

O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A EFICÁCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Sérgio de Oliveira Netto

Procurador Federal, lotado na Procuradoria Seccional da União em Joinville (SC). Mestre em Direito Internacional (Master of Law), com concentração na área de Direitos Humanos, pela American University – Washington College of Law. Professor do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE (SC).

I – Introdução

Dentre os vários temas que têm sido objeto de intensas discussões na atualidade, insere-se aquele atinente à capacidade limitada do Poder Público de prover todas as necessidades ilimitadas da coletividade. Seja no campo da saúde, da infra-estrutura de transportes, de segurança pública, na área educacional, na fiscalização alfandegária, ou em qualquer outro setor no qual o Estado tem o compromisso (legal ou mesmo apenas moral) de realizar tarefas para a consecução do bem comum.

Isto porque, por mais que a superestrutura estatal esteja satisfatoriamente aparelhada para se desincumbir destes encargos sociais, dificilmente terá condições de promover um atendimento integral a todos aqueles que, de alguma forma, careçam ou contem com este suporte dos Poderes Públicos.

Circunstância que, não raro, tem como conseqüência direta gerar insatisfações tanto individuais como coletivas, que acabam por desaguar no Poder Judiciário. Que muitas vezes é chamado a intervir em impasses desta natureza. Para que decida se, neste ou naquele caso, o Ente Público deveria ser obrigado a prestar o atendimento nos moldes dos anseios das reivindicações formuladas.

Cenário no qual, o Poder Judiciário, em várias ocasiões, sensibilizado pelas alegações dos interessados em obter certa prestação estatal que não estaria sendo realizada satisfatoriamente, ordena que esta providência seja executada. Desconsiderando, muitas vezes, as fundamentações apresentadas pelos Gestores da Coisa Pública de que, naquele momento, estariam impossibilitados de implementar determinadas medidas. Ante a patente e inquestionável falta de recursos humanos, materiais ou financeiros para este especial fim.

Desencadeando, a partir de decisões desta estirpe, sérios problemas para a Administração Pública. Posto que, o administrador, ciente de que deve conferir fiel implementação a uma decisão judicial, passa a ter de fazer verdadeiros malabarismos para, por exemplo, retirar recursos financeiros de uma determinada área com o intuito de que seja aplicado em outra, conforme ordenado pela determinação judicial.

Que, à evidência, restará prejudicada com a retirada destes aportes financeiros, que inicialmente estavam contabilizados para a execução de suas incumbências. Mas que, por força de uma ordem judicial, ficará desprovida das quantias financeiras que lhe haviam sido destinadas.

Situação controvertida e problemática que urge ser a todo custo evitada. Porque, apesar do aparente acerto e senso de solidariedade que éditos judiciais desta sorte possam ostentar, na verdade trazem, em si, sementes de confusão e desequilíbrio administrativo. Que podem mesmo vir a comprometer a prestação dos serviços públicos em setores inteiros.

Esta é a intenção destas breves considerações. Procurar revelar o equívoco no qual incidem decisões judiciais desta natureza. Assim como, oferecer argumentos e alternativas que possam ser utilizados para a adoção das providências jurídicas que se afigurarem necessárias para reverter estes tipos de situações.

Notadamente por aqueles que são encarregados de promover a defesa de órgãos oficiais, em quaisquer das esferas de governo que compõem o pacto federativo nacional.

II – Do Princípio da Reserva do Possível e suas Implicações

A sociedade e o mundo mudaram. Afirmção que dificilmente alguém seria capaz de contradizer. Mas mudaram muito, e continuam numa vertiginosa velocidade se modificando dia a dia. Vários fatores poderiam ser apontados como sendo os geradores destas incessantes transformações. Dentre as quais, sem dúvida, a tecnologia, que a cada instante parece romper com as fronteiras do conhecimento até então existentes, e impelir a sociedade a dar saltos evolucionistas que nem todos são capazes de acompanhar (seja por falta de iniciativa própria, seja por falta de amparo estatal ou social, que lhe permitam crescer pessoal e profissionalmente e, conseqüentemente, adaptar-se aos estilos da vida moderna). E que passam, assim, a ficar à margem da sociedade, por não terem sido capazes de se readaptarem a este novo estado de coisas. Perdendo, por conseguinte, a capacidade de proverem a própria subsistência.

