

# **A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO QUANTO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS<sup>1</sup>**

Lisani Joice FALAVIGNA

Acadêmica do 10º período de Direito do Centro de Estudos Superiores de Foz do Iguaçu – CESUFOZ, e-mail: lisani\_1@hotmail.com

Ligia Adriane LARSEN

Acadêmica do 10º período de Direito do Centro de Estudos Superiores de Foz do Iguaçu – CESUFOZ, e-mail: ligia@acesso1.com.br

Orientador: Fernando Castro da Silva MARANINCHI

Professor Mestre do Centro de Estudos Superiores de Foz do Iguaçu – CESUFOZ, União Dinâmica de Faculdades Cataratas - UDC, Escola da Magistratura do Paraná – EMAP, Faculdades de Foz do Iguaçu – FAFIG e da Faculdade de Medianeira – FACEMED.

## **Resumo**

O presente artigo versa acerca da reserva do possível em contraste com a atuação do poder judiciário como garantidor dos direitos fundamentais. Uma vez que o poder executivo costuma justificar sua inércia na eficácia dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos amparando-se nas amarras legislativas e orçamentárias, surge a necessidade da esfera judiciária intervir na aplicação dos recursos públicos, bem como na condução de políticas públicas que não priorizam o cidadão enquanto sujeito de direitos. Tal mister da justiça não pode ser admitido em caráter excepcional, sob o manto do sistema de freios e contrapesos, mas sim como função social dos órgãos jurisdicionais.

## **Palavras-chave**

Cláusula da Reserva do Possível. Direitos Fundamentais. Políticas Públicas. Poder Judiciário. Separação dos Poderes.

---

<sup>1</sup> Trabalho apresentado ao Eixo Temático 02 – Controle Social e Políticas Públicas, do III Encontro Científico Transdisciplinar Direito e Cidadania.

## Introdução

O estudo em tela busca discutir os principais aspectos contemporâneos que permeiam a discussão acerca da intervenção do poder judiciário com relação às políticas públicas, principalmente quando o ente administrativo invoca a cláusula da reserva do possível para não atuar, ou para minimizar o alcance dos serviços prestados à coletividade. Deste modo, faz-se necessário um breve apanhado quanto à conceituação dos institutos jurídicos aqui tratados.

## Desenvolvimento

### 1. A Reserva do Possível

Sob o nome de *Numerus Clausus* um julgamento do Tribunal Constitucional Alemão no ano de 1960 introduziu no mundo jurídico o instituto que hodiernamente intitula-se Cláusula da Reserva do Possível. Naquela oportunidade, estudantes questionavam a limitação de vagas em Escolas Superiores de Medicina em duas cidades alemãs sob o argumento legal de que “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”, conforme previa o art. 12 da Lei Fundamental germânica.

No *decisum* a Corte informou que o aumento de vagas pleiteado pelos estudantes estava sujeito à reserva do possível, onde a sociedade oferta ao indivíduo, razoavelmente, aquilo que o mesmo dela espera, de modo que ainda que existissem os recursos necessários para a ampliação das vagas, tal ato governamental não era tido como obrigatório, vez que as vagas ofertadas eram em número razoável frente às necessidades sociais.

*A teoria da reserva do possível, portanto, tal qual sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida, com vistas à sua efetivação(...) Nesta perspectiva, a teoria da reserva do possível passou a ocupar o lugar que antes era ocupado pela teoria das normas programáticas, pela separação dos poderes e pela discricionariedade administrativa, no sentido de que, se antes se entendia pela impossibilidade jurídica de intervenção do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, agora se entende pela ausência da previsão orçamentária.<sup>2</sup>*

No Brasil, a ‘Cláusula’ toma feições um tanto quanto distintas das originárias, possuindo natureza jurídica diversa daquele postulado alemão, ao passo em que assume características de limitadora da eficácia das normas constitucionais, especialmente das normas ditas programáticas,

---

<sup>2</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. p. 13.

ou seja, aqueles comandos normativos que “veiculam programas a serem implementados pelo Estado, visando à realização de fins sociais”.<sup>3</sup>

