

LIMITES PARA A CONSIDERAÇÃO DA RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL

José Cláudio Carneiro Filho¹

RESUMO

O presente artigo dispõe sobre a reserva do possível, num contexto sócio-constitucional luso-brasileiro, e reflete sobre os limites desta reserva, bem como a visão jurisprudencial da mesma nos dois países.

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 reflecting on the limits of this reserve, and the jurisprudential view of the same in both countries.

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 - Limites para a consideração da reserva do financeiramente possível; 2.1 - O mínimo existencial e a reserva do possível; 2.2 - Valores superiores à reserva do possível; 2.3 - Determinabilidade da norma e a reserva do possível; 2.4 - O princípio da progressividade e a reserva do possível; 2.5 - Estado de exceção e a reserva do possível; 2.6 - A reserva do possível e a condição social de quem pleiteia um benefício; 2.7 - Os percentuais mínimos de gastos com a Educação e Saúde; 3 - Breves comentários sobre decisões do TC e do STF; 4 – Conclusões; 5 – Referências.

1 – Introdução

Em um primeiro momento, na edição anterior desta Revista Jurídica, publicamos algumas reflexões sobre paradigmas da “reserva do financeiramente possível”. Especificamente, questionamos se de fato apenas os direitos sociais, econômicos e culturais possuem custos (e portanto são afetados pela reserva do possível); e se o controle jurisdicional sobre as políticas públicas, com alterações orçamentárias, geraria um caos insuperável.

Afastados, naquele artigo², esses dois mitos consagrados na doutrina majoritária, passaremos agora a traçar um desenho objetivo sobre os limites da reserva do financeiramente possível.

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 CARNEIRO FILHO, José Cláudio. **A reserva do financeiramente possível e seus paradigmas**, ANIMA : Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, v. 1, p. 531-563, 2009.

Estamos cientes da sua mutabilidade e inconstância, de acordo com a época e sociedade, bem como condições peculiares em cada situação concreta³. Pretendemos, entretanto, lançar algumas ponderações da doutrina especializada, para que possamos absorver tais conhecimentos, reuní-los e utilizá-los ou descartá-los, configurando um esboço de limites (mesmo que tênues), para que se iniba a leviandade extrema com a qual vem se alegando em juízo a reserva do financeiramente possível, bem como o oposto igualmente temerário, qual seja a descrença com que a mesma é considerada por alguns magistrados. E, ainda neste artigo, registraremos as concepções das Cortes Constitucionais do Brasil e Portugal a respeito da matéria.

Por fim, num terceiro e último artigo sobre o tema⁴, superados os mitos e delineada a real reserva do financeiramente possível, iremos discutir de quem seria o ônus da prova relacionado a essa matéria, bem como o procedimento para identificá-la no Poder Judiciário.

2 - Limites para a consideração da reserva do financeiramente possível

Como ensina Jorge Miranda, em simples palavras, pretender conferir plena operatividade a todos os direitos econômicos, sociais e culturais seria “querer fazer tudo ao mesmo tempo e nada conseguir”⁵, acarretando uma inutilização dos comandos constitucionais, por uma razão básica de impossibilidade financeira.

Ciente desse fator, o mestre de Coimbra, Vieira de Andrade, lança duas questões: “Poderá entender-se que a Constituição [portuguesa] contém a resposta para essas opções? Que dela se podem retirar concretamente os critérios definidores das políticas de prestação de serviços pelo Estado?” As mesmas questões cabem no que toca à ordem brasileira, e, por óbvio, as respostas orientarão a forma de controle jurisdicional.

³ José Reinaldo Lopes se questiona se é possível uma teoria geral e prévia da impossibilidade jurídica e material. O próprio responde que, sob seu ponto de vista, a resposta seria “não”, considerando que a impossibilidade deve ser apreciada em cada caso (**Em torno da ‘reserva do possível’**, in **Direitos Fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**, organizado por Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 190).

⁴ CARNEIRO FILHO, José Cláudio. **A reserva do financeiramente possível e o ônus da prova**, ANIMA : Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, v. 3, a ser publicado.

⁵ **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**, 3ª edição, Coimbra : Coimbra Editora, 2000, p. 393.

Vieira de Andrade é enfático ao dizer que para ele a resposta é negativa, compreendendo como senso comum o fato de que os direitos a prestações materiais do Estado correspondem a fins políticos de realização gradual ou que são direitos sob a reserva do possível, não podendo a Constituição dizer qual o conteúdo exato da prestação, como haveria de processar-se a respectiva atribuição e sob quais condições ou pressupostos⁶.

Entretanto, de acordo com a doutrina majoritária, essa liberdade ao setor político não é plena, esbarrando em limites jurídicos que concedem um poder de controle, e algumas vezes ativismo, jurisdicional. Assim, particulares e a Administração se vêm em conflito constante. Esta última declara não poder conceder os benefícios pleiteados, por falta de recursos. Aqueles, de outro lado, sustentam que existe um dever que supera tal alegação, lastreados nos mais diversos argumentos, os quais veremos a seguir, juntamente com outros aspectos importantes para o tema.

2.1 - O mínimo existencial e a reserva do possível

O supracitado mestre de Lisboa, Jorge Miranda, ensina que, “sendo abundantes as regras e escassos os recursos”, é conveniente estabelecer tempos, graus e modos de efetivação diferentes, serviço este de competência dos agentes políticos⁷. Entretanto, na concepção do autor, deve ser resguardado o conteúdo essencial de cada direito fundamental⁸, podendo o legislador ponderar sobre o tempo e modo apenas em relação ao que estiver além desse núcleo. A partir de uma idéia de harmonização e concordância prática, Jorge Miranda, lastreado na doutrina de Robert Alexy, informa que seria necessária uma avaliação simultânea dos direitos a efetivar e dos recursos, humanos e materiais, disponíveis e adequados para o efeito. Essa tarefa cabe ao Legislador, com certo grau de liberdade conferido pelo pluralismo democrático e pela alternância. Porém, não se trata de liberdade plena, pois o Legislador deverá observar o princípio da

⁶ **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3ª edição (reimpressão da edição de 2004), Coimbra : Almedina, 2006, p. 191.

⁷ **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**, 3ª edição, Coimbra : Coimbra Editora, 2000, p. 392.

⁸ Também Vieira de Andrade reconhece um “conteúdo mínimo” dos interesses dos beneficiários dos direitos sociais, os quais, sendo individualizáveis, poderiam inclusive constituir posições jurídicas subjetivas referíveis ao plano constitucional (**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3ª edição (reimpressão da edição de 2004), Coimbra : Almedina, 2006, p. 387-388).

proporcionalidade, e será norteado por padrões de justiça social, solidariedade e igualdade real entre os cidadãos, cabendo ao Judiciário descobrir eventuais inconstitucionalidades⁹.

Em sentido semelhante, Paulo Bonavides entende que existe um núcleo essencial em cada direito fundamental, e que este é protegido como cláusula pétrea no Brasil, não podendo qualquer dos Poderes se esquivar de sua efetivação. Para a distribuição dos recursos recomenda o uso do princípio da proporcionalidade, e afirma que o Estado deve empregar suas disponibilidades materiais de forma prioritária na concretização destes. Levando-se ao extremo o entendimento do autor, apenas quando já estiver garantido o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais é que poderia o Estado empregar recursos em outras searas. Assim, só poderia alegar insuficiência de recursos se não estivesse investindo em qualquer outra área e, ainda assim, faltasse dinheiro para garantir aquele mínimo¹⁰.

