

# A PONDERAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL SOB O ASPECTO DO CUSTO DE OPORTUNIDADE E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS DE SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA FEDERAL BRASILEIRA

## "RESERVE OF THE POSSIBLE" AND "COST OF OPPORTUNITY" IN THE JUDICIALIZATION OF HEALTH POLICIES IN BRAZIL: THE DECISIONS OF FEDERAL BRAZILIAN COURTS

Candy Florencio Thomé  
candyflor@gmail.com

Rodrigo Garcia Schwarz  
rgschwarz@gmail.com

Recebido em: 19/11/2015  
Aprovado em: 30/06/2016

Sumário: Introdução e revisão bibliográfica. Metodologia. Discussão e resultados. Referências.

### Resumo:

Este trabalho tem por objeto a análise qualitativa-quantitativa de decisões dos tribunais federais brasileiros (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais Federais da 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> e 5.<sup>a</sup> Regiões), disponibilizadas nos Portais da Justiça Federal (Conselho da Justiça Federal) e do Tribunal Superior do Trabalho até o início do mês de março de 2013, concernentes à judicialização de políticas em sede de direitos sociais, especialmente do direito à saúde, nas quais foi analisada a questão da *reserva do possível*

### Abstract:

This research aims a qualitative-quantitative analysis of the decisions of Federal Brazilian Courts (Supreme Court, Superior Court of Justice, Superior Labor Court and Federal Regional Courts of the 1<sup>st</sup>, 2<sup>nd</sup>, 3<sup>rd</sup>, 4<sup>th</sup> and 5<sup>th</sup> Regions) available in Federal Justice Portals (Federal Council of Justice) and Superior Labor Court until the beginning of March 2013, concerning the judicialization of policies based on social rights, especially referring to the health care law, in which the possible reserve issue was analyzed as the impediment for Judicial intervention in

como impedimento à intervenção do Judiciário nas políticas públicas. A unidade de análise foi a jurisprudência federal unificada. Os resultados demonstram que (a) os tribunais federais brasileiros vêm decidindo que a escassez de recursos não pode ser apenas alegada, devendo ser provada pela administração pública; (b) os tribunais federais brasileiros, na maioria dos casos, não têm aceitado o argumento da reserva do possível como óbice à judicialização da saúde na esfera das políticas federais; e, sobretudo, (c) os tribunais federais brasileiros não têm ponderado, nas suas decisões, diante da reserva do possível, o *custo de oportunidade*, ou seja, o custo de não implantação de determinada política, com as suas consequências para o futuro, no momento de decidir sobre a política em questão, seja para acolher a intervenção judicial na política pública, seja para refutá-la. Verifica-se, ainda, que, no âmbito dos tribunais regionais federais, é precisamente no âmbito territorial de jurisdição do tribunal correspondente à região mais pobre do país (TRF da 5.<sup>a</sup> Região), de menores índices de desenvolvimento humano, onde os recursos materiais tendem a ser mais escassos, que o argumento da reserva do possível é refutado com maior intensidade pelo Judiciário federal. Conclui-se que a ponderação do *custo de oportunidade*, no âmbito da judicialização das políticas, é um desafio de primeira ordem que se coloca não apenas aos tribunais, mas também aos agentes legitimados para a proposição de ações concernentes às políticas de saúde, em especial ao Ministério Público.

**Palavras-chave:**

Custo de oportunidade – direito à saúde – direitos sociais – judicialização – políticas – reserva do possível.

public policies. The unit of analysis was the unified Federal Jurisprudence. The results demonstrated that (a) Federal Brazilian Courts have been deciding that the scarcity of resources may not only be alleged, but they also have to be proved by the public administration; (b) Federal Brazilian Courts, in most cases, have not accepted the argument of possible reserve as an obstacle to the judicialization of health care in the range of Federal policies; and, overall, (c) Federal Brazilian Courts have not weighted, in their decisions, before the possible reserve, the cost of opportunity, that is, the cost of not implanting certain policy, with its consequences for the future, at the moment of deciding about the present policy, either to accept judicial intervention in the public policy, or simply to refute it. It is possible to verify, still, that, in the sphere of Federal Regional Courts, has been precisely in the territorial extent of the jurisdiction of the Court, corresponding to the poorest region of the country (FRC of the 5<sup>th</sup> Region), with lower rates of human development, where material resources tend to be scarcer and the argument of possible reserve has been refuted with more intensity by the Federal Judiciary. It follows that the deliberation of cost of opportunity, in the scope of judicialization of policies, has been the challenge of the first order, which has been present not only in courts, but also to legitimate agents when proposing actions in relation to health care policies, especially in the Public Ministry.

**Keywords:**

Opportunity cost – right to health – social rights – judicialization – policies – reserve of the possible.

## Introdução e revisão bibliográfica

Este artigo concentra-se na análise da ponderação, pelos tribunais federais brasileiros (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais Federais da 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> e 5.<sup>a</sup> Regiões), do argumento da *reserva do possível* na judicialização das políticas (*policies*) de saúde, buscando, sobretudo, demonstrar que: (a) os tribunais brasileiros, nas suas decisões, vêm expressando o entendimento de que a reserva do possível, ou seja, a escassez orçamentária (a *reserva do economicamente possível*), não pode ser apenas alegada, devendo ser demonstrada concretamente pela administração diante da falta de efetivação dos direitos sociais, sobretudo do direito fundamental à saúde, constitucionalmente assegurado; (b) os tribunais brasileiros, ao menos na maioria dos casos, não têm aceitado o argumento da reserva do possível como óbice à judicialização da saúde na esfera das políticas federais; e, especialmente, (c) os tribunais brasileiros não têm ponderado, nas suas decisões, diante da reserva do possível, o *custo de oportunidade* concernente às políticas, sobretudo às políticas de saúde, ou seja, o custo de não implantação de determinada política, com as suas consequências para o futuro, no momento de decidir sobre a política em questão, seja para acolher a intervenção judicial na política pública, sejapara refutá-la.

Especialmente no âmbito das políticas de saúde, o tema da *reserva do possível* vem ganhando importância teórica e prática. A efetivação dos direitos sociais, sobretudo do direito fundamental à saúde, tem exigido um profundo redimensionamento do papel da política e das instituições jurídicas no corpo social. Aquele modelo de cunho marcadamente conservador, no mais das vezes pouco sensível às demandas sociais e às lutas pelo *direito a ter direitos*, e ineficaz a mecanismos de tutela e controle judicial no que diz respeito ao delineamento das políticas – programas reunidos em torno da realização de objetivos socialmente relevantes, politicamente determinados de acordo com o projeto consubstanciado na Constituição –, vem sendo superado por um novo modelo, mais democrático, socializante e inclusivo, em que o Estado assume obrigações prestacionais onerosas (que demandam recursos financeiros) e, ao buscar efetivá-las, mediando disputas alocativas (disputas pelos recursos financeiros), dialoga com os distintos anseios dos diferentes atores sociais, concertando-os em conformidade com o pacto social instituinte.

Nesse contexto de redimensionamento do papel social do Estado, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas tem sustentado que os poderes públicos têm a obrigação de assegurar, em todo o momento, mesmo diante da reserva do possível, ao menos os conteúdos essenciais de cada um dos direitos sociais fundamentais, como o direito à saúde, impondo aos Estados um dever de *não regressividade* em matéria de direitos sociais<sup>1</sup>.