Mas o mundo mudou muito também porque a população mundial, de uma forma geral, vem crescendo em progressão geométrica. Acarretando, como conseqüência, a impossibilidade das estruturas existentes – sejam públicas ou privadas – darem um adequado tratamento aos seus cidadãos que necessitem do amparo estatal para suprir alguma carência, em relação a qual seu desforço próprio, por diversas razões, não foi capaz de atender.

O Estado, entretanto, vê-se na contingência de, muitas vezes, não ter condições adequadas para prestar um pronto atendimento a todas estas reivindicações que lhe são formuladas, numa forma cada vez mais constante e numerosa.

Sendo que, uma vez que estas prestações estatais venham a ser negadas, os interessados em as obter, não raro, têm aforado ações judiciais, requerendo que o Poder Judiciário ordene sua imediata implementação. Sem se atentar para os reveses que decisões desta estirpe – ainda que bem intencionadas, e juridicamente fundamentadas – possam acarretar no regular gerenciamento dos assuntos governamentais.

Como vem se verificando em maior número, por exemplo, no campo da saúde. Onde, inúmeras decisões judiciais vêm obrigando os entes governamentais a fornecerem

determinados medicamentos, ou a executarem procedimentos médicos. Cujos aportes financeiros para efetuar tais pagamentos chegam a alcançar cifras astronômicas.

Ante esta contingência, os responsáveis pela representação judicial dos entes estatais, passaram a procurar argumentações alternativas que, sem menosprezar os anseios daqueles que reivindicam o recebimento destas benesses estatais - desprovidas de qualquer tipo de parâmetros limitadores - pudessem apresentar uma solução jurídica aceitável. Capaz de impedir que estas situações viessem a se concretizar, com um ingente prejuízo para o funcionamento das estruturas governamentais.

Solução que, no caso, é dada pela adoção do intitulado *princípio da reserva do possível*. Que procura estabelecer alguns marcos regulatórios para a emissão de ordens judiciais, tendentes a obrigar o Poder Público a dar efetividade a certa categoria de prerrogativas instituídas em favor das pessoas em geral.

Deveras, a questão atinente à efetividade dos chamados direitos sociais (dentre os quais se incluem o direito à saúde e à prestação de atendimento médico a quem deles necessitar, de se ter uma adequada infra-estrutura rodoviária, ou mesmo referentes à tranqüilidade de espírito decorrente de um acurado sistema de segurança pública) é um dos temas que mais tem gerado discussões e controvérsias nos embates judiciais que versam sobre esta matéria.

Posto que, por mais que uma norma jurídica tenha sido inserida no próprio Texto Constitucional, ela somente poderá alcançar sua real efetividade se estiverem presentes as condições fáticas e jurídicas capazes de lhe conferir esta eficácia. Pois, caso contrário, na ausência deste contexto favorável e imprescindível à sua realização, por mais nobre que fosse o escopo do mandamento legal, ninguém poderá ser compelido a cumprir suas diretrizes.

Porque, como já insinuava o milenar brocardo jurídico, *ad impossibilia nemo tenetur* (ninguém é obrigado a coisas impossíveis).

E, por mais que a invocação desta argumentação possa ser considerada – se for objeto de uma análise superficial e menos detida – insensível, cruel ou desumana, face o compromisso que a Pátria Brasileira assumiu (cunhado na Carta Magna) de bem tratar seus nacionais e mesmo estrangeiros que aqui estiverem (*Welfare State* – Estado do Bem-Estar Social), é um princípio de curial importância para a preservação do bem e dos interesses maiores da sociedade, representando pela coletividade como um todo.