Em termos amplos, este parece ser o entendimento da doutrina majoritária, a qual compreende que se deve privilegiar o atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, ou seja, aqueles decorrentes da dignidade da pessoa humana¹¹ (que se

⁹ **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**, 3ª edição, Coimbra : Coimbra Editora, 2000, p. 393.

¹⁰ **Curso de Direito Constitucional**, 20ª edição atualizada, São Paulo : Malheiros, 2007, p. 644-645. Leciona o autor que, “instalado um pleito com sede nos artigos da Lei Maior, pleito em que se questionem as disponibilidades e a capacidade do Estado de ministrar prestações de ordem material com que concretizar direitos sociais, não pode a autoridade judicante, tanto quanto a executiva ou legislativa, exonerar-se – debaixo daquele pretexto e alegativa – da obrigação constitucional de fazer valer a observância das regras e princípios de proteção a semelhantes direitos estampados na Lei Suprema. Todavia, diante de eventual e flagrante limitação ou carência de recursos, a manutenção dos comandos normativos da Constituição recomenda o tratamento da controvérsia pelos órgãos do poder estatal da esfera respectiva dos três ramos da soberania o emprego do princípio da proporcionalidade. Por obra deste, mediante ponderação de interesses e exame de elementos de necessidade e adequação, recresce a margem de possibilidade de lograr-se uma solução jurídica compatível com os ditames do Estatuto Fundamental que governa o ordenamento jurídico. Em hipótese alguma admitir-se-á, todavia, o sacrifício, o desprezo e a destruição da medula normativa de nível constitucional que compõe a estrutura daqueles direitos. Não podem, enfim, ser varridas da Constituição garantias que selam o pacto social extraído de vontade constituinte inviolável, cujo abrigo é precisamente o § 4º do art. 60 da Constituição da República. Tal aconteceria com a matéria dos direitos sociais que ali cabem caso a jurisprudência dos tribunais não faça prevalecer o segundo entendimento da expressão “direitos e garantias individuais”, qual o expusemos, em termos que se nos afiguram os da melhor doutrina possível de construir-se, por via hermenêutica, acerca de tema tão relevante e crucial. De tal sorte que, preservada a sua intangibilidade constitucional, a garantia social se concretize prioritariamente na escala das disponibilidades materiais da prestação estatal. Não servem os limites desta, portanto, de argumento com que excluir os direitos sociais da proteção que lhes confere sobredita intangibilidade” (**Curso de Direito Constitucional**, 20ª edição atualizada, São Paulo : Malheiros, 2007, p. 645).

¹¹ Citamos como exemplo a doutrina de Emerson Garcia, para quem a intervenção judicial só poderia ocorrer, em se tratando de direitos prestacionais, nos casos onde houvesse a devida previsão orçamentária, ou então, independente de previsão no orçamento (por sua questão de absoluta prioridade) que se referisse à dignidade da pessoa humana (**Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a**

traduzem, para alguns, num mínimo existencial), até que eles sejam realizados. Se ainda houver recursos remanescentes, estes serão destinados de acordo com as opções políticas que o pluralismo democrático reputar adequadas em cada momento.

Concordamos com o raciocínio globalmente, porém discordamos do critério. Por não concebermos até o momento a possibilidade, a pertinência e o benefício de se estabelecer um mínimo existencial, acreditamos dever este critério ser substituído por outro. Neste sentido, acompanhamos Reis Novais, para quem é prejudicial buscar-se uma tutela jurisdicional ligada a um “núcleo essencial, de um mínimo social radicado na consciência jurídica geral ou em conceitos afins, pois essas estratégias redundam em impossibilidade prática de identificação desses âmbitos nucleares pretensamente protegidos, mas, em contrapartida, abrem o que resta do direito, que é afinal tudo, à intervenção restritiva [ou, no caso, possibilidade de omissão] do legislador e à ausência prática de controlo jurisdicional”¹². O mínimo para a existência passaria de herói a vilão.

O entendimento dos célebres constitucionalistas português e brasileiro supracitados exigiria uma concepção de “mínimo existencial”¹³ ou “conteúdo essencial” para as normas constitucionais, com o qual não corroboramos. Não identificamos qualquer condição segura para reconhecer ditos conteúdos, bem como não encontramos validade para sua utilização como justificadores de uma intervenção judicial¹⁴. Conforme alerta Reis Novais, sequer na Alemanha (onde nasceu e foi mais desenvolvida a idéia) a sua aceitação é pacífica, afirmando-se que é impossível encontrar tal essência objetivamente¹⁵. Gustavo Amaral também não considera a

concreção dos direitos sociais, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, XLVI, nº2, Coimbra : Coimbra Editora, 2007, p. 996).

¹² **O Tribunal Constitucional e os direitos sociais**, in **Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria**, Coimbra : Coimbra Editora, 2006, p. 207. E, apenas para constar, o que Reis Novais chamou de “intervenção restritiva” por nós seria considerada nestes termos apenas se relacionada a um ato envolvendo uma revogação total ou parcial de lei concretizadora de direitos sociais. Do contrário tratar-se-ia de uma “omissão restritiva”, conforme batizamos em nosso estudo recente intitulado **Intervenções restritivas (grundrechtseingriff) praticadas pela administração pública (algumas reflexões sobre conceito, natureza, requisitos e controle)**, que constitui trabalho monográfico apresentado em junho de 2008 na Disciplina de Direitos Fundamentais e Administração, regida pelo Prof. Dr. José de Melo Alexandrino, no Mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) da Universidade de Lisboa.

¹³ Nesta linha do mínimo existencial encontramos a doutrina majoritária brasileira, da qual podemos citar, por todos, a obra de Ingo Sarlet (**A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8ª edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007, p. 301-305 e 366-387).

¹⁴ Critério também utilizado, conforme indicaremos mais adiante, é o da lesão à “dignidade da pessoa humana”, com o qual não concordamos.

¹⁵ Para um maior aprofundamento sobre as críticas à garantia do conteúdo essencial, conferir as pertinentes colocações de Reis Novais, às quais nos filiamos (**As Restrições aos Direitos Fundamentais**

existência de um núcleo imune ao controle e à ponderação “necessidade x possibilidade”, ou seja, que fosse imune à reserva do financeiramente possível¹⁶. É de se ressaltar que em um país como o Brasil, onde a maioria da população constitui uma sociedade carente de serviços sociais básicos, configuráveis como o “mínimo para a existência” para tais doutrinas, haveria “agudo comprometimento dos recursos públicos”, como ressalta Ingo Sarlet¹⁷.

E, note-se, mesmo ultrapassando a difícil tarefa de se identificar qual seja o mínimo existencial, é de se observar que dificilmente em um país como o Brasil, ou mesmo Portugal, será possível visualizar uma completa oferta do mínimo, quanto mais uma sobra de recursos. Ainda, é de se avaliar se o mínimo existencial deverá ser identificado apenas num aspecto objetivo ou num subjetivo. Eis outro problema, pois no âmbito objetivo ficarão à margem muitas situações onde a dignidade da pessoa humana não será observada. De outro lado, se atentados os casos subjetivos particularizados, os recursos estatais seriam insuficientes inclusive em países ditos de primeiro mundo.

2.2 - Valores superiores à reserva do possível

Outro aspecto, bastante semelhante ao anterior, frequente na jurisprudência brasileira¹⁸, sugere que a “salvaguarda da vida é, de regra, prioritária em relação à

não Expressamente Autorizadas pela Constituição, Coimbra : Coimbra Editora, 2003, p. 779-798). Também neste sentido, dentre outros, José de Melo Alexandrino (**Direitos fundamentais: introdução geral**. Estoril : Principia, 2007, p. 129-132).

