e o direito fundamental ao mínimo existencial.

### **3. ANÁLISE CRÍTICA DA ESCASSEZ DE RECURSOS E RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL**

A noção de Reserva do Possível, como já aludido, traz, em seu todo significativo, a verificação da possibilidade de agir do Estado, inclusive no que concerne às suas limitações de ordem financeira.

Com isso, a alusão à “escassez de recursos”, bastante utilizada para designar a idéia de “reserva do possível”, deve ser interpretada em seu sentido amplo e, mesmo assim, não corresponderá ao significado completo que exsurge da expressão ora em estudo. É preciso considerar, também, as limitações fáticas, que podem decorrer, por exemplo, de uma simples impossibilidade temporal de realizar, com rapidez, a prestação positiva requerida.

Comprovada a limitação material ou fática, a depender do caso concreto, não haverá responsabilidade do ente estatal por omissão. Contudo, em caso de prestação concernente ao conteúdo mínimo de direitos, exigido em razão da necessidade de garantir uma vida digna aos cidadãos, ou em havendo previsão orçamentária não cumprida – estando também presentes os demais elementos –, configurar-

23 VILLAS-BÔAS, op. cit., p. 213.

24 SCAFF, op. cit., p. 215.

25 Quanto a essa assertiva, vale ressaltar que, de fato, os direitos fundamentais sociais, embora devam ter aplicabilidade imediata, sujeitam-se à reserva do possível, desde que se demonstre a limitação financeira pertinente. Contudo, quando o autor menciona a ausência de correlação existente entre os direitos sociais e o mínimo existencial, entende-se que o tratamento dos mesmos varia em razão da própria essencialidade de cada um. Do ponto de vista material, todavia, há uma forte relação entre essas expressões, já que são os direitos sociais que irão compor a noção de mínimo existencial, de acordo com as exigências de cada sociedade para a configuração de uma vida digna.

26 AMARAL, op.cit., p. 228.

se-á, de pronto, a responsabilização estatal.

Percebe-se, dessa forma, que a inexistência de recursos disponíveis apenas isenta o Poder Público de responsabilidade quando se trata de um direito social não incluso na noção de mínimo existencial e, também, cuja previsão orçamentária seja escassa ou inexistente<sup>27</sup>.

A Teoria da Reserva do Possível pode, então, funcionar como uma limitação da responsabilidade civil do Estado, mas nunca em razão de uma simples presunção. É necessário, pois, a comprovação da real impossibilidade de agir, demonstrada, em caso de escassez de recursos, por meio do próprio orçamento.

Diante do que foi acima explanado, faz-se mister salientar que, verificada a possibilidade de agir do Poder Público, na situação concreta, tem-se, pois, grandes indícios de que haverá responsabilidade por parte do ente estatal.

Ocorre que existem outros requisitos de caráter obrigatório que devem, também, estar presentes, como é o caso do dever de agir específico da Administração, que termina refletindo no elemento subjetivo "culpa", essencial, pois, em caso de omissões estatais. São obrigatórios, ainda, elementos como o ato ou fato administrativo, nexos de causalidade e dano, cuja presença é, em regra, imprescindível para que se possa falar em responsabilidade.

A própria ausência de possibilidade de agir pode retratar, inclusive, uma situação de falta de dever de agir específico por parte do Poder Público. Isso porque, nesses casos, a impossibilidade de atuação do Estado mostra-se tão premente que gera, até mesmo, uma ausência de dever de agir verificada no caso concreto<sup>28</sup>.

Isso pode decorrer, ainda, de situações em que há, de fato, recursos disponíveis. Contudo, nessas ocasiões, não se recomenda o uso de verbas públicas, tendo em vista as atividades prioritárias fixadas pela Administração.

Fica evidente, dessa forma, que o conteúdo da expressão "reserva do possível" não envolve, portanto, apenas a idéia de recursos financeiros escassos, podendo tratar, também, de limitações formais ou materiais de outra natureza.

A esse propósito, destaque-se o entendimento sufragado pelo autor Saulo José Casali Bahia<sup>29</sup>, in verbis:

Pode ser que, ainda, os recursos existam. Contudo, diante da sua escassez, devam ser empregados em outras atividades prioritárias. Neste último caso, podemos dizer que a impossibilidade confunde-se com a ausência de dever de agir, pois não se vai exigir, por exemplo, que o Estado crie escolas para deficientes físicos quando não há escolas sequer para crianças normais, que possam incluir no seu quadro de alunos referidos deficientes. Não há o dever porque não se vai imaginar que um Estado de orçamento deficitário, como o nosso, francamente violador da lei clássica do equilíbrio orçamentário, priorize construir escolas especiais ao invés de construir novas escolas ou recuperar as já existentes (o que significaria, inclusive, economia de custos).

