

RESTRIÇÕES À APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA ESCASSEZ DE RECURSOS FINANCEIROS

PIVETTA, Saulo Lindorfer¹

RESUMO

O trabalho reflete sobre o conteúdo normativo da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais consignada no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, abordando especialmente a temática da relevância da escassez de recursos financeiros como critério definidor dos limites de eficácia das normas jusfundamentais. Para isso, é apresentado um modelo teórico que permite vislumbrar e compreender as diversas restrições oponíveis à eficácia dos direitos fundamentais, dimensionando a escassez de recursos em harmonia com as demais variantes de aplicabilidade, de modo a escapar de uma leitura superficial da matéria.

Palavras-chave: Aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, reserva do possível, restrições à eficácia dos direitos fundamentais.

ABSTRACT

The work reflects on the normative content of the immediate applicability of the fundamental social rights enshrined in art. 5, paragraph 1, of the Constitution, especially addressing the issue of relevance of the lack of financial resources as the defining criterion limits the effectiveness of jusfundamentais standards. For this, a theoretical model is presented that gives insight and understand the various restrictions enforceable against the effectiveness of fundamental rights, scaling the scarcity of resources in harmony with the other applicability of variants in order to escape a superficial reading of the matter.

Keywords: Applicability of fundamental social rights, scarcity of resources, restrictions on fundamental rights efficiency.

¹ Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, membro do núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná – NINC, Professor licenciado da Escola de Direito das Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil) e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, Analista de Controle (área jurídica) do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, lotado no Ministério Público de Contas do Estado do Paraná.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988 e as restrições à sua eficácia

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, assegura de maneira expressa que “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*” (art. 5º, §1º, da CF/88). Trata-se de uma das mais importantes garantias à eficácia e efetividade dos direitos fundamentais na realidade jurídica brasileira. De qualquer forma, é importante aprofundar a compreensão sobre a *aplicabilidade imediata* de tais normas, haja vista que sua enunciação não elimina automaticamente as dúvidas sobre as possibilidades de eficácia dos direitos fundamentais.

Releva destacar que, a despeito de todos os direitos fundamentais serem dotados de algum nível de eficácia e aplicabilidade, ela não será a mesma para todos os direitos. Dois pontos, ao menos, devem ser considerados na definição da aplicabilidade do direito fundamental que se esteja analisando: as funções que pode desempenhar na realidade concreta² e a sua regulamentação normativa (constitucional e infraconstitucional). Como bem pontua Virgílio Afonso da Silva, não existe norma constitucional que não demande alguma forma de regulamentação, assim como não há norma que não possa ser restringida.³

Trata-se, evidentemente, de assunto de grande complexidade. Especificamente em relação aos direitos *sociais*, muito se debate sobre a imediata aplicabilidade de tais normas, haja vista que eles estariam submetidos a uma *reserva do financeiramente possível*. Ou seja, os direitos sociais apenas pode-

2 Conforme clássica lição de Robert Alexy, os direitos fundamentais, em virtude da natureza eminentemente principiológica que ostentam, devem ser compreendidos como *feixes de posições jusfundamentais*. Trata-se, pois, de uma estrutura normativa complexa, de modo que cada direito fundamental pode desempenhar variadas funções na realidade concreta. Alexy aponta que tais direitos podem desempenhar funções: (i) de defesa (exigindo uma abstenção do Estado, que não deve intervir na esfera de autonomia dos cidadãos); (ii) de prestações, que podem ser tanto normativas como fáticas, impondo ao Estado o dever de adoção de medidas concretizadoras dos direitos. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 186 e ss. Ainda, Clèmerson Merlin Clève destaca a função de não discriminação, que impede sejam adotadas condutas discriminatórias injustificadas em face dos cidadãos. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental** (Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 102.

3 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 230.

riam ser reclamados na medida em que houvesse recursos públicos disponíveis para a sua concretização. Essa alegação é equivocada por dois motivos: em primeiro lugar, porque os direitos sociais não possuem somente uma dimensão prestacional – nem todas as funções por eles desempenhadas na realidade concreta demandam recursos financeiros. Em segundo lugar, porque a reserva do possível é apenas uma das várias restrições que podem ser opostas aos direitos fundamentais (não só aos sociais).

Assim, as próximas páginas buscarão traçar um panorama sobre as reservas a que se encontram sujeitos os direitos fundamentais sociais em relação a cada um dos deveres estatais exigidos para a sua efetivação para, ao final, aprofundar a análise sobre a relevância normativa da escassez de recursos, buscando-se, com isso, evitar uma compreensão acrítica e equivocada sobre a matéria.

2. RESTRIÇÕES À APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente adequado ou oportuno e reserva do financeiramente possível

Como destacado acima, em razão da natureza eminentemente principiológica dos direitos sociais, sua aplicação, a partir do próprio texto da Constituição, não ocorre mediante a lógica do “tudo ou nada”. Assim, a atividade conformadora do Poder Legislativo e do Poder Executivo mostra-se de significativa relevância para que a densidade normativa da norma seja alargada. Tal densificação revela-se pertinente sobretudo para a especificação das prestações fáticas que são albergadas pelo direito e que vinculam a atuação do Poder Público. Nessa esteira, a necessidade de concretização infraconstitucional dos comandos normativos realça a ideia de que podem ser opostas reservas, restrições, à sua aplicabilidade. Isso não ocorre por opção do constituinte ou por uma escolha do aplicador da norma, mas sim pelo próprio fato de que, inexistindo um comando inequívoco quanto ao exato alcance do direito (ou seja, quando não se estiver diante de uma regra), ele estará sujeito a sofrer limitações em relação ao seu conteúdo.⁴

