



CÂMARA DOS DEPUTADOS
CENTRO DE FORMAÇÃO, TREINAMENTO E APERFEIÇOAMENTO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Marcos Vinícius Ferrari

O uso das expressões “reserva do possível” e “mínimo existencial” nos acórdãos do
Tribunal de Contas da União

Brasília
2015

Marcos Vinícius Ferrari

O uso das expressões “reserva do possível” e “mínimo existencial” nos acórdãos do
Tribunal de Contas da União

Monografia/TCC apresentada ao Programa de
Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e
Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/Cefor como
parte da avaliação do Curso de Especialização em
Parlamento e Direito.

Orientador: João Carlos Medeiros de Aragão

Brasília

2015

Autorização

Autorizo a divulgação do texto completo no sítio da Câmara dos Deputados e a reprodução total ou parcial, exclusivamente, para fins acadêmicos e científicos.

Assinatura: _____

Data: ___/___/___

Ferrari, Marcos Vinícius.

O uso das expressões “reserva do possível” e “mínimo existencial” nos acórdãos do Tribunal de Contas da União [manuscrito] / Marcos Vinícius Ferrari. -- 2015.

44 f.

Orientador: João Carlos Medeiros de Aragão.

Impresso por computador.

Monografia (especialização) – Curso de Parlamento e Direito, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), 2015.

1. Brasil. Tribunal de Contas da União. 2. Direitos sociais, Brasil. I. Título.

CDU 342.7(81)

O uso das expressões “reserva do possível” e “mínimo existencial” nos acórdãos do
Tribunal de Contas da União

Monografia – Curso de Especialização em Parlamento e Direito

1º Semestre de 2015

Marcos Vinícius Ferrari:

Banca Examinadora:

João Carlos Medeiros de Aragão

Aparecida de Moura Andrade

Brasília, 15 de junho de 2015

Dedico este trabalho às cinco principais razões
da minha vida, minha esposa e filhos.

Agradecimentos

Aos professores do curso, ao pessoal do Cefor envolvido na especialização e, especialmente, ao meu orientador João Carlos de Medeiros Aragão o meu muito obrigado.

*“Toda a sociedade que pretende assegurar a
liberdade aos homens deve começar por garantir-lhes
a existência.”*

*Léon Blum
Primeiro Ministro da França (1936/1937, 1938,
1946/1947)*

Resumo

Diante da constatação de que os recursos públicos disponíveis não são suficientes para o cumprimento de todas as tarefas incumbidas ao Estado, cabe à administração pública o desafio de gerir, da melhor forma possível, os escassos recursos destinados à concretização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal. Sem retirar a essencialidade da atuação judicial, em caso de omissão do poder público em prover os direitos fundamentais sociais, os Tribunais de Contas muito podem contribuir no aperfeiçoamento e na correção da atuação estatal com vista à implementação destes direitos. Partindo-se destas premissas, este trabalho objetivou indicar como o plenário e as duas câmaras do Tribunal de Contas da União têm considerado a questão dos direitos fundamentais sociais. Por meio da observação, nos acórdãos, da utilização de duas expressões consagradas pela doutrina constitucionalista, a tarefa singela deste trabalho constituiu-se em identificar qual é o entendimento daquele tribunal em relação à reserva do possível e ao mínimo existencial e se a compreensão exposta nas decisões apoia-se nos conceitos tradicionais desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência alemãs.

Palavras-Chave: Direitos Sociais. Efetivação. Mínimo Existencial. Reserva do Possível. Tribunal de Contas da União.

LISTA DE TABELAS

Ocorrências da expressão “reserva do possível”

Ocorrências da expressão “mínimo existencial”

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: um processo em andamento.....	14
2. DOIS PARÂMETROS ORIENTADORES DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: A Reserva do Possível e o Mínimo Existencial.....	30
2.1. Da Reserva do Possível.....	30
2.2. Do Mínimo Existencial.....	39
3. OS PARÂMETROS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MINIMO EXISTENCIAL NOS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.....	51
3.1. A Importância do Tribunal de Contas da União no controle das políticas públicas.....	51
3.2. A Reserva do Possível nos acórdãos do TCU.....	56
3.3. O Mínimo Existencial nos acórdãos do TCU.....	72
CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS	81

INTRODUÇÃO

Direitos custam dinheiro. Ainda que aparentemente soe óbvia, esta afirmação suscita diversas e complexas discussões de cunho político, filosófico, jurídico, histórico e socioeconômico a respeito dos diversos desafios que a administração pública deve enfrentar em termos de garantir os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Diante dos desafios e da constatação de que os recursos públicos disponíveis não são suficientes para o cumprimento de todas as tarefas incumbidas ao Estado, à administração pública não resta alternativa que não seja a de gerir, da melhor forma possível, os recursos disponíveis. A busca da eficiência, da eficácia e da efetividade das políticas públicas torna-se imperativa.

Um dos desafios mais debatidos pela doutrina consiste no dever de concretizar os direitos fundamentais sociais. Dentro dos exíguos limites impostos a uma monografia de especialização, o capítulo um deste trabalho aborda como vem sendo processada a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Inicialmente conservador em determinar o dever de o Estado fornecer bens e serviços públicos relacionados aos direitos fundamentais sociais, o Poder Judiciário consolidou, contemporaneamente, o entendimento de que é dever da administração pública fornecer prestações materiais relativas a estes direitos. Entre os efeitos da alteração de entendimento ressalta, como um dos mais salutaros, a incorporação da via judicial como um dos instrumentos disponíveis à sociedade em favor da inclusão social e da promoção da dignidade humana, fundamento da República do Brasil.

Todavia, neste processo, que segue em andamento, o aumento das decisões judiciais reivindicando prestações materiais a serem fornecidas pelo Estado e a potencial produção, como consequência, de orçamentos públicos comprometidos em virtude do cumprimento das aludidas decisões criou a necessidade de que o Judiciário aperfeiçoasse a sua atuação mediante a adoção de parâmetros aptos a racionalizar a prestação jurisdicional.

Vale dizer que o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional vem em boa hora, pois a outra face deste tipo de decisão judicial consiste na retirada de recursos públicos que se destinavam a outros bens e serviços igualmente prioritários e que, por conta do decréscimo do orçamento disponível, podem restar ou efetivamente restarem prejudicados.

Dentre os diversos parâmetros capazes de orientar não só a atuação judicial, mas também a administração das políticas públicas em geral, de modo a otimizar a efetivação dos direitos sociais e, ao mesmo tempo, minimizar os problemas da escassez de recursos, este trabalho abordou dois deles.

Assim, o capítulo dois dedica-se à tarefa de examinar mais detidamente as origens e os significados que envolvem as noções de reserva do possível e de mínimo existencial.

Vale o registro que as referidas noções têm origem na doutrina e na jurisprudência germânicas de meados do século passado e que o decurso de tempo propiciou não só o ganho de densidade conceitual, mas também a elaboração de conceitos que não mais se referem às ideias originalmente desenvolvidas, fato que exige explanação.

Finalmente, partindo-se da premissa de que os recursos públicos são escassos, na seção um do capítulo três aborda-se como os Tribunais de Contas podem contribuir com a tarefa, a cargo do gestor, de deliberar quanto ao uso dos recursos públicos.

Na sequência, é exibido o método de pesquisa utilizado, bem como o objeto de observação consubstanciado em 58 acórdãos do Tribunal de Contas da União distribuídos nas seguintes categorias: i. 22 acórdãos em que é utilizada a expressão “reserva do possível”, ii. 33 acórdãos em que aparece a expressão “mínimo existencial” e iii. três acórdãos em que as duas expressões são utilizadas concomitantemente.

As próximas duas seções do capítulo dedicam-se a relatar como as duas expressões são utilizadas pela Corte de Contas federal, culminando com a tentativa do autor de tecer algumas conclusões a respeito das utilizações dos termos empregados e selecionados como objeto de estudo.

1. A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Um processo em andamento

É fato amplamente aceito que a promulgação da Constituição Federal de 1988 iniciou um novo momento político e jurídico no Brasil.

Em um documento analítico, reflexo de seu caráter compromissório e plural (SCHIER, 2014, p. 45), a atual Carta Magna brasileira abriu perspectivas para a concretização de um Estado de justiça social mediante a prática de direitos fundados na dignidade da pessoa humana (SILVA, 2000, p. 124), um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do artigo 1^o.

Estabeleceu-se a todos os brasileiros a garantia ao bem estar pela ação positiva do Estado que, por sua vez, foi incumbido de afiançar a qualidade de vida do indivíduo, visto como titular de direitos próprios da cidadania (STRECK, 2013, p. 84).

Nessa ordem de ideias, o Estado Democrático de Direito incumbiu-se da tarefa de superar as desigualdades sociais e regionais e de instaurar um regime democrático capaz de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. (SILVA, 2000, p. 126).

Dito de outro modo, quis o constituinte originário, basicamente, formular “em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado Social” (BONAVIDES, 2004, p. 371) que objetivou e continua a objetivar a produção das:

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

...condições e dos pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista sem a qual não haverá democracia nem liberdade. (BONAVIDES, 2004, p. 378/9).

O objetivo impresso na Carta Magna foi transcender o sentido liberal do constitucionalismo, não se limitando a definir as formas de fundamentação, legitimação e limitação do poder, mas afirmando uma extensa pauta de princípios e direitos prestacionais (SCHIER, 2014, p. 46).

Importante registrar, no entanto, que o processo de concretização do projeto, ainda que tido como moderno e inovador para o constitucionalismo brasileiro e mundial (SILVA, 2000, p. 91), não foi isento de diversos obstáculos, fosse:

pelo papel que o constitucionalismo brasileiro desempenhou no regime militar, fosse pela descrença de que haveria condições (políticas, econômicas, ideológicas, etc.) para a plena realização da Constituição, fosse pela ausência de uma teoria constitucional capaz de dar conta de sua efetivação ou por decorrência de algumas críticas que o novo texto constitucional vinha recebendo de determinados setores conservadores da sociedade e dos próprios operadores do direito. Não foram poucos os discursos de deslegitimação da nova ordem constitucional (SCHIER, 2014, p. 46/7).

Foi preciso um grande esforço para a superação da desconfiança que sobreveio à promulgação da Constituição Federal e para o convencimento da sociedade de que:

(i) a Constituição não era apenas um conjunto de princípios e direitos desprovidos de eficácia, totalmente à disposição da boa vontade do legislador ordinário; (ii) que ela possuía uma normatividade própria, superior e vinculante, mesmo em relação aos princípios e normas programáticas; (iii) que o Poder Judiciário poderia ter acesso a essa normatividade constitucional por meio da lei ou, de forma direta, sem ou contra a lei; (iv) que as normas constitucionais (mesmo aquelas demandantes de lei ou políticas públicas) possuíam ao menos uma eficácia jurídica mínima; (v) que toda a interpretação e aplicação do direito deveria ser constitucional; (vi) demonstrar que a compromissoriedade e pluralismo axiológico não eram defeitos e fruto de

assistemática do texto, mas reflexo de uma decisão por certa concepção de democracia plural; (vii) que o texto analítico não era desnecessário (mas, antes, produto cultural e consequência da compromissoriedade) (SCHIER, 2014, p. 47).

Decorrido pouco mais de um quarto de século desde a promulgação da Constituição Federal, pode se dizer que o discurso da efetividade e da força normativa da Constituição é, hoje em dia, consensual (SCHIER, 2014, p. 47) e de que a sociedade brasileira assiste, sobretudo após o alvorecer do novo milênio, a notáveis avanços acerca da eficácia dos direitos sociais de caráter prestacional colocados na Constituição Federal (SARMENTO, 2009, p. 371).

Mas o que seriam estes direitos qualificados como sociais de caráter prestacional?

Dimensão dos direitos fundamentais do homem, estes direitos sociais consistem em prestações positivas enunciadas em normas constitucionais e proporcionadas pelo Estado de modo direto ou indireto e:

que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2000, p. 289/90)

Trata-se de categoria de direitos fundamentais de conteúdo econômico, social e cultural, inspirados na ideia de igualdade, que se relacionam à condição concreta de existência dos indivíduos na sociedade e em que se faz necessária a intervenção do poder público para a sua viabilização (ROTHENBURG, 2014, p. 873/4).

Também denominados como direitos sociais do homem consumidor (DUCLOS, 1950, p. 155/6 *apud* SILVA, 2000, p. 290), os direitos sociais de caráter prestacional constituem-se em um grupo de direitos vinculado às tarefas de melhoria,

distribuição e redistribuição dos recursos existentes na sociedade, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis a todos os indivíduos que deles necessitem (SARLET, 2012, p. 284).

Trata-se, portanto, de direitos que quase sempre requerem prestações para serem viabilizados mediante a alocação de recursos públicos, sejam financeiros, sejam técnicos, sejam, ainda, normativos. Por esta razão não se constituem, apenas em prestações de ordem material (direitos a prestações em sentido estrito), mas exigem também a realização de outros tipos de prestação como a edição de normas que virão a disciplinar o gozo de tais direitos (ROTHENBURG, 2014, p. 874/5) e o controle estatal tendente a buscar a melhor utilização de recursos escassos.

Importante destacar que, a exemplo de qualquer direito fundamental, os direitos sociais experimentaram um processo histórico composto por fases e passaram primeiro:

...por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parecer estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2004, p 564).

No que se refere ao passado recente e em aprofundamento ao explanado até aqui, ao longo do primeiro decênio após a promulgação da Constituição, o discurso predominante era de que os direitos sociais assegurados pela Carta Política tinham apenas um caráter programático e não deviam servir de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções do Judiciário nesta seara eram bissextas e, nas poucas decisões, prevalecia uma interpretação mais ortodoxa do princípio da separação de poderes. Entendiam-se como indevidas as decisões judiciais que implicassem controle

sobre políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais (SARMENTO, 2009, p.371).

A título de exemplo, revelador da tipicidade do pensamento que já permeou o Judiciário brasileiro, transcreve-se ementa de acórdão proferido à unanimidade pela 1ª Turma do STJ, no RMS 6564, julgado no ano de 1996:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO, PARA EFEITO DE CONCESSÃO DE SEGURANÇA, E AQUELE RECONHECÍVEL DE PLANO E DECORRENTE DE LEI EXPRESSA OU DE PRECEITO CONSTITUCIONAL, QUE ATRIBUA, AO IMPETRANTE, UM DIREITO SUBJETIVO PRÓPRIO. NORMAS CONSTITUCIONAIS MERAMENTE PROGRAMÁTICAS - AD EXEMPLUM, O DIREITO A SAÚDE - PROTEGEM UM INTERESSE GERAL, TODAVIA, NÃO CONFEREM, AOS BENEFICIÁRIOS DESSE INTERESSE, O PODER DE EXIGIR SUA SATISFAÇÃO - PELA VIA DO MANDAMUS - EIS QUE NÃO DELIMITADO O SEU OBJETO, NEM FIXADA A SUA EXTENSÃO, ANTES QUE O LEGISLADOR EXERÇA O MUNUS DE COMPLETÁ-LAS ATRAVÉS DA LEGISLAÇÃO INTEGRATIVA. ESSAS NORMAS (ARTS. 195, 196, 204 E 227 DA CF) SÃO DE EFICÁCIA LIMITADA, OU, EM OUTRAS PALAVRAS, NÃO TEM FORÇA SUFICIENTE PARA DESENVOLVER-SE INTEGRALMENTE, "OU NÃO DISPÕEM DE EFICÁCIA PLENA", POSTO QUE DEPENDEM, PARA TER INCIDÊNCIA SOBRE OS INTERESSES TUTELADOS, DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR.