---

1 Uma das principais obrigações que os direitos sociais geram para os poderes públicos diz respeito a um dever negativo, consubstanciado no princípio da não regressividade, articulado a partir do art. 2.º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que, segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, obriga os poderes públicos a que não adotem políticas e, em consequência, não sancionem normas que venham a piorar, sem razoável justificativa, a situação dos direitos sociais no país. Assim, "cualquier medida deliberadamente regresiva (...) requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos que se dispone" (COURTIS, 2006, p. 79).

Esse mesmo princípio, de *irreversibilidade das conquistas sociais*, foi articulado constitucionalmente na Alemanha a partir da Lei Fundamental de Bonn (1949)<sup>2</sup>, como corolário da força normativa da Constituição e do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais nela reconhecidos, e se irradiou para diversos ordenamentos, como o português<sup>3</sup>, o francês<sup>4</sup>, o espanhol<sup>5</sup>, o colombiano<sup>6</sup> e o brasileiro<sup>7</sup>.

Diferentes ordenamentos consagram a obrigação dos Estados, de respeito ao *conteúdo mínimo* ou *essencial* dos direitos sociais reconhecidos como fundamentais em constituições ou em tratados. Esse mínimo, o “núcleo duro” dos direitos fundamentais, relacionado ao mínimo existencial e à própria dignidade humana, será, sempre, uma barreira intransponível que obriga a uma permanente delimitação do *fazer* e do *não fazer*, da ação e da omissão, e demanda certa integração entre justiça e política, entre juízes e administradores públicos (COURTIS, 2008).

Assim, por exemplo, a Corte Constitucional da Colômbia já decidiu, em reiterados casos, que aquelas medidas que implicam retrocesso em matéria de direitos sociais devem ser consideradas medidas logicamente violadoras dos deveres do Estado e, portanto, devem estar sujeitas a um alto grau de sindicabilidade constitucional<sup>8</sup>.

Nesse sentido, sob o pretexto de vedar o retrocesso social, o Tribunal Constitucional português declarou inconstitucional uma lei que abolia o serviço nacional de saúde existente, decidindo que “Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa (...), então, quando ela é levada a cabo, o resultado passa a ter a proteção direta da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor (...). As tarefas constitucionais impostas ao Estado como garantia dos direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não só o obriga apenas a criá-los, como também geram o dever de não os abolir uma vez criados” (Acórdão n.º 39/84, de 11.04.1984).

No mesmo sentido, a Corte Belga de Arbitragem vem interpretando o art. 23 da Constituição belga, alusivo a direitos sociais, como se este impusesse um “efeito congelante” (*standstill effect*), vedando o retrocesso significativo na proteção desses direitos conferidos pelas leis no momento da adoção da Constituição. Em um caso alusivo à redução de benefícios assistenciais, a Corte belga decidiu que, no que tange ao direito à assistência social, esse efeito “congelante” veda o retrocesso significativo na proteção conferida pela legislação no momento da entrada em vigor do art. 23, preservando o

---

2 Sobre o caso alemão, v. Franco *apud* Courtis (2006, p. 361 et seq.).

3 Em Portugal, Canotilho (2002) aponta para a existência de cláusulas constitucionais implícitas que proíbem uma “evolução reacionária” e o “retrocesso social”.

4 Segundo Roman (2002, p. 280), o Conselho Constitucional francês tem feito uso, ainda que de forma irregular, do chamado *cliquet anti-retour*.

5 Na Espanha, o tema da irreversibilidade dos direitos sociais foi tratado por Marín (1996, p. 91 et seq.).

6 Cf. Arango *apud* Courtis (2006, p. 153 et seq.).

7 Para Barroso (2008; 2009; 2011) e Sarlet (2002; 2005; 2008), trata-se de um princípio implícito, que decorre do próprio Estado democrático de direito, da dignidade humana, da segurança jurídica e da proteção à confiança (nesse sentido, v., também, Barroso e Barcellos, 2006).

8 A Corte colombiana já declarou inconstitucionais, assim, leis que foram consideradas regressivas em áreas como *pensões* (decisão T-789/2002), *acesso aos serviços de saúde* (decisão T-671/2002), *educação* (decisão C-931-2004) e *moradia* (decisão T-1318/2005).

direito assegurado na lei anterior mesmo diante da reforma constitucional (Caso n.º 5/2004, de 14.01.2004).

Na África do Sul, a Corte Constitucional decidiu, no caso *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, que o Estado não havia tomado as medidas razoáveis necessárias, dentro dos recursos disponíveis, para concretizar progressivamente o direito à moradia, pois os programas habitacionais oferecidos não previam nenhuma espécie de auxílio emergencial àqueles que não possuíam acesso a um abrigo básico; ordenou ao Estado, no caso *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others*, a implantação de um programa oficial para a prevenção da transmissão, de mãe para filho, do vírus HIV; declarou a inconstitucionalidade da exclusão dos imigrantes dos planos de benefícios da seguridade social (*Mahlaule vs. Minister of Social Development, Khosa vs. Minister of Social Development*); e emitiu sucessivas ordens para impedir deslocamentos urbanos e assegurar o pleno acesso de pessoas a programas de reassentamento (*Port Elizabeth vs. Various Occupiers; Jaftha vs. Schoeman and Others; President of RSA and Another vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Others; Van Rooyen vs. Stoltz and Others; Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township And Or. vs. City of Johannesburg and Others*).

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, por sua vez, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1946/DF para dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional n.º 20, interpretação conforme a Constituição, sob o pretexto de vedar retrocesso social (a limitação – teto máximo – do valor do benefício) no direito social à licença-maternidade remunerada.

A obrigação de não regressividade em matéria de direitos sociais está relacionada, por outro lado, a uma obrigação de *progressividade* (PERTENCE *apud* COURTIS, 2006). Esse princípio autoriza os poderes públicos a adotarem programas e políticas de desenvolvimento de direitos sociais de maneira gradual, na medida em que existam recursos disponíveis (a reserva do possível), mas desautoriza aos Estados a postergação indefinida da satisfação dos direitos em pauta. Pelo contrário, demanda ações concretas, começando pela de demonstrar, de fato, que estão realizando o máximo de esforços, e até o máximo de recursos disponíveis, para a satisfação, ao menos, do conteúdo essencial dos direitos sociais e para dar soluções, de forma prioritária, aos grupos sociais em situação de maior vulnerabilidade<sup>9</sup>.

Todos os direitos – e não só os direitos sociais – têm um custo (HOLMES E SUNSTEIN, 1999). Os direitos civis e políticos são, também, direitos prestacionais, de certa forma. Assim, o direito de propriedade, por exemplo, não demanda apenas, como habitualmente aponta o pensamento liberal clássico, a ausência de interferências arbitrárias, mas um elevado número de prestações públicas manifestamente onerosas, que vão da manutenção de diversos tipos de registros – de propriedade automotora, imobiliária, industrial, etc. – à manutenção de forças de segurança e detribunais que possam garantir o cumprimento dos contratos que envolvem a propriedade.