4 A posição ora adotada, de que os direitos sociais podem ter seus conteúdos normativos delimitados coaduna-se com a chamada *teoria externa* das restrições, que possui íntima relação com a teoria dos princípios apresentada acima. Isso porque, ao admitir-se que, em razão de sua natureza principiológica, a norma de direito fundamental tem uma extensão de aplicabilidade parcialmente indeterminável, considera-se que eventuais restrições decorrerão de fatores *externos* à norma. A conformação restritiva, portanto, não é resultado de uma limitação que é imanente ao próprio direito, como defende a *teoria interna*. Resumidamente, para os adeptos desta corrente os limites da norma são fixados de antemão, através de um procedimento interno que considera apenas o objeto do direito,

Vale ressaltar, neste ponto, que ao se falar em *restrições* (*restrições em sentido estrito*) aos direitos fundamentais está se referindo às atuações normativas do Estado (através da legislação ou da atividade regulamentadora da Administração Pública) que promovem alterações substanciais na norma, delimitando seu conteúdo normativo e que, da perspectiva jurídico-subjetiva, implicam situações desvantajosas aos seus possíveis titulares, suprimindo ou dificultando-lhes o acesso aos bens jusfundamentais.⁵ Diferentemente, as chamadas *intervenções restritivas* consubstanciam afetações negativas, realizadas pelo Poder Público ao direito fundamental, considerando uma situação concreta, a partir de seu titular individualizado. Por ora, insta salientar as formas através das quais o Estado, em termos abstratos, conforma a norma definidora do direito à saúde.

Na lição de Jorge Reis Novais, as reservas que se impõem sobre a aplicabilidade dos direitos sociais em geral são as seguintes: reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente adequado ou oportuno e reserva do financeiramente possível. Contudo, a ativação dessas reservas depende de qual *dever estatal* está em causa (dever de respeitar, dever de proteção, dever de promoção). Ou seja, cada um dos deveres que decorrem dos direitos sociais articula de maneira própria as reservas que podem ser opostas à aplicação da norma.⁶

O debate pode ser ilustrado a partir das seguintes situações envolvendo o direito à saúde: (i) cidadã que se insurge judicialmente contra hipotética portaria do Ministério da Saúde que determina a obrigatoriedade de participação em pesquisas médicas, como cobaias, dos pacientes que se beneficiem da política de dispensação de medicamentos de alto custo; (ii) ação movida pelo Ministério Público contra determinado Município para que este arborize todas as ruas com

independentemente de elementos de influência externa. Para uma análise pormenorizada do tema, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 126-143.

5 NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra, 2003, p. 227.

6 Jorge Reis Novais distingue três categorias de deveres estatais que decorrem da positivação dos direitos fundamentais: dever de respeitar, dever de proteger e dever de promover – que guardam consonância com as *funções* que podem desempenhar tais direitos na realidade concreta. Cada uma dessas funções (de defesa ou de prestações) impõem deveres ao Estado para serem concretizadas. De maneira sintética, os deveres de respeito impõem condutas eminentemente negativas, de não intervenção do Estado na esfera de autonomia dos cidadãos. Os deveres de proteção assinalam a obrigação de que, por medidas eminentemente positivas (através de normas ou de atuação material) o Poder Público assegure que os direitos fundamentais dos cidadãos não serão violados, por agentes públicos ou por outros indivíduos. Finalmente, os deveres de promoção impõem que o Estado entregará aos cidadãos as prestações normativas e fáticas necessárias à realização concreta do direito. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra, 2010, p. 41 e 273.

um tipo de arbusto capaz de repelir o mosquito transmissor da dengue; (iii) sujeito que reclama judicialmente que o Poder Público disponibilize recursos para financiar tratamento experimental desenvolvido por universidades cubanas para combater o mal de Parkinson.

Em cada uma das hipóteses aventadas a margem de intervenção do juiz será diferenciada justamente pelas diferentes reservas relacionadas às situações. No primeiro caso (obrigatoriedade de participação em pesquisas médicas), o magistrado possui ampla margem de atuação, podendo definir, no caso concreto, se o ato normativo configura, em alguma medida, intervenção indevida na esfera de autonomia do cidadão. Em outras palavras, a decisão judicial poderá analisar, a partir da técnica da ponderação, se a conduta estatal violou algum *dever de respeito* que exsurge do direito à saúde, já que submete sujeitos a situação de potencial risco para sua integridade física.

A segunda hipótese está ligada a um *dever de proteção*, que certamente define uma margem diferenciada de liberdade de intervenção judicial. Afinal, por que adotar exatamente a medida proposta pelo Ministério Público? O Poder Público não poderia utilizar outras estratégias para alcançar a mesma finalidade (de evitar a transmissão do vírus da dengue), eventualmente menos custosas e mais eficientes? O que impende destacar é que, neste caso, a concessão da tutela judicial está sujeita à análise de outros elementos, não verificados na primeira situação (envolvendo um dever de respeito), pois nesta estava em causa tão somente definir se a atividade administrativa violava a esfera de autonomia juridicamente protegida do cidadão.

Finalmente, o último quadro descrito relaciona-se à discussão sobre a existência de um *dever de promoção*. Assim como na hipótese anterior, o deferimento do pedido passa pela apreciação da conveniência política e jurídica da medida – se é constitucional exigir do Estado aquele tipo de prestação ou se os tratamentos já fornecidos preenchem o conteúdo normativo do direito à saúde. Ainda, some-se a isso a repercussão financeira que haveria no caso de tutela das prestações pleiteadas.

As situações descritas objetivam esclarecer que, embora se trate do mesmo direito, a natureza do dever estatal correspondente afeta de maneira diferente as reservas eventualmente oponíveis à aplicabilidade da norma. Na sequência será analisado como se articulam tais reservas em função do dever estatal em causa.