NA REGRA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE DISPÕE "TODOS TEM DIREITO E O ESTADO O DEVER" - DEVER DE SAÚDE - COMO AFIANÇAM OS CONSTITUCIONALISTAS, "NA REALIDADE TODOS NÃO TEM DIREITO, PORQUE A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DEVEDOR NÃO SE FUNDAMENTA EM VINCULUM JURIS GERADOR DE OBRIGAÇÕES, PELO QUE FALTA AO CIDADÃO O DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO, OPONÍVEL AO ESTADO, DE EXIGIR EM JUÍZO, AS PRESTAÇÕES PROMETIDAS A QUE O ESTADO SE OBRIGA POR PROPOSIÇÃO INEFICAZ DOS CONSTITUINTES". NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO, A NENHUM ÓRGÃO OU AUTORIDADE É PERMITIDO REALIZAR DESPESAS SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA, SOB PENA DE INCORRER NO DESVIO DE VERBAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO INDISCREPANTE.

(BRASIL, STJ, Recurso em Mandado de Segurança n. 6.564, Relator: Ministro Demócrito Reinaldo, 1996) [grifei.]

Tal cenário, porém, praticamente não mais existe. Hoje, é possível dizer que impera uma inversão de panorama, com frequentes decisões judiciais que determinam a entrega de prestações materiais relativas a direitos sociais positivados na Constituição Federal. Referida mudança merece celebração, pois o Estado-Juiz consolidou em alto grau o entendimento de que os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais. Vale dizer que, em tempos recentes, a via judicial incorporou-se aos instrumentos disponíveis à sociedade em sua luta em favor da inclusão social e da garantia de vida digna aos brasileiros (SARMENTO, 2009, p. 372/3).

Em outras palavras, o Judiciário brasileiro solidificou o entendimento de que o objetivo do Constituinte Originário foi tornar fundamentais diversos direitos sociais, seja de modo expreso, pela dedicação de todo um capítulo da Constituição Federal para retratar direitos e garantias fundamentais; seja de modo implícito, pela dispersão de direitos no restante do texto constitucional ou ainda, pelo reconhecimento destes direitos expressos ou implícitos quando presentes em tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 17).

Exsurge como exemplo da mudança jurisprudencial, decisão recente do Supremo Tribunal Federal acerca do direito à saúde², em que o relator Ministro Celso de Mello, mencionando decisão paradigmática sobre o assunto³, salientou que, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada, aquela Corte não poderia demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (ou de segunda dimensão) – com as liberdades positivas, reais ou concretas (BRASIL, STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 727.864, Ministro Celso de Mello, 2014).

² Com a mesma linha de argumentação, porém abordando o direito à educação infantil ver BRASIL, STF, Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n. 639337, Ministro Relator Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento de 23/08/2011, publicado em 15/9/2011.

³ BRASIL, STF, ADPF 45 MC, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29/4/2004, publicado no DJ de 4/5/2004.

Naquele voto, o Ministro, no que foi acompanhado à unanimidade, reconheceu o caráter fundamental dos direitos sociais, visto estarem diretamente ligados à dignidade da pessoa humana e, portanto, passíveis de serem exigidos a qualquer tempo, independentemente da existência de regulamentação infraconstitucional ou de atendimento prévio a procedimentos burocráticos. (BRASIL, STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 727.864, Ministro Celso de Mello, 2014)

Enfatizou que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos sociais qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa e que a intervenção jurisdicional será justificada sempre que ocorrer arbitrária recusa governamental em conferir significação real aos direitos sociais ou, também, a partir de indevida manipulação de atividade financeira e/ou político-administrativa com o ilegítimo 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. (BRASIL, STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 727.864, Ministro Celso de Mello, 2014).

Entretanto, em que pese o entendimento da Suprema Corte ser no sentido de que há uma obrigação inarredável do Estado em tornar efetivos os direitos sociais, é preciso reconhecer que a tarefa dos julgadores não é isenta de consideráveis dificuldades, visto que os direitos fundamentais sociais são:

em sua grande maioria, normas jurídicas de feição principiológica, dotadas de certa imprecisão terminológica e boa dose de abertura semântica, e que determinam um estado de coisas a ser atingido progressivamente pelos seus destinatários, embora sem apontar especificamente os caminhos a serem seguidos” (OLSEN, 2014, p. 914).

Assim os direitos fundamentais sociais, embora reconhecidamente dotados de eficácia, quando submetidos ao exame do Judiciário exigem uma necessária ponderação diante dos elementos apresentados pelo caso concreto (OLSEN, 2014, p. 914).

Em outras palavras, embora esta classe de direitos fundamentais exibam, desde o início, a possibilidade de produzirem efeitos jurídicos (eficácia), a realidade ou os elementos do caso concreto impõem dificuldades que limitam ou, até mesmo, impedem a produção desses efeitos (efetividade) (KRELL, 2002, P. 35 *apud* OLSEN, 2014, P. 915).

Sem o intuito de impedir a importante difusão dos recursos públicos destinados ao oferecimento de prestações aos cidadãos, surgiram debates voltados para os problemas acarretados pela competência dada ao Poder Judiciário, e por ele assumida, de decidir sobre a concessão aos demandantes de direitos sociais em face da impossibilidade fática da plena universalização (VERONESE, 2009, p.366).

São debates que buscam responder a questionamentos como estes:

...será que o Poder Judiciário – cujos membros não são eleitos, nem respondem politicamente perante o povo – possui as credenciais democráticas para interferir nestas escolhas feitas pelo Legislativo e Executivo sobre quais gastos priorizar, em face da escassez de recursos? Até que ponto as suas intervenções favorecem, de fato, os mais excluídos? Terá o Judiciário condições de atuar de modo racional e eficiente neste campo, que envolve o controle de políticas públicas, cuja formulação e implementação requerem *expertise*?(SARMENTO, 2009, p. 374).

No atual contexto brasileiro, estas questões assumem importante relevo e evocam profundas discussões doutrinárias que não serão abordadas neste trabalho, todavia, não se pode ignorar o fato de que com o aumento exponencial de demandas judiciais reivindicando direitos sociais a serem prestados pelo Estado e a conseqüente destinação de parte significativa dos orçamentos públicos para o cumprimento destas decisões, constata-se, com certa frequência, que decisões equivocadas – ainda que quase sempre muito bem intencionadas -, podem comprometer políticas públicas importantes, drenar recursos escassos e criar privilégios não universalizáveis (SARMENTO, 2009, p. 374)

Levantamentos efetuados por pesquisas e estudos doutrinários indicam que a atuação judicial voltada à concretização de direitos sociais, muito embora imprescindível, não deve se dar sem a adoção de parâmetros que tornem a prestação jurisdicional mais

racional. Estes parâmetros dividem-se em materiais e processuais (SOUZA NETO, 2009, p. 152).

No que se refere à vertente processual, é pugnada a reformulação e a ampliação do uso da tutela coletiva de direitos, bem como a preferência por ações coletivas em detrimento de ações individuais e pela atribuição do ônus da prova à administração pública sempre que esta alegar insuficiência de recursos aptos a suprir a demanda, defesa que se convencionou denominar de “reserva do possível” (VERONESE, 2009, p.368).

A priorização das ações coletivas podem trazer os seguintes benefícios:

a. Garantia de universalização da prestação de direitos sociais, atendendo não somente os envolvidos no processo, mas todos aqueles que se encontrem nas mesmas condições.

b. As ações coletivas podem desorganizar menos a administração pública, pois não haverá centenas ou até milhares de decisões particulares condicionando, desordenadamente, a atuação administrativa.

c. As ações coletivas permitem discussões mais cuidadosas acerca dos aspectos técnicos envolvidos.

d. O cidadão pode ser estimulado a se mobilizar para uma ação política conjunta, principalmente por meio de associações da sociedade civil.

e. A priorização das ações coletivas pode evitar que apenas os cidadãos com acesso à justiça sejam os destinatários de determinadas prestações sociais (SOUZA NETO, 2009, p.160/1).

Em suma, este parâmetro processual poderia ser assim formulado: “Como regra geral, as demandas por prestações sociais devem ser veiculadas através de ações coletivas, facultando-se o acesso direto aos litigantes individuais apenas excepcionalmente” (SOUZA NETO, 2009, p.160/1).

Um segundo parâmetro processual, imbricado ao anterior, seria a adoção de uma regra geral de apenas proferir decisões em ações individuais quando houvesse risco de dano irreversível ou quando a Administração Pública deixasse de cumprir a lei ou não entregasse as prestações que se comprometeu a prover em seus próprios programas (SOUZA NETO, 2009, p. 161).

A atribuição à administração do ônus da prova de que não tem recursos para prover a prestação é um terceiro parâmetro processual. Neste caso, se a Administração Pública conseguir provar a inexistência de recursos aptos à universalização de determinada prestação, caberia ao magistrado decidir pelo não provimento da demanda, muito embora legitimado para determinar a providência requerida. (SOUZA NETO, 2009, 162/3).

Finalmente, no que se refere à dimensão processual, a doutrina formula, ainda, não propriamente um parâmetro de decisão, mas uma diretriz institucional para a atuação do Judiciário, enunciado nos seguintes termos:

As decisões que determinam a entrega de prestações públicas devem ser constituídas a partir de um diálogo que envolva não apenas as partes formalmente incluídas no processo, mas também a ampla gama de profissionais e usuários que se inserem no contexto em que a decisão incidirá. (SOUZA NETO, 2009, 163)

Sob esta diretriz, o magistrado, antes de decidir, deverá observar, com cautela, as consequências práticas que o seu provimento poderá produzir, mediante o aprofundamento do diálogo com a sociedade e com as outras instituições e evitando se restringir apenas às partes formalmente envolvidas no processo (SOUZA NETO, 2009, 163).

Por outro lado, em face da impossibilidade de que o Judiciário possa concretizar todos os direitos sociais em máxima amplitude, torna-se necessária a verificação de quais seriam os limites da intervenção judiciária. Para isso, foram formulados sete parâmetros materiais a permear a tarefa judicante (SOUZA NETO, 2009, 152/60)..

Em primeiro lugar, a atuação judicial na concretização dos direitos sociais deveria se circunscrever à esfera da fundamentalidade material, ou seja, deveria garantir as condições necessárias para que cada indivíduo possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida e de participar do processo de formação da vontade coletiva (SOUZA NETO, 2009, 153).

Nesses termos, a fundamentalidade material dos direitos sociais abarcaria não somente o provimento dos meios de subsistência para realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada), mas também a igualdade de oportunidades para agir no processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública) (SOUZA NETO, 2009, 153).

Veronese ao discorrer acerca deste parâmetro pugna que a proteção advinda do Poder Judiciário estaria restrita à proteção das “condições para liberdade”, do “mínimo existencial” e das “condições necessárias para a cooperação democrática”. Em outras palavras, a intervenção judicial deveria se dar até o limite da concretização da dignidade da pessoa humana (VERONESE, 2009, p. 366).

O segundo parâmetro, afirma que em face da escassez de recursos, as decisões deveriam, em regra, priorizar a garantia dos direitos sociais aos mais pobres ou, aos demandantes sem condições de arcar, com suas próprias forças, com os custos de determinada prestação (SOUZA NETO, 2009, 156/7).

Por sua vez, o terceiro parâmetro é formulado nos seguintes termos:

Os direitos sociais só são judicialmente exigíveis quando a prestação requerida for passível de universalização entre os que não podem arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas (SOUZA NETO, 2009, 157/8).

Significa dizer que, nas decisões, o Poder Judiciário deveria analisar a possibilidade de universalização da medida e assim, evitar que, em franca violação ao

Princípio da Igualdade, a prestação de um direito fosse dirigida a apenas um indivíduo ou a um pequeno grupo (VERONESE, 2009, p. 369).

O quarto parâmetro seria um dever do magistrado em considerar o sistema de direitos sociais em sua unidade, ou seja,

verificar a relação que o direito mantém com o restante dos direitos sociais também garantidos pela ordem constitucional brasileira. O fundamental é a garantia de uma vida digna, não necessariamente a garantia da incidência do teor literal de todos os preceitos de direito social (SOUZA NETO, 2009, 158).

Por serem os direitos sociais, em diversos contextos, intercambiáveis, o magistrado, ao examinar um pedido por prestações públicas, conceberia os direitos sociais como unidade que se constituiria em torno da noção de hipossuficiência e dignidade humana. O magistrado não verificaria a observância de um direito social em espécie, mas se estão sendo garantidas condições dignas de vida para os hipossuficientes (SOUZA NETO, 2009, p. 158).

O quinto parâmetro estabelece que o Poder Judiciário deveria preferir a opção técnica previamente implementada pela Administração em relação à apresentada pelo demandante, evitando compelir o Estado ao fornecimento de prestações diferentes para o enfrentamento do mesmo problema (VERONESE, 2009, p. 369).

Importante destacar que as opções técnicas da administração e do legislador terão prioridade quando a solução apresentada existir previamente ao ajuizamento da ação, como política pública já institucionalizada, pois a “apresentação casuística de soluções técnicas pelo Estado reduz a sua confiabilidade e lhes retira as vantagens comparativas relativamente às propostas pelo demandante” (SOUZA NETO, 2009, p. 159).

O sexto ou penúltimo parâmetro estabelece que, entre diversas opções eficazes, o Judiciário deveria optar pela mais econômica ou que demande menor gasto de recursos públicos (SOUZA NETO, 2009, p. 159/60).

O sétimo e último parâmetro estabelece uma variação da intensidade do atuar jurisdicional a depender dos níveis de investimento em políticas sociais. Nestes termos, se há investimento consistente em políticas sociais, a intervenção judicial deveria ser mais moderada. Por outro lado, se não há investimento em políticas sociais, caberia um controle judicial mais intenso. A maior ou menor intervenção judicial dependeria do grau de execução efetiva do orçamento no campo social (SOUZA NETO, 2009, p. 160).

Dito de outro modo, o contexto deveria ser considerado pelo julgador. Assim, na hipótese de já existir uma política efetiva de concretização de direitos sociais, deveria o Poder Judiciário se auto-restringir, exercendo um maior ativismo apenas quando diante de uma patente omissão estatal. (VERONESE, 2009, p. 369).

A utilização destes parâmetros em face de um cenário em que escassez de recursos e gastos públicos crescentes integram o cotidiano vivido pelos gestores públicos poderia ser parte de uma solução satisfatória diante da impossibilidade material de concretizar todos os direitos sociais prestacionais a um grau máximo, e que obriga o Estado, não raro, a confrontar-se com verdadeiras “escolhas trágicas”⁴, tendo que eleger prioridades dentre várias demandas de igual legitimidade (SARMENTO, 2009, p. 373/4).

Com efeito, quando o Poder Judiciário concede a alguém uma determinada prestação a ser cumprida pelo Estado, concomitantemente, esta mesma decisão envolve a desalocação de recursos públicos de outras áreas igualmente prioritárias (SARMENTO, 2009, p. 373/4), fato que revela a necessidade de que seja feita uma escolha não apenas técnica, mas também política.

A despeito da dificuldade do problema enfrentado pelos magistrados, decisões judiciais mais recentes notadamente na área de saúde, apontam para uma alteração jurisprudencial que revela a manutenção da preocupação do Poder Judiciário em garantir os direitos sociais, porém, com um maior desvelo para a aplicação dos recursos públicos.

⁴ Segundo CALABRESI e BOBBIT (1978 *apud* SARMENTO, 2009, p. 374, para referir-se às difíceis opções alocativas que devem ser realizadas num ambiente de escassez de recursos.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, algumas decisões recentes apontam para um entendimento de que os recursos públicos devem ser utilizados com economicidade e equidade.

Em decisão monocrática, na Medida Cautelar em Suspensão de Tutela Antecipada n. 748, o então Presidente da Suprema Corte, Ministro Joaquim Barbosa determinou a suspensão liminar da execução de um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas que, por sua vez, havia determinado o bloqueio de recursos para a realização de um procedimento médico não inserido nos protocolos clínicos do Sistema Único de Saúde (SUS), proposto por médico particular e que não tinha sido objeto de consulta prévia a médicos do SUS com o objetivo de encontrar alternativa menos onerosa.

