

A RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL E SEUS PARADIGMAS

José Cláudio Carneiro Filho¹

RESUMO

O presente artigo dispõe sobre a reserva do possível, num contexto sócio-constitucional luso-brasileiro, refletindo sobre dois paradigmas que a envolvem: 1) apenas os direitos sociais, econômicos e culturais possuem custos (e portanto são afetados pela reserva do possível); e 2) o controle jurisdicional sobre as políticas públicas, com alterações orçamentárias, gera um caos insuperável.

Palavras-chave : *Reserva do Possível. Custos dos Direitos. Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Direitos de Liberdade. Controle Jurisdicional. Ativismo do Judiciário. Direito Brasileiro. Direito Português.*

ABSTRACT

This paper approaches the reserve of the possibilities, in a portuguese-brazilian socio-constitutional context and it reflects on two paradigms that involve it: 1) only social, economic and cultural rights have costs (and thus are affected by the reserve of the possibilities) and 2) judicial review of policies, with budgetary alterations, generates a insuperable chaos.

Keywords : *Reserve of Possibilities. Costs of Rights. Constitutional Rights. Social Rights. Liberal Rights. Judicial Review. Judicial Activism. Brazilian Law. Portuguese Law.*

Sumário: 1 – Introdução; 2 – A reserva do financeiramente possível; 2.1 – Conceito de Reserva do Financeiramente Possível; 2.2 – O mito da reserva do possível como fator diferenciador dos direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais; 2.3 – O mito do colapso orçamentário causado pelo ativismo judicial; 3 – Conclusões; 4 – Referências.

1 - Introdução

Na atualidade jurídico-social, identificamos uma constante mutação e readequação das funções do Estado perante a sociedade e os indivíduos, bem como significativas mudanças no aspecto da divisão e separação de poderes estatais^{2 3}. Um dos principais pontos, repleto de dúvidas e polêmicas, se refere à relação entre o Legislativo e o Judiciário, principalmente em se tratando de direitos a prestações estatais.

Questiona-se em que medida o Judiciário poderia controlar as opções políticas do Legislativo. Ainda, alguns sugerem que nessa área sindicada não haveria opção política, mas sim uma vinculação a normas constitucionais⁴. Ou seja, poder-se-ia falar que “as escolhas em

¹ Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Especialista em Direito Processual Civil pela PUCPR, Especialista em Direito Administrativo pelo IDRFB e Especialista em Direito Público pela Universidade de Lisboa. Consultor jurídico e professor da Faculdade de Direito OPET.

² Neste artigo utilizaremos a palavra “Poder”, por sua incorporação em toda a construção doutrinária, não obstante tecnicamente tratem-se de “órgãos estatais independentes”, e não propriamente “Poderes do Estado”.

³ NOVAIS, J. R. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**, Coimbra : Coimbra Editora, 2004, p. 34. A esse respeito, conferir também a seguinte obra do mesmo autor: **Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República : simultaneamente um comentário ao Acórdão nº 1/97 do Tribunal Constitucional**, Lisboa : Lex, 1997.

⁴ Sobre o tema, recomendamos a leitura de CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000; e PIOVESAN, F. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais,

matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas de estatura constitucional⁵. Essa questão manifesta-se em três campos⁶ (em controle abstrato ou concreto, o que se traduziria portanto em seis aspectos distintos): 1) o Tribunal analisa uma lei que oferta um benefício, o qual, pelo princípio da igualdade, deveria ser estendido a mais categorias (omissão parcial); 2) o Tribunal se debruça sobre uma omissão total por parte do Legislador em concretizar norma constitucional; ou, 3) o Tribunal depara-se com lei restritiva, que altera ou aniquila um benefício anteriormente cedido pelo legislador ordinário⁷.

De um lado, parece evidente que a legitimidade democrática conferida ao Parlamento faz dele o Poder adequado para realizar as escolhas políticas a respeito das prestações que o Estado realizará⁸. De outro, ao Judiciário cabe conferir e garantir o cumprimento das normas constitucionais, dentre as quais os direitos prestacionais⁹. Assim, debate-se até que ponto o Judiciário poderia legitimamente interferir de maneira ativa na produção legislativa¹⁰.

2003). Na seara portuguesa, por todos, recomendamos a monografia de SILVA, J. P. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas : contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão**, Lisboa : Universidade Católica, 2003).

⁵ BARCELLOS, A. P. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 117.

⁶ Sendo que cada um pode justificar uma competência de controle maior ou menor.

⁷ Esta atuação judicial seria menos lesiva do que as duas anteriores, pois não haveria construção de norma, mas sim a manutenção da anterior, impedindo uma modificação legislativa. Porém, haveria ainda a problemática da reserva do possível, pois o fato de um dia o Estado possuir recursos para determinada atividade não significa que eternamente o possuirá, ou mesmo irá preferir este e preterir outros. De qualquer forma, este aspecto não será trabalhado neste artigo, pois se refere a um “direito negativo”, ou, em melhores palavras, um direito a omissão estatal. Como se sabe, não obstante os direitos sociais revestirem normalmente conteúdo de “direitos positivos” (prestacionais, obrigações de fazer ou dar por parte do Estado), também se encontram na condição de “direitos negativos” (sobre esta condição, ver BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**, tradução de Carlos Bernal Pulido, Colômbia : Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 114-115).

⁸ Para Vieira de Andrade, o conteúdo dos direitos sociais “depende de opções próprias do *legislador* ordinário, ao qual se deve entender que foi delegado, por razões técnicas ou políticas, um poder de conformação *autónoma*, nessa medida sujeito a um controle *atenuado* pelos tribunais”, relacionado, segundo o autor, a apenas um *mínimo* (**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3ª edição (reimpressão da edição de 2004), Coimbra : Almedina, 2006, p. 392).

⁹ Ao tratar da matéria, Emerson Garcia afirma que a contemplação dos direitos sociais na própria Constituição [o que ocorre tanto na Carta brasileira quanto na portuguesa] retira um irrestrito poder de decisão das maiorias democráticas, permitindo aos juízes decidir se tais direitos devem ser reconhecidos (**Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais**, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, XLVI, nº2, Coimbra : Coimbra Editora, 2007, p. 978).

¹⁰ Nesse e em outros pontos se confrontam as correntes doutrinárias que buscam avaliar a natureza vinculativa das normas constitucionais perante os poderes estatais, dividindo-se basicamente em duas grandes posições: teoria processual-procedimental e teoria material-substantiva. Para uma apertada síntese sobre essa matéria, conferir STRECK, L. L. **A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais sociais em *terrae brasiliis***, in Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº4, jul./dez., 2004, p. 280 e ss. Apesar de não adentrarmos nesse âmbito de discussão no presente artigo, por total incapacidade de tratá-lo com a devida atenção nas poucas laudas que o formam, adiantamos que nos parece mais adequada a ponderação de Leite Sampaio, para quem em verdade não se pode confiar a interpretação constitucional a nenhum dos dois extremos,

Em se tratando de direitos negativos, a discussão é minorada, pois basta que o Judiciário exerça o controle afirmando que determinada lei é inconstitucional, afastando sua aplicabilidade. Porém, no que toca a direitos positivos (prestacionais), o Judiciário não se limita a retirar o efeito de determinada norma, mas sim “cria norma”, atuando perante uma omissão legislativa (total ou parcial) e não perante uma ação¹¹.

Não obstante a ciência de que se faz necessário um controle das omissões legislativas, questões de legitimidade e competência técnica desfilam incansáveis nos discursos contrários à interferência judiciária¹², a qual pode se dar diretamente (produzindo uma decisão com efeito *erga omnes*, num julgamento abstrato de constitucionalidade), ou indiretamente (ao se condenar, no caso concreto e individual, o Poder Executivo a prestar um serviço que não foi previsto pelo Legislativo – seja na estruturação, seja no orçamento), produzindo “norma” apenas para o caso em julgamento.

No presente estudo, nos ocuparemos de um dos aspectos que reforça a competência legislativa e inibe o controle judiciário, qual seja o da reserva do financeiramente possível¹³. O Estado não possui recursos suficientes para ofertar todas as prestações relacionadas como direitos fundamentais sociais, devendo eleger aquelas que julga mais pertinentes de acordo com as condições do momento¹⁴. Por isso, existirão beneficiados e existirão preteridos¹⁵.

devendo buscar uma simbiose entre as concepções (**A Constituição reinventada**, Belo Horizonte : Del Rey, 2002, p. 19 e ss).

¹¹ Emerson Garcia ressalta que, “contrariamente ao que se verifica em relação aos direitos negativos, é complexa a efetivação das decisões que imponham um atuar positivo, especialmente por serem os recursos públicos sabidamente limitados, por caber ao legislador a escolha dos projetos prioritários e pelo risco de os tribunais se tornarem administradores, adotando decisões burocráticas para as quais não estariam devidamente estruturados” (**Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais**, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, XLVI, nº2, Coimbra : Coimbra Editora, 2007, p. 991).

¹² Pois em determinados temas “apenas a luta política, observadas as regras do jogo democrático”, poderá ser eficaz e constitucionalmente adequada (CLÈVE. C. M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 385).

¹³ Luciano Benetti Timm, atento à doutrina norte-americana, traz uma abordagem que relaciona as ciências jurídica e econômica. Um dos motivos que o autor ressalta para a necessidade de um diálogo entre o Direito e a Economia, e que nos interessa neste artigo, é que “a Ciência Econômica preocupa-se com a eficiência no manejo dos recursos sociais escassos para atender ilimitadas necessidades humanas – que é um problema-chave quando se falam de direitos sociais ou mais genericamente fundamentais”. Antecipa-se às críticas, dizendo que “normalmente o problema apontado para os juristas frente à Economia, é que ela rejeitaria a noção de justiça, a qual, por sua vez, seria a preocupação do Direito. No entanto. Se pensarmos que a ineficiência provoca desperdícios em uma sociedade, certamente não seria justo que os recursos da sociedade fossem gastos sem maximizar a sua utilização social” (**Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 57). Recorde-se que a eficiência é princípio expresso na Constituição brasileira (artigo 37), vinculando a função pública, não sendo apenas “um jargão da economia”.

¹⁴ Após o fracasso do Estado-providência, cabe agora ao Poder Público (sem se esquivar de suas finalidades e funções ou pretender um retorno ao liberalismo ultrapassado) tentar “moderar os excessos da regulamentação e obviar a sua incapacidade financeira para concentrar a satisfação de tantas e tão dispersas e onerosas

Em algumas situações, a determinação judicial comprometerá o traçado orçamentário realizado pelo Legislador, incluindo novas despesas¹⁶. Essa interferência, na maioria das vezes, significará a necessidade de relocação de verbas, retirando-se de outros setores para poder compor aquele inflado pelo Judiciário. Isso é prejudicial à separação de poderes, pois, se existem dois caminhos válidos para o investimento público, cabe ao Legislativo¹⁷ optar (sua função primordial), e não ao Judiciário¹⁸, que sequer compreende, muitas vezes, o complexo mundo orçamentário e suas variantes não só contábeis, mas também políticas¹⁹.