2.1 *Arestrições de eficácia relacionadas à função de defesa dos direitos sociais (deveres estatais de respeito)*

De início, os *deveres de respeito* pressupõem que o espaço de autonomia do cidadão seja suficientemente determinável através de mecanismos jurídicos de interpretação da norma constitucional definidora do direito social – é essa esfera de autonomia individual que deve ser respeitada pelo Estado e demais indivíduos. Nessa esteira, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais quanto à função de defesa (deveres de respeito) não gera maiores controvérsias.

Isso se dá pelo fato de que tais deveres, ao exigirem posturas simplesmente abstencionistas – ou seja, por se revelarem como uma dimensão eminentemente negativa –, basta que o Estado se mantenha inerte para que sejam concretizados. Em outras palavras, entende-se que o âmbito de autonomia individual já está satisfatoriamente delimitado pela norma jusfundamental, e se não estiver é possível identificá-lo através das técnicas tradicionais de interpretação. No entanto, é possível que o Estado tenha que afetar essa esfera de autonomia pessoal, restringindo o espectro de liberdade do particular, com o objetivo de proteger ou promover outro direito igualmente tutelado pelo texto constitucional. A restrição, nesse caso, não será necessariamente inconstitucional, como, por exemplo, a vedação imposta aos particulares de fumar em ambientes fechados.

Compreende-se, nessa esteira, que todos os direitos fundamentais estão sujeitos a uma *reserva geral imanente de ponderação*, que autoriza, em certos casos, sua restrição legítima, fazendo-o ceder passo em razão do maior peso de outro direito numa dada situação. Esta reserva apenas não incidirá naquelas hipóteses em que a própria Constituição já sedimentou, em caráter definitivo, determinado conteúdo de natureza jusfundamental, ou seja, quando o comando estiver consagrado por meio de regra, pois a norma é decorrência de ponderação já realizada pelo próprio legislador constituinte.⁷ Muitas vezes o texto constitucional outorga de maneira explícita a competência para que o conteúdo da norma seja delimitado. É o caso, por exemplo, do art. 197 da Constituição Federal de 1988, que prevê a possibilidade de o Poder Público regulamentar a execução das ações e serviços de saúde.⁸ Veja-se, nesse sentido, a Lei nº

7 NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 275.

8 Art. 197 da Constituição Federal: “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

9.782/1999, que cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), sendo prevista a competência para que tal ente, inclusive, proíba a comercialização de produtos e insumos que possam causar risco à saúde (art. 7º, inciso XV da Lei nº 9.782/1999).⁹

Ou seja, o Estado efetivamente intervém na esfera de liberdade e de acesso a bens ligados aos direitos sociais. No caso apresentado, o cidadão não poderá comprar qualquer medicamento que queira utilizar no tratamento de alguma doença: apenas aqueles autorizados pela ANVISA poderão ser adquiridos legalmente. Trata-se de verdadeira ponderação realizada pelo legislador ordinário, que sopesando as variadas questões que tocam o tema (interesses financeiros das indústrias farmacêuticas, interesse dos cidadãos de adquirir remédios, dever do Estado de proteger a saúde da população etc.), fixou as medidas protetivas que entendeu necessárias, como a criação de entidade competente para tanto.

Ainda que não haja previsão explícita, a possibilidade de restrição do direito decorre justamente de sua natureza eminentemente principiológica. Com isso, inexistindo opção inequívoca por parte da Constituição, os conteúdos específicos do direito passam a ser definidos pelo legislador e pelo administrador. De qualquer modo, as deliberações quanto ao alcance do dever de respeito, seja em relação a determinado caso concreto seja em relação a uma situação geral e abstrata, sujeitam-se ao controle de constitucionalidade e legalidade – que consiste em verificar se as restrições realizadas estão em consonância com o texto constitucional ou legal, ou se violam um dever de respeito que se impõem ao Estado.

2.2 As restrições de eficácia relacionadas à dimensão prestacional dos direitos sociais (deveres de proteção e promoção)

Diferentemente ocorre quando se está diante de um dever de proteção ou de um dever de promoção – deveres correlatos à dimensão prestacional dos direitos fundamentais. Nestes casos, além da reserva geral imanente de ponderação, incidem a *reserva do politicamente adequado ou oportuno* e a *reserva do financeiramente possível*. Para proteger a saúde dos cidadãos, por exemplo, há uma imensa gama de possibilidades que poderiam ser cogitadas pelo Poder Público, seja através

⁹ Lei nº 9.782/1999: “Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo: (...) XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;”

de prestações fáticas ou normativas. O conteúdo do dever geral de proteção não se extrai, de maneira absoluta, dos comandos constitucionais – embora, o constituinte já tenha assinalado que o Estado deve adotar medidas preventivas e assistenciais para a efetivação desse direito (art. 196 da Constituição Federal).

A reserva do politicamente adequado ou oportuno compreende, assim, as esferas de restrição do direito que demandam uma atuação política de análise da realidade concreta e definição dos meios necessários à proteção e promoção do direito. Para proteger a saúde da população, são possíveis diversas prestações, normativas e fáticas. No ordenamento jurídico brasileiro já foram sedimentadas diversas regras que se destinam à dimensão protetiva do direito à saúde. Nesse sentido, há normas de Direito Civil¹⁰ e de Direito Penal¹¹, além dos dispositivos constantes na própria Constituição.

Ainda, a Administração Pública, no exercício de sua competência normativa, elabora variados atos que se voltam à proteção e promoção da saúde dos indivíduos, como é o caso da Portaria nº 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, que estabelece as substâncias e medicamentos que, por sua capacidade de ação prejudicial sobre a saúde humana, estão sujeitos a um controle especial por parte do Poder Público (dever de proteção). Outrossim, diversas prestações fáticas são demandadas para que a saúde da população seja protegida e promovida, como nas situações em que produtos alimentícios são apreendidos em supermercados, pelos fiscais da vigilância sanitária, por estarem com o prazo de validade vencido (dever de proteção), e na hipótese de entrega ao cidadão dos medicamentos necessários ao tratamento de determinada doença (dever de promoção).