¹⁶ **Há direitos acima dos orçamentos?**, in **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**, organizado por Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 92.

¹⁷ Não obstante, o autor defende o controle jurisdicional a partir de tal mínimo, sendo irrelevante qualquer análise de reserva do possível jurídica – admitindo-se unicamente a fática, se devidamente comprovada. A reserva do possível relativa (jurídica) deve ser afastada, com uma priorização e redistribuição orçamentária, concretizando os direitos sociais relacionados com o mínimo existencial. Seria também o caso de exigir uma repartição de responsabilidade com o corpo social, ponto sobre o qual, todavia, o autor não discorre, mas sim apenas sugere (**A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8ª edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007, p. 376-377).

¹⁸ Cite-se o paradigmático julgado do Agravo Regimental de Petição 1.246-1-SC, de relatoria do Ministro Celso de Mello. O julgador afirma textualmente que “entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput) ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado este dilema – que as razões de índole ética-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida”. Mencione-se que neste caso foi sequestrado dos cofres do Estado de Santa Catarina o importe de 63 mil dólares, para um tratamento experimental nos Estados Unidos, relacionado a uma doença rara (tratamento este que não havia sequer um caso que indicasse cura, e não era reconhecido pelo Sistema Único de Saúde). A retirada imediata

reserva do possível”¹⁹. Não obstante a sedução humanitária, discordamos desta classificação como regra. Isso porque, na prática, seriam inúmeras as situações que se colocariam como exceção, em nossa concepção²⁰, pois acreditamos mais coerente o critério utilizado pelo Tribunal Constitucional Alemão (e por diversos autores) no sentido de que o indivíduo deve se ater ao que for razoável exigir da sociedade em que vive. Portanto, vários pedidos envolvendo a saúde (ou até vida) do peticionário deverão (de acordo com o nosso ponto de vista) ser indeferidos, em razão de uma análise de razoabilidade. A partir desta, justificando-se, não se pode olvidar que ao salvaguardar a vida de um, no trâmite judicial, poderá estar retirando a tutela estatal anterior relacionada à salvaguarda de muitas outras vidas²¹.

Alguns sustentam que todo direito fundamental social que tivesse uma relação com a dignidade da pessoa humana gozaria de preferência de concretização estatal. Apesar da plasticidade da argumentação que surge normalmente correlata a esta figura, não consideramos adequada sua defesa, pois em última análise todos os direitos sociais poderão ser relacionados à dignidade da pessoa humana, justamente porque dela irradiaram. Assim, um critério de prevalência que pode abranger todas as normas perde qualquer valia, motivo pelo qual julgamos mais apropriado conferir prevalência para aquelas normas que (ligadas à dignidade da pessoa humana, como as demais) foram privilegiadas pelo poder constituinte originário, dotando-as de determinabilidade e clareza, com uma força normativa vinculante.

Por fim, é de se observar que tal valor (dignidade da pessoa humana) é tão manipulável que podemos inclusive sustentar o não deferimento de um benefício social lastreados justamente nele. Imaginemos os subsídios para famílias carentes, ou para

deste valor, como se deu, comprometeu outras prestações a inúmeros doentes pobres que dependem de tratamento inadiável, conforme relatava o procurador do Estado em questão. A partir do julgado referido, os demais do Supremo Tribunal Federal seguem a mesma linha e a ele se referem (influenciando também a primeira e segunda instância).

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang / FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**, in **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**, organizado por Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 46. Dentre outros, também neste sentido temos Dirley da Cunha Júnior, para quem “a efetividade dos direitos sociais – notadamente daqueles mais diretamente ligados à vida e à integridade física da pessoa – não podem depender da viabilidade orçamentária” (**Curso de direito constitucional**, Salvador : Juspodivm, 2008, p. 716).

²⁰ E, de forma contraditória, até na concepção da doutrina que primeiramente defende a tal “regra”.

²¹ Também Gustavo Amaral e Danielle Melo se colocam contrários a esta “regra” estabelecida pelos Tribunais Superiores no Brasil, onde o “direito à vida é um direito *superior*, que não pode ser contrastado com *questões menores* como as finanças públicas e o orçamento” (**Há direitos acima dos orçamentos?, in Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**, organizado por Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 87-109).

desempregados, ou para jovens. Todos eles são concedidos quando os indivíduos se encontram em certa condição de necessidade. Porém, muitas vezes, exercem efeito psicológico negativo, ao incentivar o indivíduo a não procurar desenvolver uma situação de independência, de evolução pessoal e social (sendo no mínimo questionável até onde se está promovendo ou sufocando a dignidade dessas pessoas ao serem mantidas em situação de dependência eterna e constante).

2.3 - Determinabilidade da norma e a reserva do possível

No que toca ao outro critério que poderia surgir em substituição ao mínimo para a existência, conforme já adiantamos, parece-nos mais jurídico, seguro e pertinente a tutela do Tribunal Constitucional a partir da garantia de aplicação de recursos nas normas constitucionais determinadas (diretamente ou que o tenham sido através de lei ordinária, enquanto esta vigorar), ou determináveis em análise conjugada com outras normas constitucionais e legais.

Argumenta-se que “mesmo no caso de uma suficiente determinação do conteúdo da prestação ao nível da Constituição, isso não resultaria na neutralização da barreira fática da reserva do possível, pois, mesmo sabido exatamente o que buscar, pode disto não dispor o destinatário”²². Em relação a isso, acreditamos que, se negarmos efetividade a normas constitucionais determinadas, a Constituição não passará de mera folha de papel, no conceito de Lassale. Esse argumento de Lassale é muito utilizado em se tratando de garantir um mínimo para a existência, o qual, todavia, é construção muito mais política e subjetiva do que jurídica e objetiva. Portanto, sua inaplicação não fere propriamente a Constituição, mas sim uma interpretação que alguns buscam a ela conferir. Por outro lado, em se tratando de normas determinadas, a ofensa é direta. Nesses termos, ao Judiciário não pode ser negado o poder de interferência, devendo obrigar o Legislador e Administração a realizarem a alteração orçamentária, ou, se verba alguma houver, a direcionar toda aquela que ingressar nos cofres públicos para a efetividade das normas constitucionais determinadas.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8ª edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007, p. 372-373.

2.4 - O princípio da progressividade e a reserva do possível

Alguma doutrina compreende que a reserva do possível só pode ser utilizada como argumento razoável enquanto for observado o princípio da progressividade. Ou seja, se o Estado já caminha através de uma concretização constante e progressiva dos direitos constitucionais. Trata-se de uma visão interessante, porém exige um tipo de prova que se demonstrará impossível ou então manipulável.

Em certa medida, como indica Jorge Pereira da Silva, o Tribunal Constitucional português adota essa postura, ao considerar reiteradamente que não há omissão se o legislativo demonstrar intenção legiferante (através de projeto de lei sobre a matéria, por exemplo). O autor citado não concorda com esta postura, porque enquanto se aguarda um trâmite legislativo a norma constitucional continuaria carente de concretização, e portanto permaneceria a omissão do legislador. Tal postura do Tribunal poderia ainda permitir “fraudes”, onde para se esquivar de eventual condenação o Legislativo se limitaria a dar os primeiros passos, mas sem nada concretizar na prática. Ainda em conformidade com o pensamento de Jorge Pereira da Silva, o Tribunal “se preocupa mais com a decisão política de legislar ou não legislar do que com o facto jurídico-objectivo da falta de norma legal necessária para a efetivação de uma norma constitucional, como sucede com algumas normas atributivas de direitos. Daí o sentido da inconveniência de censurar o legislador bem comportado, mas que ainda não completou a sua tarefa, procurando, inclusivamente, encontrar justificações para os seus atrasos”, confundindo, o Tribunal, “fiscalização da constitucionalidade com apuramento da responsabilidade do legislador”²³.