---

9 Uma das obrigações decorrentes do PIDESC, segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, é a de "tomar medidas", compromisso que, por si só, não é qualificado ou limitado por outras considerações – "(...) 'to take steps', which in itself, is not qualified or limited by other considerations". Para o Comitê, "Thus while the full realization of the relevant rights may be achieved progressively, steps towards that goal must be taken within a reasonably short time after the Covenant's entry into force for the States concerned. Such steps should be deliberate, concrete and targeted as clearly as possible towards meeting the obligations recognized in the Covenant" (Comentário Geral n.º 3, 1990).

O direito político de voto envolve, igualmente, uma ampla e onerosa infraestrutura, que inclui desde questões mínimas, como urnas, cédulas eleitorais, etc., a outras mais complexas, como escrutinadores, mecanismos de contagem, recontagem e registros, logística, órgãos jurisdicionais, etc. Os direitos civis e políticos comportam, da mesma forma que os direitos sociais, uma dimensão distributiva, cuja satisfação demanda múltiplos recursos.

Portanto, não apenas os direitos sociais implicam custos para o Estado; os direitos civis e políticos, mesmo quando exigem uma abstenção do Estado e/ou dos particulares, ou seja, a não intervenção na esfera de autonomia e liberdade dos indivíduos, dependem de uma gravosa estrutura estatal para a sua realização<sup>10</sup>. O que está em jogo, portanto, normalmente, não é como garantir direitos “caros”, mas decidir *como e com que prioridade* serão alocados recursos que todos os direitos – e não só os sociais – exigem para a sua satisfação.

Soma-se a isso uma tradição, em alguns casos, como o brasileiro, segundo a qual as decisões produzidas no processo deliberativo orçamentário têm sido superadas sem maior cerimônia por atos do Poder Executivo central, que simplesmente retém verbas, sem nem mesmo expor os motivos para tanto (MENDONÇA, 2008, p. 232). A inexecução do orçamento, com a promoção de cortes que atingem áreas em que a atuação do Estado é notoriamente deficiente, relacionadas a direitos sociais, cria amplas distorções no âmbito da reserva do possível, com francas violações aos direitos fundamentais das pessoas (SABBAG, 2006, p. 153).

Portanto, a escassez orçamentária, por si só, não pode ser vista como argumento suficientemente sólido para o afastamento do imperativo da efetivação dos direitos sociais, sobretudo do direito fundamental à saúde, relacionado ao mínimo existencial e à dignidade humana, esse núcleo mínimo absolutamente protegido, contra o qual não cabem quaisquer limitações, mesmo em tempos de crises (ALEXY, 1994, p. 288): ainda que os recursos públicos sejam limitados, o Estado deve alocar verbas orçamentárias específicas para

---

10 Holmes e Sunstein (1999), citados por Cruz (2008, p. 95), demonstrando que todos os direitos têm um custo, sustentam que a alocação de recursos financeiros para a manutenção de uma burocracia estatal policial e judicial ligada à tutela da integridade física e da propriedade das pessoas não pode ser esquecida quando da repartição de recursos orçamentários. Reportando-se à obra de Holmes e Sunstein – *The cost of rights* –, Amaral (2001, pp. 74-6) afirma: “Então esta questão se põe: as liberdades protegidas pelo Bill of Rights são apenas negativas? Por força delas está o Estado obrigado apenas a se abster, sem ter que agir? Alguns direitos constitucionais dependem, para sua existência, de condutas estatais positivas. Portanto, o Estado está sob um dever constitucional de agir, não de abster-se. Se deixar uma pessoa escravizar outra, nada fazendo para desfazer a situação que configura servidão involuntária, o Estado terá violado a Décima-terceira Emenda. Por força da proteção dada pela Primeira Emenda à liberdade de expressão, o Estado está obrigado a manter ruas e parques abertos para manifestações, muito embora isso seja caro e requeira uma conduta positiva. (...) O direito a uma justa compensação pela propriedade confiscada é uma piada se o Tesouro não efetuar o pagamento”. Holmes e Sunstein refutam, ainda, os argumentos dos que propagam “uma filosofia libertária de um Estado mínimo”, como Robert Nozick, Charles Murray e Richard Epstein, mostrando que os gastos dos EUA com proteção policial e punições penais montaram a 73 bilhões de dólares no ano de 1992, quantia que excede ao PIB de mais da metade dos países do mundo – “A maior parte desse valor foi destinada a proteger a propriedade privada através do combate e punição aos crimes contra o patrimônio”.

a efetivação dos direitos sociais, na medida do possível, mas sempre realizando máximo esforço na persecução das garantias dos direitos sociais<sup>11</sup>.

Por isso, em um contexto de disputas alocativas, onde o que está em jogo, na realidade, é decidir *como e com que prioridade* serão alocados os recursos que todos os direitos – e não só os direitos sociais – exigem para a sua efetivação, o poder político, ao invocar a reserva do possível, deve, sempre, demonstrar que está fazendo o máximo de força, em todos os campos (financeiro, pessoal, tecnológico, etc.), até o máximo possível, e que está priorizando, na sua atuação, os grupos mais vulneráveis<sup>12</sup>.

Assim, eventuais impactos econômico-financeiros das decisões judiciais em sede de direitos sociais não podem ser usados como obstáculo absoluto à judicialização dos direitos sociais, sobretudo quando a administração não demonstra, concretamente, a escassez de recursos em questão. Ademais, é inevitável que decisões judiciais pertinentes a direitos sociais tenham repercussões financeiras e orçamentárias, mas a verdade é que isso também acontece em relação à tutela de outros direitos, como os direitos civis e políticos, inclusive o direito de propriedade, tutela que inclui compensações monetárias, fomentos, subsídios e desembolsos<sup>13</sup>.

---

11 Nesse sentido, segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, "The principal obligation of result reflected in article 2 is to take steps 'with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized' in the Covenant. The term 'progressive realization' is often used to describe the intent of this phrase. The concept of progressive realization constitutes a recognition of the fact that full realization of all economic, social and cultural rights will generally not be able to be achieved in a short period of time. In this sense the obligation differs significantly from that contained in article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights which embodies an immediate obligation to respect and ensure all of the relevant rights. Nevertheless, the fact that realization over time, or in other words progressively, is foreseen under the Covenant should not be misinterpreted as depriving the obligation of all meaningful content. It is on the one hand a necessary flexibility device, reflecting the realities of the real world and the difficulties involved for any country in ensuring full realization of economic, social and cultural rights. On the other hand, the phrase must be read in the light of the overall objective, indeed the *raison d'être*, of the Covenant which is to establish clear obligations for States parties in respect of the full realization of the rights in question. It thus imposes an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards that goal. Moreover, any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources" (Comentário Geral n.º 3, 1990).

12 Aqui, observamos um mandado claro, dirigido ao poder político: se há um grupo mais vulnerável e os recursos são, de fato, limitados, as políticas possíveis devem ser prioritariamente dirigidas às necessidades desses grupos mais vulneráveis. Nesse contexto, a justificação da *reserva do possível* encerra um juízo comparativo entre o que *não se pode fazer* e o que *se está fazendo*, e sempre demanda a demonstração do emprego do máximo recurso: se há *superávit* fiscal, v.g., não se justifica a exposição de pessoas a condições de vida indigna a partir do expediente da reserva do possível. Segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, "In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations" (Comentário Geral n.º 3, 1990).