Nossa preocupação nesse estudo (que se divide em dois artigos²⁰) será ofertar indicativos para se definir uma constitucional reserva do financeiramente possível, bem como

necessidades colectivas” (SOUSA, M. R. ; ALEXANDRINO, J. M. **Constituição da República Portuguesa : comentada : introdução teórica e histórica: anotações : doutrina e jurisprudência : lei do tribunal constitucional**, Lisboa : Lex, 2000, p. 12).

¹⁵ “A escassez de recursos exige que o Estado faça escolhas, o que pressupõe preferências e que, por sua vez, pressupõe preteridos. O grande debate que a exigibilidade judicial dos direitos sociais suscita é a possibilidade daqueles que foram preteridos buscarem, por meio do poder Judiciário, a tutela de seus direitos, e se este poder teria legitimidade democrática, competência constitucional e formação técnica para realizar esta tarefa” (WANG, D. W. L. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, In eScholarship Repository, University of Califórnia. Disponível em <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050207-16>. Acesso em: 10 de maio de 2008).

¹⁶ Recomendamos BITTENCOURT, F. M. R. ; GRAÇA, L. O. B. **Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 217-263. Em suas conclusões, os autores indicam que a influência das decisões judiciais individuais nas finanças públicas brasileiras é disseminada e crescente, atingindo hoje um grau de ativismo e modificação próximo ao empregado pelo Legislativo quando da discussão/aprovação do projeto de orçamento enviado pelo Executivo. O percentual do orçamento comprometido com decisões judiciais é superior do que a verba total de muitos Ministérios, como o dos Transportes, do Meio Ambiente, da Agricultura ou da Ciência e Tecnologia. Esses dados trazidos por citados autores devem ser analisados com cuidado. Imaginamos que não se pode, preconceitualmente, afastar a intervenção judicial com base nos mesmos (afinal, talvez o problema esteja justamente na má elaboração do orçamento pelos órgãos públicos, leia-se inconstitucional escolha de prioridades). Apenas, esses dados sugerem que o problema deve ser identificado e a solução será uma maior seriedade dos órgãos políticos ao estabelecer as prioridades, ou uma menor usurpação por parte do Judiciário ao pretender fazer as vezes de autoridade democraticamente eleita.

¹⁷ E ao Executivo, na função política de aplicação das verbas públicas dentro da discricionariedade que lhe cabe.

¹⁸ Reis Novais, ao se referir à judiciabilidade dos direitos sociais “mesmo na ausência de suficiente determinação prévia do conteúdo da prestação e da garantia de sua previsão orçamental por parte do legislador”, considera que, “dada a escassez de recursos e a necessidade de fazer opções e estabelecer prioridades”, estar-se-ia conferindo de maneira ilegítima aos Tribunais (em especial ao Constitucional) um poder de definição das dotações orçamentárias, em evidente usurpação do poder institucional, democrático e político do parlamentar (**Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 295).

¹⁹ “O Poder Judiciário, porque preso a um processo judicial (e de seus princípios, como a demanda, o contraditório, a ampla defesa), não pode fazer planejamento, que deve ser a base das políticas públicas, como já defendido, pois esta permite visualizar objetivos, prever comportamentos e definir metas. Somente um planejamento sério, que envolva profissionais da área, de administração, economia e contabilidade, poderá permitir eficiência no emprego de recursos públicos (ou seja, como já dito, atingindo um maior número de pessoas com o mesmo recurso proveniente de tributação)” (TIMM, L. B. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 64).

²⁰ **A reserva do financeiramente possível e seus paradigmas**, desta edição, e **Reserva do financeiramente possível – limites e ônus da prova**, a ser publicado na próxima edição desta Revista.

o procedimento (ônus da prova) para demonstrá-la. E a importância disso se traduz na necessidade de conferir a máxima eficácia possível das normas constitucionais relativas a direitos fundamentais prestacionais, mas de acordo com as reais evoluções e possibilidades do Estado e da sociedade.

A respeito da reserva do financeiramente possível, cremos que sua utilização na atualidade se dá com certa leviandade por muitos setores públicos (do Legislativo e Executivo), para justificarem suas omissões²¹. Isso acarreta duas situações igualmente inaceitáveis: ou 1) a reserva do financeiramente possível acaba por permitir omissões inconstitucionais, que deveriam ser controladas pelo Judiciário, mas que por uma maquiagem se passam por intocáveis; ou 2) apresentam-se com descrédito inaugural, por conta de um preconceito enraizado no Judiciário, que desde logo ignora qualquer argumento nesse sentido, por julgar tratar-se sempre de mera artimanha²².

Por essa razão, para se evitar a permanência em um ou outro extremo (pois julgamos pertinente e válida a mencionada reserva), pretendemos afastar dois mitos que circundam este tema. Em um segundo artigo (*Reserva do financeiramente possível – limites e ônus da prova*, a ser publicado na próxima edição desta Revista), mais conclusivo, traçaremos alguns fundamentos para identificarmos os limites da reserva do possível, e sua forma de utilização no contexto político-jurisdicional (inclusive no que se relaciona ao ônus da prova).

Limitando o objeto, será analisada a reserva do financeiramente possível em relação aos direitos positivos (onde por evidência a separação de poderes é mais magoada quando da intervenção judicial no âmbito assegurado ao Legislador²³), com foco especial nos direitos sociais²⁴ (não obstante as conclusões serem em sua maioria, ou totalidade, igualmente válidas aos demais). O espaço sócio-econômico e constitucional que será por nós analisado é

²¹ É este também o entendimento de Ingo Sarlet, para quem “as limitações da reserva do possível não são uma falácia, mas tem sido falaciosa a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social” (**A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8ª edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007, p. 381).

²² O Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, ao se referir sobre o argumento da escassez de recursos, diz que se encontra “a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga” (decisão de 26.03.04 no RE nº401673-SP).

²³ Andreas Krell, no entanto, sugere que “o vetusto princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servir ao seu escopo original de garantir direitos fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a *omissão* estatal (**Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**, in Revista de Informação Legislativa, ano 36 nº144 out./dez., Brasília, 1999, p. 252-253).

²⁴ Em um sentido estrito, diverso daquele adotado por Jorge Miranda, para quem o termo “direitos sociais” abarcaria descritivamente os “direitos econômicos, sociais e culturais” (**Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**, 3ª edição, Coimbra : Coimbra Editora, 2000, p. 100).

composto por Brasil e Portugal. Não obstante trazerem alguma realidade social distinta (o que foi observado), os modelos constitucionais são bastante semelhantes, podendo no geral serem tratados de maneira unitária no decorrer do trabalho²⁵.

2 – A reserva do financeiramente possível

As constituições Brasileira e Portuguesa trazem extensa lista de direitos fundamentais sociais, ficando a cargo do Legislador a sua concretização²⁶.

Entretanto, é fácil notar que os alegados direitos e a gama de necessitados são infinitamente maiores do que os recursos disponíveis ao Estado²⁷. Por conseguinte, não obstante os direitos fundamentais se encontrarem no topo de prioridades do moderno Estado Democrático de Direito – ou, atualmente, Estado de Direitos Fundamentais²⁸ – devemos atentar para a realidade econômica e orçamentária do Estado em questão²⁹, pois os direitos têm custos³⁰.

²⁵ É de se destacar que a Constituição brasileira prevê a figura do Mandado de Injunção, que seria um diferencial perante o modelo português, que prevê tão somente a ação de inconstitucionalidade por omissão.

²⁶ Vieira de Andrade entende que “não é lícito reduzir o poder de conformação do legislador a uma discricionariedade em sentido técnico. A Constituição não deve ser vista como uma lei, pois não pode ter, pela sua vocação ascética de intemporalidade, o mesmo apetite regulamentador; a função político-administrativa é demasiado complexa e aventurosa para poder ser subjugada e degradada a uma tacanhez administrativa, tal como não pode, pela sua legitimidade representativa, estar sujeita a oráculos judiciais; e, por seu lado, as forças vivas de uma comunidade não se resignam (senão, quando muito, transitoriamente) a cumprir com subserviência um destino legado em testamento, muitas vezes elaborado em época de euforia utopista”. (**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3ª edição (reimpressão da edição de 2004), Coimbra : Almedina, 2006, p. 219-220).

²⁷ “Visto que não se poderia requisitar ilimitadamente os bens dos cidadãos nem impor-lhes impostos ou tributos a não ser segundo seu consentimento, a contra-partida natural do sistema seria a definição de limites de gastos” (LOPES, J. R. L. **Em torno da ‘reserva do possível’**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). *Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 179). Assim, “para satisfacer los derechos sociales fundamentales, lo que hace el Estado sólo es distribuir sólo aquellos recursos que, en forma de tasas e impuestos, obtiene de otros individuos. Esto significa que los límites de la capacidad prestacional del Estado, muchas veces mencionados, resultan no sólo de los bienes de que se dispone para distribuir, sino esencialmente de aquello que el Estado puede tomar de los propietarios de estos bienes para fines distributivos sin lesionar sus derechos fundamentales” (ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, tradução de Carlos Bernal Pulido, 2ª edição, Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 453).

²⁸ SILVA, R. P. **A Teoria dos Direitos Fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual**, in *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Volume 13, nº2, Montevideo : Fundação Konrad Adenauer, 2007, p. 553.

²⁹ WEINGARTNER NETO, J. ; VIZZOTTO, V. D. **Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia**, in SARLET, I. W.;TIMM, L. B. (orgs). *Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 295.

³⁰ Destaque-se que “numa economia capitalista e monetizada tudo passa a ter um preço para disponibilização e para utilização das pessoas. Portanto, mesmo que o constituinte entenda que exista um serviço público que deva ser prestado pelo Estado ou por alguma entidade privada que sirva como sua concessionária ou permissionária, em razão da sua essencialidade, ou alguma forma de assistência social pela concessão de bolsas ou rendimentos, este serviço custará um preço e este preço terá que ser pago em moeda (aos fornecedores, servidores, etc). De modo que a realização de direitos sociais (como quaisquer outros) – via serviços públicos e políticas assistenciais – tem um custo, o qual será suportado pelo recolhimento de tributos e de contribuições sociais” (TIMM, L. B. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?**,

Assim, a princípio, diz-se que ao Legislador, democraticamente eleito para tanto, cabe a ponderação sobre quais setores deverão ser primordialmente garantidos³¹. Essa escolha acarreta um prejuízo aos demais direitos sociais, menos ou nada agraciados com as prestações do Estado³², que não se realizam (naquele momento) por ausência de recursos (materiais, humanos e financeiros)³³. Como bem ensina Vieira de Andrade, os direitos prestacionais não podem ser visualizados de maneira egoística e individual, mas sim num contexto social, justamente porque o conteúdo concreto desses direitos resta na dependência dos recursos sociais existentes, sendo fruto de determinadas opções políticas, por vezes conjunturais. Nessa linha, “enquanto direitos de quota-parte, estão especialmente condicionados pela sua disponibilidade pelos poderes públicos, pela riqueza social a distribuir e pelas decisões colectivas de distribuição”. Conclui o autor afirmando que não se tratam apenas de direitos limitados ou limitáveis por uma função social, mas sim “direitos sob reserva de possibilidade social”³⁴.