Nas razões de decidir, o Ministro considerou vários dos parâmetros desenvolvidos pela doutrina e expostos neste trabalho. Assim, é possível perceber na decisão a preferência pela opção técnica já implementada pela administração, bem como pela alternativa mais econômica possível e que não prejudique as ações destinadas aos mais necessitados (BRASIL, STF, Medida Cautelar em Suspensão de Tutela Antecipada n. 748, Relator Ministro Presidente Joaquim Barbosa, 2014)

Revela, ainda, ser uma injustiça com os outros cidadãos a concessão de tratamento a apenas um indivíduo cujo valor provocaria abalos injustificáveis às finanças do Município. Destaca a importância de que tratamentos custeados com recursos públicos sigam protocolos definidos pelo SUS e aponta não ser razoável que todo e qualquer tratamento ou recomendação médica deve ser atribuído ao Estado, sendo necessário que o Poder Judiciário apenas intervenha nas políticas públicas de saúde quando estas inexistirem ou flagrantemente se apresentarem insuficientes ao atendimento das necessidades da população, em caráter geral, e, apenas em casos excepcionais, por uma questão de ponderação entre princípios, quando ocorrer o iminente risco de vida ou de dano irreversível à saúde do paciente (BRASIL, STF, Medida Cautelar em Suspensão de Tutela Antecipada n. 748, Relator Ministro Presidente Joaquim Barbosa, 2014).

Cabe destacar que esta decisão teve extensão de efeitos para dois casos análogos que envolviam o mesmo requerente, ambos decididos pelo Ministro Presidente Ricardo Lewandowski, sucessor de Joaquim Barbosa na Presidência do Pretório Excelso. Em suas alegações, o Ministro consignou que, em nome dos princípios da economicidade e da eficiência, o custeio de tratamentos com recursos públicos exige a demonstração da necessidade e da ineficácia de outras alternativas (BRASIL, STF, Extensão e Segunda Extensão na Suspensão de Tutela Antecipada n. 748, Relator Ministro Presidente Ricardo Lewandowski, 2015) .

Assim, pelo exposto até aqui, resta claro que o Poder Judiciário vem aperfeiçoando muito a sua ação em prol da efetivação dos direitos fundamentais sociais sem descuidar do necessário cuidado com recursos públicos escassos.

Nesta tarefa, não deve dispensar, mas exigir, a contribuição efetiva de outros atores políticos e sociais, como por exemplo, do Ministério Público, das agências reguladoras e dos Tribunais de Contas, de tal sorte que sejam maximizadas a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais, pois

... quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 31/2 e 37.).

Passa-se nos próximos capítulos a examinar mais detidamente dois parâmetros aptos a orientar, não só a atuação judicial, mas também a administração das políticas públicas em geral, de modo a otimizar a efetividade dos direitos sociais e minimizar os problemas da escassez de recursos.

Como visto não são os únicos parâmetros a orientar a atuação jurisdicional e administrativa, mas se notabilizam por serem critérios mais amplamente discutidos pela

doutrina jurídica e, portanto, mais presentes na doutrina e jurisprudência. São eles: a reserva do possível e o mínimo existencial.

2. DOIS PARÂMETROS ORIENTADORES DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: A RESERVA DO POSSÍVEL E O MINÍMO EXISTENCIAL

Dentro dos limites impostos a uma monografia de especialização, as próximas duas seções dedicam-se a demonstrar as origens e os significados das noções de “reserva do possível” e de “mínimo existencial”.

2.1. DA RESERVA DO POSSÍVEL

A doutrina constitucionalista é uníssona em afirmar que a noção moderna da expressão “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*), na acepção que a conceitua como o direito que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, tem origem em jurisprudência oriunda do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Porém, antes de adentrar na noção moderna da expressão, é oportuno destacar que a origem da ideia assenta-se no princípio medieval *Secundum Vires*, segundo o qual caberiam às comunidades nutrir convenientemente seus habitantes pobres ou necessitados, na proporção de seus recursos (*Ut unaquaeque civitas pauperes et egenos incolas alimentis congruentibus pascat secundum vires*), conforme registram os anais do II Concílio de Tours, ocorrido na cidade francesa homônima, no ano de 576 d.C (SGARBOSSA, 2009, p. 75).

Nesse sentido, é possível afirmar que “a corrente de pensamento que condiciona o direito à proteção social à disponibilidade de recursos provém de longa data, e que sua longa história pode ser traçada através dos tempos até o pensamento contemporâneo” (SGARBOSSA, 2009, p. 76).

Contudo, há quem aponte origens ainda mais remotas da ideia da reserva do possível, como na concepção nascida do direito romano de que a obrigação impossível não

pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est*) (BRASIL,STJ, Recurso Especial n. 1.185.474, Relator Ministro Humberto Martins, 2010).

Vale registrar que a fórmula romana de tornar nulas as obrigações impossíveis foi posteriormente reconhecida e incorporada à compilação de Justiniano, levada a cabo no século VI d.C (LOPES, 2008, p.178).

Feitas as observações concernentes às origens remotas da construção jurisprudencial que se convencionou, na contemporaneidade, denominar-se de reserva do possível, volta-se agora à noção moderna oriunda dos precedentes do Tribunal Constitucional Alemão que conheceu notável disseminação e recepção pela doutrina e jurisprudência de vários países, dentre eles, o Brasil.

Muito embora na Alemanha a educação não seja considerada um direito constitucionalmente consagrado, o Tribunal Constitucional daquele país, ao versar sobre o direito de acesso ao ensino superior, no paradigmático *numerus clausus I* (BVerfGE 33, 303), julgado em 1973, entendeu que a despeito de a liberdade de escolha profissional exigir, em alguma medida, o acesso ao ensino universitário, o direito à educação superior se submete à reserva do possível, “no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade” e que a limitação deve ser avaliada em primeira linha, pelo legislador (SARMENTO, 2009, p. 375).

Nestes termos, o significado dado pelo Tribunal à expressão foi o de que mesmo o Estado dispondo de recursos suficientes ao atendimento de uma demanda, não se pode obrigá-lo a prestar algo que desborde os limites do razoável. Assim, não haveria como o Judiciário impor uma determinada prestação em benefício de alguém que efetivamente não fizesse jus ao benefício por dispor de recursos próprios e suficientes para adquiri-lo. (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 30).

Dito de outro modo, o emprego da expressão “reserva do possível”, serviu para se sustentar que não é possível conceder aos indivíduos tudo o que pretendem, pois há pleitos cuja exigência não é razoável.

Na mesma decisão, ao se referir à capacidade financeira estatal e à escassez de recursos, aquele Tribunal entendeu ser uma afronta à justiça social beneficiar-se apenas uma parte da população em prejuízo de outros importantes interesses da coletividade. (SCHWABE, 2005, p. 664 *apud* FALSARELLA, 2013, p. 48).

O entendimento foi reiterado na denominada *Decisão sobre as universidades ou Hochschul-Urteil* (BVerfGE 35, 79), também de 1973, e, posteriormente, reafirmado no julgamento alcunhado *numerus clausus II* (BVerfGE 43, 291), de 1977 (SGARBOSSA, 2009, p. 75).

A despeito das diferenças entre os três julgamentos, todos advertem que as expectativas em relação ao que a sociedade pode fornecer ao indivíduo devem se pautar pela racionalidade, pela razoabilidade e pela proporcionalidade. (SGARBOSSA, 2009, p. 86).

Aquele tribunal formulou ser dever do julgador afastar “as interpretações excessivamente extensivas de pretensos direitos subjetivos individuais - razão do apelo à cláusula da igualdade e do Estado Social.” Registre-se, também, que as decisões se deram em um contexto de uma “tendência à hipertrofia das demandas dos cidadãos em face do Estado” e que coube àquela Corte “limitá-las através do recurso à razoabilidade e à racionalidade como balizas dos referidos pleitos.” (SGARBOSSA, 2009, p. 86).

Sob este ponto de vista, a noção de reserva do possível tal qual originariamente formulada refere-se a um limite às pretensões dos indivíduos em termos do que é razoável exigir do Estado e, não

(...), toda restrição à realização de direitos fundamentais sociais baseada em escassez de recursos, seja esta compreendida como inexistência ou insuficiência econômica (real) dos recursos, seja compreendida como indisponibilidade jurídica dos mesmos, por força da legislação orçamentária. (SGARBOSSA, 2009, p.90)

No entanto, o modelo construído pela Justiça Alemã, dentro de contextos histórico, econômico, social, político-filosófico e jurídico específicos daquele país, ao se difundir, produziu compreensões que se afastaram do sentido originário (SGARBOSSA, 2009, p. 89/90).

Na doutrina brasileira, a maior parte dos estudos acerca da ideia de reserva do possível não se refere ao aspecto da razoabilidade da pretensão, mas tão somente à disponibilidade ou não de recursos (FALSARELLA, 2013, p.50), em um fenômeno de verdadeira mutação conceitual (SGARBOSSA, 2009, p. 88).

Assim, em face desta mutação, ou até mesmo deformação do sentido originário (SGARBOSSA, 2009, p. 88), qual seria a noção da reserva do possível para a jurisprudência nacional mais recente e para a doutrina contemporânea?

Em uma primeira aproximação e sob a perspectiva puramente econômica, a reserva do possível seria para o direito, o correspondente da expressão “limite do orçamento” usada pelos economistas, com significados idênticos, qual seja, “todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral”. (SCAFF, 2008, p. 169)

Em uma compreensão mais ampla da ideia, a reserva do possível apresentaria, três dimensões nos seguintes termos:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c)

já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (SARLET, 2012, p. 288)

Em complemento ao conceito tridimensional, para que se alcance a máxima eficácia e efetividade dos direitos sociais de cunho prestacional, todas as dimensões relacionadas precisam ser sistematicamente equacionadas à luz da Constituição Federal, para que não se constituam em óbices aos direitos sociais e sim como elementos garantidores daqueles direitos. (SARLET, 2012, p. 288).

Sob o aspecto da disponibilidade financeira ou de recursos, a cláusula da reserva do possível seria uma espécie de limite fático de direitos que, sob certas circunstâncias, também poderia atuar como garantia de direitos fundamentais, por exemplo,

na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. (SARLET, 2012, p. 288)

Nesta linha de argumentação, a reserva do possível fática corresponderia à efetiva disponibilidade de recursos tendentes à satisfação de um direito fundamental prestacional. (SARMENTO, 2009, p. 375.)

Um outro raciocínio acerca do componente fático da reserva do possível afirma que seria uma condição de realidade que determinaria a sujeição dos direitos fundamentais aos recursos existentes, ou ainda, uma restrição aos direitos fundamentais, visto que conformados pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (OLSEN, 2014, p. 921).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, na primeira vez em que a expressão foi ventilada na jurisdição constitucional brasileira, parece ter adotado uma aceção da reserva do possível com duas dimensões: a fática e a da razoabilidade da

pretensão, conforme trecho da decisão do Ministro Celso de Mello na Medida Cautelar em Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental n.45/DF:

(...)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. (...)

(BRASIL, STF, Medida Cautelar em Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, Relator Ministro Celso de Mello, 2004).

Em raciocínio com cunho universalizador, a reserva do possível sob o aspecto fático poderia ser entendida também como “a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes”. (SARMENTO, 2009, p. 378)

Sob esta perspectiva, os direitos fundamentais também são sujeitos a limites não sendo razoável a pretensão a um benefício ou a uma prestação fornecida com recursos públicos que não possa ser disponibilizada a todos os indivíduos necessitados, ou seja, que não possa ser universalizada.

Dito de outro modo, um indivíduo, por exemplo com um problema de saúde, não pode pretender, em um país como o Brasil, ainda tão desigual e carente de recursos, tratamento no exterior para uma enfermidade, se existir, por exemplo, possibilidade de tratamento pelo Sistema Único de Saúde ou se tiver recursos suficientes para o custeio das despesas médicas sem prejuízo à sua subsistência e a de sua família ou, ainda, se o tratamento demandado não puder ser universalizado.

No tocante à perspectiva de universalização, se no mesmo exemplo este portador de doença grave

postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o erário. A pergunta correta a ser feita, segundo tal entendimento, é sobre a razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontrem em situação similar à do autor. Trata-se, em suma, de avaliar a legitimidade constitucional de uma omissão em matéria de política pública, o que demanda “um olhar focado não só na árvore, mas em toda a floresta.” (SARMENTO, 2009, p. 378)

Vale destacar que esta perspectiva já foi utilizada pela Suprema Corte ao versar sobre o direito fundamental à saúde, conforme trecho da decisão da Ministra Ellen Gracie, quando presidente do STF, na Suspensão de Segurança n. 3073, não grifado no original:

(...)

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. **No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.** Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constatado, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, “o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo” (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. (BRASIL, STF, Suspensão de Segurança n. 3073, Relatora Ministra Ellen Gracie, 2007)

Um outro aspecto do desdobramento fático da reserva do possível vem a ser o entendimento desta cláusula quanto ao aspecto processual. Com efeito, o entendimento majoritário é de que a reserva do possível é matéria de defesa. Todavia, o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos prestacionais, assim como da eficiente aplicação dos recursos cabe ao poder público (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 32).

Assim, não basta que o Estado invoque genericamente a reserva do possível para se opor à concessão judicial de prestações sociais ou 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, conforme claramente consignado na decisão monocrática da lavra do Ministro Celso de Melo da Suprema Corte, na já citada Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, não grifada no original:

(...)

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.**

Cumpra 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. (...)

(BRASIL, STF, Medida Cautela em Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, Relator Ministro Celso de Mello, 2004).

Uma outra série de considerações à respeito da reserva do possível refere-se à existência de uma dimensão jurídica, ou como já dito alhures, à disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, em íntima conexão com a distribuição das receitas e

competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, bem como o equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo. (SARLET, 2012, p. 288)

A limitação jurídica ou a reserva do possível jurídica diz respeito à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer com os respectivos custos envolvidos ou a identificação do embasamento legal que permite ao Estado efetuar os gastos necessários à satisfação da prestação reclamada, ou seja, se há previsão orçamentária autorizadora de uma despesa (SARMENTO, 2009, p. 375 e 379/80).

Em outras palavras, o componente jurídico da reserva do possível vem a ser a capacidade de o Estado

mesmo possuindo meios financeiros, poder dispor dos recursos existentes. Desse modo, o ente público, além de possuir a capacidade material (limite fático) deverá ter a possibilidade jurídica de disposição desses bens. Isso significa que o gasto com o direito prestacional deverá estar previsto no orçamento público anual. Neste caso, mesmo tendo a Administração Pública possibilidade financeira de prestar o direito, se o gasto não estiver previsto em Lei Orçamentária, não poderá dispor daquele valor. (GLOECKNER, 2013).

Portanto, a dimensão jurídica da reserva do possível apenas traduziria a conformação da atuação administrativa ao Princípio da Legalidade, não havendo como incorrer em despesas sem prévio empenho, sem processo administrativo que o embase, sem prévio procedimento licitatório, entre outras exigências de direito público que informam o agir da administração pública.

Outra linha de pesquisa refere-se à possibilidade de o Poder Judiciário determinar a realização de gastos para a satisfação de direitos sociais sem previsão orçamentária com a exclusão, portanto, do limite jurídico da reserva do possível (SARMENTO, 2009, p. 380). Em que pese a importância do assunto para o delineamento da teoria da reserva do possível, este trabalho não adentrará o complexo debate por refugir ao escopo pretendido.

Em conclusão a esta breve exposição, um conceito constitucionalmente adequado de reserva do possível consentâneo com o delineado nas decisões do Tribunal Constitucional Alemão e que, ao mesmo tempo, contempla a noção de disponibilidade de recursos pode ser o de **“teto das prestações sociais devidas por um Estado”**. (SGARBOSSA, 2009, p. 232).

Pode-se entender como teto a efetiva disponibilidade física e jurídica de recursos. A qualificação das prestações sociais como devidas implica o que é razoável exigir do Estado.

A construção conceitual além de se aproximar da acepção delineada pelos julgados do Tribunal Constitucional Alemão, não despreza a realidade da maioria dos Estados modernos, premidos por muitas obrigações e com orçamentos apertados.