10 Como, por exemplo, no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003): “Art. 19. Os casos de suspeita ou confirmação de violência praticada contra idosos serão objeto de notificação compulsória pelos serviços de saúde públicos e privados à autoridade sanitária, bem como serão obrigatoriamente comunicados por eles a quaisquer dos seguintes órgãos: I – autoridade policial; II – Ministério Público; III – Conselho Municipal do Idoso; IV – Conselho Estadual do Idoso; V – Conselho Nacional do Idoso. § 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se violência contra o idoso qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico.”

11 O Código Penal dispõe de variadas regras que protegem explicitamente a saúde, como as insertas no Capítulo II (Das Lesões Corporais) e no Capítulo III (Da Periclitación da Vida e da Saúde), ambos do Título I (Dos Crimes Contra a Pessoa) da Parte Especial. Veja-se, como exemplos, os seguintes dispositivos: “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. (...) Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave. Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.”

Este panorama traçado ressalta que a atuação do legislador ordinário e do administrador densificam o conteúdo normativo dos direitos sociais em geral. Esta “densificação” decorre de embates e escolhas políticas realizadas pelos agentes políticos, sedimentando ponderações realizadas entre os diversos bens a serem protegidos e os meios necessários para tal finalidade. Isso não significa, contudo, que as decisões políticas estejam sempre em consonância com as prioridades constitucionais. Assim, é possível que haja controle, sobretudo pelo Poder Judiciário, no caso de normativas inconstitucionais e ilegais, bem como no caso de omissões injustificadas da Administração Pública.

A *reserva do politicamente adequado ou oportuno* não é, portanto, um fator que impede o questionamento das ações, fáticas ou normativas, do Poder Público. Contudo, é um elemento que deve ser considerado e que intervém na forma e nos limites em que é realizado o controle. Nessa esteira, a liberdade política de conformação da norma de direito fundamental jamais será absoluta, especialmente no contexto brasileiro, pois a Constituição Federal já estabelece as linhas gerais de conteúdo que deverá ser preenchido pela legislação ordinária e pelo administrador público, em relação a vários direitos sociais.

Finalmente, a *reserva do financeiramente possível* consubstancia elemento que deve ser considerado quando estiver em causa um dever de atuação positiva do Estado, ou seja, quando este deve promover prestações fáticas voltadas à concretização do direito à saúde, especialmente no que tange ao dever de proteção e promoção do direito. Ou seja, quando se tratar de uma dimensão positiva, relacionada ao dever de proteção ou de promoção, a reserva do financeiramente possível poderá, em tese, ser invocada, haja vista que fornecer bens sociais exige um dispêndio significativo de recursos.¹²

A necessidade de recursos financeiros não fulmina a jusfundamentalidade dos direitos sociais. Essa reserva deve ser compreendida não como um obstáculo intransponível para a realização de prestações fáticas, mas sim como um fator que direciona para a forma como os recursos são alocados para o cumprimento das finalidades do Estado. Apesar da relevância do aspecto financeiro, nem sempre tal reserva pode ser ativada, ou seja, nem sempre a escassez de recursos adquire relevância normativa – este problema será enfrentado de maneira mais detalhada no item 3, abaixo.

12 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 278.

3. A RESERVA DO POSSÍVEL E A RELEVÂNCIA NORMATIVA DA ESCASSEZ DE RECURSOS

3.1 A configuração teórica da “reserva do possível”

O cerne do problema relativo à reserva do financeiramente possível – ou simplesmente “reserva do possível”, como é geralmente utilizada no Brasil – é que sua compreensão por vezes é distorcida, através da recepção acrítica de um conceito forjado de maneira mais intensa na Alemanha, pela Corte Constitucional do país. A expressão foi cunhada para expressar que o conteúdo dos direitos sociais estava limitado “àquilo que o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade.”¹³ Apesar de o modelo ter-se desenvolvido de maneira mais sistematizada em solo alemão, importante fazer a ressalva, já assinalada por Romeu Felipe Bacellar Filho, de que já no começo do século XX, em 1903, no caso “Terrier”, o Conselho de Estado Francês decidiu que o Estado não poderia se eximir de seus deveres alegando falta de disponibilidade de caixa. Nessa linha, Bacellar Filho, ao analisar especificamente a problemática da responsabilidade extracontratual do Estado, defende, com razão, que a teoria da reserva do possível não pode constituir excluyente ou atenuante da responsabilidade estatal.¹⁴

De qualquer forma, na ambiência alemã, o caso concreto que orientava a Corte era em relação a alguns cidadãos que exigiam o fornecimento de vagas no ensino superior público. Então, a ideia de *razoabilidade* apontava para a necessidade de se investigar o caso concreto para verificar, de um lado, as condições materiais do próprio cidadão que reclama a concretização do direito e, de outro, se seria razoável esperar do Estado o fornecimento da prestação fática requerida. Assim, sustentou a jurisprudência alemã que, ainda que o Estado efetivamente dispusesse de recursos e tivesse a competência específica para escolher o seu direcionamento, não se poderia cogitar de uma obrigação positiva que desrespeitasse os limites do razoável.¹⁵

13 NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 90.

14 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 243. Ainda, fazendo uma análise mais detida do caso “Terrier”, cf. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. Curitiba, 2009. 287 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, f. 84-85.

15 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 90.