Tendo em mente essa função prioritária do Legislador, é evidente que uma condenação judicial que interfira no plano orçamentário do Estado normalmente acarreta uma necessidade de desproteger outro direito anteriormente tutelado³⁵. Nesse sentido, deverá o Juiz ter em mente o que se colocou na decisão do Tribunal Constitucional Alemão (a qual

in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 60).

³¹ As constituições brasileira e portuguesa não apontam, de maneira geral, quais políticas públicas devem ser implementadas em cada momento, de que forma, em que grau. Por isso a interpretação é deslocada para “os agentes públicos em geral e pela sociedade como um todo, tendo em conta sua compreensão política, ideológica ou filosófica do que significa o texto constitucional”. Neste sentido o controle jurisdicional da seara política recebe fortes críticas (referindo-se ao sistema brasileiro: BARCELLOS, A. P. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 118).

³² Conforme Gomes Canotilho, não podemos analisar a questão dos direitos fundamentais sociais prestacionais apenas a partir da ótica dos cidadãos deles carentes, devendo fazê-lo também a partir da ótica do Estado Democrático de Direito, “responsável por uma equitativa administração de recursos escassos” (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição (4ª reimpressão da edição de 2003), Coimbra : Almedina, p. 732). Pretender conferir plena operatividade a todos os direitos econômicos, sociais e culturais seria “querer fazer tudo ao mesmo tempo e nada conseguir”, acarretando uma inutilização dos comandos constitucionais, por uma razão básica de impossibilidade financeira (MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**, 3ª edição, Coimbra : Coimbra Editora, 2000, p. 393). Entretanto, na concepção do autor, deve ser resguardado o conteúdo essencial de cada direito fundamental, podendo o legislador ponderar sobre o tempo e modo apenas em relação ao que estiver além desse núcleo.

³³ É a idéia de *trade-off* do direito norte-americano (AMARAL, G. / MELO, D. **Há direitos acima dos orçamentos?**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 101).

³⁴ **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3ª edição (reimpressão da edição de 2004), Coimbra : Almedina, 2006, p. 61-62.

³⁵ Dizemos “normalmente” pois em alguns casos estará ainda acobertada por uma reserva orçamentária dedicada a condenações judiciais. É certo que, de qualquer forma, não obstante a desnecessidade de readequação orçamentária, o simples fato de ter o legislador reservado esse valor para tais condenações já revela que houve uma não aplicação do mesmo valor em outro setor que seria do interesse democrático.

relataremos na sequência). Ou seja, se é razoável o indivíduo exigir aquilo da sociedade em que vive³⁶. A partir desse critério, poder-se-ia considerar irrazoável a condenação do Estado ao pagamento de medicamento extremamente caro, enquanto outros cidadãos carecem ainda dos medicamentos mais baratos (e por vezes tanto quanto ou mais essenciais), por falta de recursos públicos. Isso pode, a princípio, ofender a dignidade humana daquela pessoa, e até mesmo um alegado “mínimo para a existência” (se identificável³⁷). Porém, não pode o Judiciário fechar os olhos para o macro e aliviar sua consciência diária ao proteger o micro³⁸.

Deve-se ainda saber até que valor e em que circunstâncias um pedido é razoável. Dificilmente um pedido isolado comprometerá a capacidade do Estado. Contudo, existe o previsível efeito cascata³⁹, que forma um conjunto de decisões análogas, com variação do pólo ativo, mas mantendo o custeador do pólo passivo. Ainda, é de se perguntar se o simples fato de estar disponível determinada quantia significa que não será a mesma usada posteriormente para outras políticas que a Administração considere ter maior grau de prioridade no decorrer do ano.

³⁶ Gomes Canotilho relembra que “Quem paga não é o Estado: são uns cidadãos que contribuem («os contribuintes», os «tomadores de encargos», os «pagadores de prestações») e são outros os cidadãos que recebem (os «beneficiários», os «tomadores de prestações»)” e que “cada vez mais o problema dos «fins de distribuição de receitas» reconduz a uma *questão de reciprocidade* concreta: cidadãos de carne e osso (e não um número de contribuinte) querem saber porque pagam e quem é o rosto humano visível (e não o «beneficiário digitalizado») beneficiário das prestações” (**Metodologia «fuzzy» e «camaleões normativos» na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais**, in Estudos Sobre Direitos Fundamentais, Coimbra : Coimbra Editora, 2004, p. 102-103). Sobre a razoabilidade em se exigir determinada prestação no contexto social em que se encontra, é esta também a consideração de Robert Alexy. Porém, o autor relaciona um padrão mínimo que deve ser cumprido independente da circunstância financeira (**Teoría de los Derechos Fundamentales**, tradução de Carlos Bernal Pulido, 2ª edição, Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 454-460).

³⁷ Abordamos esse tema no artigo intitulado **Reserva do financiamento possível – limites e ônus da prova**, a ser publicado na próxima edição desta Revista.

³⁸ Em sentido contrário, considerando que a formação da macro-justiça se dá também através da micro-justiça: BARCELLOS, A. P. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 139). A autora menciona a supremacia do interesse público como algo superado, pois tal interesse é também o conjunto dos interesses privados. Não obstante concordarmos com esta tese, não julgamos ser esta a questão ao se tratar de direitos sociais, sua concretização seletiva e recursos limitados. Sobre o tema iremos nos manifestar mais adiante. Ressalte-se que em momento posterior a autora compreende o maior benefício trazido pelas ações coletivas, ou de efeitos *erga omnes* (p. 143). Já a respeito da supremacia do interesse público sobre o privado, e a quebra desse paradigma, recomendamos a leitura de SCHIER, P. R. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**, in Interesses Públicos versus Interesses Privados – desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público, organizado por Daniel Sarmiento, 2ª tiragem, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007, pp. 217-246.

³⁹ Veja-se a esse respeito a decisão de 11-02.05, do Ministro Edson Vidigal do Superior Tribunal de Justiça, em Suspensão de Liminar e de Sentença nº90-PA. Compreendeu-se que “a quantia extremamente vultosa necessária para a realização do transplante do autor da ação no exterior, US\$300.000,00 (trezentos mil dólares), poderia beneficiar um sem-número de pacientes também necessitados de tratamento”. E, além disso, teve por “configurada a potencialidade lesiva à própria saúde pública e presente o efeito multiplicador, mormente porque aqui [STJ] já aportaram algumas ações iguais, circunstância que pode acarretar irreversível lesão ao Erário”.

Apenas para ilustrar, o Estado de São Paulo gastou, em 2005, 86 milhões de reais para custear os tratamentos ordenados pelo poder Judiciário. Tal valor representa 30% do total de gastos do programa oficial de remédios de alto custo⁴⁰. Num outro exemplo, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina confirmou decisão da primeira instância que condenava o Estado a custear tratamento experimental a paciente portador de doença rara e de cura improvável, cujos custos ultrapassariam 200 mil reais⁴¹.

Esses exemplos nos fazem questionar a razoabilidade de algumas decisões, não na perspectiva do indivíduo, mas da sociedade em que está inserido⁴², e os limites desta⁴³. De

⁴⁰ “Segundo a Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, 10 mil pacientes recebem tratamentos via ordens da Justiça, e os custos com as ações em 2005, de R\$ 86 milhões, cresceram 79% em relação a 2004, já correspondendo a 30% do gasto no programa oficial de remédios de alto custo. Em comparação, o governo gasta R\$ 284 milhões para 250 mil pessoas no programa dos medicamentos mais caros bancados pelo SUS. Os remédios que chegam por via judicial são mais dispendiosos porque não são comprados por licitação, onde ganha o melhor preço. Para os Estados, isso explica porque as ações atraem tanto o interesse dos laboratórios”. Notícia de 03/10/05, publicada e ainda disponível em <http://www.sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=67274>. Luciano Benetti Timm, realizando uma análise jurídico-econômica, levanta uma hipótese e estabelece uma preferência abstrata trágica mas realista: “pode ser mais eficiente diminuir a mortalidade infantil na África empregando os escassos recursos existentes em combater a desidratação do que a AIDS, se maior número de crianças morrerem da primeira causa e ela for mais barata de combater” (**Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 66).

⁴¹ Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº9701896-7. Exemplo retirado de AMARAL, G. **Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes**, in TORRES, R. L. (org). Teoria dos Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 110). Referindo-se a caso hipoteticamente semelhante, Luciano Timm ensina que o direito social “não significa o direito de um indivíduo contra todos da sociedade obter um medicamento que poderá provocar o fechamento do posto de saúde. Este não é um direito social ou coletivo, mas individual” (**Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 66).

⁴² A economia pode ofertar seu contributo no setor de planejamento orçamentário, possibilitando um rol de prioridades de gastos sociais, fazendo eleições “que por vezes podem soar “trágicas”, mas sempre dentro da realidade de que existirão necessidades sociais que não poderão ser atingidas em sua totalidade pelos governos. E o gasto com prioridades sociais, que atendam a um maior número de beneficiários mais necessitados, evitando o desperdício, tenderá a ser a melhor solução e, portanto, a mais justa” (TIMM, L. B. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 59). A respeito da jurisprudência dos Tribunais Superiores no Brasil, Gustavo Amaral e Danielle Melo informam que existe uma generalizada compreensão do “direito à vida” num sentido amplo e ilimitado quanto ao conteúdo (não se submetendo, portanto, a limitação de um tratamento padrão), não se submetendo sequer a uma ordem de precatórios – onde as mais variadas razões de saúde fazem os Tribunais decidirem pelo sequestro de verbas, e conseqüente preterição de outros credores que aguardavam na fila dos precatórios (**Há direitos acima dos orçamentos?**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 90). Essa visão jurisprudencial nos parece danosa e nada razoável, pois não se trata de mera superioridade *prima facie*, como apontam os autores citados por último, mas sim absoluta.

⁴³ Pertinentes os questionamentos de Gomes Canotilho ao refletir sobre a capacitação dos constitucionalistas a respeito de tal matéria: “ao insistirmos nos novos direitos sociais de minorias populacionais, como por exemplo, dos indivíduos seropositivos (isto é, doentes com SIDA), saberemos que cada indivíduo gasta nos dois últimos anos terminais da doença alguma coisa como doze milhões de escudos por ano, o equivalente a um apartamento de duas assoalhadas? Ao proclamarmos o indeclinável direito à segurança social, teremos nós as noções mínimas sobre regimes pessimísticos e sobre a distribuição do financiamento por várias gerações?” (**Metodologia**

acordo com José Reinaldo Lopes, o fato de um medicamento ser demasiadamente caro, impedindo o fornecimento de outros medicamentos ou mesmo o corte de outras despesas em outras áreas, poder-se-ia alegar que há escassez. Nestas situações, “está em jogo o caráter igualitário do acesso à saúde”, pois a Constituição brasileira explicita como garantia do direito à saúde “políticas sociais e econômicas”, que devem visar “o acesso universal e igualitário”. Neste aspecto, se compreende que deve, quando contemplado a um indivíduo, ser contemplado a todos que se encontrem naquela situação. De outro lado, se de antemão se sabe que não é razoável presumir que poderá o Estado fornecer determinado bem ou prestação social a todos os indivíduos que estejam naquela situação (como no caso de um medicamento ou tratamento extremamente dispendioso, fora da realidade econômica possível ao ente federativo em questão), deve ser negado o pedido. Os tribunais são de justiça e direito, e não de caridade (a qual pode ser benéfica para um indivíduo, mas será injusta numa análise global)⁴⁴.