A teoria do alcunhado princípio da *reserva do possível*, é cediço, tem como berço as decisões proferidas pela Corte Constitucional Federal da Alemanha. Pelas quais se sustentou que as limitações de ordem econômica podem comprometer sobremaneira a plena implementação dos ditos direitos sociais. Ficando a satisfação destes direitos, assim, na pendência da existência de condições materiais – especialmente econômicas – que permitam sua atendibilidade.

Assim é que, a origem remota deste posicionamento pode ser encontrada no julgamento do famoso caso ocorrido na Nação Germânica (BverfGE n.º 33, S. 333). No qual uma ação judicial então proposta, visava obter uma decisão que permitisse a certo estudante cursar o ensino superior público. Embasado na garantia prevista pela Lei Federal alemã de livre escolha de trabalho, ofício ou profissão. Tendo em vista que não

havia disponibilidade de vagas em número suficiente para todos os interessados em frequentar as academias públicas¹.

Neste *leading case*, conforme relatam os anais de repertório de jurisprudência, restou estabelecido que somente se pode exigir do Estado o atendimento de um interesse, ou a execução de uma prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites da razoabilidade.

Salientando ainda a Suprema Corte Germânica que, os intitulados direitos sociais (que, de regra, exigem uma prestação positiva – de fazer – por parte do Poder Público) "estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade"².

O que inviabilizaria que fossem requeridas providências do Estado acima de um patamar logicamente razoável de exigências sociais³. Razão pela qual, destarte, acabou por rechaçar a dialética de que o Poder Público estaria obrigado a disponibilizar um número ilimitado de vagas, para acolher todos os interessados em ingressar nas universidades públicas⁴.

Isto implica em dizer que, não basta que a legislação defira alguma prerrogativa aos membros da sociedade. Pois faz-se imprescindível, também, que existam recursos materiais capazes de viabilizar a satisfação destes direitos. Balizas, vale lembrar, que delimitam e orientam a aplicação do denominado primado da *reserva do possível*.

Noutras palavras, o Poder Judiciário, por mais bem intencionado que esteja no intuito de conferir cabal aplicabilidade às normas diretoras do sistema jurídico, não pode pretender arvorar a hercúlea tarefa de tentar suprir todas as carências sociais, mediante a expedição de uma ordem judicial. Que, de antemão, já se sabe que não alcançará efetividade, face a inexistência de condições materiais (leia-se, precipuamente, econômicas) capazes de viabilizar sua implementação.

Porque, como ressaltado, neste aspecto, sempre encontrará limitações pragmáticas no primado da reserva do possível. Ou da *reserva de consistência*, como prefere Peter Häberle⁵.

Com efeito, para a implementação de certas diretrizes legais (sejam constitucionais ou infraconstitucionais), mormente no que tange àquelas que exigirão iniciativas positivas (ativas) e materiais do Estado, cumpre que os Órgãos Jurisdicionais atentem – ao proferirem alguma decisão – para a circunstância de haver ou não meios materiais disponíveis para sua concretização.

Como, ademais, bem esclarece Canotilho, para quem a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais deve ser examinada segundo os parâmetros desta "reserva do possível". Porque intimamente dependentes dos recursos econômicos necessários para sua efetivação. Motivo pelo qual sua implementação estaria sempre

¹(SARLET, 2001, n. 3)

²(KRELL, 2000, p. 41)

³(BverfGE, n° 33, S. 333)

⁴(KRELL, 2002, p. 52)

⁵(HÄBERLE, 1997, p. 42).

vinculada ao montante de aportes financeiros, capazes de serem mobilizados para o cumprimento desta finalidade⁶.

Deveras, não há como se fugir da constatação de que a concretização dos direitos previstos nas legislações demandam – quase sempre – um determinado custo financeiro. Que pode ser maior ou menor dependendo das medidas que se quer ver implementadas.