2.5 - Estado de exceção e a reserva do possível

Considerando que os direitos fundamentais sofrem influência do meio em que se encontram, Jorge Miranda traça um paralelo entre os direitos sociais e os direitos de liberdades, no aspecto do estado excepcional (de sítio e de emergência). Afirma que em

²³ **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas : contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão**, Lisboa : Universidade Católica, 2003, p. 162-163.

princípio não poderiam ser suspensos os direitos econômicos, sociais e culturais, por ausência de preceito constitucional simétrico do art. 19º. Porém, admite que isso não gera impedimento para em determinadas situações fáticas o Legislador (e apenas ele), através de ato legislativo, suspender direitos consignados na Constituição em momentos de crises econômicas e financeiras de extrema gravidade, ou em situações de estado de sítio ou emergência, durante o período e até que se reestabeleça a ordem normal²⁴. Hans Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober seguem a mesma trilha, afirmando que a Administração só pode distribuir o que foi produzido pela economia popular, e que, por isso, nas crises e recessões econômicas, é possível uma supressão da assistência social²⁵.

Robert Alexy, por outro lado, afirma que a necessidade popular relacionada aos direitos sociais aumenta em tempos de crise econômica, e nestes momentos é indispensável uma proteção jusfundamental das posições sociais, por mais mínima que seja²⁶. Porém, reconhece que justamente nestes momentos a possibilidade material do Estado diminui, o que revela uma ainda maior dificuldade de suprir o inclusive maior contingente de necessitados. Reis Novais apresenta desenvolvimento semelhante, divergindo apenas do objeto da proteção, compreendendo que o Tribunal Constitucional deve assumir sempre a plenitude da margem de intervenção que lhe cabe na garantia dos direitos fundamentais – de todos eles – em Estado de Direito²⁷. Mas o problema,

²⁴ **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**, 3ª edição, Coimbra : Coimbra Editora, 2000, p. 394.

²⁵ **Verwaltungsrecht**, Volume I, 11ª edição, revista, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999 - versão traduzida para o português por António Francisco de Sousa, "**Direito Administrativo**", Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 209-210. Parece ser também o entendimento de Emerson Garcia, ao se referir à retração dos direitos prestacionais em momentos de "crise económica generalizada" (**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. 987).

²⁶ **Theorie der Grundrechte**, Baden-Baden : Nomos, 1985 - Versão traduzida para o castelhano por Carlos Bernal Pulido. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, 2ª edição, Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 454-460.

²⁷ Reis Novais entende que "os direitos sociais, sobretudo nos períodos mais críticos de dificuldades económicas, são necessariamente, por força do seu conficcionamento pela reserva do financeiramente possível, direitos sujeitos a alteração, reforma, retrocesso, adaptação a novas realidades e a problemas novos. Mas é também nestes períodos que, política e socialmente, mais se faz sentir a sua fundamentalidade e, conseqüentemente, no plano jurídico, a importância de uma adequada compreensão da sua relevância. O papel do Tribunal Constitucional na composição destas tendências dissonantes é decisivo. Não significa isto que o Tribunal Constitucional deva invalidar mais vezes as opções do legislador ou que deva substituí-lo num domínio que, em Estado democrático com separação de poderes, a justiça constitucional não pode disputar, isto é, o da responsabilidade exclusiva e plena do legislador democrático na aprovação do orçamento; mas significa, antes, que o Tribunal Constitucional deve assumir sempre a plenitude da margem de intervenção que lhe cabe na garantia dos direitos fundamentais – de todos eles – em Estado de Direito" (**O Tribunal Constitucional e os direitos sociais**, in **Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria**, Coimbra : Coimbra Editora, 2006, p. 208-209).

cremos, está justamente em se saber qual a amplitude dessa margem de intervenção do Judiciário...

A respeito do ponderado por Robert Alexy, temos para nós que a reserva do financeiramente possível, quando absoluta, não é um produto da essência dos direitos fundamentais, mas sim uma realidade do meio. Nestes termos, por fazer parte do *ser* e não do *dever ser*, dificilmente poderíamos simplesmente afastá-la em razão de aspectos humanitários de justiça ideal. Assim, em tempos de crise, poderá sim o quadro sócio-econômico exigir uma retração do Estado para se evitar um colapso maior. Tem razão o autor ao afirmar que é em tempos de crise que o cidadão mais necessita do Estado. Contudo, o Estado nada mais é do que um administrador dos recursos da sociedade. Se a sociedade fica sem recursos, o Estado também fica. Se não há o que dividir, não há o que discutir. E, dependendo do aspecto da crise, pode existir algum recurso, mas este ser necessário para atividades outras, emergenciais, que servirão justamente para retirar a sociedade da situação de penúria, e possibilitar o poder de auto-manutenção dos indivíduos, valorizando assim o aspecto da dignidade da pessoa humana (reserva do possível relativa). Pondere-se, entretanto, que qualquer retrocesso relacionado aos direitos deverá ser fundamentado.

No caso do retrocesso na configuração dos direitos sociais, não há o problema da maior interferência do Judiciário em criar norma, mas há grande interferência no âmbito da opção política, evidenciando também um problema que pode ter severo obstáculo no financeiramente impossível²⁸. Sérvulo Correia compreende que na densificação dos direitos sociais o legislador possui liberdade de conformação política (principalmente em face das possibilidades financeiras e econômicas), a qual não é limitada por uma densidade essencial autônoma do direito fundamental ao nível constitucional. Entretanto, o legislador encontraria um obstáculo relacionado ao retrocesso, pois teria o dever de manter o nível global de proteção anteriormente consagrado no nível infraconstitucional²⁹. Não pretendemos problematizar a situação,

²⁸ Aspecto este apenas colocado para se evidenciar que também nele a reserva do possível é algo a se analisar. Porém, não será trabalhado neste artigo, em virtude de se tratar de um direito de omissão estatal (um direito negativo), relacionado com o não atingimento do grau de concretização já estabelecido. Portanto, não se trata de direito positivo (por nós trabalhado no presente estudo).

²⁹ 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 Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes, organizado por Jorge Miranda, Coimbra : Coimbra Editora, 2004, p. 970.

mas em suma compreendemos que não há qualquer vedação de retrocesso em direitos sociais, sendo o legislador livre para fazê-lo, justamente porque tais direitos se relacionam intimamente com o contexto sócio-econômico, o qual varia de tempos em tempos³⁰. Nesta razão, com a devida vênua, consideramos impertinente e temerária qualquer amarra que se pretenda colocar neste sentido ao poder legiferante. Deverá, sim, haver o controle dos motivos que levaram ao retrocesso, que deverão por certo ser dotados de grande razoabilidade e necessidade³¹.

2.6 - A reserva do possível e a condição social de quem pleiteia um benefício

A respeito da necessidade de se avaliar a condição de quem pleiteia um benefício social, em Declaração de Voto (acórdão nº148/94) o juiz lusitano Luís Nunes de Almeida afirma que os direitos sociais o são para todos os indivíduos, indiscriminadamente, pois se configuram na razão de direitos, e não de esmolas aos mais desprotegidos.