13 Segundo Langford (2005, p. 91), "En Estados Unidos, por ejemplo, la protección de ciertos derechos patrimoniales ligados al *common law* es considerada una pieza esencial de un más o menos difuso marco normativo de fondo. Lo que con frecuencia permanece oculto cuando se invoca ese marco es que la garantía del derecho de propiedad y de las libertades contractuales exige numerosas intervenciones estatales y que dichas intervenciones constituyen, en realidad, la estructura sobre la que reposa la moderna sociedad capitalista".

Na realidade, é inevitável o impacto financeiro-orçamentário das atuações do Judiciário na tutela dos direitos – de todos os direitos, não só dos direitos sociais – se aceitarmos as condições que, ao menos no plano formal, caracterizam uma democracia constitucional. A existência de certos interesses indisponíveis para os poderes de turno, relacionados ao mínimo existencial e à dignidade humana, implica a existência de um limite intransponível para a livre configuração dos gastos públicos: a limitação da livre configuração dos gastos públicos é um corolário do respeito ao conteúdo mínimo ou essencial dos direitos (ARANGO, 2002).

Parece-nos claro, todavia, que o fato de que a livre configuração dos gastos públicos não seja absoluta não queira dizer que as intervenções judiciais nunca devam levar em conta as consequências não apenas orçamentárias e financeiras, mas também políticas e sociais de suas ações. Mas certa sensibilidade em face das consequências de sua própria atuação não pode ser confundida com o ideário pragmático segundo o qual toda a intervenção do Judiciário com repercussões econômicas põe em perigo, naturalmente, o equilíbrio orçamentário, ou constitui uma intervenção ilegítima em um campo reservado à política<sup>14</sup>. Na prática, os tribunais têm pautado a sua ação, nesse contexto, pela busca da mediação possível entre a garantia dos direitos civis, políticos e sociais básicos, o princípio da divisão dos poderes (na verdade, divisão de funções ou de responsabilidades) e o equilíbrio orçamentário (LANGFORD, 2005, p. 106).

De fato, a ideia da reserva do possível vem acompanhada habitualmente de três falácias, empregadas para justificar a denegação de direitos sociais fundamentais ao cidadão.

A primeira dessas falácias apoia-se no argumento de que os direitos sociais seriam direitos de segunda ordem – de segunda geração –, e, portanto, em termos teórico-dogmáticos, direitos de difícil tutela, fluídos, subordinados, na sua concretização, à concretização primeira dos direitos civis e políticos. A este argumento opõe-se o fato de que os direitos sociais não se justificam simplesmente para compensar desigualdades sociais, mas correspondem a núcleos integradores e legitimadores do bem comum, pois é através deles que se poderá garantir a segurança, a liberdade, a sustentação democrática e a continuidade da sociedade humana (BARRETO, 2003, p. 119): são direitos fundamentais que, atuando como premissas materiais para o exercício de outros direitos, são concomitantes meio e condição para a promoção da real liberdade e da real autonomia do homem, da democracia e de outros altos objetivos do Estado democrático de direito.

A segunda falácia está relacionada com o argumento de que a exigibilidade dos direitos sociais está condicionada ao vigor econômico estatal. No entanto, o certo é que a existência de recursos públicos disponíveis para possibilitar esses direitos está associada a escolhas que definirão a destinação dos recursos por meio de políticas públicas. Dessa forma, o argumento da necessidade de uma economia forte, por si só, não é verdadeiro, bastando alguma vontade política para destinar os recursos necessários proporcionalmente,

---

14 Um dos cânones do chamado "Consenso de Pequim", expressão formulada pelo economista Joshua Cooper Ramo para qualificar uma espécie de receituário aos países em desenvolvimento pautada pelo modelo chinês, em contraponto ao Consenso de Washington (receituário de medidas neoliberais formulado na década de 1990 para países em desenvolvimento), num quadro de superconcentração das políticas públicas no Poder Executivo como expressão de um Estado-Executivo forte e regulamentador, é o de que as decisões judiciais devem ser cumpridas "desde que haja disponibilidade de numerário" – a pergunta que fica é se esse receituário é compatível com o pacto social instituinte, ou seja, se realmente interessa ao *demos*, ao cidadão/administrado na expressão singular deste, um Judiciário inerte, fragilizado e controlado em sua função judicial (SCHMIDT E SALOMÃO, 2012, pp. 40-1).

de acordo com o tamanho da economia, e racionalmente, de acordo com as prioridades da sociedade.

A terceira falácia está mais diretamente relacionada ao próprio argumento da *reserva do possível*. Não se pode vincular a realização dos direitos sociais à existência de recursos, ignorando que os custos são inerentes à realização de todos os direitos, inclusive dos direitos civis e políticos, de forma que o estabelecimento de uma relação de continuidade entre a escassez de recursos e a afirmação dos direitos acabe resultando em uma ameaça virtual à existência de todos os direitos (BIGOLIN, 2006). Além disso, a reserva do possível não é uma espécie normativa, pois não determina um estado de coisas a ser alcançado, tampouco é um mandado de otimização. Na verdade, sequer pode ser identificada como um princípio: o que se pondera, na realidade, sequer é a *reserva do possível*, mas a *escassez de recursos* que esta suporia<sup>15</sup>.

No entanto, existe uma diferença substancial entre inexistência de recursos e eleição de prioridades na distribuição de recursos. Se é no cumprimento da função orçamentária do Estado que as teorias dos custos dos direitos e o seu corolário da reserva do possível se apresentam de forma mais evidente, o que ocorre é que o argumento da reserva do possível pode ser refutado a partir da perspectiva de que não há recursos inexistentes, mas que a realização de certos direitos sociais não se dá em virtude de questões econômicas como o pagamento de juros e ajudas ao capital especulativo, renúncias fiscais e subsídios destinados a beneficiar a atividade de certas empresas e/ou outras escolhas realizadas a partir dos interesses das elites (KRELL, 2002, p. 99). Existe, pois, a necessidade de diferenciar o que não é possível fazer porque não existem meios suficientes – com a observância das normas constitucionais que determinam a alocação de recursos a áreas sensíveis, como a educação e a saúde – e o que não é possível fazer porque os meios disponíveis foram alocados em outras prioridades<sup>16</sup>.

Na medida, portanto, em que todos os direitos dependem, em maior ou menor grau, de recursos financeiros para a sua concretização, a questão da alocação desses recursos, ou seja, de determinar quais são os bens jurídicos que serão prioritariamente promovidos, demonstra-se relevante e possível de ser sindicada judicialmente: impõe-se distinguir um argumento relacionado à inexistência de recursos necessários para a realização de um dever constitucional da alocação de recursos efetuada contrariamente aos próprios mandamentos constitucionais.

É claro que a reserva do possível, contudo, não concerne apenas a um problema de ordem econômico-financeira, embora essa seja a sua mais visível evidência. A dimensão prestacional dos direitos sociais fundamentais, que não pode ser negada, leva à imposição, por vezes, de outras dificuldades técnico-fáticas, ou mesmo jurídico-administrativas (cumprimento de normas de licitação, por exemplo), que independem, diretamente, de questões econômico-financeiras, mas impõem limites à imediata concretização de um direito, ainda que ordenada judicialmente. É claro que, para além das previsões orçamentárias e

---

15 Segundo Gouvêa (2003, p. 20), é nos países mais pobres que a questão da alocação de recursos se traduz, efetivamente, em uma eleição dramática, quando deliberar sobre a realização de determinadas despesas, concernentes a determinados projetos, importa, realmente, reduzir – ou suprimir – os recursos necessários para outras atividades.