Devemos ainda lembrar que, muitas vezes, os países em desenvolvimento só conseguem recursos com instituições financeiras internacionais após traçarem um plano de metas econômico que raramente privilegia o contexto social. Ao contrário, envolve cortes em prestações sociais, trazendo como primordial o desenvolvimento econômico. Em teoria, esse desenvolvimento é almejado para se chegar a um patamar onde seja possível ao Estado garantir o máximo de prestações sociais⁴⁵.

«fuzzy» e «camaleões normativos» na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais, in Estudos Sobre Direitos Fundamentais, Coimbra : Coimbra Editora, 2004, p. 100). No mesmo sentido, Gustavo Amaral se apresenta ao supor uma situação em que “o Poder Público se veja ante um dilema: dispõe de um volume de recursos suficientes ou para tratar milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou para tratar pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável. Nessa situação, não seria possível deslocar a apreciação para o Judiciário, pois a legitimidade da pretensão das duas categorias de doentes é igualmente legítima, mas não faticamente excludentes” (**Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes**, in TORRES, R. L. (org). Teoria dos Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 110).

⁴⁴ **Em torno da ‘reserva do possível’**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 181. Com esta perspectiva, podemos mencionar a Suspensão de Segurança nº20050401000213-1/PR, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, onde foi suspensa a liminar conferida em primeira instância, fundamentando-se que “o Estado, ao liberar vultosa soma (US\$275.000 – duzentos e setenta e cinco mil dólares) para atender a uma situação isolada, prejudicaria as demais políticas públicas voltadas à saúde, como a de combate ao câncer, à Aids, ao diabetes mellitus, à hipertensão arterial, dentre tantas outras, tendo em vista a evidente escassez dos recursos orçamentários para tal fim. Em outras palavras, centenas de brasileiros se veriam privados de tratamento porque a verba foi direcionada a apenas um”.

⁴⁵ Sendo que nas campanhas eleitorais os candidatos demonstram seus posicionamentos e concepções a esse respeito, deixando claro se pretendem atuar de maneira a evitar o assistencialismo e promover um desenvolvimento econômico, ou se compreendem necessário desde logo concentrar as energias e recursos num prestacionismo imediatista. Com base nessas posturas são escolhidos ou rejeitados, democraticamente. Por certo poder-se-á argumentar que tal escolha democrática não se deu de maneira efetiva, pois muitos cidadãos não possuem os meios necessários para a completa formação de consciência política (ou seja, o não investimento em

Outra situação que serve de base para muitos defensores do ativismo judicial é a péssima gestão dos recursos realizada em países como Brasil e Portugal. Andreas Krell considera que “constitui um paradoxo que o Brasil esteja entre os dez países com a maior economia do mundo e possua uma constituição extremamente avançada no que diz respeito aos direitos sociais, enquanto mais de 30 milhões de seus habitantes continuam vivendo abaixo da linha de pobreza (“indigência”)⁴⁶.”

Luciano Benetti Timm, por outro lado, recusa-se a conferir cientificidade ou lógica para o argumento de que o Brasil é um país rico e que o problema social se dá em virtude da corrupção ou da má distribuição de renda. Considera que tal afirmativa (que faz parte de um senso comum) peca logo na premissa. Segundo o autor, “o Brasil tem bastante diferença social sim, mas, por outro lado, tem mobilidade social alta – o que indica a dispersão de renda ao longo do tempo”. Para ele, “o Brasil infelizmente não é um país rico. Se a distribuição de renda fosse perfeita (máxima e eficiente) nós chegaríamos a uma distribuição de renda igual à renda *per capita* do país que hoje é de cerca de R\$12.000,00 a R\$14.000,00 (cerca de U\$7.000,00) por ano, portanto, longe ainda de países ricos (que ficam na casa dos U\$20.000,00)”. A respeito da corrupção, “ela realmente atrapalha, muito embora os níveis de corrupção do país sejam médios, comparado a outros países em desenvolvimento (transparência internacional)”. E conclui afirmando que “os economistas podem divergir sobre as causas da corrupção e qual o percentual do crescimento do PIB e da redistribuição de riqueza é afetado por ela, mas isso não deve passar de 10% , portanto não é infelizmente isso que resolverá, por si só, o problema das injustiças sociais (o que não significa que não deva ser combatido evidentemente)”⁴⁷.

A respeito do mau uso dos recursos por parte do Parlamento e Governo, não consideramos tal argumento válido (por si só) para se concretizar o ativismo judicial. Isso porque os magistrados iriam substituir o Parlamento na função política de gestão de recursos,

áreas como a educação não permite que o indivíduo execute plenamente suas escolhas políticas). Nesta linha, seria necessária uma intervenção judicial para exigir uma atuação do órgão político, no sentido de conferir uma real liberdade material para a população, através de todos os cidadãos, capacitando-os ao exercício consciente do sufrágio universal. Porém, como se percebe, tal abordagem presumiria a ilegitimidade democrática do Legislativo e Executivo, e portanto a total quebra do sistema como tal. Assim, apesar de guardar sua pertinência teórica, não se pode deste argumento querer sustentar um forte ativismo jurisdicional, substituindo-se os presumivelmente não eleitos democraticamente pelos efetivamente não eleitos democraticamente.

⁴⁶ **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**, in Revista de Informação Legislativa, ano 36 n°144 out./dez., Brasília, 1999, p. 239-240.

⁴⁷ **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 60.

sendo que o correto seria não haver uma substituição, mas sim um controle, através de sua função principal que é a judiciária. Nesse sentido, o argumento para conferir um ativismo deveria partir da determinabilidade da norma constitucional e sua vinculatividade inquestionável, e não de “péssima gestão política”. Havendo opção constitucional, em razão da indeterminabilidade da norma, quem deve avaliar e julgar as más escolhas é o eleitorado.

Por último, neste panorama geral sobre a reserva do financeiramente possível, destacamos uma positivação num cenário internacional: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do qual Brasil e Portugal fazem parte. Ele prevê em seu artigo 2º, 1, que “cada Estado-parte no presente pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”. Desta norma, a doutrina retira argumentos tanto para vincular os direitos sociais aos recursos financeiros existentes (e portanto relativizar sua força normativa concretizadora)⁴⁸, quanto para evidenciar a necessidade de se assegurar a progressiva concretização dos direitos sociais, através de todos os meios em suas máximas utilizações⁴⁹.

Portanto, enquanto para alguns o copo está meio cheio, para outros encontra-se meio vazio. Para nós ele apenas está na metade. Ou seja, da norma do Pacto supracitado não se pode extrair uma dependência ao ponto de se deixar os direitos sociais totalmente nas mãos do legislador, em virtude das consequências econômicas que acarreta. De outro lado, não se pode ignorar a competência legislativa e o ônus econômico gerado a cada escolha, pretendendo-se a máxima efetivação das normas de direitos sociais. Em nossa concepção, deve-se exigir produção legislativa onde se encontrem normas determinadas e claras na Constituição a respeito de direitos sociais, bem como se deve coibir gastos constitucionalmente menos relevantes do que os até então preteridos⁵⁰.

⁴⁸ Dentre outros, MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**, 3ª edição, Coimbra : Coimbra Editora, 2000, p. 392; e ANDRADE, V. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3ª edição (reimpressão da edição de 2004), Coimbra : Almedina, 2006, p. 418-419.

⁴⁹ Dentre outros, FREIRE JÚNIOR, A. B. **Reserva do possível para quem?**, in Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Volume 8, nº1, março, Rio de Janeiro: EMARF, 2007, p. 292.

⁵⁰ Desenvolvemos os aspectos dessa conclusão no artigo intitulado **Reserva do financeiramente possível – limites e ônus da prova**, a ser publicado na próxima edição desta Revista.

2.1 – Conceito de Reserva do Financeiramente Possível

O termo reserva do possível surgiu na Alemanha⁵¹ (sob a alcunha de “Vorbehalt des Möglichen”), em julgamento do Tribunal Constitucional⁵², referente ao número de vagas ofertadas pelas faculdades alemãs, o qual se traduzia na exclusão de certo número de indivíduos, negando a eles as formações profissionais que lhes permitiriam prosseguirem nas carreiras desejadas (havendo portanto cerceamento no direito à livre escolha da profissão).

O Tribunal reconheceu a limitação dos recursos, e a impossibilidade do Estado alemão ofertar infinitas vagas em todas as áreas de conhecimento, sendo constitucionalmente aceito que se realize um procedimento de seleção para avaliar quem terá ou não direito a cursar determinadas faculdades. De acordo com trecho do julgado, “mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade”⁵³.

É de se destacar, nesse ponto, o alerta do jurista germano-brasileiro Andreas Krell a respeito da transposição que alguns doutrinadores brasileiros realizam da dogmática alemã. Ensina que, em se tratando de direitos sociais, não se pode realizar dita importação, pois as realidades constitucionais e sócio-econômicas dos dois países são incomparáveis. Também as estruturas⁵⁴ das Cartas brasileira de 88 e portuguesa de 76 diferem bastante daquela da Lei

⁵¹ Fernando Facury Scaff relembra a existência do termo “limite do orçamento”, da Economia, o qual, segundo o autor, foi posteriormente trasladado para o Direito a partir do julgado do Tribunal Constitucional alemão citado. O significado seria o mesmo, segundo o autor: “todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral” (**Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 169).

⁵² Acórdão nº33, 303, *Numerus Clausus*, de 1972, in SCHWABE, J., **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, com organização e tradução para o português feitas por Leonardo Martins, Montevideo : Fundación Konrad-Adenauer, 2005).

⁵³ Mais adiante encontramos que “fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade”.

⁵⁴ O constitucionalista brasileiro Lenio Luiz Streck compreende que “não é possível falar, hoje, de uma teoria geral da Constituição. A Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado Nacional e de sua inserção no cenário internacional. Do mesmo modo, não há “um constitucionalismo”, e, sim, *vários constitucionalismos*”. Portanto, “afora o núcleo mínimo universal que conforma uma teoria geral da Constituição, que pode ser considerado comum a todos os países que adotaram formas democrático-constitucionais de governo, há um núcleo específico de cada Constituição, que, inexoravelmente, *será diferenciado de Estado para estado*” referindo-se o autor especificamente ao “*núcleo de direitos sociais-fundamentais plasmados em cada texto que atendam ao cumprimento das promessas de modernidade*” (**A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais sociais em terrae brasilis**, in Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº4, jul./dez., 2004, p. 279).

Fundamental de Bonn, a qual inclusive não apresenta um rol de direitos sociais. Aquelas contêm um alto número de normas programáticas, mandamentos, diretivas, fixação de metas e dão menos valor a uma normatividade estrita, à obrigatoriedade e justiciabilidade⁵⁵. A esse respeito, cremos que é válida a lição para que fiquemos sempre atentos às diferenças que se colocam entre os ordenamentos brasileiro/português e o alemão, mas isso não impede o aproveitamento daquilo que se mostrar compatível, ou adaptável.