Poderíamos complementar o conceito com a observação de que o teto pode se alterar a depender da situação econômica de determinado Estado em determinada época. O progresso econômico de um Estado pode redundar em um leque de serviços mais amplo, eventuais crises econômicas podem implicar redução de serviços postos à disposição dos cidadãos.

Por fim, a este teto estaria contraposto um piso que se denomina de mínimo existencial (SGARBOSSA, p. 232), a ser definido no próximo item.

2.2. DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Assim como a ideia da reserva do possível, o mínimo existencial ou a noção de um direito fundamental “às condições materiais que assegurem uma vida com dignidade” tem raízes na Alemanha, país de onde surgiu a primeira elaboração dogmática e um relativamente precoce reconhecimento jurisprudencial (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 18).

Em 1954, o alemão Otto Bachof foi o primeiro jurista de renome a considerar

que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também, um mínimo de segurança social, já que, sem recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida. (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 19).

Cerca de um ano após a formulação de Bachof, a construção doutrinária do mínimo existencial mereceu reconhecimento judicial por meio do então recém constituído Tribunal Federal Administrativo da Alemanha. O *Bundesverwaltungsgericht*, por meio da decisão BVerwGE 1, 159 (pp. 161 e ss), reconheceu

um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência. (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 19).

Transcorridas duas décadas da decisão do Tribunal Administrativo Federal, foi a vez do Tribunal Constitucional Federal, em 1975, por meio da decisão BVerfGE 40, 121 (133), consagrar

o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Da argumentação desenvolvida ao longo desta primeira decisão, extrai-se o seguinte trecho: “certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na

comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais. (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 19/20).

Importante observar que os elementos essenciais desta decisão foram chancelados em outros arestos daquela Corte Constitucional, vindo a ser definitivamente reconhecido, pela justiça daquele país, o *status* constitucional da garantia ao mínimo existencial.

Por sua vez, a doutrina alemã entende que

a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações.

Neste sentido, o indivíduo deve poder levar uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o direito à assistência social – considerado, pelo menos na Alemanha e, de modo geral, nos países que integram a União Europeia, a principal manifestação da garantia do mínimo existencial – alcança o caráter de uma ajuda para a auto ajuda (*Hilfe zur Selbsthilfe*), não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas a sua proteção e promoção. (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 20).

De se ressaltar que a doutrina e a jurisprudência alemãs convergiram no sentido de que a dignidade da pessoa humana não é passível de quantificação e que a fixação de um valor para a prestação assistencial capaz de garantir as condições existenciais mínimas condiciona-se ao padrão socioeconômico vigente e às expectativas e necessidades do momento (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 20).

Feitas estas breves considerações sobre a origem doutrinária e jurisprudencial do mínimo existencial, este pode ser conceituado como um direito fundamental, um critério material de garantia da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais sociais (*sozialengrundrechte*) e um limite à liberdade de conformação do legislador (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 18, 12 e 23).

Quanto à liberdade de conformação do legislador, é importante esclarecer que esta liberdade encontra o seu limite quando o poder legiferante desprezar o mínimo existencial para uma dada sociedade. Em outras palavras, em face da obrigação do Estado de assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna, não pode o legislador deixar de produzir as normas que permitirão o cumprimento das prestações vinculadas ao mínimo existencial, tais como, a forma de prestação, montantes, condições de fruição, entre outros aspectos de mesma relevância (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 23).

Ultrapassado este limite, ao Judiciário, caso provocado, não haverá outra alternativa que não seja intervir nas políticas públicas para que seja garantido o direito ao mínimo existencial, conforme transcrição da ementa do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410.715, que tramitou na Suprema Corte com relatoria do Ministro Celso de Mello:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - **Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente**

vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. Grifei.

(BRASIL, STF, Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 410715, Relator Ministro Celso de Mello, 2005)

O mínimo existencial pode, ainda, ser considerado como um patamar de exigibilidade de direitos fundamentais (OLSEN, 2014, p. 931), abaixo do qual não há concretização da dignidade humana, e uma condição de possibilidade da fruição de outros direitos, inclusive de direitos de 1ª geração, como é o direito geral de liberdade (SGARBOSSA, 2009, p. 204).

Pode ser definido também como as condições mínimas que o indivíduo necessita para viver dignamente, consideradas as peculiaridades materiais e normativas de quem pugna pela prestação e as especificidades do caso concreto. (SILVA, 2010, p. 178/180) e como o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral cujo conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública (BARROSO, 2010, p. 26).

A Suprema Corte brasileira também empreendeu esforços para conceituar o que é o mínimo existencial, conforme definição extraída do voto da Ministra Carmem Lúcia, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3768, a seguir reproduzida e não grifada no original:

(...) o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais ... que garantem que o princípio da dignidade humana dota-se de conteúdo determinável (conquanto não determinado abstratamente na norma constitucional que o expressa), de vinculabilidade em relação aos poderes públicos, que não podem atuar no sentido de lhe negar a existência ou de não lhe assegurar a efetivação, de densidade que lhe concede conteúdo específico sem o qual não se pode afastar o Estado.

(BRASIL, STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3768, Ministra Relatora Carmen Lúcia, 2007)

No primeiro ensaio acerca do tema, produzido pouco tempo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 18), Ricardo Lobo Torres aponta o mínimo existencial como um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção estatal. Ao constatar que o referido direito não possui dicção constitucional própria, afirma que os seus fundamentos encontram-se na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão. (TORRES, 1989, p. 29).

Pondera também que muito embora não tenha um conteúdo específico, o mínimo existencial pode abranger qualquer direito em sua dimensão essencial e inalienável e não passível de mensuração por se tratar de uma construção que envolve mais o aspecto qualitativo do que o quantitativo. (TORRES, 1989, p. 29).

Em complemento, afirma aquele autor que a noção de mínimo existencial confunde-se com a própria questão da pobreza, que pode ser absoluta e neste caso obrigatoriamente combatida pelo Estado, ou relativa, a ser minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias. (TORRES, 1989, p. 29).

A grande quantidade de conceitos relacionados ao mínimo existencial acusa a relativa facilidade de defini-lo em termos gerais. Todavia, a tarefa de conceituar o direito ao mínimo existencial em termos mais precisos reveste-se de extrema complexidade (LEIVAS, 2008, p. 135 *apud* SGARBOSSA, 2009, p. 204) e revela a inexistência de

consenso doutrinário acerca de qual seria o conteúdo concreto da categoria jurídica aberta denominada de mínimo existencial.

A despeito das dissensões doutrinárias acerca de quais direitos compõem o mínimo existencial, é quase unânime o entendimento de que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que o direito à sobrevivência física, indo além do limiar da pobreza absoluta. (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 21)

Neste sentido, há razoável consenso de que o mínimo existencial incluiria “pelo menos os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça”. (BARCELLOS e BARROSO, 2003, p. 61)

Pode-se afirmar também que a inserção de uma prestação no âmbito do mínimo existencial não pode ser feita abstratamente, de modo apriorístico e taxativo (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 26), sem considerar a condição específica de seu beneficiário. Um exemplo pode ilustrar a afirmação:

O fornecimento de um medicamento certamente integrará o mínimo existencial para aquele indivíduo que dele necessite para sobreviver, e não possua os recursos suficientes para adquiri-lo. Porém, o mesmo medicamento estará fora do mínimo existencial para um paciente que, padecendo da mesma moléstia, tenha os meios próprios para comprá-lo, sem prejuízo da sua subsistência digna. Trata-se, em suma, de saber até que ponto a necessidade invocada é vital para o titular do direito, aferindo quais seriam as consequências para ele da omissão estatal impugnada. (SARMENTO, 2009, p. 385)

De todo modo,

(...) ainda que a definição de um mínimo existencial possa variar, é possível reconhecer que determinadas prestações materiais incumbidas ao Estado pelo constituinte são essenciais para a manutenção da vida humana com dignidade. Sempre que a vida humana, e a personificação do homem (em contraposição à ideia de coisificação do homem) estiverem em risco, poderá o intérprete aquilatar a presença do mínimo existencial. (OLSEN, 2014, p. 318 *apud* SGARBOSSA, 2009, p. 207)

Importante ressaltar que a Suprema Corte brasileira não se furtou à tarefa de exemplificar quais prestações poderiam estar incluídas na noção do mínimo existencial, conforme excerto do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337/SP, conduzido pelo Ministro Celso de Mello, em julgamento realizado pela Segunda Turma daquela Corte, não grifado no original:

(...)

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o **direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.**

(BRASIL, STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639337, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, 2011).

Em outra ordem de ideias, para justificar a obrigação estatal de “assegurar as condições materiais mínimas de vida para as pessoas mais necessitadas” (ARANGO, 2005, p. 238/296 *apud* SARMENTO, 2009, p. 382/3), a teoria do mínimo existencial busca alicerces em pelo menos três fundamentos morais, dois deles instrumentais:

Os argumentos instrumentais são no sentido de que se trata de uma exigência necessária para [a] a garantia da liberdade real, ou [b] para a proteção dos pressupostos da democracia. O argumento não instrumental é o de que o atendimento das necessidades materiais humanas essenciais para a vida digna constitui um fim em si mesmo, e não um meio para obtenção de qualquer outra finalidade. (SARMENTO, 2009, p. 382/83).

O argumento de que o mínimo existencial garante a verdadeira liberdade apoia-se na ideia de que o não atendimento das condições materiais básicas impossibilita o exercício de qualquer outro direito. Para esta visão, a liberdade “não se esgota na ausência

de impedimentos externos à ação do agente, envolvendo também a possibilidade real do seu exercício” (SARMENTO, 2009, p. 383).

Por sua vez, o argumento que vê o mínimo existencial como um protetor dos pressupostos da democracia se baseia na ideia de que

a democracia não se confunde com o predomínio da vontade da maioria, exigindo a garantia de certos direitos que viabilizem a participação dos cidadãos no espaço público. Dentre os direitos garantidos, é necessário que figure a satisfação das necessidades materiais básicas das pessoas mais carentes, sem o que restaria comprometida a sua capacidade real de participar das deliberações adotadas na sociedade. (SARMENTO, 2009, p. 383).

Finalmente, para os que empregam o argumento de caráter não instrumental, o atendimento das necessidades humanas básicas é exigência autônoma da justiça, a se impor “independentemente das suas consequências para a promoção de outros objetivos, como a garantia da liberdade ou a promoção da democracia”. Sob esta perspectiva, o critério mais importante para impor a obrigação estatal de fornecer o mínimo existencial é a urgência e a gravidade das necessidades materiais, e não a importância para a realização de objetivos outros, por mais nobres que sejam, que deve ser o critério central da definição do mínimo existencial. (SARMENTO, 2009, p. 383/4).

Uma forma moralmente neutra de abordar a questão é tratar a exigência do mínimo existencial sob o ponto de vista jurídico identificando o seu fundamento normativo. Nesta perspectiva, o mínimo existencial reside no fundamento da dignidade da pessoa humana, “uma vez que tal princípio apela tanto à liberdade material, como à democracia e ao atendimento de necessidades básicas das pessoas”. (SARMENTO, 2009, p. 384).

Assim, já nas considerações finais deste capítulo, pode-se dizer que:

(...) o mínimo existencial desempenha um papel análogo ao legitimamente desempenhado pela reserva do possível, no âmbito do Estado Social constitucionalizado, mas em sentido oposto. Explica-se: se, por um lado, a reserva do possível representa, em sua conformação original (i. e.,

conforme o teor originário do precedente BVerfGE 33, 303) um limite máximo ou *teto* para o Estado Social, excluindo pretensões exageradas ou irrazoáveis, conforme já visto, por outro lado, o mínimo existencial desempenha o papel de um patamar mínimo ou *piso* para o Estado social, excluindo a omissão estatal que comprometa a *existência digna da pessoa*.(SGARBOSSA, 2009, p. 207/8).

O recurso à analogia, por meio de um conceito emprestado da geometria, permite enxergar o sistema de direitos fundamentais sociais como um plano delimitado por duas retas paralelas. A reta superior vem a ser a reserva do possível, a inferior, o mínimo existencial.

Ao Estado é vedada a possibilidade de fornecer menos direitos do que os previstos pela reta inferior, ou seja, menos do que o mínimo existencial. Ficar aquém desta reta é não trabalhar para um dos objetivos fundamentais da República consistente na erradicação da pobreza e da marginalização, nos termos do inciso III do artigo 3º da Constituição Federal.

Cabe salientar que o mínimo existencial é “definido pela lei, pela sociedade e pela jurisprudência. Esta última, somente atuaria quando houvesse uma lacuna normativa e enquanto ela não fosse suprida” (AGRA, 2012, p. 307), ou seja, qualquer atuação estatal abaixo do mínimo necessário para garantir a todos uma existência digna irá ensejar a atuação do Poder Judiciário.

No que se refere à reta superior, ou seja, à reserva do possível, cabe dizer que ao Estado, salvo ocorrência de justo motivo a ser aferido objetivamente, é vedado invocá-la enquanto não assegurado o mínimo existencial ou os direitos constitucionais impregnados de essencial fundamentalidade, conforme consignado pelo STF, na ADPF 45, em trecho que fundamenta diversos arestos da Suprema Corte e que já foi reproduzido neste trabalho.

Importante salientar que a teoria que embasa a noção da reserva do possível, mesmo sem assento constitucional, pode ser propícia à concretização dos direitos sociais quando usada para indicação dos recursos disponíveis, da infraestrutura organizacional disponível e da capacidade técnica e operacional disponibilizadas, impedindo o direcionamento temerário de recursos públicos. Mostrar-se-á prejudicial, no entanto, quando o seu uso se der como uma tentativa para encobrir escolhas políticas que excluem a ampla maioria da população ao recebimento de serviços que ajudou a produzir. (AGRA, 2012, p. 312)

Acima do mínimo existencial ou, na nossa analogia, da reta inferior, porém, a concessão de direitos sociais é competência da vontade legislativa adstrita à existência de recursos orçamentários (SARMENTO, 2009, p. 388).

Vale ressaltar que o Estado detém o poder/dever de promover a ascensão de qualquer uma destas retas à medida que as condições financeiras do Estado e os esforços de gestão permitirem. Todavia, em respeito ao princípio da vedação do retrocesso uma vez atingido um patamar superior de concretização dos direitos fundamentais, resta vedada a possibilidade de retroação a um nível inferior.

Por fim, vale repisar que a escassez de recursos sempre será um elemento determinante das possibilidades de atuação estatal. É realidade incontornável que as reservas orçamentárias sempre pautarão a efetivação dos direitos sociais prestacionais.

A escassez de recursos aliada à obrigação constitucional de garantir, ao menos, o direito ao mínimo existencial a todos que dele necessitem é cenário que permite a constatação da importância do controle das políticas públicas, a cargo não só do Poder Judiciário, conforme visto até este ponto do trabalho, mas também de outros “atores políticos e sociais, como é o caso do Ministério Público, das agências reguladoras, dos Tribunais de Contas” entre outros (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 37).

Constatado que o controle das políticas públicas depende não só da contribuição a cargo do Poder Judiciário, mas de outras instituições do Estado, prossegue este trabalho no exame de acórdãos do Tribunal de Contas da União com o objetivo de verificar se os parâmetros da reserva do possível e do mínimo existencial neles estão presentes e em que circunstâncias se apresentam.

3. OS PARÂMETROS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL NOS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

A primeira seção deste capítulo aponta a importância do Tribunal de Contas da União no controle da implementação de políticas públicas. É sucedido por mais duas seções dedicadas a identificar quais os contextos em que as expressões “reserva do possível” e “mínimo existencial são utilizadas nos acórdãos do Tribunal de Contas da União.

3.1. A IMPORTANCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NO CONTROLE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Seguindo uma tradição instituída desde a Carta Magna de 1934, a Constituição Federal de 1988 conferiu às Cortes de Contas papel de destaque na ação estatal de controle (RODRIGUES, 2014, p. 112).