16 Assim, não há falta de recursos, mas há decisões a respeito de onde aplicar os recursos disponíveis quando milhões de dólares são doados, sob a forma de pacotes de ajuda, a bancos e outras empresas em consequência de crises das economias mundiais. No Brasil, através do PROER (Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional), no período de 1995 a 2000, foram destinados mais de R\$ 30 bilhões a bancos brasileiros, aproximadamente 2,5% do PIB (Produto Interno Bruto) brasileiro.

da disponibilidade financeira para cobrir despesas com decisões judiciais, que merecem tratamento diferenciado, a reserva do possível poderá, nesses casos, demandar também um amplo diálogo entre os tribunais, os poderes públicos e os próprios sujeitos afetados, que se prolonga à fase de execução da sentença, para que se viabilize o cumprimento da decisão judicial, sem que, contudo, a alegação dessas reservas fáticas ou jurídicas autorize a sua postergação indefinida, ou seja, o descumprimento da decisão judicial.

Assim, por exemplo, se, quando, no Brasil, o Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região determinou ao Executivo que passasse a exigir nos rótulos das bebidas alcoólicas vendidas no país a expressão “o álcool pode causar dependência e seu excesso é prejudicial à saúde”, não foram opostas a esta decisão maiores dificuldades fáticas, bastando ao Ministério da Saúde delinear um marco regulatório específico para os produtores e importadores de bebidas alcoólicas à venda no país, ao contrário, quando este Tribunal determinou ao Executivo que realizasse a duplicação de uma rodovia federal no estado de Santa Catarina, no Sul do país, várias foram as objeções opostas à execução da decisão judicial, de impedimentos de ordem econômico-financeira a questões de ordem técnica e de ordem jurídica. Por exemplo: estudos topográficos e de engenharia civil e de trânsito, licitações, alvarás, licenciamentos ambientais, implicações com comunidades indígenas e quilombolas, e reassentamentos populacionais<sup>17</sup>. Tais questões, no entanto, não são absolutamente invencíveis.

Por outro lado, o controle judicial da atividade administrativa em sede de políticas públicas não elimina, logicamente, as margens de ação estrutural/epistêmica do administrador público, que pode e deve decidir quais são os meios mais convenientes para a satisfação dos direitos sociais entre todos aqueles meios legítimos, juridicamente válidos e eficientes, de forma que o fortalecimento de um controle jurisdicional da administração pública não supõe, obviamente, a instauração de um “governo dos juízes”, nem a eliminação das competências discricionárias do administrador público; no entanto, o reconhecimento dessas margens de ação jamais poderá dar causa à insindicabilidade absoluta dessas suas decisões, a espaços infensos a essa proteção e controle judicial, pois a configuração jurídica e política dos meios de proteção dos direitos sociais deve sempre atentar para o conteúdo mínimo ou essencial desses direitos fundamentais segundo os ditames da justiça social constitucional, preceitos que vinculam o merecimento das decisões administrativas em matéria de políticas públicas sociais.

Isso porque:

- a) os direitos sociais dependem, para a sua efetividade, da articulação entre o direito e a política, uma vez que é por meio de políticas públicas que é possível transformar as premissas e os valores da Constituição e dos tratados de direitos humanos em realidade;
- b) a formulação, a aplicação, a avaliação e o controle das políticas públicas devem poder basear-se em procedimentos que garantam a formação discursiva da vontade pública;
- c) os atos normativos definidores de políticas públicas e de sua aplicação prática devem observar os parâmetros traçados nos compromissos assumidos pelo Estado nos tratados de direitos humanos ou, no mínimo, no seu direito constitucional, razão pela qual são suscetíveis de controle judicial;

---

17 Sobre essas decisões, v. Pisarello (2007, p. 91) e Broliani (2005, p. 130).

- d) os direitos sociais fundamentais não são meras normas programáticas, mas direitos subjetivos que reclamam realização (concretização), suscetíveis, portanto, de ser exigidos e de ser judicialmente tutelados; e
- e) as constituições democráticas contemporâneas estabelecem mecanismos para a garantia da efetividade dos direitos sociais no caso de omissão dos poderes públicos, sendo que, diante dessas omissões, compete ao Judiciário garantir os direitos sociais no caso concreto.

Em síntese, os poderes públicos não podem, de fato, ser levados a fazer o impossível. No entanto, o que é possível – ou impossível – na esfera econômica deve ser provado, e não apenas presumido. Assim, como já ressaltamos, os órgãos políticos devem sempre demonstrar que estão empregando o máximo de seus esforços, até o máximo de seus recursos, para satisfazer os direitos em questão; e mais: que estão divulgando informações suficientes e claras, e ouvindo os destinatários dos direitos em questão; que estão esforçando-se para controlar e monitorar o efetivo cumprimento das políticas e programas já existentes, além de planejar para o futuro; e que, no cerne das políticas e programas que estão sendo planejados ou executados, está a solução, a curto, médio ou longo prazo, para os problemas que afetam, sobretudo, os grupos em situação de maior vulnerabilidade, mais necessitados.

Daí que o argumento da escassez de recursos (a reserva do possível) não pode ser considerado um argumento absoluto e definitivo a afastar o controle jurisdicional. Necessário demonstra-se, contudo, que o Judiciário seja mais judicioso na análise dos custos implicados nas políticas. Em muitas oportunidades, os tribunais têm demonstrado que a atuação pública requerida não era tão complexa ou onerosa como sustentavam os órgãos políticos, utilizando-se de números e dados alternativos, que demonstram a falácia de certas impossibilidades. Por outro lado, há de se ponderar, nesses números e dados, custos deliberadamente excluídos, como o *custo de oportunidade*, ou seja, os custos que a postergação de determinada política pode gerar para o futuro.

Nesse sentido, Langford (2005, p. 94) cita o caso *Auton*, de 2000. Nesse caso, o governo da Columbia Britânica, no Canadá, utilizou-se do argumento da reserva do possível para não financiar um programa de tratamento de crianças autistas. O tribunal supremo provincial rejeitou tal argumento, considerando a vulneração do direito básico de não ser discriminado das pessoas afetadas pelo autismo. Para justificar sua decisão, o tribunal valeu-se de um critério que levava em conta o orçamento público e a própria questão do custo econômico dos direitos: sustentou, amparado em estudos econômicos e pareceres de expertos, que os gastos demandados pelo programa, para a assistência de menores em idade de desenvolvimento educacional e social, seriam consideravelmente menores do que aqueles necessários ao seu tratamento em longo prazo, se o referido programa não fosse implantado.

Essa abordagem, de ponderação do *custo de oportunidade* da implantação da política, relativamente inédita, ainda não é realizada pelos tribunais brasileiros. O que buscamos demonstrar, a seguir, é que (a) os tribunais brasileiros, nas suas decisões, vêm expressando o entendimento, esposado pela doutrina citada, de que a *reserva do possível*, ou seja, a escassez orçamentária (a *reserva do economicamente possível*), não pode ser apenas alegada, devendo ser demonstrada concretamente diante da falta de efetivação dos direitos sociais, sobretudo do direito fundamental à saúde, constitucionalmente assegurado; (b) os tribunais brasileiros, na maioria dos casos, não têm aceitado o argumento da *reserva do possível* como óbice à judicialização da saúde na esfera das políticas federais; mas, sobretudo, (c) os tribunais brasileiros não têm ponderado, nas suas decisões, diante da reserva do possível, o *custo de oportunidade* concernente às políticas, sobretudo às políticas de saúde, ou seja, o custo de

não implantação de determinada política, com as suas consequências para o futuro, no momento de decidir sobre a política em questão, seja para acolher a intervenção judicial na política pública, seja para refutá-la.

