

## OS POSSÍVEIS REFLEXOS DA CORRUPÇÃO NA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL, QUANDO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS<sup>1</sup>

Mônia Clarissa Hennig Leal<sup>2</sup>

Cleize Carmelinda Kohls<sup>3</sup>

**Resumo:** O presente trabalho aborda os possíveis reflexos que a corrupção pode trazer na apreciação do princípio da reserva do possível, quando do controle jurisdicional das demandas relativas à concretização dos direitos fundamentais sociais. Apresenta uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, abordando os atuais aspectos teóricos e práticos sobre o tema. Pretende discutir a problemática, com a finalidade de encontrar maiores elementos, no sentido de responder a seguinte pergunta: a corrupção pode ser um fator que influencia a análise do princípio da reserva do possível? Assim, o estudo inicia com a abordagem conceitual e histórica da reserva do possível, após passa para uma análise da corrupção no Brasil, e ao final busca apresentar possíveis argumentos e debates que podem contribuir para o deslinde da interferência ou não desta patologia na análise do princípio da reserva do possível feita pelo Poder Judiciário (em especial do Supremo Tribunal Federal).

**Palavras-Chave:** Corrupção. Reserva do Possível. Direitos Fundamentais.

**Abstract:** This paper discusses the possible impact that corruption can bring in assessing the principle of reserve for when the jurisdictional control of demands relating to the realization of fundamental social rights. Presents a literature and jurisprudence research, addressing current theoretical and practical aspects of the subject. Intends to discuss the issue, in order to find more information in order to answer the following question: corruption may be a factor that influences the analysis of the principle of reserve for? Thus, the study begins with the conceptual and historical approach of reserve for after going to an analysis of corruption in Brazil, and the ultimate quest to present any arguments and debates that may contribute to

---

<sup>1</sup> Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Controle jurisdicional de políticas públicas: o papel e os limites do Supremo Tribunal Federal na fiscalização e na implementação de políticas públicas de inclusão social – análise crítica e busca de novos mecanismos/instrumentos para uma atuação democrática e cooperativa entre os Poderes”, onde os autores atuam na condição de coordenadora e de participante, respectivamente, vinculado ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

<sup>2</sup> Com Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

<sup>3</sup> Mestranda Direito, na linha de pesquisa de Constitucionalismo Contemporâneo, pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). [cleize.adv@terra.com.br](mailto:cleize.adv@terra.com.br)

the disentangling of interference or not this condition in the analysis of principle of reservation made possible by the judiciary (especially the Supreme Court).

**Keywords:** Corruption. Possible Reserve. Fundamental Rights.

## 1 Introdução

Trata o presente artigo de abordagem acerca dos possíveis reflexos que a corrupção, compreendida como conceito amplo<sup>4</sup>, pode trazer na análise do princípio da reserva do possível, quando da apreciação, pelo Poder Judiciário, de demandas voltadas à concretização dos direitos fundamentais.

O assunto é tema que merece atenção, diante do contexto atual brasileiro, de significativo aumento da comoção social com os casos noticiados cotidianamente sobre corrupção, ao mesmo tempo em que a população também reivindica políticas públicas para a concretização de direitos que lhes forma assegurados constitucionalmente. Destarte, da mesma maneira há uma ampliação da preocupação dos juristas, tanto na busca por mecanismo de combate a corrupção, como para a efetivação dos direitos fundamentais.

Questiona-se, nesse contexto: seria possível, quando a análise pelo Poder Judiciário de questões relativas à concretização de direitos sociais, subsistir o princípio da reserva do possível, mesmo diante da verificação/constatação de corrupção? Qual interferência que essa patologia pode trazer nesse debate?

Destarte, busca-se, por meio de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial, inicialmente analisar o princípio da reserva do possível, especialmente seu significado e suas dimensões. Após, investiga-se sobre a corrupção e seus efeitos e reflexos nos direitos fundamentais, no cenário nacional. E, ao final, pretende-se relacionar as possíveis interferências que a presença desta patologia pode trazer para a concretização dos direitos fundamentais, em uma visão embasada por decisões do Supremo Tribunal Federal.