Com amplas competências de fiscalização, a ação dos Tribunais de Contas abrange os aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade. Dentre as várias atribuições inseridas no artigo 70, cabe ao Tribunal de Contas da União e, no que couber, aos Tribunais de Contas dos demais entes federativos o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros públicos, bens e valores de toda a administração pública, bem como das contas de quem der causa a perda, extravio ou irregularidades que redundem em prejuízo ao erário.(BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 5 de outubro de 1988)

Por sua vez, os Ministros do Tribunal de Contas da União e, no que couber, os Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios devem, por expressa determinação constitucional, apresentar notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública e, ainda, pelo menos dez

anos de experiência profissional que tenha exigido os conhecimentos necessários à atividade de fiscalização. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 5 de outubro de 1988)

Assim, tomando-se como base o texto constitucional, as Cortes de Contas estariam, pelo menos no que tange às competências a elas atribuídas, entre as instituições estatais mais preparadas para “compreender em toda a sua complexidade o fenômeno multifacetado das políticas públicas”, pois, diferentemente da ação encetada pelos órgãos do Poder Judiciário, já partem de um “olhar mais amplo, contextualizado da administração pública”.(RODRIGUES, 2014, p. 111)

Com efeito, as Cortes de Contas exibem vocação muito mais acentuada para controlar políticas públicas do que o Poder Judiciário e

a análise que fazem, em certos aspectos, trazem muitas vantagens, como a celeridade do procedimento, a inversão do ônus da prova em relação ao gestor público (art. 70, parágrafo único, da CR/88; art. 113 da Lei n. 8.666/93; e 93 do Decreto-lei n. 200/67); a capacidade de criar título executivo a partir de seus julgados de que resultem imputação do débito e multa (art. 72, § 3º, da CR/88); a imposição de sanções graves como a multa proporcional ao dano causado ao erário (art. 71, inc. VIII, da CR/88), declaração de inidoneidade do licitante fraudador de licitação por até cinco anos (art. 46 da Lei n. 8.443/92), a inabilitação de cinco a oito anos para ocupar cargo em comissão ou função pública (art. 60 da Lei n. 8.443/92); além dos efeitos decorrentes do julgamento pela irregularidade de contas, sujeitos ao reconhecimento da inelegibilidade do gestor por até oito anos (art. 1º, inc. I, alínea “g”, da LC n. 64/90 com redação pela Lei n. 135/10).(RODRIGUES, 2014, p. 111)

Além disso, é preciso reconhecer que os Tribunais de Contas possuem, quando comparados com o Poder Judiciário, melhores

condições de analisar a chamada macro-justiça, posto que “sua atuação, via de regra, já se pauta pelo controle global da administração e não apenas de demandas individuais ou de grupos específicos. As Cortes de Contas detêm as informações relativas ao orçamento e à execução financeira bem como às prestações de contas dos gestores públicos (RODRIGUES, 2014, p. 114).

Por possuírem instrumentos de fiscalização “sem paralelo no Judiciário como as auditorias operacionais, que permitem controlar políticas públicas sob diversos enfoques e com a amplitude necessária” (RODRIGUES, 2014, p. 114), as ações dos Tribunais de Contas na gestão pública têm uma “probabilidade maior de evitar distorções que podem ser provocadas pelo Judiciário ao atuar em diversas demandas individuais e pulverizadas por diversos juízos” (RODRIGUES, 2014, p. 114).

Assim, sem retirar a essencialidade da atuação judicial caso o poder público não cumpra o dever de concretizar os direitos sociais e as circunstâncias exijam que determinado bem da vida seja concedido ao demandante, os Tribunais de Contas possuem um relevante papel no aperfeiçoamento e na correção da atuação estatal para a implementação destes direitos, pois do resultado de seu trabalho sairão contribuições para que o gestor público corrija os rumos de sua atuação para a efetiva satisfação dos direitos sociais, bem como municiarão os cidadãos com informações relevantes sobre a qualidade do gasto público, fomentando o controle social. (QUEIROZ, 2009, p. 64 e 76).

Partindo-se da premissa de que as Cortes de Contas são vocacionadas para o aperfeiçoamento da gestão pública e muito podem contribuir para a efetivação dos direitos sociais assegurados na Constituição e considerando o trajeto teórico percorrido no capítulo precedente, que optou por privilegiar dois parâmetros orientadores da intervenção judicial, este trabalho observou nos acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU) se as expressões “reserva do possível” e “mínimo existencial” são utilizadas e, em caso positivo, como são utilizadas.

O método consistiu no acesso ao sítio do TCU, entre os meses de janeiro a março de 2015, na rede mundial de computadores, e na utilização da ferramenta de pesquisa avançada de jurisprudência⁵. No campo “esta expressão ou frase exata” foram

⁵ O link é <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/PesquisaAvancada.faces?tipoConsulta=JURISPRUDENCIA>

digitadas as duas expressões com o retorno de 25 ocorrências para o termo “reserva do possível” e de 36 ocorrências para a expressão “mínimo existencial”.

No que se refere à expressão “reserva do possível”, em caráter supletivo, foram feitas inserções das expressões “reserva do economicamente possível” e “reserva do financeiramente possível”. Consideradas expressões sinônimas, a ação poderia redundar na obtenção de mais ocorrências de utilização, porém, a providência não logrou mais informações das que até então já haviam sido obtidas.

Os acórdãos que apresentaram uma ou outra expressão isoladamente ou as duas expressões concomitantemente são os apresentados nos quadros a seguir, o primeiro para a expressão “reserva do possível” e o seguinte para o termo “mínimo existencial”, ambos com as ocorrências distribuídas em ordem cronológica descendente e com a indicação em negrito dos acórdãos em que foram mencionadas as duas expressões:

OCORRÊNCIAS DA EXPRESSÃO “RESERVA DO POSSÍVEL”			
N. do Acórdão	Colegiado	Relator	Data da sessão
41/2015	Plenário	Raimundo Carreiro	21/1/2015
6982/2014	1ª Câmara	Weder de Oliveira	4/11/2014
2328/2014	Plenário	Marcos Bem Querer	3/9/2014
834/2014	Plenário	André de Carvalho	2/4/2014
3636/2013	Plenário	Raimundo Carreiro	10/12/2013
1215/2013	Plenário	Aroldo Cedraz	22/5/2013
2054/2013	2ª Câmara	André de Carvalho	16/4/2013
1610/2012	Plenário	Augusto Nardes	27/6/2012
356/2012	Plenário	André de Carvalho	15/2/2012
2945/2011	Plenário	Augusto Nardes	9/11/2011
5333/2011	2ª Câmara	José Jorge	26/7/2011
1893/2011	Plenário	José Jorge	20/7/2011
2146/2011	2ª Câmara	José Jorge	5/4/2011
2948/2010	Plenário	José Jorge	3/11/2010
1837/2010	1ª Câmara	José Jorge	13/4/2010
4770/2009	1ª Câmara	Valmir Campelo	1/9/2009
3470/2009	1ª Câmara	José Jorge	30/6/2009
1316/2009	Plenário	Valmir Campelo	17/6/2009
385/2009	Plenário	Benjamin Zymler	11/3/2009

2376/2008	Plenário	Guilherme Palmeira	29/10/2008
2811/2008	1ª Câmara	Augusto Nardes	2/9/2008
775/2008	2ª Câmara	Ubiratan Aguiar	1/4/2008
1087/2006	Plenário	Valmir Campelo	5/7/2006
725/2005	Plenário	Lincoln Magalhães da Rocha	8/6/2005
3090/2003	1ª Câmara	Augusto Sherman	2/12/2003

OCORRÊNCIAS DA EXPRESSÃO “MÍNIMO EXISTENCIAL”

N. do Acórdão	Colegiado	Relator	Data da Sessão
6982/2014	1ª Câmara	Weder de Oliveira	4/11/2014
2979/2014	2ª Câmara	André de Carvalho	24/6/2014
742/2014	1ª Câmara	Benjamin Zymler	25/2/2014
213/2014	Plenário	Augusto Sherman	5/2/2014
1306/2013	Plenário	Valmir Campelo	29/5/2013
1215/2013	Plenário	Aroldo Cedraz	22/5/2013
1893/2011	Plenário	José Jorge	20/7/2011
1753/2011	Plenário	André de Carvalho	29/6/2011
5262/2010	1ª Câmara	Walton Alencar Rodrigues	24/8/2010
3507/2010	1ª Câmara	Augusto Nardes	15/6/2010
745/2010	2ª Câmara	Raimundo Carreiro	2/3/2010
6712/2009	2ª Câmara	Benjamin Zymler	8/12/2009
4774/2009	1ª Câmara	Valmir Campelo	1/9/2009
3471/2009	1ª Câmara	José Jorge	30/6/2009
3508/2009	2ª Câmara	Benjamin Zymler	30/6/2009
3265/2009	2ª Câmara	Walton Alencar Rodrigues	23/6/2009
1015/2009	2ª Câmara	Walton Alencar Rodrigues	17/3/2009
551/2009	1ª Câmara	Augusto Nardes	17/2/2009
285/2009	1ª Câmara	Augusto Nardes	3/2/2009
4992/2008	2ª Câmara	Ubiratan Aguiar	11/11/2008
3373/2008	2ª Câmara	Benjamin Zymler	16/9/2008
2594/2008	2ª Câmara	Benjamin Zymler	29/7/2008
2105/2008	1ª Câmara	Guilherme Palmeira	2/7/2008
1612/2008	2ª Câmara	Aroldo Cedraz	10/6/2008
1108/2008	2ª Câmara	Aroldo Cedraz	29/4/2008

428/2008	Plenário	Aroldo Cedraz	19/3/2008
3386/2007	2ª Câmara	Guilherme Palmeira	27/11/2007
2738/2007	1ª Câmara	Marcos Vinícios Vilaça	11/9/2007
2151/2007	1ª Câmara	Marcos Vinícios Vilaça	31/7/2007
1867/2007	1ª Câmara	Aroldo Cedraz	26/6/2007
1502/2007	2ª Câmara	Guilherme Palmeira	12/6/2007
1062/2007	1ª Câmara	Marcos Vinícios Vilaça	24/4/2007
3312/2006	1ª Câmara	Augusto Nardes	21/11/2006
1649/2006	1ª Câmara	Augusto Nardes	20/6/2006
1031/2006	2ª Câmara	Ubiratan Aguiar	2/5/2006
509/2005	1ª Câmara	Marcos Bemquerer	29/3/2005

Relacionados todos os acórdãos que se utilizaram das expressões pesquisadas, seguem as observações reputadas pertinentes aos objetivos deste trabalho.

3.2. A Reserva do Possível nos acórdãos do TCU

Segundo a pesquisa empreendida, a primeira vez em que a expressão “reserva do possível” foi utilizada em algum documento do TCU foi no acórdão de 1ª Câmara n. 3090/2003. Vale registrar que a sessão na Corte de Contas ocorreu antes da decisão monocrática lançada pelo Ministro Celso de Mello do STF na emblemática Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, feito em que a ideia da “reserva do possível” foi possivelmente ventilada pela primeira vez na jurisdição constitucional brasileira.

O acórdão trata de uma auditoria realizada em uma prefeitura municipal na área de convênios relacionados ao Sistema Único de Saúde – SUS. A despeito de recomendações anteriores efetuadas pelo TCU, constatou-se a persistência de não implantação de um plano de carreira, cargos e salários (PCCS) na secretaria municipal de

saúde, em claro desatendimento a uma exigência de lei federal. (BRASIL, TCU, Acórdão de 1ª Câmara n. 3090/2003, Relator Ministro Augusto Sherman, 2003)

Segundo o acórdão, o gestor afirmou ter se deparado com uma delicada situação financeira em que os salários dos servidores estavam atrasados há doze meses e, não obstante a carência de recursos, alegou que teria realizado estudos preparatórios para o cumprimento da obrigação legal. (BRASIL, TCU, Acórdão de 1ª Câmara n. 3090/2003, Relator Ministro Augusto Sherman, 2003)

Em seu voto, o relator, ao acolher as justificativas do prefeito, pontuou que as “possibilidades materiais devem balizar os compromissos assumidos pela administração pública e que o pleno cumprimento da disposição legal pelo administrador submete-se à reserva do possível.” (BRASIL, TCU, Acórdão de 1ª Câmara n. 3090/2003, Relator Ministro Augusto Sherman, 2003)

Remetendo-se ao capítulo anterior, o acórdão revela a dimensão fática da reserva do possível que se consubstancia na necessidade de que haja efetiva disponibilidade de recursos para que até exigências legais sejam cumpridas.

Por outro lado, é preciso reconhecer que o trabalho do TCU no sentido de fiscalizar a implementação de melhorias na remuneração dos servidores da área de saúde constitui-se em uma contribuição com o potencial de irradiar benefícios à população no que tange ao direito de acesso aos serviços públicos de qualidade.

Após a utilização inaugural do termo no âmbito do TCU, a expressão “reserva do possível” somente voltou a ser usada em um acórdão de 2005.

Trata-se de um relatório de auditoria operacional que, ao avaliar três programas voltados ao aperfeiçoamento do programa de assistência jurídica integral e gratuita, verificou a insuficiência de recursos humanos, orçamentários, financeiros e materiais. As carências apontadas inibiram o alcance dos objetivos dos programas.

(BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário 725/2005, Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha)

A despeito de o acórdão voltar a revelar apenas a dimensão fática da reserva do possível, releva anotar o potencial de colaboração do TCU para a melhoria das políticas públicas, conforme se depreende do excerto extraído do voto do relator, não grifado no original, que deixa clara a contribuição da Corte de Contas para o fomento não só do controle externo a cargo do Poder Legislativo, mas também do controle social:

32. Nesse contexto, alinho-me com as considerações de f. 455, no sentido de que, in litteris:

"deve-se construir um sistema de justiça que diminua as assimetrias sociais, buscando-se a democratização da justiça, que tem papel fundamental na garantia de um valor universal de justiça social. Vê-se a Justiça como um dos pilares garantidores do Estado Democrático de Direito, da paz social e implementadora de um governo transformador, sobretudo em um País que ostenta expressivos níveis de desigualdade social, assegurando que a igualdade entre as partes não se restrinja ao plano formal. **Todavia, não se deve descuidar o fato de que os direitos fundamentais, inclusive os chamados direitos negativos ou de defesa, reclamam para sua efetivação medidas positivas por parte do poder público, que implicam a mobilização de recursos, que têm um custo econômico relevante sujeito à reserva do financeiramente possível, isto é, a pauta das prestações que incumbe ao Estado prover é extensa e sujeita a restrições orçamentárias, tendo em vista a escassez de recursos.**

Diante do exposto, percebeu-se a importância do Estado em institucionalizar efetivamente serviço de orientação e assistência jurídica, dotando a Defensoria Pública da União de condições para o exercício de sua missão constitucional de garantia de acesso à Justiça das comunidades carentes, tendo em vista a DPU ser órgão essencial para a consolidação do Estado de Direito e do regime democrático."

33. Conforme enfatiza o titular da unidade técnica, **a divulgação das informações sobre o Programa, registradas no Relatório de Auditoria, contribuirá para melhor qualificar a discussão sobre a garantia da prestação jurídica a pessoas necessitadas, fornecendo subsídios para o controle parlamentar, exercido pelos congressistas e comissões temáticas das Casas do Congresso, bem como para o controle social exercido pelos cidadãos e organizações da sociedade civil que atuam nessa área.**

(BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário 725/2005, Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha).

A expressão voltará a aparecer no acórdão da 2ª Câmara n. 775/2008. Vale dizer que o sentido dado à expressão neste julgamento será o mesmo nos acórdãos de 1ª Câmara ns. 2811/2008, 4770/2009 e 1837/2010, motivo pelo qual serão comentados em conjunto.

Trata-se de recursos de reconsideração interpostos contra julgamentos do TCU que consideraram irregulares as contas apresentadas e condenaram os responsáveis ao ressarcimento dos valores gastos pela União.