## Metodologia

Para a coleta dos dados que embasam o presente trabalho, foi utilizada a base de dados da Justiça Federal, mediante consulta à jurisprudência unificada dos tribunais federais no Portal da Justiça Federal (Conselho da Justiça Federal) e no Portal do Tribunal Superior do Trabalho. Foram identificados, até o início do mês de março de 2013, a partir das expressões de busca “reserva do possível” e “política” e/ou “políticas”, inicialmente, 109 (cento e nove) acórdãos dos tribunais federais brasileiros (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais Federais da 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> e 5.<sup>a</sup> Regiões).

A partir desses 109 (cento e nove) acórdãos, examinados pormenorizadamente, um a um, foram selecionados 90 (noventa) acórdãos alusivos à judicialização de políticas públicas em sede de direitos sociais, sendo 11 (onze) relacionados à educação, 7 (sete) relacionados ao trabalho e à previdência social e 72 (setenta e dois) relacionados à saúde, sendo descartados os acórdãos (dezenove) concernentes a outras matérias, relacionados, embora, com o argumento da “reserva do possível”, que abordavam temas como as indenizações devidas ao anistiado político, a responsabilidade da administração pública nas hipóteses de “terceirização” de serviços, o reajustamento salarial de servidores públicos e a implantação e a interiorização de órgãos da Defensoria Pública.

Selecionados esses 90 (noventa) acórdãos, sendo 72 (setenta e dois) deles alusivos ao direito à saúde, foi realizada nova busca, dessa vez a partir das expressões de busca “reserva do possível”, “política” e/ou “políticas” e “saúde” na base de dados do Portal da Justiça Federal e do Portal do Tribunal Superior do Trabalho, utilizados, também, os bancos de dados específicos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que confirmou a seleção desses 72 (setenta e dois) acórdãos.

Esses 90 (noventa) acórdãos sobre direitos sociais, 72 (setenta e dois) deles especificadamente relacionados ao direito à saúde, em sede de políticas públicas, foram examinados pormenorizadamente, de forma a aferir-se, em cada julgamento, se: (a) o tribunal, na sua decisão, ponderou a questão da “reserva do possível”, acolhendo-a ou rejeitando-a, total ou parcialmente; e (b) o tribunal, na sua decisão, ponderou, para acolher ou rejeitar a questão da “reserva do possível”, o *custo de oportunidade* das políticas públicas sociais em questão, ou seja, o custo de não implantação de determinada política, com as suas consequências para o futuro, no momento de decidir sobre a política em questão.

O uso das expressões de busca “reserva do possível” e “política” e/ou “políticas”, e depois, também, “saúde”, justifica-se porque interessava, neste trabalho, selecionar, inicialmente, decisões judiciais que, no âmbito da judicialização de políticas (*policies*) sociais, ou seja, de políticas de direitos sociais, ponderassem a questão da “reserva do possível”, e, depois, decisões judiciais em que o direito à saúde não fosse apenas verificado pontualmente, mas sobretudo decisões em que fosse ponderado especificadamente o argumento da “reserva do possível” e que tratassem de analisar, de alguma forma, para acolher ou rejeitar a judicialização dos direitos sociais em geral e do direito à saúde em particular, os impactos da própria judicialização nessas políticas. Daí também a opção pela jurisprudência federal.

## Discussão e resultados

Analisados 90 (noventa) acórdãos alusivos à judicialização de políticas públicas em sede de direitos sociais, sendo 11 (onze) relacionados à educação, 7 (sete) relacionados ao trabalho e à previdência social e 72 (setenta e dois) relacionados à saúde, verificou-se que na totalidade dos 35 (trinta e cinco) acórdãos dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho) foi rejeitado o argumento da reserva do possível como óbice à judicialização. Ponderadas as 55 (cinquenta e cinco) decisões dos tribunais regionais federais, verificou-se que, na média, o argumento da reserva do possível foi, de alguma forma, ponderado para que se limitasse, total ou parcialmente, a intervenção judicial em sede de políticas públicas, especialmente nas políticas de saúde, em 26,39% das decisões, atingindo tal ponderação obstativa os índices de 42,86% no TRF da 1.<sup>a</sup> Região, 44,83% no TRF da 2.<sup>a</sup> Região, e 3,45% no TRF da 5.<sup>a</sup> Região. Os dados concernentes aos TRFs da 3.<sup>a</sup> e da 4.<sup>a</sup> Região foram desconsiderados para fins de análise especificada, tendo em vista o pequeno número de decisões identificadas.

**Tabela 1.** Resumo das decisões judiciais pesquisadas.

	Geral	Direitos Sociais	Educação	Trabalho/Previdência	Saúde
STF	2	2	2	0	0
STJ	26	12	8	0	4
TST	7	5	0	4	1
TRF – 1. <sup>a</sup> Reg.	8	7	0	0	7
TRF – 2. <sup>a</sup> Reg.	32	31	0	2	29
TRF – 3. <sup>a</sup> Reg.	2	1	0	1	0
TRF – 4. <sup>a</sup> Reg.	3	3	1	0	2
TRF – 5. <sup>a</sup> Reg.	29	29	0	0	29
Total	109	90	11	7	72

**Tabela 2.** Acolhimento do argumento da reserva possível por tema – decisões judiciais pesquisadas.

	Educação	Res. Possível	Trab./Previd.	Res. Possível	Saúde	Res. Possível
STF	2	0	0	0	0	0
STJ	8	0	0	0	4	0
TST	0	0	4	0	1	0
TRF – 1. <sup>a</sup> Reg.	0	0	0	0	7	3
TRF – 2. <sup>a</sup> Reg.	0	0	2	2	29	13
TRF – 3. <sup>a</sup> Reg.	0	0	1	0	0	0
TRF – 4. <sup>a</sup> Reg.	1	1	0	0	2	2
TRF – 5. <sup>a</sup> Reg.	0	0	0	0	29	1
Total	11	1	3	2	72	19

A análise da jurisprudência dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho) revela, assim, inicialmente, que tais tribunais não têm aceitado o argumento da reserva do possível como óbice à judicialização, sobretudo no âmbito das políticas de saúde:

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. (...) - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana (STF, 2ª T., ARE-AgR 639337, Rel. Min. Celso de Mello, 23.08.2011).

A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da “limitação de recursos orçamentários” frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compoem, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes (STJ, 2ª T., RESP 200801379303, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE de 08.03.2012).