## 2 A reserva do possível: sua abrangência e dimensões

---

<sup>4</sup> Aqui entendida como todos os atos que podem levar a ofensa do interesse público, compreendendo, então, os crimes de corrupção ativa e passiva, a improbidade administrativa, a fraudes em licitações, bem como todos os atos que ferem a moralidade e a probidade administrativa.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto vasto rol de direitos fundamentais, incluindo-se, pois, os direitos sociais. Essa positivação de direitos é um grande avanço social, mas também um compromisso do Estado em efetivá-los.

Contudo, quando o assunto é direitos fundamentais sociais, o seu “custo” assume relevância no âmbito de sua eficácia e efetividade, podendo significar que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se aloque recursos para tanto (Sarlet e Figueiredo, 2008, p.28). E, por isso, surge o debate sobre as possibilidades financeiras do Estado, e o tema que envolve a denominada reserva do possível.

A discussão acerca da reserva do possível surgiu na Alemanha, no debate para solucionar a restrição do número de vagas em algumas Universidades (Kelbert, 2011, p. 69).

A discussão acerca de reserva do possível, na Alemanha, teve vez nos julgamentos do caso *numerus clausus I* (precedente BVerGE 33, 303, de 1973), *Hochschul-Urteil* (precedente BVerGE 35, 79, de 1975), e do *numerus clausus II* (precedente BVerGE 43, 291, de 1977), e iniciou com a idéia de “aquilo que razoavelmente se poderia exigir do Estado” (Sgarbossa, 2010, p. 153).

Trata-se, pois, de discussão acerca dos limites à realização das demandas sociais, de uma análise sobre o se pode exigir do Estado, dentro da ideia de concretização de direitos, e do que não seria razoável, diante da realidade financeira/orçamentária do ente Público.

Para Sgarbossa a expressão reserva do possível é considerada, hoje, como sendo toda restrição à realização dos direitos fundamentais sociais, quando baseada em escassez de recursos, podendo essa ser compreendida como inexistência ou insuficiência econômica dos recursos, e aquela compreendida como indisponibilidade jurídica em razão de previsão orçamentária (Sgarbossa, 2010, p. 148).

Destarte, conforme entendimento de diversos autores, a citar Sgarbossa, haveria duas dimensões para a reserva do possível, quais sejam, a real e a jurídica.

A dimensão jurídica relaciona-se com o respeito à disponibilidade de meios e recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, está vinculada ao orçamento público (Kelbert, 2011, pp. 82-83).

Ela, a escassez jurídica de recursos, relaciona-se à alocação de recursos em determinados setores que acaba por implicar o não-atendimento de outras necessidades, por uma decisão disjuntiva do órgão (Sgarbossa, 2010, p. 220).

Kelbert cita que: “Soma-se a isso que a discricionariedade do administrador público deve ser exercida com o intuito de promover os direitos fundamentais, em razão da já mencionada vinculação de todos os poderes estatais a esses direitos, aí incluídos os direitos sociais.” (Kelbert, 2011, p.84).

Então, a dimensão jurídica está ligada com as questões relacionadas ao planejamento e ao orçamento, ou seja, ao próprio princípio da legalidade. Sabe-se que a Administração Pública precisa respeitar o orçamento, o plano plurianual e a leis de diretrizes orçamentárias, e é justamente em razão disso que se torna necessário um planejamento coerente, que respeite e contemple as necessidades da população.

A própria noção de planejar, remete a ideia de pensar, de refletir, e de verificar aquilo que mais necessita a população que será atingida por determinados recursos e políticas públicas. Não se pode criar um documento, que vincula a administração, sem respeitar os anseios da sociedade, pois isso contraria a própria democracia.

Já a dimensão negativa diz respeito à noção de escassez de recursos para atendimento de todos os direitos prestacionais positivados e exigidos, sendo um impedimento à satisfação de uma prestação, pois comprometeria a satisfação de outra (Kelbert, 2011, p.87).