Prosseguindo no conceito, alguns identificam a reserva do possível com um impedimento fático e intransponível para a realização de qualquer direito que envolva custos quando o Estado não possui recursos para tanto. Outro setor doutrinário compreende dita reserva como transponível, ao passo que se poderia realocar ou suplementar verbas para compor o orçamento de uma forma que houvesse recurso para a finalidade antes não privilegiada pela Lei Orçamentária. Em verdade, ambos os conceitos estão corretos, porém incompletos⁵⁶. Preferimos aquela doutrina que adota uma classificação bipartindo a reserva do financeiramente possível em absoluta (ou fática) e relativa (ou jurídica)⁵⁷. A primeira delas seria a de caráter intransponível, pois se traduz na ausência de dinheiro em caixa para suportar determinado gasto⁵⁸. Esse obstáculo só poderá ser ultrapassado em momento futuro, a partir de um novo planejamento (com reprogramação de alocação de verbas, e busca por novas fontes – tributos, empréstimos, convênios)⁵⁹. A segunda, por sua vez, remete a uma

⁵⁵ KRELL, A. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**, in Revista de Informação Legislativa, ano 36 nº144 out./dez., Brasília, 1999, p. 244-247. Neste aspecto, Jorge Miranda apresenta entendimento oposto, ao considerar que de maior liberdade goza o Legislador quando submetido a uma Constituição com muitas normas programáticas (como acontece na brasileira e na portuguesa), pois serão maiores as possibilidades de escolha política (**Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**, 3ª edição, Coimbra : Coimbra Editora, 2000, p. 393). Em sentido algo semelhante com o doutrinador lusitano, temos o comentário de Böckenförde ao final de sua análise sobre os direitos fundamentais sociais na estrutura da Constituição (alemã): “el intento de codificar un espectro lo más amplio posible de mandatos constitucionales sociales tendría como consecuencia, contrariamente a lo que sucede en la codificación de derechos fundamentales de libertad, el que los mandatos particulares se debilitaran entre si o incluso se neutralizaran. Sería finalmente sólo un programa de »buena política«” (**Escritos sobre derechos fundamentales**, tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 83).

⁵⁶ Salietando que para alguns haveria diferença entre “reserva do possível” e “reserva do orçamento”. Assim, a reserva do possível seria entendida num sentido estrito, correspondente à reserva do possível fática, absoluta, a partir da qual seria impossível a realização de algo, se nada de recursos há. Por outro lado, na “reserva de competência orçamentária” o que se menciona é uma ausência de recursos alocados para aquela finalidade (ou seja, corresponde à reserva do possível jurídica), mas não à inexistência absoluta de recursos (nestes termos sendo ela relativa).

⁵⁷ Neste sentido, CALIENDO, P. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 201).

⁵⁸ Lembre-se do brocardo: “Ninguém é obrigado a coisas impossíveis” (*ad impossibilia nemo tenetur*).

⁵⁹ No tempo presente, inadmite inclusive qualquer “reserva do politicamente adequado”, pois não há opção, mas sim somente condição.

impossibilidade em certo grau apenas formal, pois configura a ausência de verba para aquela finalidade, mas a possibilidade de relocação, de acordo com a “vontade” do agente político⁶⁰.

A respeito da natureza da reserva do possível, não podemos confundí-la com a essência dos direitos. Trata-se de um obstáculo para a execução de determinadas tarefas estatais, mas não integra o direito fundamental como um seu “limite imanente”⁶¹.

Ultrapassando este ponto, ressaltamos que as ações do Estado que importem custos devem estar previstas no orçamento (art. 167 da CF e 105º e 106º da CRP), o qual é aprovado mediante ato legislativo. Saliente-se que uma reserva do possível jurídica pode estar dotada de algo mais que a mera opção política, justamente por não haver poder de disposição por parte do Legislador, como na hipótese de existência de verba excedente em outro campo, porém sendo esta constitucionalmente vinculada a outra finalidade.

Sob o nosso ponto de vista, ao menos no caso brasileiro, apenas em situações extremas o Governo Federal (que possui maior fonte de renda, e condições para buscar financiamentos) poderia alegar uma impossibilidade material (e, nesses casos, provavelmente o pedido do benefício seria mesmo irrazoável). Entretanto, muitos municípios vivenciam situações de penúria, sem recursos inclusive para pagar funcionários. Neste ambiente, podemos identificar uma reserva do financeiramente possível em sua vertente absoluta, fática⁶².

Ao se questionar sobre “o que significa, na realidade, «reserva do possível»”, Gomes Canotilho indica sua resposta através de quatro aspectos assim expostos: 1 - significa total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionais consagrados. 2 –significa a «tendência para zero» da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais. 3 –significa *gradualidade* com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros. 4 – significa *insindicabilidade* jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais⁶³.

⁶⁰ Diversamente da reserva do possível fática, a jurídica envolve sempre em paralelo (no presente) uma “reserva do politicamente adequado”. Este aspecto é debatido quando se fala em controle jurisdicional, pretendendo-se reduzir tal reserva (muitas vezes a zero).

⁶¹ SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8ª edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007, p. 305.

⁶² O constitucionalista Dirley da Cunha Júnior, por sua vez, compreende que num ambiente social como o brasileiro, onde o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos como a reserva do possível. E afirma que sempre existe recurso (portanto negando uma impossibilidade fática), mas este não se encontra devidamente distribuído (**Curso de direito constitucional**, Salvador : Juspodivm, 2008, p. 713).

⁶³ Sendo também certo que o autor conclui, posteriormente, afirmando que “reconhecer estes aspectos não significa a aceitação acrítica de alguns «dogmas» contra os direitos sociais” (**Metodologia «fuzzy» e**

2.2 – O mito da reserva do possível como fator diferenciador dos direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais

A doutrina majoritária compreende como um dos principais elementos de diferenciação entre os “Direitos, Liberdades e Garantias” e os “Direitos Económicos, Sociais e Culturais” o fato de apenas estes últimos importarem custos ao Estado⁶⁴. Ou então, que os custos destes seriam vultuosos, enquanto daqueles seriam irrisórios. Nas palavras de Gomes Canotilho, “os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”⁶⁵.

«camaleões normativos» na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais, in Estudos Sobre Direitos Fundamentais, Coimbra : Coimbra Editora, 2004, p. 108).

⁶⁴ Não apenas a doutrina, mas também cartas constitucionais assim se manifestam. Conforme indica o doutrinador germânico Ernst-Wolfgang Böckenförde, a constituição turca prevê em seu artigo 53 que “el Estado sólo llevará a cabo sus tareas para la consecución de los objetivos sociales e económicos expuestos en esta Parte en la medida en que lo permitan el desarrollo económico y los recursos financieros de los que pueda disponer” (**Escritos sobre derechos fundamentales**, tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 80). O autor cita ainda a boa estratégia suíça (em sua concepção) ao não colocar (no projeto da comissão de especialistas para revisão total da Constituição Federal da Suíça) os direitos sociais sob o mesmo título dos direitos de liberdade (ou seja, não se configurariam como direitos fundamentais). Assim, o artigo 26, que leva a nomenclatura de Direitos Sociais, não se encontra no Capítulo “Dos Direitos Fundamentais”, mas sim no Capítulo “Ordem social, política da propriedade e política económica” (p. 83).

⁶⁵ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição (4ª reimpressão da edição de 2003), Coimbra : Almedina, p. 481. Importante mencionar que o autor, em obra diversa, critica a insistente associação da estrutura jurídica dos direitos sociais (direitos a pretensões jurídicas) com a reserva dos cofres financeiros, afirmando que “o recorte jurídico-estrutural de um direito não pode nem deve confundir-se com a questão do seu financiamento” (**Metodologia «fuzzy» e «camaleões normativos» na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais**, in Estudos Sobre Direitos Fundamentais, Coimbra : Coimbra Editora, 2004, p. 108). No Brasil, em termos semelhantes, podemos citar Ricardo Lobo Torres, para quem “os direitos sociais e a ação governamental vivem sob a reserva do possível, isto é, da arrecadação dos ingressos previstos nos planos anuais e plurianuais” (**Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**, Volume V, 2ª edição, Rio de Janeiro : Renovar, 2000, p. 61), assim, “o *status positivus socialis*, ao contrário do *status positivus libertatis*, se afirma de acordo com a situação económica conjuntural” (**A cidadania multidimensional na era dos direitos**, in TORRES, R. L. (org). Teoria dos Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 293). Ainda, “os direitos económicos e sociais existem, portanto, sob a “reserva do possível” ou da “soberania orçamentária do legislador”, ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração. *A pretensão do cidadão é à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos*” (**O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 81). Vale a ressalva no sentido de que o autor trabalha com uma classificação de “direitos sociais” que difere da forma abordada no presente artigo, pois afirma que “a proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais”. Ou seja, por mais que não concordemos com a doutrina do “mínimo existencial”, se o aceitarmos (em hipótese) será para incluí-lo como um patamar de proteção dentro dos direitos sociais, e não como espécie ladeada.

Porém, essa concepção não é completamente verdadeira. E, não sendo verdadeira, acarreta a impossibilidade de, por esse exclusivo motivo, diferenciar a aplicabilidade dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Casalta Nabais esclarece, na esteira do estudo de Holmes e Sunstein⁶⁶, que todos os direitos fundamentais possuem custos para o Estado. O que ocorre é que, diferente dos subsídios para os Direitos Sociais, o custeio dos Direitos, Liberdades e Garantias tende “a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento”⁶⁷. Indo além, afirma textualmente que “não tem a menor base real a separação tradicional entre, de um lado, os direitos negativos, que seriam alheios a custos comunitários e, de outro lado, os direitos positivos, que desencadeariam sobretudo custos comunitários. Com efeito, do ponto de vista do seu suporte financeiro, bem podemos dizer que os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos, são, afinal de contas, tão positivos como os outros, como os ditos direitos positivos. Pois, a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e a sua protecção pelas autoridades públicas exigem avultados recursos financeiros”⁶⁸.

A diferença nos custos desses direitos não se daria sequer no montante, mas sim na visibilidade do gasto. Enquanto os direitos sociais possuem custos financeiros públicos diretos visíveis a olho nu, os clássicos direitos e liberdades assentam sobretudo em custos financeiros indiretos, cuja visibilidade é muito diminuta ou mesmo nula. Ainda, no caso dos direitos sociais, os custos são evidenciados tanto por quem recebe a prestação quanto por quem a dá (o Estado, ou a sociedade contribuinte, no caso). Por outro lado, o mesmo não ocorre com os direitos e liberdades, que normalmente se traduzem em custos gerais não individualizáveis⁶⁹.

Consideramos adequada essa visão de Casalta Nabais, lastreada na doutrina norte-americana, pois evidente a existência de custos comunitários também para a concretização dos

⁶⁶ HOLMES, S. ; SUNSTEIN, C. **The cost of rights : why liberty depends on taxes**, New York : W. W. Norton, 2000.

⁶⁷ **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**, in “Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais”, Coimbra : Coimbra Editora, 2007, p. 176.