As normas programáticas são aquelas onde o constituinte manifesta o interesse no desenvolvimento de políticas públicas que visam assegurar direitos, promover o bem estar social ou ainda indicam as vocações do Estado, de modo geral. Ocorre que, sabidamente, não há implementação imediata ou obrigatória dos fins previstos em tais normas no plano fático, criando assim um vácuo social, uma expectativa de direitos para os pertencentes a tal Estado, cuja realização depende de uma série de fatores que não podem, em princípio, sofrer controle somente a partir do texto normativo.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, as normas programáticas em sua maioria, referem-se a direitos fundamentais do ser humano, tendo como exemplos as que tratam do direito à saúde (art. 196); à educação (art. 205); à cultura (art. 215); à proteção da criança (art. 227), entre outras.

Porém foi somente a partir de 1992, após referendadas as disposições do Pacto de San José da Costa Rica, que a reserva do possível passou a fazer parte do contexto legislativo nacional indicando a possibilidade de um “desenvolvimento progressivo”, “na medida dos recursos disponíveis”, assim ostensivamente gravada no artigo 26 do referido pacto:

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta das Organizações dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, **na medida dos recursos disponíveis**, por via legislativa ou por outros meios apropriados.<sup>4</sup>

Pretendendo estabelecer uma rápida conexão entre a funcionalidade da Cláusula da Reserva do Possível e seu impacto nos direitos fundamentais assim consagrados na Constituinte Nacional, flagrantemente se identifica uma tendência da aplicação da reserva do possível como justificativa política para a não efetivação de tais garantias. Deu-lhe a doutrina também a qualificação de mínimo essencial<sup>5</sup>, defendendo sua aplicação enquanto princípio constitucional,

---

<sup>3</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. p. 76.

<sup>4</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos – 1969 – Pacto de San José da Costa Rica.

<sup>5</sup> Também pode ser compreendido com o “mínimo existencial” que “corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física - a sobrevivência e manutenção do corpo - mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado,

contrabalaneando as necessidades do cidadão com a estrutura administrativa do governo, na busca de um equilíbrio aceitável. Assim preceitua-se:

Caso não seja considerada como princípio a permear o ordenamento jurídico pátrio, no caso de conflito com outros princípios, especificamente as normas que consagram direitos fundamentais, a reserva do possível deixa de ser um elemento da ponderação, passando a entrar diretamente na operação de sopesamento. Assim, o referido instituto teria um fim em si mesmo, não mais sendo considerado um dos fatores a se levar em conta em um conflito normativo.<sup>6</sup>

A discussão acerca da natureza jurídica e da plausibilidade constitucional da reserva do possível não é ponto pacífico na hermenêutica jurídica, mas sua constante aplicação no que tange às políticas públicas voltadas para a concretização dos direitos fundamentais é fato e afeta sobremaneira a dignidade humana. Entretanto, sem a imposição de qualquer preconceito axiológico, pode-se evidenciar seu caráter abrangente, enquanto fenômeno do Estado moderno.

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.<sup>7</sup>

A partir de tais considerações vislumbra-se que a cláusula da reserva do possível é um instituto administrativo-político que em sua essência não tinha o condão de ‘encobrir’ manobras contra o indivíduo, mas sim fora tomada como prática nos casos extremos e ainda em sentido benéfico, para balizar sopesamentos entre necessidades distintas que não poderiam ser atendidas ao mesmo tempo sob pena de todas as demandas restarem não atendidas. A atuação imoral humana é que por vezes dá à reserva do possível, conotação distinta, transformando-a em vilã do orçamento público.

## 2. Os Direitos Humanos Fundamentais

Direitos são prerrogativas do indivíduo, sejam estas naturalmente conferidas ao mesmo desde o nascimento ou ainda conquistadas na medida em que evolui na vida social, adquirindo o *status* de cidadão. Os direitos humanos, especificamente, são aqueles para os quais o indivíduo não se alista, não peticiona, de modo que o simples fato de “ser” humano já os inclui em seu

---

democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento”. Definição de Ana Paula Barcellos. *Legitimação dos Direitos Humanos*, 2002. p. 45.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Sérgio Lima de. CALIL, Mário Lúcio Garcez. *Reserva do possível, natureza jurídica e mínimo essencial: paradigmas para uma definição*. p. 3725.