De fato, como acontece no art. 64º, 3, a, da Constituição da República portuguesa, muitas vezes a norma constitucional exige a prestação de um serviço social independente da condição econômica do cidadão que a busca. Porém, analisando-se esta norma em confronto com a reserva do possível, estando na condição de apenas pouco dar, cremos que é obrigação Estatal observar outros princípios, como o da igualdade (em seu sentido material, e não formal) e outros de reequilíbrio social, optando assim por iniciar a prestação do benefício àqueles que não possam obtê-lo sem o auxílio do Estado. Assim, em nossa concepção, outro dado que deve importar na concessão de um

³⁰ Com isso não ignoramos o alerta de Emerson Garcia, no sentido de que, não obstante a mutabilidade da vontade popular em razão dos influxos sociais, “ela deve manter-se adstrita aos contornos traçados na Constituição, elemento fundante de toda organização política e que condiciona o próprio exercício do poder” (**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). Concordamos com o autor, e acrescentamos que a Constituição serve para firmar alguns valores fundamentais intocáveis (dentre outros eventualmente mutáveis, com maior ou menor grau de dificuldade), sendo que se a sociedade chegar a tal grau de incompatibilidade, passando a exigir uma mudança que comprometa valores tidos por essenciais/base na Carta, é hora de produzir-se uma nova Constituição, um novo Estado.

³¹ Também esta é a conclusão de Reis Novais (**As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**, Coimbra : Coimbra Editora, 2003, p. 138-139; e, **O Tribunal Constitucional e os direitos sociais**, in **Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria**, Coimbra : Coimbra Editora, 2006, p. 208-209).

benefício social é a condição do candidato a beneficiário. Porém, esse critério deve ser estabelecido de forma que não induza a uma estagnação profissional e pessoal no indivíduo. Em outras palavras, que não seduza o sujeito a deixar de trabalhar para então usufruir benefícios sociais, dos quais não poderia gozar caso mantivesse o anterior emprego. Assim, prefere viver da assistência social do que de seus próprios recursos, já que não pode acumular aquela à sua anterior condição de vida.

Jorge Miranda, em posicionamento que reforça aquilo que defendemos no parágrafo anterior, considera que, no Estado Social em que vivemos, os direitos fundamentais sociais básicos devem ser garantidos pelo Estado, de forma gratuita ou através de prestações pecuniárias que permitam ao indivíduo adquirir. Porém, essa disponibilidade deve ocorrer apenas em relação àqueles que não possuem condições auto-suficientes para pagarem pelos serviços relacionados. Quem pode pagar deve pagar³². De outro lado, o autor sugere que a fronteira entre “necessidades básicas” (que devem ser custeadas pelo Estado) e “outras necessidades” nunca é rígida, nem definitiva, variando de acordo com o desenvolvimento econômico, social e cultural da sociedade em questão, bem como do “sufrágio universal que, em cada momento, a traça”³³. Em suma, os direitos sociais não são deveres exclusivos do Estado, devendo ser compartilhados com a sociedade (familiares, associações ou até o próprio

³² Também Emerson Garcia compreende que os deveres prestacionais do Estado surgem apenas de forma subsidiária. Ou seja, nos espaços onde a sociedade organizada ou o indivíduo não possuem recursos próprios para garantí-los por si (**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. 981). Também sobre o princípio da subsidiariedade, e a primazia da autoresponsabilidade, conferir Ingo Sarlet (**A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8ª edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007, p. 384).

³³ **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**, 3ª edição, Coimbra : Coimbra Editora, 2000, p. 394-397. Em sentido semelhante, dentre outros, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, considerando que “em termos de direitos sociais (e, neste caso, existenciais) básicos, a efetiva necessidade haverá de ser um parâmetro a ser levado a sério” (**Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**, in **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**, organizado por Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 44); também José Eduardo Faria, para quem “os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios” (**O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira**, in: José Eduardo Faria (Hsgb), **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**, São Paulo : Malheiros, 1994, p. 105, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8ª edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007, p. 299; bem como Reis Novais, ao se referir ao princípio da isonomia, que importa ser tratado de forma igual, e não necessariamente gozar do mesmo benefício prestacional – igualdade para os iguais e desigualdade para os desiguais (**Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**, Coimbra : Coimbra Editora, 2004, p. 109).

indivíduo)³⁴. Neste sentido, quem possui outros meios de acesso às prestações sociais deve poupar o Estado, para que este aplique seus escassos recursos em razão daqueles que não possuem outra via se não a estatal.

2.7 - Os percentuais mínimos de gastos com a Educação e Saúde

Por fim, neste tópico, importante realizar algum comentário sobre os percentuais mínimos de receita vinculados à Educação e Saúde no Brasil, por expressa disposição constitucional (artigos 198, parágrafo 2º, e 212³⁵).

Em nossa concepção, tais normas (regras) estabelecem uma possibilidade de controle jurisdicional (e dos Tribunais de Contas) para exigir a aplicação de valores naqueles termos, naquelas searas, bem como responsabilizar os gestores que não o fizerem. Entretanto, se trata de um dever estatal, mas não diz respeito a qualquer direito subjetivo ao cidadão.

Noutras palavras, o Judiciário pode determinar o cumprimento da norma constitucional (de investimento naqueles setores), mas não pode (salvo em relação a normas determinadas e evidentes) vincular a prestações específicas dentro destes setores mais amplos (educação e saúde).

3 - Breves comentários sobre decisões do TC e do STF

Os comentários que aqui se realizarão têm como referência um apanhado jurisprudencial realizado pela doutrina especializada no Brasil³⁶ e em Portugal³⁷,

³⁴ Conforme Ricardo Seibel de Freitas Lima, ao tratar do direito à saúde (**Direito à saúde e critérios de aplicação**, in **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**, organizado por Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 280).

³⁵ “Artigo 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios”. “Artigo 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

acrescentada em algum aspecto por nossa livre busca junto aos repositórios de jurisprudência das Cortes Constitucionais. Porém, não reflete este tópico um estudo profundo que comporte a indicação segura de um posicionamento em um ou outro sentido por parte de ambos os Tribunais.

Nossa pretensão, aqui, é apenas indicar ao leitor algumas conclusões obtidas por tais Cortes, e em alguma medida comentá-las, ou até relacionar uma e outra para indicar um possível indício de consolidação.

Iniciando pelo Tribunal Constitucional português, podemos dizer que o aspecto financeiro parece relevante ao mesmo, que em 89 (acórdão nº330/89) não afastou por inconstitucionalidade lei que contrariava frontalmente dispositivo constitucional ao exigir taxas moderadoras no acesso aos cuidados públicos de saúde (sendo que o art. 64 da CRP exigia a criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito).

Também na área da Educação existe precedente do Tribunal Constitucional que notoriamente busca argumento frágil para justificar uma inconstitucionalidade, tendo como pano de fundo e real motivação a impossibilidade do Estado garantir a gratuidade progressiva no ensino superior. Trata-se do acórdão nº148/94, que analisa um severo aumento nas propinas através de lei de 1992, não obstante o art. 74º, 1, e, da CRP afirmar que o Estado deveria “estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino”.