Porém, essa escassez real, precisa ser comprovada, de maneira que não basta a mera argumentação nesse sentido. Em se tratando de processo judicial, a comprovação é regra, inclusive das determinações processuais acerca do ônus da prova - que incumbe a quem alegar, e também é uma exigência reconhecida pela jurisprudência.

Ademais, para a solução desse conflito de escolhas, os autores apontam para a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade. Para Sarlet esse princípio estaria relacionado com a ideia de proibição de excesso e de insuficiência (Sarlet, 2009, p. 456).

A proibição de excesso e a ideia de insuficiência referem-se à noção de que os responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais devem observar os critérios parciais da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido

estrito, respeitando o núcleo essencial dos direitos restringidos, não podendo para proteger um direito desproteger outro (Sarlet e Figueiredo, 2008, p. 34)

Nesse sentido, da mesma forma, Sgarbossa cita que:

De uma exigência essencial por razoabilidade e proporcionalidade nas prestações postuladas no Estado Social, sempre no âmbito da dicotomia indivíduo-sociedade, levadas em consideração as circunstâncias históricas, jurídicas, políticas, filosóficas e socioeconômicas concretas, passou-se a compreender a reserva do possível ora como limitação fática aos direitos fundamentais, ou seja, como a limitação imposta ao exercício dos direitos sociais com base na escassez real ou econômica; ora como a limitação jurídica, vale dizer, como a limitação imposta ao exercício dos direitos sociais com base na escassez ficta, ou legal, ora como limitação imposta ao exercício dos direitos sociais com base na ausência de razoabilidade ou proporcionalidade da pretensão, e ainda, por vezes como todos estes aspectos, conjuntamente, ou alguns deles, combinadamente.

Pode-se dizer que a ideia originária da reserva do possível passou da essência da razoabilidade para as dimensões de escassez fática/real e escassez ficta/legal. No Brasil, percebe-se que houve recepção da noção da reserva do possível, em um conceito que se refere a um “limite à realização dos direitos fundamentais, que comporta, pelo menos, duas dimensões: fática e jurídica” (Kelbert, 2011, p. 71).

Nesse sentido, a reserva do possível, no Brasil, foi equiparada à questão dos custos dos direitos, significando, além da exigência de razoabilidade e racionalidade das demandas, a existência e a disponibilidade dos recursos (Sgarbossa, 2010, p. 196).

Para Caliendo (2008, p. 201) a ausência total de recursos necessários para o atendimento de um direito a prestações impede faticamente o cumprimento da demanda social.

Porém, na realidade, dificilmente depara-se com o limite de escassez real ou econômico, e não se tem notícia de demandas em que se postula a outorga de prestações dependentes de bens cuja escassez seja real (Sgarbossa, 2010, p. 219).

Numa análise de cogitação de reversibilidade social ou de esvaziamento do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, Leal e Bolesina, referem que trabalhar com a ideia de que o condicionamento dos direitos fundamentais deve ser dependente dos valores existentes nos caixas do Poder Executivo parece disparate, pois em resumo estar-se-ia substituindo a vencida teoria da programaticidade de determinadas normas de direitos fundamentais pela teoria da reserva do

possível, reforçando-a com argumentos como separação de poderes e discricionariedade administrativa (Leal e Bolesina, 2012, p. 15).

Esse é um ponto importante a ser pautado no debate, pois a reserva do possível não pode tomar todo o espaço dos direitos fundamentais, minimizando a importância desses, até mesmo porque representam grandes conquistas da sociedade.

Então, quando o debate é sobre direito sociais, teríamos dois aspectos fundamentais a serem considerados, nas palavras de Scaff (2008, p. 170), o primeiro é saber quem paga a conta dos gastos realizados, e o segundo é saber quem estabelece as prioridades para a realização desses gastos.

Na verdade, quem paga a conta é a própria sociedade. E, quem estabelece as prioridades, em regra, é o poder Legislativo e o Poder Executivo. Mas, em determinadas situações, o Poder Judiciário é chamado a manifestar-se sobre a necessidade de satisfação de algum direito fundamental, especialmente, os sociais.