E, como elucidativamente demonstram Stephen Holmes e Cass R. Sunstein na sempre lembrada obra “The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes” (O Custo dos Direitos: Porque Liberdade Depende dos Tributos), se a realização de qualquer direito implica num determinado custo financeiro, não podem ser encarados de maneira absoluta, pois estão sujeitos a limitações de natureza orçamentária. Mormente se tiverem de ser custeados com os recursos coletados dos contribuintes. Como são, em regra, as iniciativas reivindicadas dos Poderes Constituídos, mediante a prestação dos respectivos serviços públicos⁷.

Porque, o açodamento em querer implementar, sem a observância de qualquer tipo de limites, uma dada prestação social, poderia gerar o efeito contraproducente de inviabilizar o atendimento de outras necessidades coletivas. Para as quais já havia um prévio planejamento. Mas que fatalmente ficará comprometido com o desvio, por exemplo, dos aportes financeiros que seriam destinados ao seu suprimento, para se satisfazer aquela prestação em favor da qual a ordem judicial teria sido emitida.

Além de, à evidência, ferir o princípio da separação de poderes, calcado no sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Pois cabe ao legislador elaborar a peça orçamentária, definindo quais são as prioridades que entende serem as mais urgentes naquele dado momento. Não cabendo aquele que ostenta a Toga ditar, ao seu livre talante, para onde e como devem ser direcionadas as forças patrimoniais dos orçamentos públicos, que não tenham uma destinação legal e previamente definida.

Neste diapasão, aliás, vem se ajustando a jurisprudência das Cortes de Justiça Nacionais. Como se infere da leitura dos seguintes arestos, proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e pelo Superior Tribunal de Justiça. Nos quais se discutia se o Estado estava ou não obrigado a promover, ilimitadamente, a assistência à saúde, para as quais se demandava um custoso tratamento médico:

“Agravo de Instrumento nº 42.530.5/4, j. 11.11.1997.

...Não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevalecimento do bem maior da vida. **O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes.** Em suma: juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu...” (TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Alves Bevilacqua.

⁶(CANOTILHO, 1991, p. 131)

⁷(HOLMES & SUNSTEIN, 1999, p. 9)

Agr. Instr. 48. 608-5/4, julgado em 11.02.1998, unânime.

TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, Des. Rui Cascaldi

“O direito à saúde previsto nos dispositivos constitucionais citados pelo agravante, arts. 196 e 227 da CF/88, apenas são garantidos pelo Estado, de forma indiscriminada, quando se determina a vacinação em massa contra certa doença, quando se isola uma determinada área onde apareceu uma certa epidemia, para evitar a sua propagação, quando se inspecionam alimentos e remédios que serão distribuídos à população, etc, **mas que quando um determinado mal atinge uma pessoa em particular, caracterizando-se, como no caso, num mal congênito a demandar tratamento médico-hospitalar e até transplante de órgão, não mais se pode exigir do Estado, de forma gratuita, o custeio da terapia, mas dentro do sistema previdenciário.**

AgRg no AgRg na SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 81 - SC (2004/0062451-9)

E M E N T A: SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFERIMENTO. LESÃO À ORDEM E SAÚDE PÚBLICAS. FORNECIMENTO INDISCRIMINADO DE PRÓTESES. POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE. COMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1.O fornecimento genérico e indiscriminado de próteses não aprovadas por órgão especializado, a quem delas necessite, em detrimento da listagem oficial do Ministério da Saúde tem, de fato, potencial suficiente para inviabilizar a realização de outros tratamentos à população carente e o próprio sistema de saúde pública.

2.Compete à Administração Pública fixar as diretrizes da política social e econômica que visam a saúde de toda população.

3.Agravo Regimental não provido.

Brasília (DF), 29 de junho de 2005, Data do Julgamento.” (destaquei)

Diante destas considerações, afigura-se irretorquível não ser possível, juridicamente, a emissão de uma ordem judicial, tendente a obrigar o Poder Público a oferecer a prestação de um serviço público para além das suas capacidades materiais (financeiras e de infra-estrutura). Posto que não se dispõe de recursos ilimitados para a promoção de toda e qualquer pretensão no campo da saúde (ou em qualquer outro setor da atividade estatal).