Para tentar justificar o evidente aumento, o Tribunal Constitucional afirmou que se tratava unicamente de uma atualização monetária. Entretanto, para abarcar o vultoso valor da majoração, apegou-se ao ano de 1941 (quando se deu a última atualização),

³⁶ Nos valem, dentre outros, de julgados/comentários trazidos/realizados por Fernando Facury Scaff (**Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**, in **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**, organizado por Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 149-172); Daniel Wei Liang Wang (**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); e Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt e Luis Otavio Barroso da Graça (**Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente**, in **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**, organizado por Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 217-263)

³⁷ Nos valem, dentre outros, de julgados/comentários trazidos/realizados por Rui Medeiros (**A decisão de inconstitucionalidade - os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, p. 473 e ss); Reis Novais (**O Tribunal Constitucional e os direitos sociais**, in **Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria**, Coimbra : Coimbra Editora, 2006, p. 189-209) e Casalta Nabais (**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).

considerando constitucional qualquer valor idêntico ou aquém ao principal mais acessório obtido com a atualização do valor neste período de mais de cinquenta anos. Nos parece crível o argumento da atualização monetária não revelar um aumento real. Porém, temos por equivocado buscar-se um marco anterior a 1976, momento no qual o Poder Constituinte Originário entendeu que a partir dos valores ali existentes deveria ocorrer uma progressiva gratuidade. Assim, fica clara a real preocupação do Tribunal Constitucional em preservar o Erário, mesmo que para isso tenha que vestir uma roupagem questionável para sua decisão.

Não obstante isso, é de se mencionar que nas décadas de 80 e 90 o Tribunal Constitucional se utilizou de decisões modificativas, principalmente no caso de pensões. As fundamentações, entretanto, eram distoantes, e não foram as conclusões (pela garantia do princípio da igualdade) levadas para outras searas, como aponta Rui Medeiros, considerando ao final que as decisões modificativas da Corte Constitucional lusitana são mais de oportunidade e política do que um juízo de constitucionalidade das leis³⁸.

Nos voltando agora para alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, percebemos que todas as decisões analisadas na área da saúde³⁹ concedem o medicamento ou tratamento pedido pelo cidadão impetrante, não havendo sequer voto divergente. Assim, nenhuma decisão admite a escassez de recursos como argumento

³⁸ **A decisão de inconstitucionalidade - os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, p. 477.

³⁹ Nos referimos especialmente às trazidas por Daniel Wei Liang Wang, que buscou realizar um estudo mais completo focado na jurisprudência do Supremo (**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). As decisões coletadas pelo autor são as seguintes: Agravo de Instrumento 462563/RS; Agravo de Instrumento 532687/MG; Agravo de Instrumento 537237/PE; Agravo de Instrumento 570455/RS; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 238328/RS; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 486816/ RJ; Agravo Regimental em Petição 1246/SC; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 255627 / RS; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 257109 / RS; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 259508 / RS; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 268479 / RS; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271286 / RS; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 273834 / RS; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 279519/RS; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF; Petição 1246/SC; Recurso Extraordinário 195186/ RS; Recurso Extraordinário 195192/ RS; Recurso Extraordinário 198263/ RS; Recurso Extraordinário 198265/ RS; Recurso Extraordinário 232335/RS, Recurso Extraordinário 237367/ RS, Recurso Extraordinário 242859/ RS; Recurso Extraordinário 248304/ RS; Recurso Extraordinário 256327/ RS; Recurso Extraordinário 264269/ RS; Recurso Extraordinário 267612/RS; Recurso Extraordinário 297276/ SP; Recurso Extraordinário 342413/ PR; Recurso Extraordinário 353336/ RS; Recurso Extraordinário 393175/RS.

aceitável para impedir a concessão de um medicamento ou tratamento médico. Ainda, é de se ressaltar que mencionadas demandas são de caráter individual⁴⁰.

Em um condensado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, Daniel Wang ressalta que a Corte entende que o direito à saúde é um direito fundamental jurisdicionalmente tutelável e que deve ser efetivado pelo Estado de forma “plena” e “universal”, cabendo ao Poder Judiciário atuar quando o Poder Público for omissivo de forma “anômala”, “arbitrária”, “intolerável” ou por comportamento “desviante”. O autor compreende que, em sentido contrário, se a omissão não for arbitrária, se mostrar tolerável, usual e não for oriunda de comportamento desviante, não caberia a tutela jurisdicional. Porém, ressalta que sequer podemos analisar em que termos o Supremo entende tais conceitos, pois não há qualquer decisão que negue a providência⁴¹.

A reserva do possível não aparece, ou surge como mero apontamento, sem ocupar grande espaço ou importância, sendo referido como argumento frágil do Estado. Esta conclusão reiterada do Supremo Tribunal Federal nos parece, com a devida vênia, inconsequente, pois realiza uma ponderação em abstrato, estanque, a qual pode gerar grandes injustiças, pois é algo fático a inexistência de recursos para a proteção da totalidade das pessoas na totalidade das situações, mesmo limitando aos casos onde se dê violação do direito à vida. Lembramos que não apenas a saúde remonta uma prestação positiva para garantir a vida, mas também a segurança pública e muitas outras.

⁴⁰ Conclusões de Daniel Wei Liang Wang (**Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, *In* eScholarship Repository, University of Califórnia, p. 12. Disponível em: <http://repositories.cdlib.org/bple/alcde/050207-16>. Acesso em: 10 de maio de 2008).

⁴¹ **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, *In* eScholarship Repository, University of Califórnia, p. 14. Disponível em: <http://repositories.cdlib.org/bple/alcde/050207-16>. Acesso em: 10 de maio de 2008.

No campo da Educação, no começo dos acórdãos⁴² fala-se na gradualidade na concretização dos direitos sociais, na dependência financeira destes direitos (e portanto na “reserva do possível”), e ressalta-se que a formulação de políticas públicas caberia primordialmente aos agentes políticos. Porém, na sequência afirma-se que o espaço de discricionariedade da administração é mínimo (ou inexistente) e que argumentos de natureza econômica não podem ser aceitos para justificar a não concretização do direito à educação⁴³.

Porém, nos parece que a ponderação do Supremo Tribunal Federal se altera quando a discussão passa para o campo do controle abstrato. Na ADIn nº3324, julgada em 2004, o Supremo analisou caso semelhante ao precursor alemão aqui já mencionado (*numerus clausus*). Tal Ação Direta de Inconstitucionalidade é proposta contra a lei nº9.536/97, que permite a transferência entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o município onde se situa a instituição recebedora ou para a localidade mais próxima desta. O voto do Ministro Joaquim Barbosa afirma que “a educação, além de ser um direito fundamental de cunho social, constitui um bem ou prestação que se reveste, entre nós, da característica da escassez” e que imperativos governamentais ligados às restrições orçamentárias e outras limitações estruturais fazem com que o oferecimento indistinto deste direito seja impossível, o que faz com que haja “necessidade de estabelecimento, pelo Estado, de critérios e mecanismos tendentes a disciplinar as formas de acesso a bem prestacional tão valioso”.

⁴² Novamente nos referimos especialmente à pesquisa elaborada por Daniel Wang (**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). As decisões analisadas são as seguintes: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1950/SP; AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3324/DF; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 410646/SP; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 401023/SP; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 410715/SP; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 431916/SP; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 436996/SP; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 463210/SP; RECURSO EXTRAORDINÁRIO 401673/SP; RECURSO EXTRAORDINÁRIO 402024/SP; RECURSO EXTRAORDINÁRIO 411518/SP; RECURSO EXTRAORDINÁRIO 431773/SP.

⁴³ Conclusões de Daniel Wei Liang Wang (**Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, In eScholarship Repository, University of Califórnia, p. 26-27. Disponível em: <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050207-16>. Acesso em: 10 de maio de 2008).