A partir desse panorama, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que a reserva do possível deve ser compreendida por uma dimensão tripla:¹⁶ (i) da disponibilidade material dos recursos necessários ao fornecimento das prestações; (ii) da distribuição de receitas e competências (tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outros), ou seja, da estrutura de decisão quanto à alocação e gestão dos recursos públicos; (iii) da perspectiva do particular que demanda a prestação material, de modo a se verificar a proporcionalidade e razoabilidade da conduta pleiteada.¹⁷

Há que se situar, portanto, a problemática da escassez de recursos. Em primeiro lugar porque tal escassez é de caráter *moderado*, jamais absoluto, pois não se está a refletir sobre um Estado despojado de recursos financeiros – pelo contrário, a atividade de arrecadação tributária no Brasil é bastante significativa.¹⁸ Em segundo lugar, a reserva do possível denota que a realização de direitos sociais demanda escolhas políticas quanto à distribuição dos recursos, o que geralmente é feito em ambiente de conflito, haja vista as variadas possibilidades quanto a fins e meios a serem definidos.¹⁹

Apesar da complexidade de elementos que envolve a temática da reserva do possível, o problema muitas vezes é colocado de maneira inadequada. Os equívocos ocorrem, notadamente, ao se compreender que apenas os direitos sociais exigiriam recursos para a sua concretização. Esta incompreensão decorre do entendimento errôneo de que os direitos de liberdade exigiriam somente posturas negativas (abstencionistas), enquanto que os direitos sociais demandariam apenas condutas positivas (prestacionais) para serem concretizados. Como demonstrado

16 Merece registro a posição de Paulo Caliendo, que destaca a íntima relação entre a reserva do possível, realização de direitos fundamentais e o poder de tributação do Estado. As escolhas políticas do Estado quanto à forma de administração tributária poderiam ampliar ou restringir a incidência dessa reserva. Ou seja, instituindo-se, por exemplo, Contribuições Sociais e fazendo uso da extrafiscalidade como forma de concretização de políticas públicas voltadas a direitos sociais, poder-se-ia ampliar as possibilidade de realização desses direitos ao aumentar a arrecadação estatal. Por outro lado, situações como a de “guerra fiscal” entre os Estados, que oneram as receitas públicas de maneira geral, fortalecem as possibilidade de incidência da reserva do possível. CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 184-185.

17 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 287.

18 Dados da Receita Federal apontam que, em 2012, o Brasil arrecadou aproximadamente R\$ 1,029 trilhão de reais, um recorde na história do país. Informação disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/noticias/2013/jan/Arrecadacao.html>> Acesso em 30/01/2013.

19 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais... Op. Cit.**, p. 91.

acima, os direitos fundamentais (qualquer que seja sua classificação) expressam-se como *feixes de posições jusfundamentais*, exigindo, para a sua realização, a observância de deveres ora positivos ora negativos por parte do Estado.²⁰

Como apontam Holmes e Sunstein, independentemente de se tratar de um direito de liberdade ou de um direito social, o que releva notar é qual dever específico está em questão.²¹ Desse modo, por exemplo, o direito à liberdade de expressão pode reclamar que o Estado e outros particulares se abstenham de intervir arbitrariamente sobre a esfera de autonomia de um cidadão específico (dever de respeito) – como no caso em que se exige que o Poder Público não reprima, com a força policial, uma manifestação em defesa da descriminalização da maconha.²² Por outro lado, para proteger este mesmo direito de liberdade de expressão, é possível que determinado indivíduo solicite a intervenção do Estado, até mesmo com o uso de força policial, para assegurar que uma manifestação pacífica em prol do reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo não sofra ataques violentos de grupos preconceituosos (dever de proteção). Ainda, um grupo de cidadãos pode pleitear junto à prefeitura o fornecimento de materiais para a estruturação de um pequeno jornal comunitário (dever de promoção).

Percebe-se, com isso, que a reserva do possível jamais pode ser utilizada como argumento capaz de restringir ou afastar a jusfundamentalidade de qualquer direito social, na medida em que os direitos de liberdade podem também reclamar o dispêndio de recursos financeiros do Estado (como demonstrado acima, nas hipóteses de proteção e promoção do direito à liberdade de expressão).²³ É o dever que corresponde ao direito que pode ou não ser custoso.²⁴ No caso do direito à saúde, por exemplo, há deveres estatais correlatos que não exigem recursos públicos, como, por exemplo, aquele que impõe ao Estado respeitar que o indivíduo tenha acesso, por seus próprios meios, ao tratamento de saúde que deseja (dentre aqueles permitidos por lei). Por outro lado, há igualmente deveres que *custam*, como nas situações em que o Poder Público

20 Sobre o tema, veja a nota de rodapé nº 2, acima.

21 HOLMES, Stephens; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York, 1999, p. 119.

22 Em relação a esta situação específica, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal inclusive já reconheceu a constitucionalidade das manifestações em defesa da descriminalização do uso da maconha por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187.

23 Sobre a utilização ideológica da reserva do possível, cf. SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**: reserva do possível. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 240 e ss.

24 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**... *Op. Cit.*, p. 97.

realiza atividades de fiscalização sanitária em restaurantes (dever de proteção), e na hipótese do grupo de moradores que reclama a construção de um posto de saúde em seu bairro (dever de promoção).

É possível, ainda, diferenciar os “gastos institucionais” e os gastos ligados diretamente a determinado direito. Os gastos institucionais seriam aqueles ligados a todo e qualquer direito, como os gastos necessários para manter as instituições políticas e os órgãos judiciais, por exemplo. De outra sorte, haveria os gastos relacionados à realização de um direito social específico, com o fornecimento de prestações materiais à população (como a construção de casas populares para a efetivação do direito à moradia e a manutenção de hospitais para o atendimento constante da população).²⁵ Nessa esteira, a dimensão principal dos direitos sociais, de caráter prestacional, realça com maior nitidez a exigência de recursos para a sua concretização – o que não se trata de regra absoluta, haja vista que os direitos de liberdade também podem exigir intervenções positivas do Estado, como através da manutenção de instituições que assegurem a esfera de autonomia dos indivíduos.