Diante disso, a escassez de recursos, pode ser um obstáculo para a concretização dos direitos fundamentais, em especial os sociais. Mas, tal escassez não é “levada a sério” pela população brasileira, diante de vastas notícias e constatações de corrupção. Assim, pertinente a análise desta patologia no cenário nacional.

### **3 Corrupção no Brasil: uma análise conceitual desta patologia e de seus reflexos nos direitos fundamentais**

A corrupção poder ser considerada como a representação de momentos de mau funcionamento das organizações do sistema político (Filgueiras, 2012, p. 301). Ela tem evidenciado ao longo do tempo faces multissetoriais e capacidade de expansão infinita na rede de relações sociais e institucionais, públicas e privadas (Leal, 2013, p. 14).

Pode-se dizer que a corrupção é uma das grandes mazelas da administração pública brasileira atual. E, aqui, é necessário entender que falar em corrupção não é apenas falar em legalidade, pois não se pode mitigar o aspecto da imoralidade pública e privada (Leal, 2013, p. 28). Desse modo, pensar em corrupção, também é pensar em moralidade, probidade, ética e interesse público.

Todos os atos humanos trazem forte carga moral, quando seus efeitos ou consequências estiverem em relação com a ordem social. E, a atividade pública não pode prescindir de uma qualificação moral, sendo, pois, a corrupção o lado avesso daquilo que deve ser a postura ética do agente público (Ronzani, 2007, p. 68).

Dito isso, sabe-se que o Estado dispõe de verbas para financiar os direitos fundamentais por meio da arrecadação tributária, e a escassez de recursos pode configurar um limite concreto à efetivação dos direitos fundamentais (Kelbert, 2011, p. 76). Ocorre que essa escassez tem diversas causas, e a corrupção pode contribuir para essa escassez.

Ademais, a falta de operacionalidade econômica do país é uma causa da corrupção, e um país corrupto tem estancado o seu crescimento econômico, bem como é impedido de ter uma arrecadação satisfatória de impostos, sendo que isso, conseqüentemente, se reflete no orçamento público, que se torna incapaz de atender as demandas sociais, inclusive as relacionadas aos direitos fundamentais (Neto e Vizzoto, 2008, p. 296).

Embora não se tenha dados completos sobre isso, é possível perceber que a corrupção pode contribuir para a escassez de recursos. O índice de Percepção da Corrupção no ano de 2013, publicado pela ONG Transparência Internacional<sup>5</sup>, classificou o Brasil na posição 72<sup>o</sup> entre 177 países, o que significa que está muito distante de posições onde a corrupção atinge o seu auge, mas também de posições que apontam para pouca ou nenhuma presença desta patologia, o que seria o almejado.

Acerca dos índices que medem a percepção da corrupção Avritzer et al (2012, p. 12) menciona que: “eles apontam para o fato de que a população em geral não apenas tem consciência do fenômeno, mas se preocupa com seus efeitos sobre suas vidas”.

O próprio Supremo Tribunal Federal apresentou números relacionados aos processos que envolvem crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, e improbidade administrativa, sendo estes números referentes aos de processos distribuídos, julgados e que tiveram trânsito em julgado em 2010 e 2011, sendo eles:

3628 - Crimes de "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores

---

<sup>5</sup> Disponível em <  
[http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/12/04/interna\\_politica,475926/ranking-internacional-sobre-percepcao-da-corrupcao-coloca-brasil-na-72-posicao.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/12/04/interna_politica,475926/ranking-internacional-sobre-percepcao-da-corrupcao-coloca-brasil-na-72-posicao.shtml)>. Acesso em 15 de abril de 2014.

3555 - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Corrupção passiva  
3568 - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral - Corrupção ativa  
10837 - Crimes Militares - Corrupção ativa  
5876 - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração Pública Estrangeira - Corrupção Ativa em Transação Comercial Internacional  
10012 - Improbidade Administrativa - Dano ao Erário  
10013 - Improbidade Administrativa - Enriquecimento ilícito  
10014 - Improbidade Administrativa - Violação aos Princípios Administrativos<sup>6</sup>

Os dados apontam para o tamanho do problema, e o quanto ainda o país está distante de um “ideal”. Sabe-se, em contrapartida que sempre houve e, talvez, sempre haverá o problema com a corrupção, pois ele está ligado com questões éticas, morais e culturais da sociedade. Mas a busca por uma melhoria, ou solução, deve ser uma preocupação constante.