Segundo informações extraídas dos acórdãos, trata-se de bolsistas de programas de pós-graduação que não cumpriram com as avenças estipuladas e não apresentaram justo motivo para o descumprimento. (BRASIL, TCU, acórdão de 2ª Câmara n. 775/2008 e de 1ª Câmara ns. 2811/2008, 4770/2009 e 1837/2010, relatados, respectivamente, pelos Ministros Ubiratan Aguiar, Augusto Nardes, Valmir Campelo e José Jorge)

O entendimento dos dois colegiados é o de que a não realização ou a não conclusão das pesquisas financiadas trouxeram dano ao erário, uma vez que os recursos públicos federais investidos foram utilizados exclusivamente em proveito dos próprios bolsistas, sem o retorno em pesquisas que beneficiariam a coletividade. (BRASIL, TCU, acórdão de 2ª Câmara n. 775/2008 e de 1ª Câmara ns. 2811/2008, 4770/2009 e 1837/2010, relatados, respectivamente, pelos Ministros Ubiratan Aguiar, Augusto Nardes, Valmir Campelo e José Jorge)

Além disso, é possível concluir, pela leitura dos julgamentos, que o TCU consorciou a noção de “reserva do possível” com a de “custo de oportunidade”, conforme excerto do acórdão de 2ª Câmara n. 775/2008, não grifado no original e que foi reproduzido nos demais feitos no que tem de principal:

12. Outro aspecto diz respeito ao "limite da reserva do possível", ou seja, demandas ilimitadas da coletividade a serem implementadas com recursos limitados. **Pela reserva do economicamente possível, verifica-se que,**

ao ser escolhido o recorrente como bolsista, não pôde ser levado adiante o projeto de outro pesquisador que, potencialmente, poderia alcançar o produto final de interesse da União, inclusive em instituições brasileiras e de forma menos dispendiosa ao Erário.

(BRASIL, TCU, Acórdão de 2ª Câmara n. 775/2008, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, 2008)

Segundo Leone e Leone, custo de oportunidade:

é o custo de uma alternativa, escolhida entre outras alternativas, em comparação com o benefício ou lucro que poderia ter sido ganho se fosse escolhida a segunda melhor alternativa. É o ganho que poderia ter sido alcançado pela segunda melhor alternativa (que não foi escolhida). (...) O custo de oportunidade é aquele medido pelo que se deixou de ganhar em tempo e recursos com a alternativa que foi deixada de lado; (LEONE e LEONE, 2004, p. 98/9).

A União, ao preferir a segunda melhor alternativa de projeto de pesquisa, deixou, potencialmente, de auferir o benefício pretendido e que poderia ter se dado inclusive de forma menos dispendiosa.

Muito embora não tenha se referido expressamente ao termo “custo de oportunidade”, nestes acórdãos o TCU revela as linhas mestras deste conceito oriundo das ciências econômicas e a ideia de que, em um quadro de limitação orçamentária, os gestores devem avaliar com muito cuidado a destinação de recursos públicos, cercando-se de garantias que evitem ou pelo menos minorem o desperdício de recursos e avaliando, se possível, os ganhos que deixaram de ser auferidos com as alternativas não escolhidas.

Em outra ordem de ideias e considerado o conjunto de acórdãos analisado, o uso do termo “reserva do possível” é utilizado pelos gestores nas razões de justificativa apresentadas à Corte de Contas Federal. Trata-se de expediente previsto na Constituição que garante a todos o direito à ampla defesa e ao contraditório.

O uso do termo “reserva do possível” como argumento de defesa apareceu pela primeira vez no acórdão de plenário n. 2376/2008. Voltou a aparecer nos acórdãos de

plenário ns. 2948/2010, 2945/2011, 356/2012, 1610/2012 e 834/2014, no da 1ª Câmara n. 6982/2014 e nos da 2ª Câmara ns. 5333 e 2054, ambos de 2011.

Dentre os acórdãos apontados, três merecem comentários adicionais por abordarem a questão da reserva do possível relacionada aos direitos sociais.

Assim, o acórdão de 2ª Câmara n. 5333/2011 cuida de representação formulada por membro do Ministério Público Federal. Refere-se a irregularidades quanto à utilização de recursos do Sistema Único de Saúde por um município do estado de Sergipe. (BRASIL, TCU, Acórdão de 2ª Câmara n. 5333/2011, Relator Ministro José Jorge, 2011)

Visando aclarar a questão, o TCU procedeu à oitiva da ex-prefeita para que fossem apresentadas as suas razões de justificativa para os diversos indícios de irregularidade levantados pela auditoria. (BRASIL, TCU, Acórdão de 2ª Câmara n. 5333/2011, Relator Ministro José Jorge, 2011)

Em uma das constatações levantadas, os agentes de endemias usavam equipamentos de proteção individual (EPI) incompletos e em desacordo com as exigências normativas. Em sua defesa, a gestora informou que o setor competente já estava providenciando a solução adequada e clamou pelo bom senso e aplicação da teoria da “reserva do possível”. (BRASIL, TCU, Acórdão de 2ª Câmara n. 5333/2011, Relator Ministro José Jorge, 2011)

A análise empreendida pela unidade técnica do TCU concluiu pela rejeição das razões apresentadas, incluída a invocação da reserva do possível, conforme trecho do acórdão a seguir reproduzido e não grifado no original:

17.2. Análise:

17.2.1. A responsável em sua defesa não apresentou qualquer elemento que pudesse afastar a irregularidade apontada. **Além disso, a invocação da Teoria da Reserva do Possível, que condicionaria o fornecimento dos EPI's utilizados pelos agentes de endemias naquele Município à uma eventual disponibilidade financeira não merece acolhida, pois, se**

tal teoria pudesse ser aplicada ao caso, boa parte das irregularidades cometidas pelos gestores, seja a nível federal, estadual ou municipal, poderia encontrar apoio que justificaria a verdadeira desídia cometida. Assim, tem-se que suas razões de justificativa devam ser rejeitadas.

(BRASIL, TCU, Acórdão de 2ª Câmara n. 5333/2011, Relator Ministro José Jorge, 2011)

Ao não aceitar as alegações da gestora sem a apresentação de elementos de comprovação robustos e suficientes, o TCU, como não poderia deixar de ser, revela aderência ao entendimento do STF que, por sua vez, reiteradamente vem adotando, nos julgamentos atinentes ao assunto, as conclusões colocadas pelo Ministro Celso de Mello na já abordada ADPF n. 45, conforme trecho da decisão que, para facilitar a comparação, segue novamente reproduzida:

(...) 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.

(BRASIL, STF, Medida Cautelar em Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, Relator Ministro Celso de Mello, 2004)

Na situação analisada pelo TCU, o fornecimento de equipamentos de proteção individual era condição indispensável para que os agentes de endemias pudessem executar as atividades de combate a doenças no âmbito do município. Permitir a invocação da reserva do possível, sem a apresentação de provas fortes, seria dar aos responsáveis pela gestão a possibilidade de não garantir o direito fundamental à saúde de modo pleno e com qualidade. Vale observar que no caso em comento a desídia cometida pela gestora se deu em ações de saúde básica e preventiva, ou seja, integrantes do mínimo existencial.

Por sua vez, o acórdão de 1ª Câmara n. 6982/2014, cuida de uma Tomada de Contas Especial instaurada em desfavor de um secretário estadual de saúde em razão de várias irregularidades em convênio celebrado para combate à malária. (BRASIL, TCU, Acórdão de 1ª Câmara n. 6982/2014, Relator Ministro Weder de Oliveira, 2014)

Nas argumentações, a unidade técnica da Corte de Contas teceu alguns comentários a respeito do Princípio da reserva do possível e sobre a sua utilização como meio de defesa legal pela garantia do mínimo existencial, conforme trecho do acórdão a seguir reproduzido, não grifado no original:

A real insuficiência de recursos, alegada pelo Estado de Roraima, sob o manto protetivo do Princípio da Reserva do Possível, deve ser provada por ele. Em outras palavras, o ônus da prova é do ente político, não aplicando aqui qualquer benesse em relação à matéria probatória nem mesmo em decorrência da supremacia do interesse público, sendo insuficiente, portanto, a alegação de dívida consolidada líquida existente. **A defesa assentada nesse fundamento deve apresentar logicamente o porquê de sua aplicação, comprovando a limitação de recursos estatais para este caso especificamente.**

Destarte, o Princípio da Reserva do Possível pode e deve ser utilizado não como justificativa de ineficácia pública, mas como meio de defesa legal pela garantia do mínimo existencial per si e como única forma de garantia da dignidade da pessoa humana.

(BRASIL, TCU, Acórdão n. 6982/2014, Relator Ministro Weder de Oliveira, 2014)

Conforme demonstra o excerto reproduzido, o TCU, ao analisar as razões de justificativa apresentadas, apenas reconhecerá a real insuficiência de recursos e a aplicação do princípio da reserva do possível se o responsável conseguir comprovar que a falta de recursos se deve a ações empreendidas com o objetivo de garantir o mínimo existencial, último limiar assecuratório da dignidade da pessoa humana. Além disso, cabe ao ente político o ônus da prova, sem a aplicação de qualquer benefício de natureza processual em relação ao ônus de provar.

O terceiro acórdão a merecer comentários é o n. 834/2014, desta vez examinado pelo Plenário.

Trata-se de uma tomada de contas especial mediante conversão de auditoria realizada em um município do estado do Ceará por terem sido encontradas irregularidades na aplicação de recursos federais em diversos programas sociais, dentre eles o de transporte escolar. (BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 834/2014, Relator Ministro André de Carvalho, 2014)

Vale dizer que o serviço de transporte escolar está inserido na Constituição Federal como um dos programas suplementares a ser garantido pelo Estado em todas as etapas da educação básica, conforme dispõe o inciso VII do artigo 208⁶.

Segundo a unidade técnica foram encontradas diversas irregularidades na execução contratual, entre elas: ausência de equipamentos obrigatórios (do tipo cinto de segurança), motoristas sem carteira de habilitação ou em categoria incompatível com o serviço prestado, mau estado de conservação dos veículos (com até 30 anos de fabricação), veículos do tipo pau-de-arara com pneus soltos no local onde são transportados os alunos, veículo tipo D-20 transportando alunos em para-choque e outros com excesso de lotação, subcontratação ilegal e total de contrato público ocasionando prejuízo aos cofres públicos em razão da diferença positiva entre o valor licitado e o valor subcontratado, no percentual de intermediação de serviços na ordem de 48,9%. (BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 834/2014, Relator Ministro André de Carvalho, 2014)

Ante as irregularidades apontadas, o gestor informou que o município tinha estabelecido um cronograma de troca de veículos com o objetivo de tornar adequada a prestação do serviço de transporte. Todavia, destacando a limitação orçamentária, utilizou-se de diversas decisões que abordaram a aplicação do princípio da reserva do possível como justificativa da escolha dos gastos feita pelo município e que, como consequência, teria impedido a troca dos veículos. (BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 834/2014, Relator Ministro André de Carvalho, 2014)

Ao analisar a defesa apresentada, o TCU, após tecer os comentários a seguir reproduzidos, concluiu pela refutação de todos os argumentos lançados pelo gestor:

(...)

Embora tenha buscado minimizar o impacto das deficiências da gestão do programa, atribuindo a questão à falta de recursos orçamentários, argumentando que adotaria medidas no sentido de melhorar as condições do transporte escolar, observa-se que o gestor

⁶ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

buscou desviar o rumo das irregularidades apresentadas pela equipe para única e exclusivamente em relação ao fator orçamentário. Primeiro, há que se lembrar de que o ponto de vista do secretário poderia justificar talvez a não existência de bens próprios, mas em tempo algum a gestão em si do programa frente às inúmeras falhas identificadas pela auditoria: ausência de equipamentos obrigatórios (do tipo cinto de segurança), motoristas sem carteira de habilitação ou em categoria incompatível com o serviço prestado, mau estado de conservação dos veículos (com até 30 anos de fabricação), pneus soltos no local onde são transportados os alunos, veículo tipo D-20 transportando alunos em para-choque e outros com excesso de lotação etc. **Tais fatos nada têm a ver com a questão orçamentária vivenciada pelo município, mas com gerenciamento, propriamente dito dos recursos existentes.** Ademais, se há recursos para contratar com empresa para prestar serviço em transporte do tipo "pau de arara", não há justificativas para não se contratar veículos adequados para realizar o transporte escolar. **A questão não é exatamente de recursos, mas de administração.** Neste sentido, oportuno lembrar que o município permitiu que o contrato de transporte escolar fosse integralmente subcontratado com inúmeros outros profissionais, com o agravante de os valores pagos a estes profissionais fossem em valores inferiores ao contratado com a licitante vencedora do certame. Há, portanto, um paradoxo entre a realidade do município e aquilo que a sua administração pratica. Se realmente havia deficiência para gerir o transporte escolar, não há como se justificar a subcontratação total dos serviços de transporte escolar. Logo, resta inadequado se amparar no Princípio da Reserva do Possível para justificar a deficiência do transporte escolar. O secretário, com vistas a justificar que a prefeitura tinha intenção de alterar a realidade do transporte escolar no município, trouxe várias declarações objetivando provar que estaria renovando a frota da municipalidade. Contudo, percebe-se que faltaram às assertivas elementos concretos de prova que pudessem justificar efetivamente o intento declarado, visto que a apresentação de 2 ofícios não tem o condão de comprovar tão elaborado planejamento.(...) **grifo nosso.**

(BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 834/2014, Relator Ministro André de Carvalho, 2014)

Resta comentar que o relator, ao adotar as considerações da unidade instrutiva como razão de decidir, pugnou pela irregularidade das contas apresentadas antes afirmando que a tentativa de esconder deficiências gerenciais na retórica de limitação orçamentária deve ser rechaçada. (BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 834/2014, Relator Ministro André de Carvalho, 2014)

Em outra seara e com base no histórico de acórdãos levantados por este trabalho, importante registrar que, em alguns julgamentos, o uso do termo “reserva do possível” se deu em acepções diferentes da noção original alemã e também dos conceitos dimensionais desenvolvidos por doutrinadores e pela Justiça brasileiros.

A primeira ocorrência de uso da expressão “reserva do possível” em uma acepção diferente da desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã e pela doutrina consultada neste trabalho se deu no acórdão de plenário n. 1087/2006.

Trata-se de um pedido de reexame interposto pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT contra uma determinação do TCU de que aquele órgão mantivesse, em todas as unidades de infra-estrutura terrestre, cópias integrais dos processos de licitação e contratação de obras viárias, de modo a possibilitar o efetivo acompanhamento e fiscalização dos empreendimentos contratados. Aquele órgão entendeu que a determinação era desproporcional às dificuldades enfrentadas pelo TCU na tarefa de fiscalizar as obras. (BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 1087/2006, Relator Ministro Valmir Campelo, 2006)

Na análise do recurso interposto, a unidade técnica responsável pela análise ponderou que em sua atividade de fiscalização a Corte de Contas deve procurar otimizar a obtenção de informações necessárias ao controle; todavia, a referida otimização não deve ultrapassar um limite a partir do qual seriam impostos sacrifícios ao órgão fiscalizado. Ao requerer informações, o TCU precisa fazer um juízo de ponderação entre o que é o ideal sob o seu ponto de vista e uma reserva do possível no tocante aos condicionamentos impostos ao fiscalizado. (BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 1087/2006, Relator Ministro Valmir Campelo, 2006)

Percebe-se que a acepção de “reserva do possível” utilizada não se relaciona com direitos fundamentais sociais, tampouco com as noções tradicionais abordadas neste trabalho. Relaciona-se a um juízo de ponderação que os órgãos de controle devem fazer ao

exigir informações de quem está sendo fiscalizado. As ponderações devem estar calcadas na razoabilidade do que é demandado e nas limitações apresentadas pelo órgão fiscalizado.

Vale dizer que no acórdão de 1ª Câmara n. 3470/2009, no de 2ª Câmara n. 2146/2011 e nos de Plenário ns. 3636/2013 e 2328/2014, a utilização da expressão “reserva do possível” referiu-se também a uma ideia diferente da abordada neste trabalho e em uma acepção próxima da utilizada no acórdão de plenário n. 1087/2006, motivo pelo qual não serão descritos de modo mais minucioso.