Por outro lado, no âmbito dos tribunais regionais federais, observa-se uma tendência mais conservadora, sendo admitida, em 42,86% das decisões oriundas do TRF da 1.ª Região e em 44,83% das decisões oriundas do TRF da 2.ª Região, a escassez orçamentária e a questão da reserva do possível como óbice ponderável à intervenção judicial em sede de políticas públicas:

Não é dado ao Poder Judiciário conferir prioridade a determinada tarefa do poder público. Não lhe compete eleger prioridades administrativas, sobretudo quando implicam despesas - e isso sempre ocorre e depende de orçamento - e governar no lugar do agente do executivo. (...) Aceitam-se intervenções judiciais pontuais, com esteio em casos individuais, na via dos interesses ou direitos individuais homogêneos, ou dos direitos fundamentais prestacionais, mas sempre nos casos concretos, singulares ou plurais, em face da omissão crônica do poder público. Ainda assim essa intervenção, à distância da realidade financeira de cada ente público, que sempre tem de estabelecer prioridades em face das demandas sempre crescentes, a desafiar o princípio da reserva do possível, nem sempre resulta autorizada. O encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais impescinde da presença do binômio razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado. (...) A realização dos direitos sociais, ainda que situados nas prioridades dos orçamentos públicos, exige grandes aportes financeiros que nem sempre estão disponíveis. E daí a doutrina da reserva do possível, que deve se levada em conta pelo magistrado quando determina a prática de prestações positivas pelo Estado (TRF-1, C. Esp., AGRSLT, Rel. Des. Olindo Menezes, E-DJF1 de 30.04.2012).

Diante dos princípios da reserva do possível e da isonomia, além das limitações orçamentárias, o Judiciário não pode privilegiar situações individuais em detrimento das políticas públicas que buscam o atendimento de toda a população de forma igualitária. (...) Não deve o Poder Judiciário, em toda e qualquer demanda similar à presente, apenas embasado na solidariedade humana, interferir nas decisões administrativas que visam garantir atendimento médico mais eficiente e de maior alcance, sob pena de cometer injustiças ainda mais graves e de violação ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2.º da Constituição Federal (TRF-2, 7.ª T. Esp., AG 201202010028740, Rel. Des. Jose Antonio Lisboa Neiva, E-DJF2 de 10.10.2012).

No entanto, observou-se uma tendência, nessas decisões, à necessidade de que a escassez de recursos fosse demonstrada concretamente pela administração. Os tribunais em questão, assim, com alguma ênfase, têm passado, reconhecendo, embora, em muitas decisões, a reserva do possível como óbice à intervenção judicial nas políticas, a exigir a demonstração concreta da escassez orçamentária pela administração:

Em oposição a esta tese da “reserva do possível”, temos a adoção pelo Supremo Tribunal Federal da preservação do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. A Corte vem aceitando a denominada “dimensão política de jurisdição constitucional”, que permite o exercício do controle judicial em tema de implementação de políticas públicas para garantir o “mínimo existencial”. (...) O STF só vem aceitando a aplicação da cláusula da “reserva do possível” quando a Administração Pública comprovar, de forma objetiva, no caso concreto, sua incapacidade econômica para implementação

de determinada política pública. Esse entendimento da Suprema Corte está resumido no voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator do STA 175- Agr/CE (Informativo n.º 582 de 2010). (...) In casu, cumpre consignar que, muito embora o demandante não seja pessoa idosa, não se mostra razoável exigir a espera de 4 (quatro) anos para ser operado, se há indicação médica para a sujeição ao procedimento cirúrgico, inclusive já tendo sido o autor encaminhado para a realização dos exames pré-operatórios. Demais, disso, saliente-se que os apelantes não comprovaram de forma objetiva a ausência de recursos para a realização da cirurgia, devendo ser afastada a alegação da “reserva do possível”, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (TRF-2, 6.ª T. Esp., AC 201151680030859, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, E-DJF2 de 18.07.2012).

Ainda no âmbito da jurisprudência dos tribunais regionais, no entanto, chama a atenção o fato de que é justamente no âmbito territorial de jurisdição do TRF da 5.ª Região, que corresponde à região mais pobre do país (Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe), de menores índices de desenvolvimento humano (o IDH médio da região é de 0,719, contra a média nacional por estado de 0,770 e as médias de 0,766 e de 0,817, respectivamente, no âmbito dos TRFs da 1.ª e da 2.ª Região<sup>18</sup>), onde os recursos materiais tendem a ser mais escassos, que o argumento da reserva do possível, como óbice à efetivação do direito fundamental à saúde, é refutado com maior intensidade pelo Judiciário federal (das vinte e nove decisões analisadas, todas em sede de políticas de saúde, apenas uma limitou a intervenção judicial em virtude da arguição da reserva do possível):

No exercício basilar do Estado de Direito de proteção à intangibilidade do ser humano, não deve esmorecer o Poder Judiciário perante a tão debatida cláusula da reserva do possível - arma típica que os entes estatais vinculados ao SUS esgrimem contra o cidadão, por suposta preocupação com toda a coletividade -, sob pena de tudo se relativizar e deixar órfãos todos eles, individualmente considerados (TRF-5, 1ª T., AC 200982010028858, Rel. Des. Cesar Carvalho, DJE de 03.08.2012).

Prevalência, na hipótese, da proteção aos direitos à vida e à saúde em relação à alegada observância à reserva do possível, tendo em vista, inclusive, que “a decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade” (...).Inexistência de ofensa ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que “seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos

---

18 O TRF da 2.ª Região abrange os estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo. Quanto ao TRF da 1.ª Região, a par da extrema heterogeneidade dos estados abrangidos (Região Norte, Centro-Oeste, exceto o Mato Grosso do Sul, Meio-Norte, Bahia e Minas Gerais), a média do IDH por estados é superior à do TRF da 5.ª Região.

sociais, igualmente fundamentais” (TRF-5, 1.<sup>a</sup> T., AG 00012628620124050000, Rel. Des. Francisco Cavalcanti, DJE de 08.06.2012).

A alegação genérica de limitações orçamentárias vinculadas à reserva do possível (...) não é suficiente para obstar a concretização do direito constitucional em exame, sobretudo quando notório o fato de que o Poder Público possui verbas de grande vulto destinadas a gastos vinculados a interesses bem menos importantes do que a saúde da população (por exemplo, publicidade, eventos festivos etc.), os quais podem e devem ser, se for necessário, redirecionados para a satisfação de direitos essenciais da população.(...) Não se está, ressalte-se, diante de intromissão indevida do Poder Judiciário em esfera de atuação reservada aos demais Poderes, mas, ao contrário, de atuação judicial de natureza prestacional positiva calcada em relevante fundamento constitucional e na omissão ilegal do Poder Público em seu atendimento, sem que este tenha, concretamente, apresentado qualquer fundamento minimamente oponível à sua concretização (TRF-5, 1.<sup>a</sup> T., AG 00096192620104050000, Rel. Des. Emiliano Zapata Leitão, DJE de 03.02.2011).

**Tabela 3.** Acolhimento do argumento da reserva possível e IDH/Média.

	<b>Acceit. Res. Possível</b>	<b>IDH/Média<sup>(1)</sup></b>
Geral	26,39%	0,770
TRF – 1. <sup>a</sup> Reg.	42,86%	0,766
TRF – 2. <sup>a</sup> Reg.	44,83%	0,817
TRF – 5. <sup>a</sup> Reg.	3,45%	0,719

<sup>(1)</sup> PNUD (2010) – IDH por estados.