De outro lado, temos uma crescente judicialização dos direitos sociais. São levados à apreciação dos do Poder Judiciário demandas que buscam medicamentos, internações em hospitais, vagas em escolas, segurança pública, etc.

Diante disso, parecer necessário averiguar de forma acurada a efetiva inexistência de recursos para garantir os direitos sociais, e as causas para essa inexistência, para não respaldar a ineficiência da Administração Pública.

Seria, pois, necessário verificar se uma demanda não foi atendida porque de fato não existem meios, mesmo depois de atendidas as determinações constitucionais de alocação de recursos, de modo que a ausência dos meios e recursos deverá ser comprovada (Olsen, 2008, p.209-210).

A corrupção se manifesta de diversas formas, mas em qualquer delas representa um ônus insustentável para qualquer sociedade, principalmente para aquelas que são permeadas por grandes desigualdades sociais, e assim, ela seria uma das mais perversas categorias criminosas, em razão de minar a capacidade de o estado prover serviços essenciais para a população (Araujo e Sanchez, 2005, p. 138).

Leal menciona que as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos da corrupção, quando ela se encontra dispersa em todo o corpo político e quando é tolerada pela comunidade, pois as estruturas dos poderes

<sup>6</sup> Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/enccla/enccla/253-rodape/acoes-e-programas/programas-de-a-a-z/estrategia-nacional-de-combate-a-corrupcao-e-a-lavagem-de-dinheiro-enccla/16835-dados-do-stf>>. Acesso em 15 de abril de 2014.

instituídos preferem se ocupar com os temas que lhes rendem vantagens, a temas de interesse público vital. O autor exemplifica que:

“[...] hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipofuncionamento material não podem se alimentar porque os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da Sociedade Civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários à aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins, e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas” (Leal, 2013, p.33).

Para Leal, a corrupção também pode atingir os Direitos Fundamentais pela via dos comportamentos corruptivos de alguns cidadãos, como quando alguém paga suborno para obter determinado tratamento médico-hospitalar, ou paga suborno para conseguir vaga escolar, condutas estas que violam o sistema de ensino e de saúde existente (Leal, 2013, p. 34).

A corrupção geralmente vem acompanhada de estruturas institucionais ineficientes, que contribuem para diminuir a efetividade dos investimentos públicos e privados (Pereira, 2002). Nesse sentido, a corrupção pode onerar a riqueza de uma nação e seu crescimento econômico ao afugentar novos investimentos, e criando incertezas quanto à apropriação dos direitos privados e sociais (Pereira, 2002).

Por outro lado, Timm menciona que contra o argumento de escassez de recursos vem sendo comum o contrafático do brasileiro de que o país é rico, e o grande problema é a corrupção e ou a má distribuição de renda. Assim, basta que um juiz dê uma ordem, e, o membro do Poder Executivo “dará um jeito” de conseguir as verbas sob o risco iminente de ser preso, já que “dinheiro há, o problema é que ele é mal administrado” (Timm, 2010, p. 55).

Fala que a corrupção realmente atrapalha, mas pondera que os níveis de corrupção no país são considerados em nível médio. Aduz que “em verdade, os economistas podem divergir sobre as causas da corrupção e a qual o percentual do crescimento do PIB e da redistribuição da riqueza é afetado por ela, mas isso não deve passar de 10%, portanto não é infelizmente isso que resolverá, por si só, o problema das injustiças sociais” (Timm, 2010, p. 55)

Entende o autor, então, que o planejamento da ação do governo é uma necessidade, e esse planejamento consistiria em racionalizar o uso dos recursos (Timm, 2010, p. 55).