Colhe-se, portanto, (i) que a escassez de recursos é apenas *moderada* – ou seja, o Estado dispõe de recursos significativos, de modo que o problema está em verificar sua adequada alocação entre as finalidades previstas pela Constituição e pela legislação ordinária; (ii) a reserva do possível não pode ser compreendida como restrição oponível somente aos direitos sociais, haja vista que o que pode demandar recursos é o dever correlato exigido no caso concreto, e não o direito “como um todo”; (iii) que ainda que seja demandada uma prestação “custosa”, o seu deferimento (judicial ou administrativo) não deve levar em conta apenas a repercussão financeira de sua concretização – nem sempre a escassez é relevante normativamente, de modo que a reserva do possível deve ser analisada em conjunto com as demais reservas que sujeitam os direitos fundamentais (reserva imaneente de ponderação e reserva do politicamente adequada ou oportuno).

As reservas anteriormente analisadas constituem elementos que podem justificar a afetação negativa, do ponto de vista do titular, do conteúdo normativo do direito à saúde no caso concreto – a problemática será aprofundada no próximo item deste artigo, quando será analisado como estas reservas podem ser articuladas em situações concretas.

25 Veja-se, a respeito, SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 593.

3.2 A relevância normativa da escassez de recursos

A problemática dos “custos” dos direitos, ou da relevância das questões financeiras e orçamentárias, tem sido objeto de intensa análise por parte da doutrina. Embora a questão deva ser considerada seriamente, por vezes sua compreensão no âmbito da dogmática dos direitos sociais é equivocada, motivando posicionamentos que chegam a negar ou restringir indevidamente seu caráter jusfundamental. Assim, é necessário aclarar qual a posição ocupada pela reserva do financeiramente possível na teoria dos direitos sociais, de maneira que não seja utilizada como argumento genérico manejado para se negar a concretização desses direitos. Em outras palavras, é preciso refletir sobre a relevância jurídica que possui tal restrição: como e em que medida a escassez de recursos pode ser utilizada como fundamento que afaste a aplicação da norma de direito fundamental num caso concreto?

Lucas S. Grosman, no livro *“Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución,”*²⁶ busca delinear as situações em que o Estado tem o dever de ofertar uma prestação positiva para efetivar um direito social plasmado pela Constituição – ou seja, quais hipóteses, em termos gerais, obrigam a atuação estatal, independentemente da escassez de recursos. Sua referência é o texto constitucional da Argentina, o que não diminui a fertilidade de sua obra para a análise em ambientes diversos – realizadas as devidas contextualizações, naturalmente.

O referido autor parte de uma premissa: a escassez é um fato que não pode ser negado. Contudo, essa realidade não é suficiente para se determinar que algum direito social tenha sua concretização livremente manipulada pelos órgãos estatais (especialmente Poder Legislativo e Poder Executivo). Assim, Grosman desenvolve um raciocínio que permite balizar a atividade de distribuição de recursos pelo Estado – o que se revela indispensável, notadamente para definir o âmbito legítimo de intervenção judicial nas escolhas alocativas operadas pelo legislador e pelo administrador público.²⁷ Assim, esclarece-se, de antemão, que a reserva do financeiramente possível e do politicamente oportuno ou adequado,

26 GROSMAN, Lucas. **Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución.** Buenos Aires: Librería, 2008.

27 Ademais, mostra-se imperiosa a necessidade de se fortalecerem mecanismos aptos a conferir grau mais elevado de racionalidade à decisão judicial. Isso porque, como aduz Clèmerson Merlin Clève, “A legitimidade da ação jurisdicional repousa, basicamente, sobre a racionalidade e a justiça da decisão. A decisão judicial deve ser racional e, portanto, controlável racionalmente. Por isso que o Juiz deve, na medida do possível, procurar exercer um controle sobre os mecanismos psicológicos orientadores de sua decisão.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional.** Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 666.

embora constituam óbices que podem limitar as possibilidades do julgador, não representam barreira intransponível.

O autor analisa as ações judiciais que versam sobre direitos sociais e que, por conseguinte, têm potencial para gerar decisões de cunho redistributivo. Os casos são agrupados no que Grosman chama de “paradigmas de controle judicial”, que correspondem ao paradigma do abuso, paradigma da inclusão e paradigma da escassez. Cada um deles reclama uma atuação específica dos magistrados.

O paradigma do abuso compreende os casos em que o Poder Judiciário deve reprimir a atuação estatal que importe na violação de direitos individuais.²⁸ São exemplos de casos alocados nesse paradigma: a tortura promovida pelo Estado, a perseguição política, a censura realizada sobre os meios de comunicação, os impostos confiscatórios, etc. Nessas situações a escassez não possui qualquer relevância normativa, vale dizer, o Estado não pode alegar falta de recursos como argumento válido de defesa perante o Poder Judiciário. Igualmente, não é necessário que os juízes considerem em sua decisão a repercussão orçamentária que decorrerá de eventual condenação do Poder Público.