Sendo forçoso que se busquem outras alternativas, perante a própria comunidade e demais setores da sociedade civil organizada, para o suprimento de parte destas carências sociais. Porque, se é verdade que todos têm, ilustrativamente, direito à saúde, à segurança, a uma infra-estrutura adequada para transitar nas rodovias, não menos o é que os membros da coletividade também têm o dever de procurar suprir as necessidades dos seus pares, que não podem ser exaustivamente atendidas pelo Estado. Posto que,

como asseverado, estes direitos sociais, por mais legítimos que sejam, não podem ser concebidos em termos absolutos num confronto com as prerrogativas e encargos governamentais.

Aliás, como já dizia Guido Zanobini, apud DI PIETRO (2004, p. 108) *tudo aquilo que é juridicamente regulado, é também juridicamente limitado.*

Providências que são perfeitamente possíveis de serem levadas a cabo. Por intermédio, à guisa de exemplo, de campanhas realizadas pela comunidade para o atendimento de uma situação (individual ou coletiva) de urgência. Em relação a qual os Poderes Constituídos não estejam em condições de dar pronto atendimento de forma integral.

Campanhas que, vale lembrar, já vêm sendo implementadas tanto no território nacional, como no estrangeiro. Exemplos recentes foram as grandes campanhas para ajudar as pessoas que, o ano de 2004, foram vítimas do alcunhado *Fenômeno Catarina*, ocorrido no sul do Estado de Santa Catarina (recentemente reconhecido pelos meios científicos como um verdadeiro furacão). Ou mesmo no plano internacional, como se observa do enorme auxílio que vem sendo concedido aos países que foram vergastados pelas “ondas gigantes” (*tsunamis*) no final do ano de 2004. Patrocinado tanto por governos como por particulares sem nenhuma ligação com órgãos públicos.

Fato que não revela, de maneira alguma, uma conduta desdenhosa por parte dos Poderes Constituídos ao não prestarem um integral atendimento aos carentes de certas necessidades. Mas sim a elevada consciência social de que todos devem contribuir para o bem da comunidade. Sendo o Poder Público apenas um instrumento para suprir as necessidades básicas ou indelegáveis da comunidade. O que não exclui a participação ativa e solidária dos membros da coletividade, para promover a consecução do bem dos seus patrícios.

III – Considerações Finais

Portanto, em que pese o valoroso trabalho realizado pelas Instâncias Judiciais, como forma de dinamizar a prestação jurisdicional que lhes cabe, não há como se aceitar que decisões mandatoriais continuem a ser emitidas. Compelindo os demais Poderes Estatais a executarem providências que, não raro, encontram-se fora das suas possibilidades de atendimento. Ante a falta de recursos financeiros que são imprescindíveis para a concretização de certas providências de interesse público.

Porque, como demonstrado, pela adoção do princípio da reserva do possível, aliado à concepção de que todos os membros da coletividade devem se esmerar em sanar as necessidades dos seus semelhantes, parece não restar dúvida de que, na hipótese de incapacidade material do estado prover, sozinho, a consecução destes fins, a sociedade civil organizada deve se encarregar de prestar este auxílio. Com o intuito de que estas metas programáticas venham realmente a ser cumpridas.

Caminho para o qual já estamos nos direcionando. Basta ver a grande mobilização nacional que tem agregado diferentes pessoas em torno de objetivos comuns. Como a proteção da criança, o aprimoramento do sistema de segurança pública, campanhas para promover o desarmamento das pessoas, dentre vários outros setores nos quais esta participação social tem-se mostrado, não apenas profícua, mas indispensável.

BIBLIOGRAFIA

BverfGE: coletânea das decisões do Tribunal Constitucional Federal, nº 33, S. 333.

CANOTILHO, J.J. Gomes Canotilho e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo : Atlas, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights*. New York: W. W. Norton, 1999.

KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.