Por sua vez, no acórdão de plenário n. 1316/2009, o relatório utiliza o princípio da reserva do possível em uma acepção relacionada ao conceito de responsabilidade fiscal. Ao reconhecer a consagração do princípio da reserva do possível, afirma a unidade técnica que as argumentações até então lançadas não estavam a defender o crescimento indefinido e sem controle das despesas sem respeito ao necessário equilíbrio das contas públicas. (BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 1316/2009, Relator Ministro Valmir Campelo, 2009)

Com efeito, dar concretude aos direitos sociais prestacionais abrange a responsabilidade do gestor de prevenir riscos e corrigir desvios que possam afetar o equilíbrio das contas públicas, conforme previsão na Lei de Responsabilidade Fiscal⁷. Uma gestão irresponsável pode comprometer a efetivação dos direitos sociais, porém a responsabilidade fiscal não constitui o cerne da noção de reserva do possível que é tradicionalmente vista como a impossibilidade de o Estado assegurar direitos sociais justificada pela falta de recursos no orçamento.

⁷ Lei complementar n. 101/2000

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliárias, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Dito de outro modo, a responsabilidade fiscal é um pré-requisito indispensável para que a alegação da reserva do possível seja acolhida não havendo como justificar a carência de recursos para direitos sociais ante a constatação de uma gestão fiscal irresponsável.

Já se aproximando do final desta primeira seção, cabe comentar os últimos três acórdãos constantes da pesquisa empreendida que se utilizaram da expressão “reserva do possível”.

O acórdão de plenário n. 385/2009 cuida de um projeto de Resolução que instituiu a assistência à saúde das autoridades do Tribunal de Contas da União, ativas, inativas, seus dependentes e pensionistas civis⁸.

Em seu voto, o relator ao ponderar a respeito do dever do Estado quanto à efetivação dos direitos sociais, afirma que a concretude destes direitos limita-se à reserva do possível a qual, por sua vez, condiciona a prestação estatal à necessária disponibilidade financeira. (BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 385/2009, Relator Ministro Benjamin Zymler, 2009)

A par de se referir à dimensão fática da reserva do possível, o relator, na sequência, menciona que uma das razões para a elaboração do projeto era a busca de maior previsibilidade dos gastos incorridos pelo Tribunal com a assistência à saúde, objetivo que atenderia ao princípio da economicidade. (BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 385/2009, Relator Ministro Benjamin Zymler, 2009)

Ao se referir à economicidade, é possível dizer que o relator relacionou a necessidade de se maximizar os recursos destinados à prestação de direitos sociais em face de orçamentos cada vez mais limitados.

⁸ O projeto aprovado é a Resolução n. 222/2009

A título de registro, cabe mencionar ainda os acórdãos de plenário ns. 1893/2011 e 41/2015. Em ambos a expressão “reserva do possível” é parte de uma citação bibliográfica utilizada para fundamentar a análise empreendida pela unidade técnica do TCU.

O acórdão mais antigo cuida de uma auditoria de conformidade realizada em um município do estado do Acre destinada a verificar a regularidade da aplicação dos recursos do Sistema Único de Saúde transferidos fundo a fundo pela União. (BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 1893/2011, Relator Ministro José Jorge, 2011)

Sem adentrar ao conteúdo do acórdão que não apresenta relação com o foco deste trabalho, a citação é utilizada para reforçar o dever da administração pública de fornecer informações transparentes sobre as receitas e despesas do Estado capazes de fomentar o controle social de políticas públicas. BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 1893/2011, Relator Ministro José Jorge, 2011)

As expressões “reserva do possível” e “mínimo existencial” apenas compõem o título da fonte consultada.

Por sua vez, com um conteúdo que também não apresenta relação com este trabalho, o acórdão de plenário n. 41/2015 utiliza a citação bibliográfica para fundamentar a obrigação do órgão público de exercer as suas atribuições satisfatoriamente, salvo se as circunstâncias revelem ser o cumprimento impossível. Segundo a fonte consultada, a obrigação legal somente poderá ser elidida caso as circunstâncias enfrentadas revelem a impossibilidade de cumprimento. De todo modo, a impossibilidade alegada deverá ser aferida e caso inexistente impedirá a invocação da reserva do possível⁹.(BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 41/2015, Relator Ministro Raimundo Carreiro, 2015)

⁹ A fonte consultada pelo TCU é CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. *Manual de Direito Administrativo*. 19 edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 38/39.

Como se vê, trata-se de doutrina consentânea com o entendimento da Suprema Corte, exhaustivamente comentado neste trabalho.

A última ocorrência de uso da expressão “reserva do possível” a ser comentada se encontra no Acórdão de plenário n. 1215/2013, todavia por também utilizar o termo “mínimo existencial” será objeto da próxima seção.

Das 25 ocorrências do termo “reserva do possível” nos acórdãos do TCU, conclui-se que a incidência predominante é o uso do termo como argumento de defesa apresentado pelos gestores nas razões de justificativa.

Em nove oportunidades, os gestores fizeram menção à falta de recursos como justificativa para a não implementação de políticas públicas. Vale ressaltar que em todas as ocorrências, a Corte de Contas, ao mesmo tempo em que reconhece a possibilidade do uso da teoria da reserva do possível como meio de defesa legal, refuta os argumentos apresentados, porquanto desprovidos de comprovação minimamente convincente. Por seu turno, as análises do TCU revelam a aderência ao entendimento mais atual da Suprema Corte, já apresentado neste trabalho.

Registre-se, também, que nos dois acórdãos mais antigos que se utilizaram da expressão “reserva do possível”, o inaugural e o seguinte, a expressão é utilizada pelo próprio TCU no relatório componente do acórdão. Neste caso, não foi o gestor quem utilizou a expressão, mas o próprio TCU em face da alegação de falta de recursos aptos à implementação de políticas públicas.

O que se percebe é que a Corte de Contas, com o decorrer dos anos, passou a adotar um posicionamento no sentido de aceitar o argumento da reserva do possível apenas em face de circunstâncias objetivamente aferíveis que o justifiquem e a rechaçar qualquer tentativa de ocultar a má gestão mediante a alegação de falta de orçamento. Como não poderia deixar de ser, trata-se de entendimento que se coaduna com as decisões provenientes do Supremo Tribunal Federal

Há que se apontar ainda que em nenhuma ocorrência verifica-se o uso da expressão “reserva do possível” em sua acepção original, tal qual formulada pela jurisprudência alemã, no sentido do que é razoável se exigir do Estado. Nos acórdãos colacionados, o TCU utiliza-se da expressão para se referir à falta de recursos necessários a implementação de uma determinada política pública destinada a garantir direitos sociais prestacionais.

Entretanto, é importante reconhecer que, no que se refere à atuação específica dos Tribunais de Contas, a alegação de falta de recursos ou da reserva do possível para justificar a não concretização de um direito social carece de maior repercussão. (QUEIROZ, 2009, p. 73)

Com efeito, diferentemente da competência do Judiciário, não cabe às Cortes de Contas conferir a sociedade um bem da vida ou determinar que o Estado imediatamente providencie a fruição de um direito social, mas, entre outras competências, a de fiscalizar os recursos públicos repassados a outros entes federativos ou aos diversos órgãos da administração pública direta ou indireta, aplicando aos responsáveis as penalidades cabíveis em caso de ilegalidade de despesas ou irregularidade de contas (QUEIROZ, 2009, p. 73).

Desse modo, o objetivo principal da atuação da Corte de Contas será o de corrigir os rumos tomados pela gestão pública envidando esforços para que os gestores cumpram os deveres constitucionais. Outro objetivo de igual magnitude é fornecer informações à sociedade para que esta exerça o controle social.

Cabe registrar, ainda, que o TCU, em sete oportunidades, utilizou-se da expressão com acepções totalmente distintas da noção tradicionalmente apontada pela doutrina e jurisprudência. Nestes casos, a reserva do possível estaria relacionada às possibilidades dos órgãos fiscalizados atenderem às demandas da Corte de Contas ou, dito de outro modo, em um juízo de ponderação a ser feito pelos órgãos de controle ao exigir informações calcado na razoabilidade do pedido e nas limitações apresentadas pelos órgãos fiscalizados.

Finalmente, importante apontar a ocorrência do uso da expressão em consórcio com outros conceitos tais como o de custo de oportunidade (quatro ocorrências), o de responsabilidade fiscal (uma ocorrência) e o de economicidade (uma ocorrência).

3.3. O Mínimo Existencial nos acórdãos do TCU

A primeira vez em que a expressão “mínimo existencial” foi utilizada pela Corte de Contas Federal se deu no Acórdão de 1ª Câmara n. 509/2005.

São pedidos de reexame interpostos contra deliberação proferida em processos de aposentadoria que haviam negado os registros porque não comprovado o recolhimento de contribuições previdenciárias do tempo de serviço rural averbado.

Com efeito, o TCU, em conformidade com posicionamento reiterado do Judiciário, entendeu que a aposentadoria de trabalhador rural sem comprovação de recolhimento de contribuições é norma de exceção instituída pelo legislador para garantia de uma renda mínima que busque assegurar o mínimo existencial. Assim, a aposentadoria do trabalhador rural sem recolhimento de contribuições previdenciárias tem natureza de assistência social e não se aplica ao trabalhador urbano que pretenda comprovar tempo de serviço rural para se aposentar pelo regime estatutário. (BRASIL, TCU, Acórdão de 1ª Câmara n. 509/2005, Relator Ministro Marcos Bemquerer, 2005)

Desse modo, a utilização inaugural do termo “mínimo existencial” deu-se em um contexto de colação de julgados provenientes dos tribunais superiores que qualificaram como assistencial a aposentadoria do trabalhador rural concedida independentemente da comprovação de recolhimento de contribuições e destinada a garantir o mínimo existencial. (BRASIL, TCU, Acórdão de 1ª Câmara n. 509/2005, Relator Ministro Marcos Bemquerer, 2005)

Vale dizer que nos anos subsequentes o uso da expressão mínimo existencial voltou a ser utilizada em processos com o mesmo conteúdo, conforme acórdãos de 1ª

Câmara ns. 1649/2006, 3312/2006, 1062/2007, 1867/2007, 2738/2007, 2151/2007, 2105/2008, 285/2009, 551/2009, 3471/2009, 4774/2009, 3507/2010, 5262/2010 e 742/2014; de 2ª Câmara ns. 1031/2006, 1502/2007, 3386/2007, 1108/2008, 1612/2008, 2594/2008, 3373/2008, 4992/2008, 1015/2009, 3265/2009, 3508/2009, 6712/2009 e 745/2010 e de plenário n. 428/2008.

Assim, das 36 ocorrências, em nada menos do que 29 oportunidades, o TCU aponta a garantia de aposentadoria do trabalhador rural que não comprovou o recolhimento de contribuições como um direito componente do mínimo existencial.

Vale registro que apenas no acórdão de plenário n. 1306/2013, o TCU, irá apontar as diferenças entre os fundos de pensão privados e a previdência social, reconhecendo o regime público de contribuição obrigatória como um direito social componente do mínimo existencial. (BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 1306/2013, Relator Ministro Valmir Campelo, 2013)

O uso da expressão “mínimo existencial” aplicada em um contexto de projetos de assentamento de reforma agrária irá aparecer, por sua vez, no Acórdão de plenário n. 1753/2011.

Trata-se de uma tomada de contas especial convertida a partir de representação formulada por uma secretaria de controle externo do TCU, a fim de averiguar suposto esquema de desvio de recursos públicos destinados a um projeto de assentamento que envolveria a participação de agentes públicos em conluio com uma empresa fornecedora de produtos para a comunidade rural, mediante a adulteração de notas fiscais superfaturadas. (BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 1753/2011, Relator Ministro André de Carvalho, 2011)

Em seu voto, o relator informa que os recursos fiscalizados consistem de valores financeiros concedidos a beneficiários de reforma agrária com o objetivo de lhes assegurar os meios necessários para a instalação e desenvolvimento inicial ou recuperação

de projetos de assentamentos constantes do Programa Nacional de Reforma Agrária. Dentre os vários objetivos a serem alcançados pelos recursos empregados está o de garantir a segurança alimentar das famílias beneficiadas e o de suprir suas necessidades básicas, pela aquisição de bens de consumo essenciais e indispensáveis a qualidade de vida e o início da fase produtiva do projeto de assentamento. (BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 1753/2011, Relator Ministro André de Carvalho, 2011)

Após informar sumariamente os objetivos dos recursos empregados, o relator assim se manifesta:

Os dispositivos mencionados chamam a atenção para o fato de que mais do que fixar o homem a terra, os recursos transferidos têm por objetivo garantir o mínimo existencial para as famílias assistidas, sem o que se teriam como inócuas todas as demais ações.

(BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 1753/2011, Relator Ministro André de Carvalho, 2011)

O excerto permite a interpretação de que a fixação do homem a terra depende da existência de projetos que se incumbam de garantir as condições básicas de existência. Revela que se a ação empreendida não for capaz de garantir condições mínimas de existência com qualidade não haverá como viabilizar os projetos de assentamento. Naquelas circunstâncias, o mínimo existencial constituiu-se como um pré-requisito imprescindível a qualquer outra ação planejada. (BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 1753/2011, Relator Ministro André de Carvalho, 2011)

Vale registrar que a garantia ao mínimo existencial em assentamentos rurais voltou a julgamento no acórdão de 2ª Câmara n. 2979/2014 com fundamentação semelhante, motivo pelo qual não será objeto de comentários adicionais.

Por sua vez, ao tratar da questão da saúde no acórdão de plenário n. 213/2014, o Ministério Público junto ao TCU assenta em seu parecer que a supressão de serviços de saúde pela falta de planejamento administrativo constitui-se em uma clara

violação ao princípio da dignidade humana. (BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 213/2014, Relator Ministro Augusto Sherman, 2014).

Nestas três ocorrências, o TCU registra alguns aspectos que foram abordados neste trabalho. Assim, em dois acórdãos reconhece que, antes de empreender qualquer projeto destinado aos estratos mais carentes da população, deve o Estado se preocupar em garantir condições mínimas de existência com qualidade. Serão estas condições que permitirão a viabilização dos projetos.

Na outra ocorrência, o TCU aponta que a supressão de serviços de saúde decorrentes da falta de planejamento administrativo constitui-se em violação do princípio da dignidade humana. O entendimento pode ser ampliado para outras prestações na medida em que a supressão de serviços de educação ou o não fornecimento de itens básicos de consumo, como alimentos, também violam a dignidade humana das pessoas que dependem destes bens e serviços.

Além destas três ocorrências, cabe comentar mais duas com observações pertinentes aos objetivos deste trabalho.

Assim, no já comentado acórdão de 1ª Câmara n. 6982/2014, o TCU destaca a importância de que o planejamento estatal sempre aloque recursos para as populações carentes. Com efeito, é dever constitucional propiciar a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos republicanos que devem guiar a ação dos gestores públicos, não havendo como permitir o prestígio de interesses de alguns grupos em prejuízo dos segmentos mais carentes da população. (BRASIL, TCU, Acórdão de 1ª Câmara n. 6982/2014, Relator Ministro Weder de Oliveira, 2014)

Em outras palavras, o Estado não deve perder de mira que lhe incumbe o atendimento de toda a população, nela incluída os estratos sociais mais carentes e que, em face da escassez de recursos, deve priorizar o atendimento destes estratos sociais.

Por sua vez, no acórdão de plenário n. 1215/2013, o TCU deixa claro que incumbe ao gestor público propiciar serviços com a máxima qualidade possível, sendo irrelevante que estes compoñham o mínimo existencial. Em outras palavras, o mínimo para a existência humana não implica qualidade mínima ou aceitável. (BRASIL, TCU, Acórdão de Plenário n. 1215/2013, Relator Ministro Aroldo Cedraz, 2013)

Dito de outro modo, a gestão deve sempre buscar a melhor qualidade possível nos serviços prestados, sejam eles destinados aos bens e serviços que compõem o mínimo existencial, sejam eles destinados às demais ações estatais. Em um quadro de escassez, não será lícito, portanto, que o Estado aloque menos recursos para os serviços componentes do mínimo existencial com vista a atender a outras ações que pouco ou nada se relacionem com os interesses dos estratos mais carentes da população.