27 Sobre esse aspecto, disserta Fernando Borges Mânica:

"[...] a teoria da reserva do possível também tem sido interpretada como limitação à efetivação de direitos fundamentais sociais em face da incapacidade jurídica do Estado em dispor de recursos para a efetivação do direito. Inexistindo previsão orçamentária específica, estaria obstruída a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais." (MÂNICA, op. cit. p. 183)

28 BAHIA, Saulo José Casali. Responsabilidade Civil do Estado. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 36.

29 BAHIA, op.cit., p.36.

Outro importante questionamento gira em torno da ideia de “expectativa razoável”<sup>30</sup>, colocada por muitos autores como elemento intrínseco à noção de “reserva do possível”. De fato, prevalece a verificação da existência de recursos, notadamente de recursos financeiros, para o cumprimento da prestação buscada. É preciso antever, contudo, a noção de “expectativa razoável” sob o prisma da razoabilidade da reivindicação, no que tange à efetivação dos direitos sociais.

Trata-se da busca pela racionalidade das expectativas, que apenas poderá ser verificada no caso concreto, mostrando-se que é preciso perquirir a possibilidade de agir do ente estatal em uma perspectiva fática, e não apenas financeira.

*“Isso significa que pretensões deduzidas perante o Poder Judiciário deverão ser analisadas mediante a ponderação de bens, com base no critério da proporcionalidade.”*<sup>31</sup> Daí se falar que a racionalidade econômica – atinente à limitação de recursos e sua disposição – deve ser incorporada à racionalidade fática do juiz, inerente à própria análise do caso concreto<sup>32</sup>.

Nesse mesmo sentido, Saulo José Casali Bahia<sup>33</sup>:

Quando se fala em falta de recursos disponíveis, quer-se reportar à inexistência destes recursos ou à ausência de meios materiais-financeiros para gastar com a aquisição destes recursos, seja absoluta, seja relativa, na medida em que não se iria exigir da Administração que deixasse de lado investimentos prioritários em prol da prevenção de certos danos. Neste campo, grande papel possui a equidade do juiz, único instrumento, muitas vezes, para definir em que momento poder-se-á falar em defectibilidade do serviço, verdadeiramente culposa, apta a atrair responsabilidade civil ao Estado.

*“É, pois, dever do Magistrado atentar às limitações não só jurídicas, como também às fáticas, à realização dos direitos de proteção do indivíduo frente ao Estado, e ponderar [...] as políticas públicas traçadas pela coletividade.”*<sup>34</sup> Recai-se, assim, em outra importante discussão acerca da possibilidade de interferência do Poder Judiciário nas escolhas feitas pela Administração quanto à alocação de recursos.

Muito se defende, nesse ponto, que não podem os magistrados interferir na atividade discricionária do administrador, “tanto no momento da elaboração das leis orçamentárias, cuja iniciativa no Brasil é privativa do Poder Executivo, quanto no momento da execução do orçamento”<sup>35</sup>.

Observe-se, quanto a isso, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECITOS COMINATÓRIOS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE - NÃO CABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS PRIORIDADES ORÇAMENTÁRIAS DO MUNICÍPIO - CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM DE AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS DE REALIZAÇÃO DA OBRA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 07/STJ - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL AFASTADA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS DO ECA APONTADOS COMO

30 A referida expressão foi inaugurada pelo Tribunal Constitucional alemão, quando fez menção, pela primeira vez, à “reserva do possível”. Discutia-se, ademais, o aumento do número de vagas em universidade germânica, mas o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva encontrava-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo poderia esperar, de maneira racional, da sociedade.

31 MÂNICA, op. cit., p. 184.

32 MÂNICA, op. cit., p. 184.

33 BAHIA, op. cit., p. 111.

34 PISCITELLI, Rui Magalhães. A dignidade da pessoa e os limites a ela impostos pela reserva do possível. *Ciência Jurídica*. São Paulo, n. 134, mar./abr. 2007, p. 62.