⁶⁸ Ibidem, p. 177. Paulo Otero corrobora com as conclusões de Casalta Nabais, considerando que “todos os direitos – tenham ou não dimensão social, económica ou cultural – têm custos financeiros públicos”, os quais podem ser recortados em três aspectos: (i) os relacionados com as prestações de bens ou serviços inerentes aos direitos sociais, os quais “envolvem a realização de avultadas despesas públicas”; (ii) os tradicionais direitos, liberdades e garantias, considerando “a necessidade de existência de mecanismos públicos de protecção destes direitos e liberdades, desde autoridades policiais até um aparelho judiciário eficiente, garantindo-os, a título preventivo ou repressivo, por via administrativa ou judicial, determina também significativos custos financeiros públicos”; e, (iii) os custos compensatórios com os quais o Estado deva arcar em razão de um serviço defeituoso, ou por uma omissão indevida, em matéria de direitos fundamentais (**Instituições políticas e constitucionais**. Volume I, Coimbra : Almedina, 2007, p. 539-540).

⁶⁹ NABAIS, C. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**, in “Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais”, Coimbra:Coimbra Editora, 2007, p. 177-178.

Direitos, Liberdades e Garantias⁷⁰. Assim, estariam eles igualmente sujeitos (tanto quanto os Direitos Fundamentais Sociais) à reserva do financeiramente possível. Contudo, discordamos do autor quando sugere que os “direitos negativos” geram custos tanto quanto os “direitos positivos”. Sob nossa perspectiva, a diferenciação deve se dar num momento anterior, a partir da compreensão de que tanto os Direitos, Liberdades e Garantias como os Direitos Sociais (bem como os econômicos e culturais) são formados por facetas de “direitos positivos” e “direitos negativos”⁷¹. Justamente por essa situação, e considerando que os direitos positivos sempre importam uma ação (a qual gera custos, diretos ou indiretos, facilmente perceptíveis ou não), é que podemos dizer que ambos (Direitos, Liberdades e Garantias, bem como Direitos Sociais) geram custos para o Estado⁷².

Para garantir determinadas liberdades, o Estado deve promover as condições fáticas para que os cidadãos possam optar, para que possam livremente atuar⁷³. O direito ao voto⁷⁴,

⁷⁰ E aquilo que hoje está estruturalmente disponível, um dia teve que receber investimentos iniciais, e até hoje se socorre de recursos para manutenção (SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8ª edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007, p. 303).

⁷¹ Segundo Jorge Miranda, algumas liberdades exigem prestações positivas ou ajudas materiais para que possam ser vivenciadas por todos os cidadãos e grupos. Seria o caso da liberdade de imprensa, que exige a estipulação legal dos meios necessários à proteção de sua independência perante os poderes político e econômico, e a possibilidade de expressão e confronto das diversas opiniões nos meios de comunicação social do setor público. Do mesmo modo, nos direitos sociais também se encontram dimensões negativas, sendo que “as prestações que lhes correspondem não podem ser impostas às pessoas contra a sua vontade, salvo quando envolvam deveres e, mesmo aqui, com certos limites (v.g., tratamentos médicos ou frequência de escolas); quando a Constituição institua formas de participação, não pode ser impedido o seu desenvolvimento; é vedada ao poder público restringir o acesso aos direitos sociais constitucional ou legalmente garantidos, por meio de medidas arbitrárias; e, evidentemente, lesar os bens ou os interesses que lhes correspondem (v.g., o ambiente ou o patrimônio cultural)” (**Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**, 3ª edição, Coimbra : Coimbra Editora, 2000, p. 109-110 e 112). A doutrina contemporânea encontra-se consciente a respeito desta realidade, tanto em Portugal como no Brasil. Apenas para citar, dentre outros, em solo brasileiro temos os ensinamentos de SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8ª edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007, p. 300. Destaque-se, porém, que Jorge Miranda compreende que os Direitos Sociais exigem mais investimentos públicos, pois enquanto os Direitos, Liberdades e Garantias pautam-se por um direito geral de liberdade, os Direitos Sociais partem de um direito geral à igualdade, sendo que “essa igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efectiva-se; não é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe-a através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem preexistente ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer as próprias faculdades jurídicas, carece-se doravante de actos públicos em autónoma discricionariedade. Onde preexistiam direitos, imprescindíveis, descobrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conceito do direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*” (p. 103).

⁷² Quando se fala, por exemplo, na estrutura necessária para a proteção de uma liberdade, estamos nos referindo aos custos de um “direito positivo”, refletido na tutela estatal – numa prestação, portanto. De outro lado, o dever de omissão estatal (paralelo ao “direito negativo” do cidadão) não gera custos para aquele órgão determinado que deve se omitir (o custo se transfere para outro órgão, normalmente de controle, o qual integra, em última análise, o mesmo Poder, que é uno e indivisível).

⁷³ Rebatendo prováveis críticas, especialmente as que buscam relacionar os custos dos direitos, liberdades e garantias com o complexo básico do Estado Democrático de Direito (taxando como custo deste e não daqueles, portanto), podemos nos utilizar de um trecho de magistério de Gomes Canotilho, quando se refere ao direito de acesso aos tribunais, que é pacificamente considerado como diretamente aplicável, não obstante “esteja dependente de prestações estatais (tribunais, processos, patrocínio judiciário, etc.). E que não basta – como

por exemplo, exige toda uma estrutura física, humana e financeira. Uma mobilização constante (mais evidenciada no período eleitoral) que envolve desde um aparato judicial até a disponibilização de locais e urnas para votação, e agentes para controle e suporte. Porém, todo esse custo não é razão para vermos negligenciado o direito ao voto por uma insuficiência financeira do Estado⁷⁵. Ou seja, em face da norma determinada, o Estado encontra-se ciente do dever de alocação prioritária de recursos para aquele setor, e programa-se para tanto.

No geral, onde se dá uma não prestação em face da reserva do possível jurídica, esta ocorre porque não se encontra na norma atual uma determinabilidade suficiente/evidente. Em outras palavras, na classificação de Alexy⁷⁶, não se trataria de um direito definitivo (regra), mas sim de um direito *prima facie* (princípio), que pode ser ponderado com outros direitos análogos, cabendo ao Legislador a realização da ponderação e opção política na prevalência de um ou outro direito, sendo todos legítimos. Caberá interferência do Judiciário apenas naquelas situações em que a norma constitucional for determinada (ou já estiver nesse grau por complemento infra-constitucional), ou determinável através do cotejo jurídico (e não político) com outras normas (num controle de razoabilidade das escolhas)⁷⁷.

Reis Novais apresenta como uma das diferenças principais entre Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Fundamentais Sociais o fato de serem estes mais indetermindados no

fazem alguns autores – dizer que «as consequências financeiras dos clássicos direitos fundamentais de justiça (Justizgrundrecht) não os convertem em direitos a prestações»” (**Metodologia «fuzzy» e «camaleões normativos» na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais**, in Estudos Sobre Direitos Fundamentais, Coimbra : Coimbra Editora, 2004, p. 108-109). Considerando ser um custo do Estado (segurança, justiça) ou do Estado democrático (sistema eleitoral) podemos citar Vieira de Andrade, em trecho especialmente incorporado em suas atualizações, não constante nas primeiras versões de sua obra mais clássica (**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3ª edição (reimpressão da edição de 2004), Coimbra : Almedina, 2006, p. 191).

⁷⁴ Não obstante Nabais classificá-lo entre os deveres fundamentais, sendo seu custo ligado ao funcionamento democrático do estado (**A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**, in “Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais”, Coimbra : Coimbra Editora, 2007, p. 176). Compartilhamos do entendimento de Reis Novais, para quem o direito de voto (vislumbrado por Jellinek como integrante do *status activus*) integraria a classe dos direitos de liberdade (não obstante não se tratar de uma liberdade em sentido estrito, mas sim uma competência, na classificação de Alexy), por se tratar de “um espaço de autodeterminação que é criado na esfera do particular pela norma constitucional e tudo o que se pede ao estado é que respeite e garanta a respectiva inviolabilidade e possibilidade de realização” (**As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**, Coimbra : Coimbra Editora, 2003, p. 142).

⁷⁵ Mais adiante falaremos sobre a situação dos detidos, que se encontram sob um estatuto especial.

⁷⁶ **Teoría de los Derechos Fundamentales**, tradução de Carlos Bernal Pulido, 2ª edição, Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

⁷⁷ Discordamos que “o conteúdo dos direitos sociais não é constitucionalmente determinado ou determinável” a nível constitucional (NOVAIS, J. R. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**, Coimbra : Coimbra Editora, 2003, p. 137), pois, não obstante a abstratidade e generalidade que a maioria das normas de direitos sociais carrega, podemos sim identificar preceitos constitucionalmente construídos com considerável grau de determinabilidade. Para esclarecer com um exemplo, citamos o artigo 208 da Constituição brasileira, em seu inciso I, bem como nos parágrafos 1º e 2º, e, no mesmo tom, o artigo 74.º da Constituição portuguesa.

plano constitucional, e reféns sempre de uma reserva do possível⁷⁸. Segundo o autor, mesmo quando a norma constitucional se mostrar determinada, não gozariam eles da mesma força oriunda dos Direitos, Liberdades e Garantias, em razão da reserva do possível⁷⁹.

Não concordamos com esse posicionamento, pois cremos que os recursos devem antes ser utilizados para garantir as normas constitucionais determinadas, para só depois se aplicarem nas indeterminadas, onde tem o legislador seu campo de opção política⁸⁰. Assim, ao Judiciário cabe a intervenção em todo caso de norma determinada, seja ela Direito, Liberdade e Garantia ou Direito Social. E, eventual reserva do possível (principalmente a fática, pois a jurídica, como dissemos, deve ser superada nesses casos) atingirá igualmente os Direitos, Liberdades e Garantias e os Direitos Sociais⁸¹.

Também por isso, não acompanhamos as conclusões extremas de um caso hipotético trazido por Gustavo Amaral⁸². O autor se posiciona a favor do não pagamento do 13º salário,

⁷⁸ Para o autor, os direitos de liberdade, ao contrário dos sociais, produzem deveres estatais independentes de quaisquer disponibilidades financeiras ou materiais (**As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**, Coimbra : Coimbra Editora, 2003, p. 135).

⁷⁹ O “condicionamento material dos direitos sociais faz deles – sempre – direitos *sob reserva do possível*, pelo que o correspondente dever jusfundamental que impende sobre o Estado não é o de garantia da inviolabilidade e possibilidades jurídicas de concretização de um espaço de autodeterminação individual, mas antes o de, tanto quanto *possível*, promover as condições ótimas de efectivação da prestação estadual em questão e preservar os níveis de realização já atingidos” (**As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**, Coimbra : Coimbra Editora, 2003, p. 137-138). Mas, em momento posterior, admite que há “pretensões instrumentais de direitos de liberdade que, assumindo um carácter essencialmente fáctico, padecem das mesmas condicionantes orçamentais, *reservas do possível* e indeterminabilidade que caracterizam os direitos sociais ou, mesmo quando se traduzem em exigência de meras prestações normativas, podem ser essencialmente condicionadas por uma reserva do *politicamente oportuno* ou do *politicamente adequado*”; assim como “os direitos sociais não podem, sem mais, ser identificados como direitos positivos. Encontramos, aí, de facto, pretensões à criação positiva da prestação, mas também pretensões – muitas das vezes de dimensão negativa – à manutenção e ao acesso igualitário às pretensões já criadas” (p. 141-142).