Não se discorda do autor, nesse último ponto, pois efetivamente o planejamento é a base e pode resolver muitos problemas, mas pondera-se que a corrupção é fator que prejudica a concretização deste planejamento.

Leal menciona que: “se o combate à corrupção enquanto política pública tem como objeto identificar, compreender e atuar preventivamente sobre áreas de risco e culturas organizacionais, é preciso entender que a lei, tão somente, não pode, nem é, um substituto da ética comportamental de todos os sujeitos sociais (2013, p. 151).

Dito isso, muitas ações são necessárias para minimizar e combater a corrupção. Além disso, é necessário investigar se ela efetivamente pode ser um fator que minimize o argumento da reserva do possível, conforme se analisará no próximo tópico.

#### **4 A validade do argumento da reserva do possível no contexto brasileiro atual: uma análise das decisões proferidas pelo STF na ADPF 45 e no AG.REG. no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um tratamento especial aos direitos fundamentais, e, da mesma forma, buscou assegurar máxima proteção e formas de concretização desses direitos. Diante disso, a realização destes direitos requer uma atuação efetiva por parte dos entes estatais.

Leal entende que há clara violação de Direitos Humanos quando um ato ou omissão do Estado não se encontra conforme suas obrigações de respeito, proteção e efetivação daqueles Direitos sob sua jurisdição (Leal, 2013, p. 96).

Além disso, a Carta Magna, também estabelece princípios à administração pública, dentre os quais se destacam os da moralidade, probidade e eficiência, todos eles com objetivo comum de preservar o interesse público.

Daí que, conforme Sarlet (2009, p. 362), para atingir a máxima efetividade dos direitos fundamentais depender-se-ia de uma boa administração pública. E, uma boa administração pública vincula-se a eficiente utilização dos valores arrecadados, em prol do benefício da população.

Falando sobre a contribuição da Economia para o planejamento do gasto público no orçamento do Estado, o Timm menciona que o gasto com prioridades sociais, evitando o desperdício, tende a ser a melhor solução (Timm, 2010, p. 54).

Nesse sentido, não se pode deixar de mencionar que a Constituição Federal consagrou o princípio da eficiência em seu artigo 37. Certamente que essa referência expressa possui um significado, e, portanto, não pode ser um simples objetivo da Administração Pública, mas uma maneira de agir de forma constante e permanente.

Barcelos discorre sobre este princípio como sendo um quinto objeto de controle jurisdicional, que traria em seu bojo a eficiência mínima na utilização dos recursos públicos investidos ou destinados a políticas públicas relacionadas com direitos fundamentais (Barcelos, 2010, p. 122). A referida autora menciona que “o controle aqui sugerido tem como objeto apenas o que se fez, afinal, com os recursos destinados pelo Poder Público à determinada área” (Barcelos, 2010, p. 123).

Acerca do tema da reserva do possível o Supremo Tribunal Federal já foi chamado a se manifestar. Das decisões proferidas, optou-se para utilização neste trabalho, em razão da pertinência de seu conteúdo, a paradigmática decisão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, do ano de 2004, e do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337, do ano de 2011.

A ADPF 45 abordava a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Na decisão da referida ação, o Ministro Celso de Mello ponderou que

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (ADPF 45, Rel. Ministro Celso de Mello, Informativo/STF nº 345/2004)

Então, entendeu-se que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos sociais traduzem-se

em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Ademais, pontuou-se que ambos os elementos do binômio devem estar presentes para descaracterizar a possibilidade estatal de realização dos direitos sociais.

Ademais, o Poder Público não poderia, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculos que inviabilizem a realização dos direitos dos cidadãos. O Poder Público tem uma obrigação de bem gerir a sua atividade financeira, pois dela depende a realização de política públicas capazes de atender as necessidades da população.

Também na decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337, que tratava do atendimento em creche e pré-escola para criança de até cinco anos de idade, no Município de São Paulo, o Ministro Celso de Mello, mencionou que não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, depende de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material (ARE 639.337 AgR / SP, pp. 20-21).