35 MÂNICA, op. cit., p. 173.

VIOLADOS. Requer o Ministério Público do Estado do Paraná, autor da ação civil pública, seja determinado ao Município de Cambará/PR que destine um imóvel para a instalação de um abrigo para menores carentes, com recursos materiais e humanos essenciais, e elabore programas de proteção às crianças e aos adolescentes em regime de abrigo. Na lição de Hely Lopes Meirelles, “só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei – de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo”. Dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada. (REsp 208893/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 19/12/2003, DJ 22/03/2004, p. 263)

As decisões sobre a alocação de recursos são, de fato, eminentemente políticas. É preciso levar em consideração, contudo, as múltiplas necessidades e diversos valores sociais, ponderando o grau de essencialidade da pretensão frente à situação fática.

Isso é, sem dúvida, uma atribuição do administrador que, embora atue, nesse caso, com certa dose de discricionariedade – mediante avaliação da oportunidade e conveniência de sua decisão –, pode estar sujeito a controle, com fulcro em certos princípios constitucionais como proporcionalidade, razoabilidade, moralidade e motivação.

Colhe-se, nesse ponto, da lição de José Roberto Pimenta Oliveira<sup>36</sup>:

A razoabilidade atua como um limite interno da discricionariedade, no sentido de ser um dos fatores que condicionam a própria escolha entre os possíveis indiferentes legais, catalogados in abstracto na norma de competência, impondo a rejeição a certa ou certas alternativas autorizadas pelo marco normativo [...].

No controle dos conceitos jurídicos indeterminados, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são vetores inafastáveis da atividade hermenêutica exigida na concretização do conceito em cada situação fático-jurídica, visando ao equilíbrio e realização dos valores jurídicos que buscam operar com sua presença na linguagem normativa. Da mesma forma, tais princípios são fundamentais no controle da margem de autonomia administrativa decisória verificada quanto à forma, oportunidade, conveniência e conteúdo da ação no exercício das competências administrativas.

Nesse mesmo sentido, o julgado a seguir:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - MILITAR - SARGENTO DO QUADRO COMPLEMENTAR DA AERONÁUTICA - INGRESSO E PROMOÇÃO NO QUADRO REGULAR DO CORPO DE PESSOAL GRADUADO - ESTÁGIO PROBATÓRIO NÃO CONVOCADO - CONDIÇÃO “SINE QUA NON” - APLICAÇÃO DO ART. 49 DO DECRETO N° 68.951/71 - RECURSO ESPECIAL - LIMITAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE - MORALIDADE PÚBLICA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. A discricionariedade atribuída ao Administrador deve ser usada com parcimônia e de acordo com os princípios da moralidade pública, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de desvirtuamento. [...] 3. Decisões desse quilate não podem ser imotivadas. Mesmo o ato decorrente do exercício do poder discricionário do administrador deve ser fundamentado, sob pena de invalidade. 4. A diferença entre atos oriundos do poder vinculado e do poder discricionário está na possibilidade de escolha, inobstante, ambos tenham de ser fundamentados. O que é discricionário é o poder do administrador. O ato administrativo é

36 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 363.

sempre vinculado, sob pena de invalidez. (REsp 79761/DF, Relator Min. Anselmo Santiago, Sexta Turma, julgado em 29.04.1997, DJ 09.06.1997, p. 25574)

Há, nessas situações, controle quanto à legitimidade do ato. Ingressa-se, portanto, na análise da decisão administrativa, unicamente, para avaliar se determinada conduta favorece os interesses da sociedade, reputando-se legítima ou não<sup>37</sup>.

Faz-se mister considerar, ademais, o caráter especial das verbas em cuidado, pois estão voltadas para a efetivação de direitos humanos – intrinsecamente indisponíveis –, daí não se falar em lesão à independência do Executivo.

Por outro lado, é preciso ressaltar a natureza instrumental do princípio da separação dos poderes. “Sua formulação derivou da percepção histórica de que o poder concentrado, sem controle, tende sempre a ser exercido de forma abusiva, arbitrária ou caprichosa, em detrimento daqueles que lhe estão subordinados”<sup>38</sup>.

Pode-se dizer, com isso, que um dos fundamentos de sua criação foi, justamente, a garantia dos direitos fundamentais e, por conseguinte, da própria dignidade da pessoa humana. Em assim sendo, não faz sentido interpretar o aludido princípio contra o seu próprio fim, mantendo, sob o pretexto de respeitá-lo, situações de manifesta violação aos direitos fundamentais<sup>39</sup>.

Daí resulta, contudo, um outro problema quanto à extensão da legitimidade do Judiciário para intervir em decisões alocativas. Nesse ponto, resta evidente que não podem os magistrados solucionar essas questões com fulcro em sua exclusiva convicção, nem, muito menos, fixar políticas públicas, sob pena de haver, aí sim, uma frontal violação à separação dos poderes<sup>40</sup>.