<sup>7</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. p. 261.

patrimônio subjetivo, pois que inerentes à sua condição de humanidade, imprescindíveis à sua sobrevivência com dignidade.

Os direitos humanos podem ser definidos como o conjunto de direitos e garantias que têm por finalidade básica o respeito à dignidade humana, por meio da proteção desta contra a ação arbitrária do Estado, e o estabelecimento de condições mínimas de vida humana digna que exigem prestações estatais positivas.<sup>8</sup>

Dialecticamente os direitos humanos foram divididos em categorias, gerações<sup>9</sup>. Obviamente construções doutrinárias que visam tão somente informar o reconhecimento social de tais direitos, de acordo com o desenrolar da história humana. A primeira assim dita geração de direitos humanos é dirigida especificamente às questões individuais:

A primeira geração de direitos humanos corresponde aos direitos individuais, políticos e de nacionalidade. Trata-se de direitos relativos à liberdade, típicos do Estado Liberal. São direitos fundamentais que impõem uma abstenção de ação estatal, um *non facere*, ou seja, serão satisfeitos quando o estado não agir no sentido de turbá-los.<sup>10</sup>

Enquanto na primeira geração os direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos que traduzem o valor de liberdade, pela não atuação do Estado como seu limitador, na segunda geração clama-se por atitudes estatais positivas, o que foi acentuado com a inspiração advinda da Revolução Industrial européia, mormente pelas péssimas condições de trabalho que ensejaram a luta por direitos trabalhistas e normas de assistência social. Pugnou-se pelo privilégio aos direitos “sociais, culturais e econômicos”, evidenciando-se assim a busca pela igualdade.

Isso porque a mera garantia, forma anunciada pelos direitos de primeira geração, não foi suficiente para a potencialização da dignidade da pessoa humana. Aliás, se nos direitos de primeira geração a violação ocorre quando o Estado age, nos de segunda geração há violação quando o Estado se omite.<sup>11</sup>

Com a internacionalização da sociedade, o desenvolvimento dos meios de comunicação, os avanços tecnológicos e científicos, ou seja, pelo cenário social moderno, novas necessidades integram o cotidiano do indivíduo, que já não pode mais ser dissociado da coletividade enquanto

---

<sup>8</sup> Definição de direitos humanos por MORAES, Alexandre. Direitos humanos fundamentais. p. 21 e ss.

<sup>9</sup> Ressalta-se que a doutrina de direito internacional dos direitos humanos (Antonio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, José Augusto Lindgren Alves) não admite a divisão dos Direitos Humanos como ela é colocada, sob a defesa de que os direitos humanos são unos, indivisíveis e mantêm inter-relação. O termo “gerações de direitos do homem” foi empregado pela primeira vez em 1979 pelo jurista Karel Vasak, com o intuito de atrelar a evolução do patrimônio jurídico subjetivo ao lema da Revolução Francesa.

<sup>10</sup> VAZ, Anderson Costa. *A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos econômicos, sociais e culturais*. p. 12.

<sup>11</sup> VAZ, Anderson Costa. *idem*. p. 12.

sujeito de direitos, pelo que reclama novas prerrogativas, ditas de terceira geração, caracterizadas pela solidariedade:

A terceira geração de direitos corresponde aos direitos difusos também chamados de transindividuais, supraindividuais ou metaindividuais. São consequência das preocupações internacionais para com os direitos dos povos: paz, desenvolvimento, meio ambiente, autodeterminação dos povos, proteção internacional ao consumidor etc.<sup>12</sup>

Alguns autores como NORBERTO BOBBIO ainda vislumbram uma quarta geração de direitos humanos, com vistas à evolução no campo da engenharia genética, dado seu risco para a própria existência humana, mas são direitos ainda não consolidados, fugindo portanto à regra das gerações anteriores e impedindo que por ela sejam abarcados no presente momento.