⁸⁰ Ao se debruçar sobre as diferenças entre os direitos em questão, e as classificações que poderiam se fazer mais pertinentes para gerir sua aplicabilidade e controle, Reis Novais sugere que quando “se problematiza a natureza *de liberdade* ou *social* de cada pretensão ou posição jurídica de direito fundamental autonomamente considerada, a diferença específica determinante será, não tanto a da determinabilidade de conteúdo – funcionalmente mais adequada à classificação do direito fundamental *como um todo* ou *como direito principal* –, quanto a da existência ou não de uma *reserva do possível* ou do *financeiramente possível*” (**Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**, Coimbra : Coimbra Editora, 2004, p. 296).

⁸¹ Bem observa Gomes Canotilho que a doutrina parece alojar os suplementos ou ajudas prestacionais ofertados pelo Estado no âmbito dos direitos de liberdade “sob o manto diáfano da «ajuda de realização» (Realisierungshilfe) enquanto que os «suplementos prestacionais» dos direitos sociais se convertem quase em questões fácticas, juridicamente incontornáveis!” (**Metodologia «fuzzy» e «camaleões normativos» na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais**, in Estudos Sobre Direitos Fundamentais, Coimbra : Coimbra Editora, 2004, p. 109). Ou seja, um mesmo problema financeiro é visualizado de maneira distinta em virtude da natureza do direito (como de liberdade ou social), disso dependendo (de maneira equivocada) a sindicabilidade ou não deste.

⁸² Segundo o autor, o 13º salário é “assegurado constitucionalmente como regra e não como princípio, de modo a tornar quase que desnecessária qualquer mediação legislativa, salvo, talvez, quanto a datas de pagamento. Todavia, é comum os Estados-membros da federação brasileira gastarem com a folha de servidores quase a totalidade de suas receitas, quando não ultrapassam esse valor, sendo que diferentemente das empresas, não há na contabilidade pública a provisão para o 13º, impossibilitando que o impacto orçamentário seja diluído ao longo dos meses do ano. Suponha-se que em uma situação concreta um Governador esteja no dilema de não

ou ao menos cogita tal possibilidade. Nós, por outro lado, não admitimos as escusas apresentadas. Isso porque, como o próprio doutrinador afirma, trata-se de uma regra, e de clareza absoluta. Mesmo que se diga que a questão da data de pagamento pode ser discricionariamente estipulada pelo Legislador, existe um limite lógico-temporal: o final do ano. Inocorrendo o pagamento até o dia 31 de dezembro, encontra-se em mora o Estado perante seus funcionários, não se podendo alegar que não havia previsão para tal gasto, pois a ordem constitucional o estipula desde longa data. O Estado deveria retirar dinheiro de outros setores não prioritários, e que não se enquadrassem na clareza e determinabilidade constitucional evidente, para empregar no pagamento de verbas trabalhistas. Se não houver de onde retirar (reserva do financeiramente possível fática), o complexo normativo brasileiro admite a dispensa de servidores quando inflacionado o quadro funcional⁸³. Neste sentido, caberia ao Executivo realizar uma reformulação de sua estrutura de servidores, tornando-a mais enxuta, permitindo o pagamento regular. Ainda assim, inexistindo qualquer caminho outro (considerando já ser a estrutura funcional minguada no limite), e não havendo mais verbas para retirar de outros setores, estaremos diante de uma reserva do possível fática (e não, portanto, perante uma escolha política, conforme sugerido pelo autor), a qual todavia não impede a atuação judicial, no sentido de condenar os responsáveis por essa administração deficitária, bem como exigir a inclusão no orçamento do ano seguinte a verba necessária.

Sobre o atingimento em igual da reserva do financeiramente possível para os direitos, liberdades e garantias e os direitos fundamentais sociais, para auxiliar o esclarecimento da nossa compreensão, citaremos o exemplo dos presos provisórios e o direito ao voto. De acordo com a Constituição brasileira, apenas os condenados criminalmente com decisão transitada em julgado terão suspensos seus direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação (artigo 15, III). Assim, aqueles que estão reclusos, aguardando uma decisão final, possuem o direito fundamental ao voto, ao exercício de sua plena cidadania e expressão política, havendo inclusive a norma constitucional que claramente impede qualquer tipo de cassação de direitos políticos fora dos casos na Carta evidenciados. Porém, não obstante essa determinação constitucional relacionada a um “direito, liberdade e garantia”, a realidade brasileira ainda insiste em cercear mencionado direito a essa população reclusa.

pagar o 13º e continuar com a normalidade precária dos serviços públicos ou pagar a gratificação natalina, mas com isso deixar de ter recursos para gastos essenciais à manutenção da máquina pública. Qual direito social deverá prevalecer, o dos servidores ou o de toda a sociedade, quanto ao funcionamento dos serviços públicos?” **(Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes**, in TORRES, R. L. (org). Teoria dos Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 110-111).

⁸³ Nos termos do art. 23, §1º e §2º, da Lei Complementar nº101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

É certo que nos últimos anos algum avanço é experimentado (com a Resolução nº22.154/2006 do TSE, por exemplo, que permite em seu artigo 17 que os juízes eleitorais, sob a coordenação dos tribunais regionais eleitorais, criem seções eleitorais especiais em penitenciárias, a fim de que os presos provisórios tenham assegurado o direito de voto). Todavia, as ações ainda se configuram de acordo com a “discricionariedade” do Estado (seja do omisso Legislativo, do inoperante Executivo ou do receoso Judiciário), ofertando-se efetivamente a estrutura para o exercício do direito ao voto apenas para alguns “privilegiados” do sistema penitenciário⁸⁴.

Agora, é de se refletir sobre a razão dessa inconstitucionalidade por omissão relacionada a esse direito positivo dentro de um direito, liberdade e garantia. No passado alegavam-se questões de segurança, logística e estrutura (pois seriam necessários veículos e oficiais extras para levar os detidos até o local de votação dos mesmos). Hoje, com a resolução do TSE, os problemas diminuíram, considerando ser possível levar as urnas até os detentos. Porém, ainda se levantam questões de segurança (pois seria necessária uma força policial mobilizada para evitar fugas ou qualquer ameaça de lesão contra terceiros) bem como de estrutura (careceria de um local apropriado para instalação das urnas, bem como a existência destas). Disto resta claro que ao final a questão em si se estabelece em razão dos custos que tal prestação exige (sejam eles diretamente financeiros, ou indiretamente). Assim, na prática, é a reserva do financeiramente possível que protela (até quando não se sabe) esse direito universal dos cidadãos, qual seja o do sufrágio.

Com isso, demonstramos que também nos direitos, liberdades e garantias a reserva do possível pode se fazer presente, e pode mesmo impedir algumas atuações políticas. Não obstante isso, queremos deixar claro que em relação a este específico exemplo discordamos expressamente da omissão estatal, pois o texto constitucional é bastante claro sobre o que deve ser feito e o que é proibido cercear. Não há, portanto, qualquer discricionariedade a respeito do fim, mas sim dos meios. Neste sentido, possível ao Judiciário determinar que o Estado ofereça as condições para o exercício do voto para todos os cidadãos que não tiveram seus direitos políticos cassados. A forma que o Executivo e o Legislativo usarão para cumprir essa ordem é discricionária (de onde retirarão o dinheiro, e como aplicarão), desde que se realize (de maneira plena e eficaz) a finalidade ordenada constitucionalmente e judicialmente, sem lesar outros direitos fundamentais de ação estatal igualmente determinadas e evidentes.

⁸⁴ Por vezes abrange um estado, como nas eleições de 2006 no Rio Grande do Sul; outras vezes abrange apenas uma delegacia, como no caso da Baixada Fluminense nas eleições de 2008.

2.3 – O mito do colapso orçamentário causado pelo ativismo judicial

Toda intervenção judicial que interfira no orçamento do Estado deve se dar com responsabilidade, e isso não se questiona. Atitudes irresponsáveis poderão, por certo, comprometer um planejamento estatal. Porém, o que pretendemos demonstrar neste tópico não é a ausência de um incômodo, ou até um certo caos orçamentário, mas sim a existência de uma interferência econômica semelhante, que causa menos alarde e obstáculos.

Em diversas oportunidades, o Judiciário interfere no orçamento ao declarar inconstitucional uma lei tributária. Em aspectos financeiros, não se diferencia a “criação de um débito” da “extinção de uma receita”⁸⁵. E essas interferências nunca foram tão severamente atacadas quanto as criações de despesas, num argumento de organização orçamentária⁸⁶. Ou seja, talvez a questão maior seja a invasão do Judiciário no campo de ponderação do Legislador (na reserva do politicamente adequado), e não tanto na reserva do financeiramente possível (jurídica).

A previsão orçamentária é tratada constitucionalmente para garantir valores como transparência, segurança jurídica, planejamento, eficiência e outros⁸⁷. Porém, essa previsão não é um fim em si mesmo e que as normas constitucionais devem ser interpretadas em prol da máxima efetividade dos direitos fundamentais⁸⁸. Como afirma José Reinaldo Lopes, o Estado pode alegar limites orçamentários em sua defesa, porém, o orçamento não é elemento da natureza, mas sim fruto de decisões políticas, sujeito a regras de elaboração e sindicáveis⁸⁹.

⁸⁵ A lei orçamentária é composta pelo binômio “receitas previstas” e “despesas autorizadas”. A extinção de receitas previstas, ou a criação de despesas não autorizadas, desde que num mesmo importe financeiro, não difere contabilmente.

⁸⁶ Também neste sentido a crítica de CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de direito constitucional**, Salvador : Juspodivm, 2008, p. 716.

⁸⁷ E como bem ressalta Luciano Benetti Timm, “a realidade orçamentária não pode ser compreendida como peça de ficção” (**Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 65).

⁸⁸ FREIRE JÚNIOR. A. B. **Reserva do possível para quem?**, in Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Volume 8, nº1, março, Rio de Janeiro: EMARF, 2007, p. 292. Contudo, o autor considera que o conflito existente na reserva do possível jurídica se dá entre as “regras orçamentárias” (que exigem a prévia inclusão dos gastos através de lei específica) e a “materialização dos direitos fundamentais”. Em nossa concepção, esta seria uma questão de menor importância, pois não está em jogo apenas uma mera formalidade, mas sim a razão que levou à criação constitucional desta formalidade: segurança jurídica, eficácia, organização administrativa e, principalmente, atribuição de competência ao órgão político (Legislador) para fazer as escolhas pertinentes aos focos de investimento público. Assim, o verdadeiro conflito se dá entre a separação de poderes e a materialização dos direitos fundamentais (ou, na maioria das vezes, de específicos direitos fundamentais que o Judiciário cria mais significativos do que outros, o que por si só já denuncia a fragilidade, em nossa concepção, deste último).

⁸⁹ **Em torno da ‘reserva do possível’**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 179.