Diante dessa perplexidade, mister se faz considerar os limites já apontados como fundamentos para a abstenção do Poder Público em realizar prestações positivas. Diz-se, portanto, que poderá o Judiciário intervir, nas decisões atinentes à alocação de recursos, sempre que estiver envolvido o direito ao mínimo existencial ou, por outro lado, quando não forem respeitados os limites previstos no orçamento para certas despesas. Afinal, a destinação dos recursos públicos é matéria de grande importância para os Estados contemporâneos. Não deve, pois, ficar imune a qualquer controle judicial<sup>41</sup>.

Em assim fazendo, estar-se-á adotando uma interpretação com base nos próprios direitos fundamentais, sem, contudo, desconsiderar as limitações financeiras do ente estatal e a própria separação de poderes. Nessa perspectiva, mostra-se de grande valor o seguinte trecho da decisão proferida pelo ilustre Ministro Luiz Fux, em sede do REsp 811608/RS, julgado em 15.05.2007, a saber:

37 O autor Gustavo Amaral, ao tratar das decisões alocativas, comenta a falta de legitimidade de certas ações governamentais, fundamentadas com base no caráter discricionário de algumas atividades, a saber:

“Nesses casos, os magistrados viam-se na difícil situação de serem confrontados com a possibilidade de negar remédios indispensáveis à sobrevivência não de “alguém”, mas de uma pessoa com nome, sobrenome, identidade e inscrição no cadastro das pessoas físicas. Do outro lado, encontrava-se o Poder Público, com recursos sabidamente mal empregados e, algumas vezes, defendido em juízo com argumentos que soavam insignificantes ante uma vida humana determinada, como, por exemplo, tratar-se de matéria incluída na discricionariedade administrativa [...]” (AMARAL, op. cit., p. 24)

38 BARCELLOS, op. cit., p. 215.

39 BARCELLOS, op. cit., p. 230.

40 BARCELLOS, op. cit., p. 232.

41 MORO, Sérgio Fernando. Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 100.

A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da “reserva do possível”. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. (REsp 811608/ RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.05.2007, DJ 04.06.2007, p. 314)

#### 4. CONCLUSÃO

Cabe, portanto, ao Poder Judiciário fazer as devidas ponderações acerca do grau de essencialidade da pretensão, em função da previsão orçamentária, da excepcionalidade da situação e do próprio mínimo existencial.

Isso será válido tanto para as decisões alocativas quanto para a aceitação, ou não, da reserva do possível como fundamento para as abstenções estatais. Ressalte-se, ademais, que, estando presentes os elementos configuradores da responsabilidade estatal por omissão – em especial o dever de agir específico do Poder Público e a sua possibilidade de agir –, não poderá o magistrado se furtar a responsabilizá-lo.

O atendimento a pretensões positivas demanda recursos materiais verdadeiramente escassos. É preciso, por isso, avaliar as diversas necessidades públicas, buscando realizar, com fulcro na noção de mínimo existencial e das previsões orçamentárias, aqueles direitos cuja concretização mostrar-se premente.

A escassez de recursos apresenta-se, de fato, como um elemento limitativo da responsabilidade estatal por omissão. Deve-se, contudo, compreendê-la, também, como instrumento de política pública, exigindo-se do Estado a efetivação progressiva dos direitos fundamentais sociais.

#### REFERÊNCIAS

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

BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 811608/RS**, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.05.2007, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 04 jun. 2007, p. 314.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 208893/PR**, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 19.12.2003, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 22 mar. 2004, p. 263.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 79761/DF**, Rel. Min. Anselmo Santiago, Sexta Turma, julgado em 29.04.1997, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 09 jun. 1997, p. 25574.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC/DF**, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 29.04.2004,

Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 04 mai. 2004, p.12.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **Controle da constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos.** Curitiba: Juruá, 2001.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas.** Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, n. 1, abr./jun. 2003.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2006.

PISCITELLI, Rui Magalhães. **A dignidade da pessoa e os limites a ela impostos pela reserva do possível.** Ciência Jurídica. São Paulo, n. 134, mar./abr. 2007.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos.** Interesse Público. Porto Alegre, n. 32, jul./ago. 2005.

VAZ, Anderson Rosa. **A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n.61, out./dez. 2007.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **O Direito ao Mínimo Existencial no Contexto dos Direitos Fundamentais.** Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia. Salvador, v.6, n.7, maio 2007, p. 202-224.