De qualquer forma, ainda que seja possível o Estado alegar que o abuso por ele cometido tenha causa na falta de recursos (por exemplo, se dispusesse de mais recursos poderia preparar e aparelhar melhor a polícia, que assim não torturaria), esta não será uma justificativa válida. Violado o direito subjetivo, a conduta lesiva deverá ser reprimida. Amolda-se a este paradigma a situação debatida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, em que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional qualquer interpretação que entendesse que a antecipação de parto de feto anencéfalo configuraria um dos tipos penais previstos nos artigos 124, 126 e 128 (incisos I e II) do Código Penal. Assim, ainda que esta decisão tenha impactos financeiros (como a obrigação de o Estado disponibilizar acompanhamento psicológico e físico às gestantes, bem como realizar os procedimentos cirúrgicos necessários), os agentes estatais deverão cumpri-la, sob pena de se lesar a esfera de autonomia individual da mulher que esteja sob aquela condição. Ainda, realizada a antecipação terapêutica do parto, não poderá haver qualquer espécie de perseguição criminal relacionada a esse fato, pois tal caracterizaria intervenção abusiva.²⁹

28 GROSMAN, Lucas. **Escasez e igualdad...** *Op. Cit.*, p. 37.

29 Sobre a necessidade de o Estado fornecer prestações positivas, ainda que tal não tenha sido objeto da ADPF, veja-se o seguinte excerto do Relator, Ministro Marco Aurélio Mello: “Ao Estado não é dado intrometer-se [na decisão a respeito da antecipação terapêutica do

O segundo grupo de casos, agrupados sob o paradigma da inclusão, corresponde às situações em que Estado já tem estruturado determinado órgão ou entidade (estruturas protetoras), dotados de recursos financeiros, que se destinam à realização de algum direito garantido pela Constituição. Nesse paradigma, a atuação judicial tem o fito de evitar que o Poder Público exclua ilegitimamente algum indivíduo do alcance da prestação. São estruturas desse tipo: o sistema judicial, o sistema eleitoral, o sistema de educação, o sistema público de saúde, etc.³⁰

Nas ações judiciais que envolvem estes casos, assim como no paradigma do abuso, não se admite seja invocada a escassez de recursos como justificativa estatal válida para a não prestação da atividade (exclusão de determinado cidadão do âmbito de tutela do direito). Certamente que a quantidade de recursos destinada pelo Estado ao órgão ou entidade será determinante para a sua capacidade de ação. Entretanto, para que o caso seja situado no paradigma da inclusão, o respectivo ente deve dispor de fundos suficientes para proteger os direitos que não foram devidamente tutelados. Havendo estrutura protetora e recursos dotados para a proteção do direito, não poderá o Estado valer-se do fundamento de que lhe faltou reserva financeira para justificar sua inação.

O paradigma da inclusão enquadra, notadamente, os casos em que pessoas ou grupos de pessoas são indevidamente excluídos de alguma estrutura estatal protetora. Mas deve-se ter o cuidado de não reduzir esse paradigma às situações em que a exclusão ocorre por motivos discriminatórios. O paradigma é mais amplo que isso. Vale dizer, não é necessário existir uma finalidade discriminatória na ação estatal para que o caso seja abarcado pelo paradigma da inclusão. Em suma, é estritamente objetivo o critério para a alocação de determinada hipótese sob o paradigma em comento (qual seja, a exclusão de determinado sujeito de uma estrutura protetora estatal, mesmo havendo capacidade para incluí-lo). Dito em outras palavras, não é relevante a presença de qualquer elemento subjetivo (dolo, negligência etc.) na conduta para caracterizar a rotulação.³¹

parto]. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for, o que se mostra viável, conforme esclareceu a então Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéa Freire.” BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgada em 12/04/2012.

30 GROSAN, Lucas. **Escasez e igualdad...** *Op. Cit.*, p. 38.

31 GROSAN, Lucas. *Idem*, p. 39.

Como exemplo, cite-se a situação hipotética em que alguns usuários do Sistema Único de Saúde (rede de saúde pública brasileira), acometidos por determinada doença, estejam sendo tratados com medicamento específico, de acordo com a diretriz terapêutica traçada para o caso. Se o gestor local do Sistema, por equívoco, deixar de adquirir aquele medicamento por acreditar que não havia mais infectados na região, tal conduta poderá ser reprimida judicialmente.³² Da mesma forma, interpretações equivocadas sobre a diretriz de atendimento integral do SUS têm promovido a exclusão indevida de diversos usuários do sistema público de saúde. Isso porque, pelo fato de suas condições clínicas não se amoldarem às diretrizes terapêuticas previstas, não lhe é fornecido tratamento alternativo eficaz. Ambas as situações narradas podem ser incluídas no paradigma da inclusão.

Se, por outro lado, a concessão de determinado benefício social excede a capacidade da estrutura protetora, o referencial analítico deve ser modificado. Assim, supera-se o paradigma da inclusão, adentrando-se no paradigma da escassez. Muitas vezes as ações envolvendo direitos sociais são albergadas por este paradigma, tendo em vista que a concessão de determinada prestação a um indivíduo pode implicar a negação desse mesmo benefício a outro (em razão da escassez de recursos disponíveis). A função dos magistrados, nesses casos, deve ser a de garantir que a distribuição de recursos operada pelos governantes não permaneça incompatível com as prescrições da Constituição.³³ Esse paradigma compreende as situações em que a prestação material pleiteada não pode ser considerada, de imediato, direito subjetivo dos reclamantes, de modo que eventual decisão judicial obrigaria o Estado ao remanejamento de recursos financeiros para atividades não previstas inicialmente.

O paradigma da escassez situa-se nas hipóteses em que se está diante de bens escassos, ou seja, bens que não podem satisfazer todos os indivíduos que pretendem ter acesso a eles. Desse modo, não se pode dizer, *a priori*, que a não concessão de determinada tutela resulta numa atitude inconstitucional do Estado. Será constatada lesão ao texto constitucional quando a decisão distributiva dos agentes públicos mostrar-se incompatível com ele. O paradigma da escassez, portanto, não é autossuficiente: para resolver os casos sob este rótulo, é necessário recorrer aos valores con-

32 Ora, estando o agente público vinculado à política pública, em nível de autovinculação, a determinação judicial não significaria qualquer intromissão indevida ou violação à separação dos Poderes.