**Figura 1.** Acolhimento do argumento da reserva do possível (%).

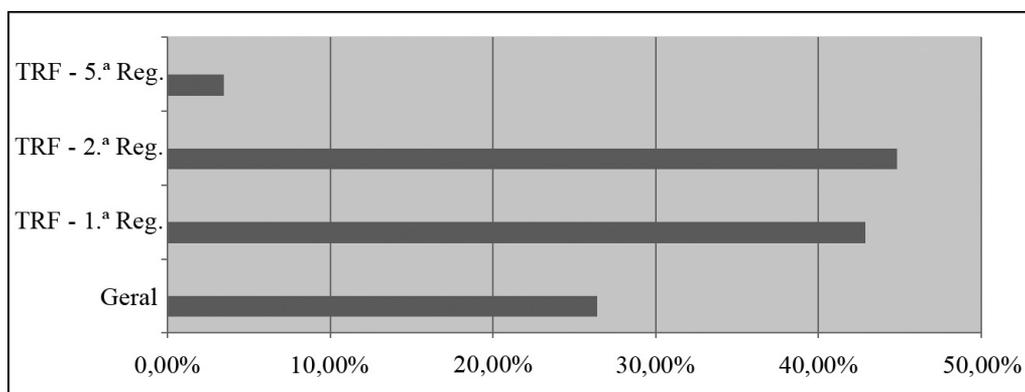
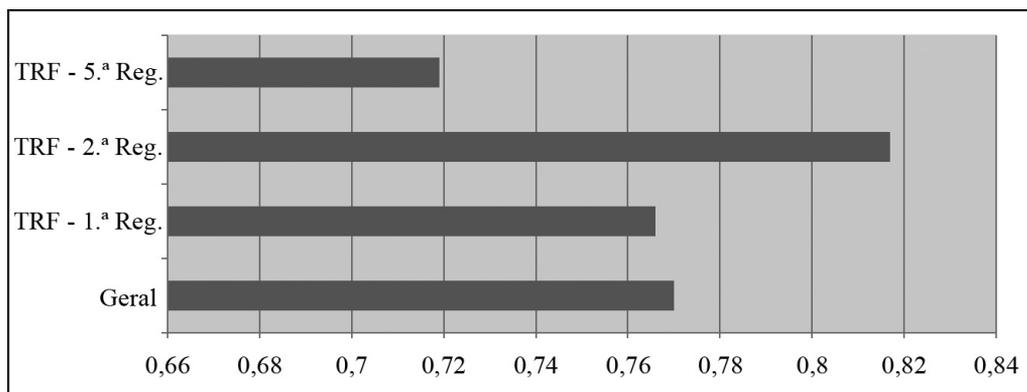


Figura 2. IDH/Média.



Por um lado, se a questão da falta do acolhimento do argumento da escassez de recursos pelos tribunais superiores pode estar ligada à própria dinâmica processual em questão (já que tais tribunais superiores, salvo nos processos de sua competência originária, ou quando atuam como instância recursal ordinária, normalmente não reexaminam questões fáticas das decisões recorridas), o teor dessas mesmas decisões deixa claro que os tribunais superiores, com fulcro no mínimo existencial e na dignidade humana, não aceitam a tese de subordinação dos direitos sociais ao vigor econômico. Por outro lado, ainda que acolhido, em parte, tal argumento nas instâncias intermediárias (tribunais regionais federais), nota-se a preocupação, na maioria das decisões, com a demonstração concreta da escassez de recursos, que não pode ser apenas alegada diante da falta de efetivação de direitos sociais. E, por fim, evidencia-se uma maior sensibilidade do Judiciário precisamente naquela região que, presumidamente, seja aquela com menores índices de desenvolvimento humano, mais necessita de uma intervenção judicial alheia à questão da reserva do possível.

Em todos os casos, contudo, verifica-se que os tribunais federais brasileiros não têm ponderado, nas suas decisões, diante da reserva do possível, o *custo de oportunidade* concernente às políticas, sobretudo às políticas de saúde, ou seja, o custo de não implantação de determinada política, com as suas consequências para o futuro, no momento de decidir sobre a política em questão, seja para acolher a intervenção judicial na política pública, seja para refutá-la.

Conclui-se que a ponderação do *custo de oportunidade*, no âmbito da judicialização das políticas, é um desafio de primeira ordem que se coloca não apenas aos tribunais, mas também aos agentes legitimados para a proposição de ações concernentes às políticas de saúde, em especial ao Ministério Público, diante das questões concernentes à escassez de recursos (a reserva do possível) e da efetivação dos direitos sociais, sobretudo do direito fundamental à saúde, envolvido em disputas alocativas e, conseqüentemente, em escolhas dramáticas: com o recurso à economia, esses agentes poderão melhor demonstrar, para que os tribunais tenham melhores condições de julgar, novos elementos a serem sopesados frente ao argumento da reserva do possível em sede de políticas sociais em geral, e de políticas de saúde em particular<sup>19</sup>.

19 Para uma leitura mais densificada acerca dos temas aqui debatidos, v. SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Os direitos sociais e a sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais no Estado democrático de direito*. São Paulo: LTr, 2013.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- AMARAL, G. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARANGO, R. Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. **El Otro Derecho**, n. 28, Bogotá, 2002.
- BARRETO, V. P. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, I. W. (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. Vinte anos da constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). **Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo: LTr, 2008.
- BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, L. R. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BIGOLIN, G. A reserva do possível como limite à eficácia dos direitos sociais. **Revista de Doutrina da Quarta Região**, s.n., Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/Constitucional/giovani-bigolin.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2006.
- BROLIANI, J. N. O controle judicial nas omissões no planejamento financeiro. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, n. 21, Belo Horizonte, 2005.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- COURTIS, C. (Org.). **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: CELS, 2006.
- COURTIS, C. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CRUZ, A. R. S. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no estado democrático de direito. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GOUVÊA, M. M. **O controle judicial das admissões administrativas: novas perspectivas de implementação de direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton, 1999.

- KRELL, A. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado.** Porto Alegre: Fabris, 2002.
- LANGFORD, M. Judging resource availability. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M. **The road to a remedy: current issues in the litigation of economic, social and cultural rights.** Sydney: UNSW, 2005.
- MARÍN, A. O. **Estado social y crisis económica.** Madrid: Complutense, 1996.
- MENDONÇA, E. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário das políticas públicas. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PISARELLO, G. **Los derechos sociales y sus garantías.** Madrid: Trotta, 2007.
- ROMAN, D. **Le droit public face à la pauvreté.** Paris: LGDJ, 2002.
- SABBAG, C. **Orçamento e desenvolvimento – recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas públicas desenvolvimentistas.** São Paulo: Millennium, 2006.
- SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- \_\_\_\_\_. W. Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na constituição federal de 1988: algumas aproximações. In: MATOS, A. C. H. (Org.). **A construção dos novos direitos.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SCHMIDT, P. L.; SALOMÃO, M. F. El papel del poder judicial em el consenso de Pekín. **Revista de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo**, n. 8, São Paulo, 2012.

### **Candy Florencio Thomé**

Profa. Dra. da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região - Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Link para o CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2136250703897874>

### **Rodrigo Garcia Schwarz**

Prof. Dr. do PPG em Direito (Mestrado Acadêmico) da UNOESC (Universidade do Oeste de Santa Catarina) - Doutor em Direito Público, em Direito do Trabalho e da Seguridade Social e em História Social. Link para o CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7357769919051902>