Especial destaque merece a condição “fundamental” de alguns dos direitos aqui listados, objeto de discussão do presente estudo, conferida pela própria Carta Magna de 1988, chamando-os inclusive “pétreos”, porque sólidos, basilares, verdadeiramente fundamentais para a República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito.

Estão inseridas no Título II da CF/88 as cinco espécies do gênero de direitos fundamentais, a saber: direitos individuais; direitos coletivos; direitos sociais; direitos à nacionalidade; e, direitos políticos. Destarte, compreende-se que a nomenclatura “fundamental” possui significado além da epistemologia, tais direitos ditos fundamentais são assim chamados por determinação constitucional, que expressa, *sui generis*, a vontade do povo brasileiro de assim os considerar, destacando sua imprescindibilidade para a concretização da dignidade do brasileiro, bem como do estrangeiro que eventualmente esteja sob o manto pátrio.

Atente-se ainda para o fato de que todas as “gerações” de direitos humanos foram, em algum ponto, contempladas no ordenamento constitucional como fundamentais, o que enseja uma máxima proteção de tais direitos historicamente reconhecidos, sendo sintetizados como liberdade, igualdade e solidariedade entre os seres humanos.

### 3. Os Direitos Fundamentais e a Cláusula da Reserva do Possível

---

<sup>12</sup> VAZ, Anderson Costa. *idem, ibidem*. p. 13.

Ponto crucial deste estudo e introdutório de uma discussão nem tão próxima de pacificação está o processo de implementação dos direitos fundamentais subordinado à existência de recursos (materiais) por parte do Estado. E se não houver esses recursos, será razoável exigir-se sua implantação? A pessoa política responsável pela sua efetivação poderá lançar mão validamente da cláusula da reserva do possível para justificar tal omissão da prestação estatal?

Uma vez acertado que os direitos fundamentais são as metas mínimas de um Estado e no caso brasileiro, por expressão da vontade de seu povo manifestada através da Constituição, têm preferência aos demais anseios sociais, e, do mesmo modo, considerando que a reserva do possível foi inclusive objeto de “pacto” entre diversos Estados, justificando um desenvolvimento “progressivo” a partir das condições orçamentárias de cada nação, seria justo sacrificar, ainda que em parte, qualquer desses direitos sob a alegação de não ser materialmente possível a sua realização?

Há um verdadeiro embate doutrinário acerca da questão. De um lado, pensadores que entendem não só válida tal justificativa, bem como necessária e impositiva a aplicação da reserva do possível, sob pena do desmantelamento financeiro do Estado. De outro, aqueles que a abominam, que reconhecem nela mera artimanha de omissão estatal, máscara do “pouco caso público”. Alguns inclusive defendem que a reserva do possível, uma vez aplicada, esvazia o conteúdo da própria norma constitucional, assim contradizendo a vontade do povo ali expressa.

Há forte apelo às questões orçamentárias quando se entende válida e plenamente justificável a reserva do possível.

Ademais, é preciso entender que o Estado de Direito possui como pressuposto essencial à realização de um Estado Orçamentário. Significa que o equilíbrio entre receitas e despesas são normatizados pela própria Constituição, sendo o orçamento o instrumento de concretização desse balanço. Se o Estado alega falta de recursos para a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais o erro é duplo: desrespeito aos direitos humanos e desrespeito às normas constitucionais de planejamento orçamentários.<sup>13</sup>

Hipoteticamente considerando a demanda por direitos, vislumbra-se também uma aferição de prioridades ou mesmo de critérios para postergar determinadas obras e serviços públicos que, embora afetem direitos fundamentais individualmente, procuram abarcar as demandas coletivas.

---

<sup>13</sup> VAZ, Anderson Costa. *A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos econômicos, sociais e culturais*. p. 27.