33 GROSAN, Lucas. **Escasez e igualdad...** *Op. Cit.*, p. 40.

signados na própria Constituição.³⁴ São esses valores que dão conteúdo ao paradigma da escassez.³⁵

É justamente a necessidade de se valer de um elemento externo o traço que distingue o paradigma da escassez dos demais paradigmas. Nos paradigmas do abuso e da inclusão não são relevantes as consequências distributivas da decisão, pois existem padrões normativos capazes de demonstrar a existência de direito subjetivo do cidadão. Nessa esteira, simples conduta abusiva ou excludente é determinante para balizar a atuação judicial. Ainda que a decisão nessas hipóteses tenha repercussões financeiras, o Estado deverá garantir as alocações necessárias para assegurar a concretização das prestações materiais já reconhecidas como direitos subjetivos pelo ordenamento jurídico – a intervenção judicial não terá caráter realocativo, apenas determinará as correções necessárias para garantir a oferta daquelas prestações.

Nos casos sob o paradigma da escassez é necessário definir um critério adicional, fundamentado na própria Constituição, que funcionará como parâmetro a partir do qual se pode definir se a distribuição de recursos realizada pelo Estado foi constitucional.³⁶ Lucas Grosman adota a noção de “igualdade estrutural de oportunidades” como critério para se avaliar se a escolha distributiva do governo foi ou não constitucional (o autor fundamenta a escolha desse critério na própria Constituição argentina; não se trata, portanto, de eleição arbitrária, mas devidamente fundamentada). De maneira superficial, por este critério a escolha alocativa feita pelo Estado será constitucional quando contribuir para que a estrutura social seja modificada, permitindo que as pessoas possam disputar

34 Ressalte-se que o paradigma da escassez não desobriga o juiz a encontrar na Constituição e na ordem jurídico-positiva o fundamento de sua decisão. Assim, o provimento jurisdicional, para ser justo, deverá estar pautado nos *standards* de justiça presentes no próprio texto constitucional. Como ensina Clèmerson Merlin Clève, “o padrão de Justiça, por evidente que não será encontrado em nenhum referencial arbitrário, aprioristicamente deduzido desta ou daquela concepção filosófica, mas, sim, na própria Constituição, quando se trate de uma Constituição Democrática como a brasileira.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional**. Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 666.

35 GROSMAN, Lucas **Escasez e igualdad...** *Op. Cit.*, p. 40.

36 Como alerta Grosman, se os tribunais não definem um critério para sua atuação nos casos do paradigma da escassez, desemboca-se em um vácuo de justiciabilidade, quando nem os demais órgãos judiciais nem os administradores têm ciência dos limites alcançados pelo respectivo direito social. Nesse contexto, segundo o doutrinador, o Poder Judiciário acaba por adotar, ainda que implicitamente, o critério da “ordem de chegada”, quando o acesso ao direito assegurado pela Constituição depende da habilidade de cada indivíduo de chegar aos tribunais em tempo oportuno. GROSMAN, Lucas. **Idem**, p. 63.

em pé de igualdade (ou o mais próximo disso) as oportunidades de satisfação de seus desejos pessoais.³⁷

Em suma, o desenvolvimento teórico de Lucas Grosman permite balizar a atuação do magistrado, entabulando padrões que identifiquem se a escassez de recursos é juridicamente relevante no caso sob análise. Em outras palavras, o constructo do autor viabiliza com maior clareza delinear as hipóteses em que a reserva do financeiramente possível pode ser ativada. E apenas nas situações sujeitas ao paradigma da escassez aquela restrição pode ser oposta. Vale dizer, nos casos em que o conteúdo da prestação demandada não se encontra delimitada em termos normativos, seja pela Constituição seja pela legislação ordinária, a reserva do possível poder ser relevante para a decisão judicial.³⁸

Importa destacar, assim, que a atividade conformadora do legislador infraconstitucional permite, progressivamente, superar a indeterminabilidade do conteúdo dos direitos sociais, restringindo o impacto da restrição de ordem financeira. É o que ocorre especialmente com o direito à saúde, cuja densidade normativa oferece padrões satisfatórios para a definição, no caso concreto, da pertinência ou não da prestação reclamada judicialmente, diminuindo consideravelmente o espectro de incidência da reserva do financeiramente possível.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A disponibilidade financeira do Estado é um aspecto inafastável para a compreensão a respeito da eficácia e efetividade dos direitos sociais. No entanto, o presente estudo buscou apontar que este elemento não pode ser compreendido de maneira dissociada de outros aspectos da teoria dos direitos fundamentais, sob pena de serem formulados juízos precipitados e inconsistentes. Assim, mais relevante do que se questionar quanto custa eventual pretensão de direito fundamental é perguntar: tal pleito encontra-se albergado pelo ordenamento jurídico? Essa mudança de perspectiva exige, naturalmente, um refinamento dos critérios de análise do direito fundamental em questão. Nessa toada,

³⁷ Para uma análise aprofundada, cf. GROSMAN, Lucas. *Idem*, p. 65-94.

³⁸ Nesse sentido, Jorge Reis Novais aponta que "(...) progressivamente, essa indeterminabilidade de conteúdo dos direitos sociais é superada através da actividade conformadora e densificadora levada a cabo pelo próprio legislador ordinário. Ora, quando e à medida em que essa superação da indeterminabilidade se verifica, reduz-se correspondentemente a força de impacto da reserva do possível (...)." NOVAIS, Jorge Reis. **Direito sociais...** *Op. Cit.*, p. 282.

imprescindível investigar a disciplina normativa do bem pretendido, bem como a validade das decisões políticas sobre a alocação dos recursos públicos. O que não se admite é a utilização do argumento genérico de “ausência de recursos financeiros” para se negar eficácia a norma jusfundamental.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental** (Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Poder Judiciário: autonomia e justiça. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional**. Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GROSMAN, Lucas. **Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución**. Buenos Aires: Libreria, 2008.

HOLMES, Stephens; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. **Direitos sociais:** teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira:** entre constitucionalismo e democracia. Curitiba, 2009. 287 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos:** reserva do possível. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.