Então, no Poder Judiciário reconhece que os direitos possuem custos, e, por isso, ficam subordinados a existência de recursos para a sua realização. De sorte que, se comprovada essa ausência de possibilidades orçamentárias não seria prudente e razoável exigir.

Porém, citando a decisão já proferida na ADPF 45, novamente ressaltou-se que não se mostrará lícito ao Poder Público criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Também, destacou-se que a cláusula da “reserva do possível”, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa,

puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (ARE 639.337 AgR / SP, p. 28).

Então, a má gestão, caracterizada pela ineficiência administrativa e pela incapacidade de gerir os recursos públicos, não pode ser uma justificativa válida para a não realização dos direitos fundamentais, especialmente em um cenário de ausência de confiança da população com o gerenciamento de verbas e recursos público.

Em um Estado que trabalha com poucos recursos e que tem um grande número de demandas sociais, superior a sua capacidade de concretização, é necessária a implementação da boa governança, além disso a ética deve ser um valor fundamental tanto no setor público como no setor privado (Neto e Vizzoto, 2008, p. 300).

## 5 Conclusão

Diante disso, é possível entender que os direitos têm custos, mesmo que indiretos, e a escassez de recursos suficientes para concretizá-los pode ser uma triste realidade. A questão é saber se efetivamente essa falta de recursos advém de ausência fática, se é resultado de escolhas, ou, ainda, se advém da má gestão dos recursos públicos (incluindo-se aqui a presença de atos de corrupção).

Parece que, já na segunda e quanto mais na terceira hipótese, seria insustentável o argumento da reserva do possível para a não concretização dos direitos fundamentais. Isso porque, a administração pública deve ser proba e eficiente, de maneira que seja conduzida de forma a satisfazer o interesse público.

O problema é, pois, identificar a origem da escassez de recurso. E, um caminho que deve ser seguido pelo país é aumentar ainda mais o combate da corrupção, e isso não é uma tarefa fácil, necessitando de vontade e agir de todos.

Quando a população confiar em seu governo, saberá que se uma demanda não foi atendida, foi porque efetivamente não haviam recursos para tanto. Mas, enquanto essa confiança não existir, não se pode negar o direito a qualquer cidadão de se socorrer do Poder Judiciário para ver concretizado um direito que lhe é assegurado constitucionalmente.

## 6 Referências

ARAUJO, Marcelo; SANCHEZ, Oscar Adolfo. *A corrupção e os controles internos do Estado*. Lua nova, São Paulo, 65: 137- 173, 2005.

AVRITZER, Leonardo, et al. *Corrupção: ensaios e críticas*. 2.ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Sarlet, Lucioano Benetti Timm; Ana Paula de Barcelos... [ET AL]. 2ed. Ver e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 639337 AgR / SP*. Disponível em:<  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>.  
Acesso em 15 de abril de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 45 MC / DF*. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfpa>>. Acesso em 15 de abril de 2014.

FILGUEIRAS, Fernando. Marcos teóricos da corrupção. In: *Corrupção: ensaios e críticas*. 2.ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig;; BOLESINA, Iuri. Três “porquês” a jurisdição constitucional brasileira diante do (aparente) conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível na garantia dos direitos fundamentais sociais e no controle de políticas públicas: há mesmo escolhas trágicas? In: *Revista do Direito*. n. 38. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2012.

NETO, Jayme Weingartner. Vizzoto, Vinicius Diniz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Sarlet, Lucioano Benetti Timm; Ana Paula de Barcelos... [ET AL]. 2ed. Ver e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais. Efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, José Matias. *Reforma do Estado e transparência: estratégias de controle da corrupção no Brasil*. VII Congresso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la Administración Pública. Lisboa, Portugal, 8-11. Oct 2002.

RONZANI, Dwight Cerqueira. *Corrupção, improbidade administrativa e poder público*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VIII, nº 10 – junho de 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2209.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito á saúde: algumas aproximações. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Sarlet, Lucioano Benetti Timm; Ana Paula de Barcelos... [ET AL]. 2ed. Ver e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Sarlet, Lucioano Benetti Timm; Ana Paula de Barcelos... [ET AL]. 2ed. Ver e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.