Vejam os seguintes exemplos: se em homenagem ao direito à saúde, o cidadão pleiteia um determinado tratamento médico que ainda não está disponível nem na rede pública, nem na rede privada. Ou uma ação pleiteando a distribuição de um medicamento importado que não é mais fabricado. A concretização desse direito invocado é impossível. Está-se, assim, diante de uma reserva do possível. Se para privilegiar o direito à educação pleiteia-se perante o Judiciário que este determine ao Poder Público a construção de escolas, fixando o prazo em poucos dias para o cumprimento da obrigação, também se verificará a reserva do possível, já que o Poder Público, por mais que disponha de orçamento, não pode fazer uma escola surgir do nada e funcionar em alguns dias.<sup>14</sup>

Na jurisprudência há tendências em ambos os sentidos – aceitando ou refutando o uso da cláusula. Para os julgadores que a atacam, na maior parte das vezes justificam esse posicionamento informando que a motivação para prestação ou não-prestação, será sempre dada pelo texto constitucional, não podendo o administrador público agir a seu talame, como segue:

Desrespeito à Constituição. Modalidades de Comportamentos inconstitucionais do poder público. – o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non prestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...) – a omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.<sup>15</sup>

E ainda diz a doutrina, “na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como um mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais”.<sup>16</sup> Neste diapasão, percebe-se uma tendência na reação doutrinária e jurisprudencial, que avança no sentido de condenar a aplicação da cláusula pelo Estado em detrimento da efetivação de direitos fundamentais, incumbindo inclusive ao poder judiciário o controle dos excessos praticados pelo poder público que, albergado por tal reserva, oferece ao indivíduo, de forma cada vez menos eficaz, meios para a concretização dos seus direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

#### 4. Das Políticas Públicas

---

<sup>14</sup> VAZ, Anderson Costa. *idem*. p. 28.

<sup>15</sup> RTJ 185/794-796, rel. Min. Celso de Mello, Pleno.

<sup>16</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. p. 237.



O termo política pública remete à ação do Estado, a um misto de ideologia política e atividade estatal positiva. É a ciência e arte de governar através de ações concretas, que se subdividem ou são exteriorizadas em planos, metas, programas, projetos e diretrizes públicas, considerando-se que são muito mais abrangentes que todas estas formas de apresentação. Em alguns momentos as políticas públicas confundir-se-ão com a própria política de governo, caso coincidam com as ‘promessas’ de campanha eleitoral ou mesmo, com a ideologia partidária que esteja no poder.

Assim, será a política pública de reforma agrária quando o governo for diretamente simpatizante com a causa sem-terra, ou mesmo de expansão educacional, quando exprimir um desejo antes partidário.

No plano ideal espera-se que as políticas públicas coincidam, em verdade, com os anseios do povo e mais que isso, com as suas necessidades. Estas políticas poderão fazer parte do corpo das leis ou dos atos normativos emanados do poder executivo, tratando de direitos subjetivos e de metas objetivas do Estado, resumindo-se em “todos os instrumentos de ação dos governos”.<sup>17</sup> Nesta seara, outros autores ainda defendem, sob outro ângulo, que “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.<sup>18</sup>

Para o estudo em questão, importante destacar que as políticas públicas acabam por exprimir o trabalho propriamente dito do governo em função da sociedade que o elegeu e ainda sob as limitações que esta lhe impõe, tudo através do texto constitucional. Assim, percebe-se que as políticas públicas não poderão representar a vontade da pessoa do governante, tampouco poderão estar fundadas somente na ideologia e mesmo, na vontade partidária, como se vê na *práxis*, mas deverão antes atender às carências sociais, mormente quanto ao mínimo de dignidade que o *status* de cidadão confere aos seus integrantes, e ainda, pela condição de “ser humano”.

A implementação das políticas públicas depende diretamente do orçamento estatal:

---

<sup>17</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. p. 02.

<sup>18</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari, *apud* MÂNICA, Fernando Borges. *op. cit.* p. 02.