Na mesma ADI, vota o Ministro Gilmar Mendes, que afirma que o ensino superior público, embora intitulado “gratuito”, é custeado por créditos orçamentários públicos e, por esta razão, faz-se necessário harmonizar a disciplina jurídica das transferências obrigatórias com os limites orçamentários das Universidades públicas brasileiras. O Ministro ressalta que o orçamento das universidades públicas possui receita suficiente apenas para cobrir certo número de vagas e constata que os próprios memoriais e documentos acostados aos autos indicam que, em média, considerando apenas os pedidos efetuados no ano de 2004, o ingresso ilimitado de estudantes por transferência obrigatória comprometeria significativamente a oferta de vagas pelas Universidades. Lembra, também, que a Constituição proíbe a realização de despesas, ou assunção de obrigações, que excedam os créditos orçamentários (CF art. 167, I). Em seguida, questiona qual seria a origem dos recursos para cobrir as despesas decorrentes do ingresso irrestrito de mais e mais alunos em uma universidade pública e quais créditos cobririam a despesa? Finalmente, julga que “não podem ser desconsideradas as limitações econômicas que subordinam a atuação das Universidades Públicas quanto ao atendimento incondicional dos pedidos de transferência ex officio”.

Por ironia, a decisão que melhor trabalha⁴⁴ a questão da reserva do possível (ou, em termos práticos, que alguma atenção sincera lhe presta), e que entende possível essa reserva em alguns casos, o faz de forma exorbitante e tecnicamente desnecessária. Isso porque na própria decisão o Relator inicia e finaliza afirmando que não será julgado o mérito, pois houve perda de objeto.

Trata-se da ADPF 45/DF, julgada em 2004, que traz o entendimento de que o direito à saúde não é absoluto, pois limitado seria pela escassez (algo que as demais decisões em controle abstrato já reconheciam). No entanto, a ADPF lançou termos

⁴⁴ Ricardo Lobo Torres, todavia, compreende que a decisão referida somente complica a discussão, pois não esclarece se o binômio razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado está referido à disponibilidade de verba ou de dinheiro. Também, considera que o Ministro Relator confundiu “direitos fundamentais com os sociais econômicos, emburilhando a reserva do possível com a disponibilidade financeira do Estado e dilargando a competência da jurisdição constitucional para o controle de políticas públicas relacionadas com direitos sociais (**O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**, in **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**, organizado por Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 84-86). Com exceção do mencionado sobre a carência a respeito de maior esclarecimento sobre a razoabilidade e disponibilidade financeira (de como avaliar e comprovar), não concordamos com o restante da crítica. Porém, a compreendemos, se partirmos das concepções traçadas pelo autor em sua doutrina (pois ao tratar de “direitos sociais” não compreende como sinônimo de “direitos fundamentais sociais” – o que tecnicamente é realmente mais louvável – os quais, diga-se, nem considera como direitos fundamentais, tendo apenas como realmente de fundamentalidade aqueles direitos necessários para o “mínimo existencial”).

genéricos sem aprofundar sobre qual sentido o Supremo daria a eles. Ou seja, ainda é preciso que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal defina o que é um pedido razoável e o que se entende por disponibilidade financeira, bem como em que sentido poderá ser comprovada a impossibilidade.

Como conclusão deste tópico, identificamos que as Cortes Constitucionais do Brasil e Portugal reconhecem o problema da escassez e tratam com prudência tal barreira quando em análise uma demanda cuja decisão provocará efeitos *erga omnes*. Consideramos, inclusive, que é uma prudência excessiva, que se confunde com uma inoperância. Nessas situações as Cortes se limitam a indicar a (óbvia) existência de uma reserva do financeiramente possível, e a partir disso devolvem para a competência legislativa a decisão de onde investir. Deveriam, em nossa concepção, exigir uma comprovação efetiva do estado no sentido de que não há disponibilidade financeira (se compreenderem que se trata de um direito aplicável diretamente dos termos constitucionais, por sua determinabilidade suficiente).

De outro lado, nas ações impetradas por cidadãos, com teor egoístico, a “reserva do possível” é esquecida, e tratada como argumento banal.

Nos parece que ao decidir um caso concreto, visualizando um ser humano necessitado, a Corte ignora a escassez, julgando que um pequeno valor para uma pessoa não iria prejudicar o orçamento do Estado. Porém, esquecem que algumas vezes (principalmente na seara municipal) as decisões referentes a um indivíduo poderão gerar comprometimentos ao Erário. Olvidam-se, ainda, do efeito cascata que as decisões produzem. E, por fim, não se comprometem a reconhecer a injustiça (e irresponsabilidade social) que tal postura evidencia: deferir pedidos de proveitos individuais, mas negar os de proveitos coletivos.

Causa-nos espanto que repetidamente o Judiciário afirme que o direito à saúde e educação devem ser efetivados pelo Estado de forma “plena” e “universal”, e que nessa medida o controle jurisdicional age substituindo os agentes públicos omissos; mas que na verdade assim não ocorra, pois as substituições se dão justamente para criar situações de gozos isolados, particulares, esquivando-se da plenitude e universalidade (aí sim alegando a reserva do possível; a qual, diga-se, provavelmente foi a causa do Legislativo não ter disponibilizado determinado serviço para a sociedade, pois ciente de

que deveria fazê-lo de forma plena, universal e coordenada, e não de maneira aleatória, individualizada e desigual).

Nestes termos, concluimos o presente tópico com a certeza de que nosso intróito estava correto ao discorrer sobre a importância de melhor se analisar o instituto da “reserva do financeiramente possível”, para que as situações mencionadas (os dois extremos: “total descaso pelas razões de escassez” ou “impedimento irracional para controle jurisdicional, bastando ser alegado”) não mais ocorram desta forma na jurisprudência constitucional.

4 - Conclusões

A reserva do possível jurídica (ou relativa) remete a uma reserva parlamentar, e, conseqüentemente, um ativismo judicial pode implicar numa afronta ao princípio da separação dos poderes. Importante, neste sentido, analisar até que ponto essa afronta de fato existe, e em que medida, mesmo que existente, é ainda suportável e preferível (em vista dos demais princípios constitucionais).

Em nossa concepção, cabe a intervenção judicial sempre que a norma constitucional (ou infraconstitucional concretizadora) for clara e evidente sobre determinada obrigação estatal. Se não houve a previsão orçamentária pertinente, ou os “últimos retoques legislativos” para que se efetive a prestação social, não será pertinente a argumentação da reserva do financeiramente possível enquanto houver recursos públicos sendo utilizados em outras searas que não encontram a mesma exigência e determinabilidade constitucional.

Com isso não defendemos uma substituição política do Legislativo pelo Judiciário, pois em se tratando de norma determinada, clara e evidente não há opção, não há reserva do politicamente adequado, restando apenas a obrigação de realizar, sem escusas. A única reserva do financeiramente possível que poderia ser levantada em face desta situação seria a fática (mas, mesmo assim, a determinação judicial deveria se encaminhar no sentido de exigir a previsão orçamentária e estruturação para momento futuro).

Nosso posicionamento pode parecer, numa primeira e superficial análise, contrário à concretização dos direitos fundamentais sociais. Entretanto, pensamos ser

justamente o inverso. A linha que defendemos para a concretização tem como base o maior respeito aos preceitos constitucionais, conferindo preferência àqueles que o Poder Constituinte julgou essenciais num primeiro momento, e deixando a cargo do Legislativo a decisão sobre quais setores e em que termos receberão o auxílio estatal (o que deve se dar em conformidade com os preceitos constitucionais, especialmente da eficiência e da isonomia).