Alguma doutrina chega a sugerir que seria possível iniciar a materialização dos direitos fundamentais e apenas posteriormente verificar qual o possível remanejamento de verbas para cobrir aqueles gastos, sendo, de qualquer modo, indesejável que o Executivo ou Legislativo simplesmente descumpram a Constituição e ordem judicial alegando que não têm recursos para os gastos em questão⁹⁰. Com a devida vênia, esta sugestão nos parece contrária às normas constitucionais e toda a segurança do sistema. Uma coisa é compreender que as normas orçamentárias não configuram um fim em si mesmas; outra coisa é desconsiderar por completo a função das mesmas. Inclusive porque toda uma estrutura estatal e social deve ser mantida, através de serviços (e gastos) cotidianos, mesmo que não se tratem de direitos fundamentais (de maneira clara).

Como solução paleativa, de acordo com a urgência da situação sob análise, poderá o magistrado optar pela determinação de inclusão no orçamento para o ano seguinte de verba específica para colmatar a lacuna existente⁹¹, evitando assim maiores prejuízos para o planejamento financeiro do Estado naquele ano orçamentário já definido⁹².

3 - Conclusões

Como pontos fundamentais, resta claro que nem todos os direitos sociais fundamentais são direitos subjetivos (pela classificação que assumimos⁹³). Tudo dependerá da atual determinabilidade normativa (constitucional ou infraconstitucional) do mesmo. A reserva do possível, por sua vez, não influi na configuração do direito social como direito subjetivo. Ela pode significar em determinado momento uma legítima barreira fática, ou ilegítima barreira jurídica⁹⁴ a esse direito subjetivo.

⁹⁰ FREIRE JÚNIOR. A. B. **Reserva do possível para quem?**, in Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Volume 8, nº1, março, Rio de Janeiro: EMARF, 2007, p. 288.

⁹¹ FREIRE JÚNIOR. A. B. **Reserva do possível para quem?**, in Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Volume 8, nº1, março, Rio de Janeiro: EMARF, 2007, p. 290.

⁹² O “equacionamento financeiro da determinação judicial para desembolso de parcelas futuras não gera uma dificuldade financeira, em face do sistema orçamentário brasileiro” (SCAFF, F. F. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**, in SARLET, I. W. ; TIMM, L. B. (orgs). Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 159).

⁹³ Acompanhamos a doutrina defendida por Reis Novais, compreendendo os direitos subjetivos “enquanto pretensões individuais juridicamente reforçadas com a correspondente judiciabilidade, dado que é em função dessa qualificação que a dimensão subjectiva dos direitos fundamentais parece poder adquirir relevância jurídica prática decisiva e autónoma” (**As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**, Coimbra : Coimbra Editora, 2003, p. 96).

⁹⁴ Propositamente relacionamos a barreira fática como algo legítimo, pois independente da responsabilidade civil que poderá ser relacionada (afinal, o fato de inexistir verba hoje pode significar uma administração equivocada num passado distante ou recente). De outro lado, indicamos a barreira jurídica como ilegítima, pois em se tratando de normas determinadas, claras e evidentes, que geram direitos subjetivos, não há opção política, devendo portanto a verba ser alocada para aquela destinação.

No tocante aos custos dos direitos, conforme ressaltamos, concordamos com a doutrina, ainda minoritária, que não difere direitos sociais e direitos de liberdade neste âmbito, pois ambos apresentam custos. Assim, todos os direitos fundamentais (em suas facetas positivas, ou seja, que exigem uma ação estatal), sejam sociais ou de liberdade, estão igualmente sujeitos às limitações conjunturais da reserva do financeiramente possível, ganhando relevância em relação aos demais aqueles que demonstrarem maior determinabilidade para a concretização (e portanto refletirem direitos subjetivos).

Ainda sobre os custos dos direitos sociais, nos parece haver uma certa crueldade no sistema, pois ignora o aspecto financeiro de manutenção do Estado quando permite que os cidadãos protestem judicialmente contra a cobrança de tributos, mas encara como empecilho quando um cidadão pretende exigir do estado uma ação social que gera custos. Analisando apenas de forma matemática, contábil, podemos dizer que não há lógica nessa realidade, pois indifere se você retira um valor da receita prevista ou exige um valor para um débito imprevisto. E, dissecando-se num aspecto social, podemos dizer que caminha contra a lógica distributiva esse raciocínio, pois os cidadãos que possuem mecanismos e renda para discutir judicialmente a carga tributária são aqueles que menos precisam dos direitos sociais ofertados pelo Estado, pois possuem recursos particulares para tanto. Por outro lado, a classe mais carente, que necessita das prestações sociais, ficaria desarmada. Nisso, permite-se que a classe alta fique ainda mais rica, ao não pagar tributos ao Estado, e impede que a classe baixa goze na plenitude de seus direitos sociais, ficando portanto ainda mais carente.

De qualquer modo, não obstante os dois parágrafos anteriores, e as conclusões contábeis e humanitárias que deles retiramos, estamos cientes que essa realidade não é desprovida de racionalidade. Pode não ser a solução mais adequada para uma justiça social e pretensão de equilíbrio, mas não se encontra desamparada de razão, a qual seria simples: a norma constitucional que permite a contestação de uma invasão tributária ilegítima é mais clara e evidente do que aquela que dispõe sobre prestações estatais sociais (e não há invasão de competência naquela primeira, onde o Judiciário se limita a declarar a inconstitucionalidade de determinada cobrança; mas pode haver a invasão quando ele decide construir um direito onde normativamente ainda não havia nada concretizado). Tudo, enfim, gira em torno da (in)determinabilidade das normas de direitos sociais.

4 – Referências

1. ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais**: introdução geral. Estoril: Principia, 2007.
2. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 1985 - Versão traduzida para o castelhano por Carlos Bernal Pulido. _____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
3. AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
4. _____.; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 87-109.
5. ANDRADE, Vieira de. A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, ano 134, dez/2001, n. 3929, p. 226-235.
6. _____. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
7. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
8. _____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.
9. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004.
10. BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso da. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 217-263.

11. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
12. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
13. BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2003.
14. CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 195-208.
15. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. (4. reimpr. da edição de 2003). Coimbra: Almedina.
16. _____. Metodologia «fuzzy» e «camaleões normativos» na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 97-114
17. _____. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 35-68.
18. _____. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. v. I, 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
19. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
20. CORREIA, Sérvulo. Interpelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses. In: MIRANDA, Jorge. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 969-970.
21. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008.
22. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984.

23. _____. **El império de la justicia**: de la teoría del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica. Tradução de Claudia Ferrari. Barcelona: Gedisa, 1988.
24. ENGISCH, Karl. **Einführung in Das Juristische Denken**. Stuttgart, 1983 - versão traduzida para o português por Baptista Machado. _____. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
25. FARIA, José Eduardo. Divisão dos poderes e constitucionalismo: virtudes e dilemas. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 19, n. 73, jan/mar 1998.
26. FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. Reserva do possível para quem?, **Revista da Escola da Magistratura Regional Federal**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 287-293, mar. 2007.
27. FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais – limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
28. GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Coimbra, XLVI, n. 2, p. 955-1003, 2007.
29. GRAU, Eros Roberto, **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
30. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
31. _____. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 20. ed. Heidelberg, 1995. Versão traduzida para o português por Luís Afonso Heck. _____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
32. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton, 2000.
33. KRELL, Andreas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 144, p. 238-261, out./dez. 1999.
34. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 265-283.

35. LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da ‘reserva do possível’, In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 173-193.
36. LUÑO, Antonio Perez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.
37. LUPION, Ricardo. O direito fundamental á saúde e o princípio da impessoalidade In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 347-361.
38. MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais**. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em 09 maio 2008.
39. MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 96, n. 862, p.11-21, 2007.
40. MEDEIROS, Rui, **A decisão de inconstitucionalidade - os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
41. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
42. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
43. _____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
44. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
45. _____. **Manual de Direito Constitucional: Tomo VI, Inconstitucionalidade e Garantias da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
46. _____. **Escritos vários sobre Direitos Fundamentais**. Estoril: Principia, 2006.
47. NABAIS, José Casalta. Os Direitos Fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional. In: **Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 9-60.

48. _____. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa. In: **Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 61-85.
49. _____. Algumas reflexões críticas sobre os Direitos Fundamentais, In: **Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 87-129.
50. _____. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: **Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 163-196.
51. NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
52. _____. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
53. _____. **Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República**: simultaneamente um comentário ao Acórdão nº 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997.
54. _____. Direitos como trunfos contra a maioria – sentido e alcance da vocação contramajoritária dos Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático In: **Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 17-67.
55. _____. O Tribunal Constitucional e os direitos sociais In: **Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 189-209.
56. OTERO, Paulo. **O Poder de Substituição em Direito Administrativo – enquadramento dogmático-constitucional**. v. II. Lisboa: LEX, 1995.
57. _____. **Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Reimpr.da edição de maio/2003. Coimbra: Almedina, 2007.
58. _____. **Instituições políticas e constitucionais**. v. I Coimbra: Almedina, 2007.
59. PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
60. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ónus da prova no processo civil**. 3. ed., Coimbra : Almedina, 2006.

61. SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
62. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
63. _____. Os direitos fundamentais sociais na constitucional de 1988, **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 01 set. 2008.
64. _____. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.
65. SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. . In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 149-172.
66. SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
67. _____. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.) **Interesses Públicos versus Interesses Privados – desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 217-246.
68. SCHWABE, Jürgen (coletânea original) / MARTINS, Leonardo (organização da tradução e introdução). **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.
69. SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão. Lisboa: Universidade Católica, 2003.
70. SILVA, Reinaldo Pereira. **A Teoria dos Direitos Fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual**, in Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano, Volume 13, nº2, Montevideo : Fundação Konrad Adenauer, 2007.
71. SOARES, Rogério Ehrhardt. Administração Pública e Controlo Judicial, **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, Ano 127, 1994-1995.
72. SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Lições de Direito Administrativo**, I. Lisboa: LEX, 1999.

73. _____; ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da República Portuguesa**: comentada: introdução teórica e histórica: anotações: doutrina e jurisprudência: lei do tribunal constitucional. Lisboa: Lex, 2000.
74. _____; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral - Introdução e princípios fundamentais**. V. I 2. ed. Lisboa : Dom Quixote, 2006.
75. _____; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral - Actividade administrativa**. v. III. Lisboa: Dom Quixote, 2007.
76. STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais sociais em *terrae brasiliis*, **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 4, p. 272-308, jul./dez. 2004.
77. _____. Concretização de Direitos e Interpretação da Constituição. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. v. LXXXI. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 291-323.
78. TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? . In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55-68.
79. TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____ (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 239-335.
80. _____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. v. V, 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
81. _____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86.
82. WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: **eScholarship Repository, University of Califórnia**. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050207-16>>. Acesso em: 10 maio 2008.
83. WEINGARTNER NETO, Jayme; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. . In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 285-303.

84. WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. **Verwaltungsrecht**. v. I, 11. ed. rev. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999 - versão traduzida para o português por António Francisco de Sousa, _____. **Direito Administrativo**. v. I. Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.
85. ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressaltada à doutrina da reserva do possível. . In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 209-215.