No Estado Social e Democrático de Direito, o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do texto constitucional. Dele depende a concretização dos direitos fundamentais. Neste cenário, a Constituição de 1988 alçou o orçamento público a importante instrumento de governo, tanto para o desenvolvimento econômico quanto para o desenvolvimento social e político. Para tanto, estabeleceu um encadeamento de três leis que se sucedem e se complementam: a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Nesse sistema, todos os planos e programas governamentais devem estar em harmonia com o plano plurianual, nos termos do art. 165, § 4º da Constituição Federal, e a LDO deverá estar em harmonia com o PPA, nos termos do art. 166, § 4º da Constituição.<sup>19</sup>

Entretanto, o próprio texto constitucional traz como princípio a legalidade e, com relação ao orçamento, implica em uma vinculação do poder público à base orçamentária, prevendo inclusive sanções criminais para o administrador público que não observar tal limitação. Assim, no decurso de uma legislatura<sup>20</sup>, tanto a aplicação da receita quanto a realização de despesas ficam adstritas ao que fora pautado no plano plurianual, bem como para cada ano governado, deverão ser observados os ditames da lei orçamentária anual. Todas essas limitações decorrem diretamente de lei e, paulatinamente, tem motivado atos administrativos positivos ou negativos. Destarte, nesse ponto da amarra legislativa é que o poder público recorrentemente lança mão da *reserva do possível*, sob a alegação de que as próprias leis orçamentárias já estabeleceram o que é *financeiramente possível* na atuação da administração pública.

Difícil não questionar qual o papel do poder judiciário em todo esse cenário, ainda que muitas vezes tal inoperância estatal esteja agasalhada pelo princípio da separação dos poderes.

## 5. A Separação dos Poderes e a Atuação do Poder Judiciário

Justamente para garantir que o Estado, como um todo, atue de maneira satisfatória para atender as necessidades de seus governados, é adotada no Estado Democrático de Direito a teoria da separação dos poderes, onde, resumidamente, o encargo público é dividido em três faces distintas, porém que guardam correlação entre si, chamadas de poderes – legislativo, executivo e judiciário.

O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como um sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem

---

<sup>19</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. p. 03.

<sup>20</sup> Legislatura: refere-se ao período definido para o exercício do mandato, por um determinado governante. No caso brasileiro a legislatura importa em quatro anos consecutivos.

emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.<sup>21</sup>

Como visto, não poderia, num primeiro plano, o judiciário intervir diretamente na administração dos recursos públicos, mesmo que somente na aplicação destes, pois seria ferido o princípio da separação dos poderes.

Entretanto, neste mesmo contexto de freios e contrapesos que congloba o Estado, é função do poder judiciário controlar o respeito às leis, principalmente às normas constitucionais cogentes, devendo assim adotar as medidas necessárias para a efetivação de políticas públicas que visem garantir direitos fundamentais, não causando nenhum desequilíbrio na balança dos poderes, mas sim contrabalanceando eventuais discrepâncias que comprometam a dignidade do brasileiro enquanto sujeito de direitos.

Enquanto o poder público continua invocando inclusive dispositivos constitucionais para seu *non facere* gratuito, o judiciário, destacando-se a atuação positiva do Supremo Tribunal Federal, tem decidido sobre os abusos que se abrigam à sombra da reserva do possível:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARATER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM DESFAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (...) Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional. (...) O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. (...) Se o Estado

<sup>21</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu *apud* LENZA, Pedro. *op. cit.* p. 03.

deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...) A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.”(RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). (..) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, **ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático**. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional incoerente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, **por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado**” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). (...) Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “**reserva do possível**” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. **Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência**. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.<sup>22</sup>

Da breve leitura acima se depreende dois importantes aspectos: o STF, nas palavras de seu Relator, reconhece a reserva do possível como limitador válido, mas apenas em situações pontuais e devidamente motivadas, bem como, por outro viés, admite que poderá o judiciário intervir em tais situações, inclusive analisando as motivações governamentais que justifiquem a sua não atuação. A jurisprudência parece acompanhar a Suprema Corte, conforme se vê no julgado do Superior Tribunal de Justiça:

---

<sup>22</sup> ADFP 45 MC/DF, 29/04/2004. Rel. Min. Celso de Mello (grifos nossos).