De outro lado, a doutrina que usualmente é apresentada como favorável aos direitos fundamentais sociais nos parece a eles prejudicial, pois ao discutir a concretização de todas as normas constitucionais referentes a direitos sociais (seja em relação a um núcleo essencial ou um mínimo existencial – ou mínimo para a existência) conquista um inimigo fático que impede tal realização (em virtude de serem os recursos infinitamente mais limitados do que as pretensões constitucionais)⁴⁵.

Ainda, os operadores do Direito atuam igualmente de forma muito parcelada, agravando o problema. Enquanto os advogados garantem prestações sociais a seus clientes, e os magistrados sentem-se cumpridores de um ativismo social ao deferirem os pedidos para esses cidadãos, o que na verdade ocorre é um tratamento desigual entre todos os carentes, e ignorando aspectos de um planejamento a longo prazo⁴⁶. Diga-se, ainda, que os melhores argumentos surgem dos melhores advogados, os quais atuam em prol de quem possui recursos financeiros suficientes para contratá-los. Logo, a “injustiça” social é ainda maior ao passo que, como regra, os poucos que garantem prestações sociais na via judicial seriam normalmente os que menos necessitariam.

Nesse ponto compreendemos temerário o posicionamento jurisprudencial, especialmente quando ocorre na Corte Constitucional, que ignora a reserva do possível ao conceder benefícios sociais de maneira individualizada/seletiva, relegando a segundo

⁴⁵ Conforme Gomes Canotilho, “os resultados a que se chega não são *razoáveis* nem *racionais* e acabam por produzir efeitos contrários aos pretendidos. Assim, por exemplo, dizer que o «direito a ter casa» e o «direito a ter e estar na universidade» são dimensões do «mínimo social» postulado pela dignidade da pessoa humana e «devirar o direito à habitação» como um resultado da interpretação do preceito constitucional garantidor deste direito, só pode ter como consequência a capitulação da «validade» das normas constitucionais perante a facticidade económico-social” (**Metodologia «fuzzy» e «camaleões normativos» na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais**, in **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**, Coimbra : Coimbra Editora, 2004, p. 105).

⁴⁶ É que, “se é verdade que se deve procurar uma interpretação que garanta ao máximo o respeito aos direitos fundamentais, por outro lado, isso não significa uma leitura a curto prazo, que não reflete sobre o futuro (TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?**, in **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**, organizado por Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 65).

plano os aspectos financeiros; e que ao mesmo tempo exalta inocentemente a evidência da impossibilidade econômica ao ter que decidir casos de maior amplitude no que pertine ao grupo de beneficiários. Por isso compreendemos que o melhor ativismo judicial é aquele que se dá em ações coletivas ou relacionadas ao controle abstrato da constitucionalidade, e se de fato não for possível conferir a todos aqueles que se encontrarem em igual situação de necessidade, é preferível que não se conceda a nenhum (individualmente), mantendo as atuações estatais dentro de parâmetros de isonomia, justiça, universalidade e plenitude.

Retomando-se nosso posicionamento, só se justifica (e de fato exige) um **ativismo judicial para garantir a eficácia de normas constitucionais determinadas** (pelo bloco de legalidade⁴⁷).

Assim, ao se deparar com uma **reserva do financeiramente possível de natureza jurídica**, deverá o judiciário indicar um mau uso dos recursos, impondo que se realize para a sociedade a concretização de determinado direito social. Porém, deverá se limitar a indicar um mau uso, e não por si só realizar a modificação no plano orçamentário (a qual fica ainda a cargo dos agentes políticos). É fato, porém, que ao persistirem estes com a manutenção daquelas alocações tidas por inapropriadas, sustentaram os riscos de responsabilidade civil e administrativa, bem como poderão sofrer outras atuações judiciais, ressaltando que enquanto persistir aquele mau uso já identificado não poderá ser alegada uma falta de recursos (naquele montante envolvido).

Por outro lado, em se tratando de **reserva do financeiramente possível de natureza fática**, não havendo portanto dinheiro ou possibilidade de retirá-lo de outro setor, deverá o Judiciário impor a **eficácia das normas determinadas para o momento mais próximo no futuro**⁴⁸.

⁴⁷ Num sentido abrangente de normas constitucionais e infra-constitucionais. Conferir Marcelo Rebelo de Sousa (**Lições de Direito Administrativo**, I, Lisboa : LEX, 1999, p. 87)

⁴⁸ Conferir, sobre este tema (com solução de um problema e criação de outro em virtude da solução adotada), Ana Paula de Barcellos (**Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**, in **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**, organizado por Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 133), e referência citada.

5 – 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. CARNEIRO FILHO, José Cláudio. **A reserva do financeiramente possível e seus paradigmas**, ANIMA : Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, v. 1, p. 531-563, 2009.

20. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
21. 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.
22. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008.
23. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en sério**. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984.
24. _____. **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.
25. 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.
26. FARIA, José Eduardo. Divisão dos poderes e constitucionalismo: virtudes e dilemas. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 19, n. 73, jan/mar 1998.
27. 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.
28. FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais – limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
29. 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.
30. GRAU, Eros Roberto, **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
31. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

32. _____. **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.
33. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton, 2000.
34. 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.
35. 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.
36. 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.
37. LUÑO, Antonio Perez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.
38. 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.
39. MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais**. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em 09 maio 2008.
40. 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.
41. MEDEIROS, Rui, **A decisão de inconstitucionalidade - os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
42. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

43. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
44. _____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
45. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
46. _____. **Manual de Direito Constitucional: Tomo VI, Inconstitucionalidade e Garantias da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
47. _____. **Escritos vários sobre Direitos Fundamentais**. Estoril: Principia, 2006.
48. 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.
49. _____. 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.
50. _____. 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.
51. _____. 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.
52. NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
53. _____. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
54. _____. **Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República**: simultaneamente um comentário ao Acórdão n.º 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997.

55. _____. 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.
56. _____. O Tribunal Constitucional e os direitos sociais In: **Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 189-209.
57. OTERO, Paulo. **O Poder de Substituição em Direito Administrativo – enquadramento dogmático-constitucional**. v. II. Lisboa: LEX, 1995.
58. _____. **Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Reimpr.da edição de maio/2003. Coimbra: Almedina, 2007.
59. _____. **Instituições políticas e constitucionais**. v. I Coimbra: Almedina, 2007.
60. PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injeção**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
61. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ónus da prova no processo civil**. 3. ed., Coimbra : Almedina, 2006.
62. SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
63. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
64. _____. 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.
65. _____. 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.
66. 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.

67. SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
68. _____. 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.
69. 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.
70. 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.
71. 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.
72. SOARES, Rogério Ehrhardt. Administração Pública e Controlo Judicial, **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, Ano 127, 1994-1995.
73. SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Lições de Direito Administrativo**, I. Lisboa: LEX, 1999.
74. _____. ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da República Portuguesa**: comentada: introdução teórica e histórica: anotações: doutrina e jurisprudência: lei do tribunal constitucional. Lisboa: Lex, 2000.
75. _____. MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral - Introdução e princípios fundamentais**. V. I 2. ed. Lisboa : Dom Quixote, 2006.
76. _____. MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral - Actividade administrativa**. v. III. Lisboa: Dom Quixote, 2007.
77. STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais sociais em *terrae brasilis*, **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 4, p. 272-308, jul./dez. 2004.
78. _____. Concretização de Direitos e Interpretação da Constituição. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. v. LXXXI. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 291-323.

79. 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.
80. TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____ (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 239-335.
81. _____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. v. V, 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
82. _____. 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.
83. 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.
84. 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.
85. 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.
86. 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.