A matéria posta em debate é de grande relevância, pois, se, por um lado, está o órgão ministerial defendendo o acesso universal a todas as formas de tratamento recomendadas pela sociedade médica, por outro está a União a defender sua política pública de distribuição de medicamentos, a qual segue procedimentos próprios estabelecidos em lei. Na hipótese, consoante os elementos acostados aos autos, parece-me que assiste razão à requerente, na medida em que afirma que a decisão impugnada tem potencial para causar lesão à ordem e à saúde públicas. Com efeito, o Juízo de 1º grau, ao impor tal obrigação em sede de tutela antecipada – fornecimento de medicamento a qualquer pessoa, independentemente da listagem oficial da RENAME –, incursionou por seara exclusiva da Administração, afetando, em consequência, a saúde pública, visto que, como afirmado acima, a escolha dos medicamentos a serem adotados na Política Nacional de Medicamentos segue procedimentos baseados em critérios técnico-científicos.<sup>23</sup>

De todo o contexto salta aos olhos o tão esperado equilíbrio da separação de poderes, na medida em que o judiciário não se exime de exercer o devido controle legal e principiológico da administração pública, bem como, em questões que entende caber tão somente ao crivo político, abstém-se de conceder, arbitrariamente, a tutela de direitos que, mesmo fundamentais, não podem ser tratados como absolutos para alguns indivíduos em detrimento dos direitos de toda a coletividade. Assim, estará plenamente amparada a intervenção judiciária quando for *desarrazoada* a invocação da Cláusula da Reserva do Possível.

## **Conclusões**

Ainda que compreendido dentro do contexto do sistema de “freios e contrapesos” do Estado, não deve o Judiciário ser visto tão somente como mais um poder estatal, porque tem função diferenciada, mormente quando exerce o controle dos atos emanados dos outros poderes desse mesmo Estado. Inclusive o Judiciário, quando demandado, não deve se furtar de exercer o controle sobre as políticas públicas, o que nem mesmo poderia assumir caráter excepcional em seus misteres.

No mesmo sentido, ao Administrador Público, especialmente em sua face executiva, não cabe negar a eficácia das normas ditas programáticas quando sejam elas parâmetros para o desenvolvimento de políticas públicas, pois a discricionariedade que lhe confere a Carta Magna não implica em escolha para o administrador público, mas tão somente baliza uma atenção especial ao que é prioritário, garantindo sempre o “mínimo essencial” ao indivíduo.

Os limites da separação de poderes não podem se transformar em barreiras que prejudiquem única e exclusivamente o cidadão, em detrimento da “perfeição tripartida”. Antes de qualquer

---

<sup>23</sup> Suspensão de Tutela Antecipada nº 59, STJ, DJU 02/02/2004, Rel. Min. Nilton Naves.

outro argumento é necessário frisar que o Estado só existe em função do cidadão e por este é mantido. Se determinado aspecto fundamental da sua vida é prejudicado por este mesmo estado, que para o cidadão foi implantado, há que se repensar os motivos que lhe constituíram.

E se o Estado é pelo cidadão, bem como suas leis o são, deve observá-las de forma a melhor servir seu beneficiário. Ao Judiciário, cabe o controle social e político de tal observância, o que não é opção, mas encargo que lhe é conferido na proteção do mesmo cidadão.

Quanto à cláusula da reserva do possível, não deve ser vista sempre como vilã, como “mote” do administrador público para furtar-se de suas obrigações, mas sim, ficando objetivamente demonstrada a impossibilidade de implementar determinada política pública que verse sobre direitos fundamentais, tal constatação *objetiva* pode validar sua invocação. A conferência do judiciário, neste caso, visará tão somente auditar a motivação da negativa (porque o mínimo da norma tem que ser assegurado) e não implementar por si mesmo as medidas sociais.

## **Referências**

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. **Legitimação dos Direitos Humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

**Convenção Americana de Direitos Humanos – 1969 – Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: [http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/conv\\_america\\_dir\\_humanos.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_america_dir_humanos.htm), acesso em 25AGO2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Método, 2005.

MÂNICA, F. B. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, nº 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Sérgio Lima de. CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Reserva do possível, natureza jurídica e mínimo essencial: paradigmas para uma definição.** In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília. Anais.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008.

REALE, Miguel. O judiciário a serviço da sociedade. In: *Ajuris*, nº 62. Porto Alegre: Ajuris, novembro de 1994.

VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Ano 17. nº 66. Jan/Mar 2009. Editora Revista dos Tribunais.