CONCLUSÃO

Este trabalho objetivou identificar como as expressões “reserva do possível” e “mínimo existencial” são utilizadas nos acórdãos de plenário e das duas câmaras do TCU e, por meio da descrição das situações, definir em quais acepções se deu o emprego dos termos.

No que tange à ideia da “reserva do possível”, em nenhum dos 25 acórdãos recolhidos foi possível identificar o uso da expressão em sua acepção original, tal qual formulada pela jurisprudência alemã, no sentido do que é razoável se exigir do Estado.

Importante pontuar que, diferentemente da competência do Poder Judiciário, não cabe ao TCU determinar que se conceda um bem ou uma prestação de serviço a alguém. Todavia, na ação de fiscalizar as políticas públicas, o TCU contribui para corrigir os rumos da atuação administrativa e torna efetiva a satisfação dos direitos sociais. Além disso, os serviços prestados pela Corte de Contas federal permite à sociedade municiar-se de informações úteis e relevantes sobre a qualidade do gasto público, numa clara contribuição ao controle social.

Desse modo, a ausência da utilização da acepção original do que se convencionou chamar de “reserva do possível” não traz maiores repercussões, visto que esta acepção é mais adequada à atuação do Judiciário.

Por sua vez, na maior parte dos acórdãos colacionados, o uso da expressão foi para se referir à falta de recursos necessários a implementação de uma determinada política pública destinada a garantir direitos sociais prestacionais, ou seja, referiu-se à dimensão fática da construção tridimensional do conceito.

A dimensão fática é particularmente destacada no primeiro acórdão a utilizar a expressão. Com efeito, o acórdão de 1ª Câmara n. 3090/2003 registra a obrigação da administração pública apenas assumir compromissos quando balizados pelas possibilidades

materiais. Todavia, o acórdão não permite concluir se o Tribunal fez uma análise mais aprofundada da gestão, com vista a entender se as razões que levaram o gestor a não cumprir a norma legal voltada para o aperfeiçoamento de prestações à população foram a efetiva falta de recursos ou simplesmente a má gestão dos recursos disponíveis.

Em acórdão mais recente¹⁰, porém, vê-se o TCU entender que as atividades de planejamento a cargo do Estado devem sempre alocar prioritariamente recursos para as populações mais carentes e propiciar a dignidade da pessoa humana a todos que necessitam do auxílio estatal para a satisfação de suas necessidades básicas.

Assim, é possível supor, com base no decurso de 11 anos entre os acórdãos de 1ª Câmara n. 3090/2003 e 6982/2014, uma tendência no entendimento de considerar os gastos com direitos sociais como uma prioridade a ser buscada pelos gestores e de não aceitar a não implementação com base apenas em alegações de falta de recursos sem a apresentação de provas robustas, na mesma linha da posição tomada pela Suprema Corte.

O que se percebe é que a Corte de Contas, com o decorrer dos anos, passou a ser mais exigente e de apenas aceitar o argumento da reserva do possível quando, em face de circunstâncias objetivamente aferíveis, as alegações puderem ser justificadas e de rechaçar qualquer tentativa de ocultar a má gestão mediante a declaração de falta de recursos.

A propósito, a leitura dos acórdãos permite constatar que a referência à expressão “reserva do possível” ocorre, na maior parte das vezes, nas razões de justificativa apresentadas pelos gestores. Porém, em todas as nove ocorrências, o TCU, ao mesmo tempo em que reconhece a possibilidade do uso da teoria da reserva do possível como meio de defesa, refuta os argumentos apresentados, porquanto desprovidos de comprovação minimamente convincente.

¹⁰ Acórdão de 1ª Câmara n. 6.982/2014

Nestes lindes, é possível supor que o TCU, caso aceite a teoria da reserva do possível como argumento de defesa, a admitirá na acepção da indisponibilidade fática de recursos. Tal acepção apresenta uma maior afinidade com a atuação da Corte de Contas que tenderá a não responsabilizar o gestor que justificadamente não tinha recursos à disposição para implementar políticas públicas voltadas aos direitos sociais. Todavia, conforme ficou demonstrado nos acórdãos, o TCU será exigente na análise das justificativas e somente acolherá o argumento caso o gestor consiga se desincumbir do ônus de provar a indisponibilidade.

Assim, no âmbito de sua competência, o TCU, ao menos na amostra coletada, enxerga a teoria da reserva do possível como um instrumento de racionalização do uso dos recursos públicos, impedindo que sejam direcionados de forma temerária e evitando o uso leviano do conceito, com conseqüente e relevante prejuízo à concretização dos direitos fundamentais sociais.

Em outra seara, cabe registrar que, em sete oportunidades, o TCU utilizou a expressão em uma acepção totalmente distinta das noções tradicionalmente apontadas pela doutrina e pela jurisprudência. Em alguns acórdãos o termo “reserva do possível” foi utilizado para se referir às possibilidades operacionais da administração. Nesta acepção, o TCU utilizou a expressão para se referir a um juízo de ponderação dos órgãos de controle que devem considerar as limitações do órgão público fiscalizado para prestar as informações requeridas ou para implementar as recomendações e sugestões encaminhadas.

Os acórdãos do TCU também apontam a utilização da expressão “reserva de possível” em consórcio com outros conceitos a revelar um possível fenômeno de ampliação conceitual. Assim, em quatro ocorrências, há a associação do termo com o conceito econômico de custo de oportunidade e, em uma ocorrência cada, o uso da expressão em conjunto com os conceitos de responsabilidade fiscal e de economicidade.

Por sua vez, quanto à utilização da expressão “mínimo existencial”, o que se percebe é que o TCU utilizou este termo, na maior parte das vezes, apenas para se referir

como um direito componente do mínimo existencial a aposentadoria do trabalhador rural sem comprovação de recolhimento de contribuições.

Dentre os acórdãos restantes, figuram como mais relevantes aos objetivos deste trabalho os de plenário ns. 213/2014 e 1215/2013 e o de 1ª Câmara n. 6982/2014, em razão das seguintes conclusões:

- A supressão de serviços de saúde como consequência de má gestão configura-se em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

- A obrigação de o gestor propiciar serviços públicos com a máxima qualidade possível, sendo irrelevante que se destinem a suprir o mínimo existencial. A observação é importante, pois este tipo de prestação destina-se, geralmente, às pessoas carentes, dependentes do Estado para as necessidades básicas e que, muito frequentemente, não possuem organização para reivindicar bens e serviços do Estado. Pelo raciocínio, é possível supor que o TCU corrigirá os rumos tomados pelo gestor caso este não ofereça o mínimo para a existência humana com a maior qualidade possível. O mínimo não implica qualidade mínima ou até mesmo aceitável.

- A obrigação de o gestor priorizar as populações carentes nas atividades de planejamento e de alocação de recursos. Assim, a administração pública nunca deverá deixar de alocar recursos para os segmentos mais carentes da população. A priorização exigida é fundamental para que a dignidade da pessoa humana seja alcançada por todos, notadamente daqueles que mais precisam da atuação estatal.

Percebe-se, finalmente, um uso incipiente da noção de mínimo existencial, porém, é igualmente perceptível a preocupação nos acórdãos mais recentes daquela Corte de Contas com a concretização dos direitos sociais componentes do mínimo existencial.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. In: _____. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012, p. 307.

BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público (Mimeografado). Dez. 2010. p. 26. Disponível em : <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2015. 15:16.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6. n. 23, 2003. p. 61. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf>. Acesso em 7 mai. 2015. 14:53.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 371, 378, 379 e 564.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 44. Ed. Brasília: Edições Câmara, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 6.564. Recorrente: Francis Piccoli Pedroso. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, julgado em 23/05/1996, DJ 17/06/1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1185474/SC, 2ª Turma, Recorrente Município de Criciúma, Recorrido Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Humberto Martins, julgamento 20/4/2010, DJe 29/4/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, Requerente Partido da Social Democracia Brasileira. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29/4/2004, publicado no DJ de 4/5/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410715. Agravante Município de Santo André/SP, Agravado Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Celso de Mello, 2ª Turma. Julgado em 22/11/2005, publicado em 3/2/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 3073, Requerente Estado do Rio Grande do Norte, Requerido: Relatora do Mandado de Segurança n. 2006.006795-0 do TJRN. Relatora Ministra Presidente Ellen Gracie, julgado em 9/2/2007, publicado no DJ de 14/2/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3768, Requerente Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos –ANTU. Relator Ministra Carmen Lucia, Pleno, julgado em 19/9/2007, publicado em 26/10/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n. 639337, 2ª Turma. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Ministro Relator: Celso de Mello, julgamento de 23/08/2011, publicado em 15/9/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Suspensão de Tutela Antecipada n. 748. Requerente: Município de Maceió. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Ministro Relator: Presidente Joaquim Barbosa. Julgado em 28/02/2014, publicado em 7/3/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 727.864, 2ª Turma. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 04/11/2014, publicado em 13/11/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extensão na Suspensão de Tutela Antecipada n. 748. Requerente: Município de Maceió. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Ministro Relator Presidente Ricardo Lewandowski, julgado em 6/1/2015, publicado no em 3/2/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Extensão na Suspensão de Tutela Antecipada n. 748. Requerente: Município de Maceió. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Ministro Relator Presidente Ricardo Lewandowski, julgado em 17/4/2015, publicado no em 23/4/2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 41/2015. Plenário. Ministro Relator: Raimundo Carreiro. Sessão: 21/1/2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 6982/2014. 1ª Câmara. Ministro Relator: Weder de Oliveira. Sessão: 4/11/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2328/2014. Plenário. Ministro Relator: Marcos Bemquerer. Sessão: 3/9/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3636/2013. Plenário. Ministro Relator: Raimundo Carreiro. Sessão: 10/12/2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1215/2013. Plenário. Ministro Relator: Aroldo Cedraz. Sessão: 22/5/2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2054/2013. 2ª Câmara. Ministro Relator: André de Carvalho. Sessão: 16/4/2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1610/2012. Plenário. Ministro Relator: Augusto Nardes. Sessão: 27/6/2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 356/2012. Plenário. Ministro Relator: André de Carvalho. Sessão: 15/2/2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2945/2011. Plenário. Ministro Relator: Augusto Nardes. Sessão: 9/11/2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 5333/2011. 2ª Câmara. Ministro Relator: José Jorge. Sessão: 26/7/2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1893/2011. Plenário. Ministro Relator: José Jorge. Sessão: 20/7/2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2146/2011. 2ª Câmara. Ministro Relator: José Jorge. Sessão: 5/4/2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2948/2010. Plenário. Ministro Relator: José Jorge. Sessão: 3/11/2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1837/2010. 1ª Câmara. Ministro Relator: José Jorge. Sessão: 13/4/2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 4770/2009. 1ª Câmara. Ministro Relator: Valmir Campelo. Sessão: 1/9/2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3470/2009. 1ª Câmara. Ministro Relator: José Jorge. Sessão: 30/6/2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1316/2009. Plenário. Ministro Relator: Valmir Campelo. Sessão: 17/6/2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 385/2009. Plenário. Ministro Relator: Benjamin Zymler. Sessão: 11/3/2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2376/2008. Plenário. Ministro Relator: Guilherme Palmeira. Sessão: 29/10/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2811/2008. 1ª Câmara. Ministro Relator: Augusto Nardes. Sessão: 2/9/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 775/2008. 2ª Câmara. Ministro Relator: Ubiratan Aguiar. Sessão: 1/4/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1087/2006. Plenário. Ministro Relator: Valmir Campelo. Sessão: 5/7/2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 725/2005. Plenário. Ministro Relator: Lincoln Magalhães da Rocha. Sessão: 8/6/2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3090/2003. 1ª Câmara. Ministro Relator: Augusto Sherman. Sessão: 2/12/2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 509/2005. 1ª Câmara. Ministro Relator: Marcos Bemquerer. Sessão: 29/3/2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1031/2006. 2ª Câmara. Ministro Relator: Ubiratan Aguiar. Sessão: 2/5/2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1649/2006. 1ª Câmara. Ministro Relator: Augusto Nardes. Sessão: 20/6/2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3312/2006. 1ª Câmara. Ministro Relator: Augusto Nardes. Sessão: 21/11/2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1062/2007. 1ª Câmara. Ministro Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Sessão: 24/4/2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1502/2007. 2ª Câmara. Ministro Relator: Guilherme Palmeira. Sessão: 12/6/2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1867/2007. 1ª Câmara. Ministro Relator: Aroldo Cedraz. Sessão: 26/6/2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2151/2007. 1ª Câmara. Ministro Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Sessão: 31/7/2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2738/2007. 1ª Câmara. Ministro Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Sessão: 11/9/2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3386/2007. 2ª Câmara. Ministro Relator: Guilherme Palmeira. Sessão: 27/11/2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3386/2007. 2ª Câmara. Ministro Relator: Guilherme Palmeira. Sessão: 27/11/2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 428/2008. Plenário. Ministro Relator: Aroldo Cedraz. Sessão: 19/3/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1108/2008. 2ª Câmara. Ministro Relator: Aroldo Cedraz. Sessão: 29/4/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1612/2008. 2ª Câmara. Ministro Relator: Aroldo Cedraz. Sessão: 10/6/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2105/2008. 1ª Câmara. Ministro Relator: Guilherme Palmeira. Sessão: 2/7/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2594/2008. 2ª Câmara. Ministro Relator: Benjamin Zymler. Sessão: 29/7/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3373/2008. 2ª Câmara. Ministro Relator: Benjamin Zymler. Sessão: 16/9/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 4992/2008. 2ª Câmara. Ministro Relator: Ubiratan Aguiar. Sessão: 11/11/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 285/2009. 1ª Câmara. Ministro Relator: Augusto Nardes. Sessão: 3/2/2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 551/2009. 1ª Câmara. Ministro Relator: Augusto Nardes. Sessão: 17/2/2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1015/2009. 2ª Câmara. Ministro Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão: 17/3/2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3265/2009. 2ª Câmara. Ministro Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão: 23/6/2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3508/2009. 2ª Câmara. Ministro Relator: Benjamin Zymler. Sessão: 30/6/2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3471/2009. 1ª Câmara. Ministro Relator: José Jorge. Sessão: 30/6/2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 4774/2009. 1ª Câmara. Ministro Relator: Valmir Campelo. Sessão: 1/9/2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 6712/2009. 2ª Câmara. Ministro Relator: Benjamin Zymler. Sessão: 8/12/2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 745/2010. 2ª Câmara. Ministro Relator: Raimundo Carreiro. Sessão: 2/3/2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3507/2010. 1ª Câmara. Ministro Relator: Augusto Nardes. Sessão: 15/6/2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 5262/2010. 1ª Câmara. Ministro Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão: 24/8/2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1753/2011. Plenário. Ministro Relator: André de Carvalho. Sessão: 29/6/2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1306/2013. Plenário. Ministro Relator: Valmir Campelo. Sessão: 29/5/2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 213/2014. Plenário. Ministro Relator: Augusto Sherman. Sessão: 5/2/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 742/2014. 1ª Câmara. Ministro Relator: Benjamin Zymler. Sessão: 25/2/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2979/2014. 2ª Câmara. Ministro Relator: André de Carvalho. Sessão: 24/6/2014.

FALSARELLA, Christiane Mina. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. In: COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. *Advocacia e Direito Público (aspectos processuais, constitucionais, tributários e trabalhistas)*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013, p. 45-61.

GLOECKNER, Joseane Ledebum. A Reserva do Possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – AeC*, Belo Horizonte, ano 13. N. 51, jan/mar. 2013. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/conteudo-revista/?conteudo=89765>>. Acesso em: 7 mai. 2015.

LEONE, George Sebastião Guerra; LEONE, Rodrigo José Guerra. *Dicionário de Custos*. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “Reserva do Possível” In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 178.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais pela Jurisdição Constitucional. In: CLÈVE, Clemerson Merlin. *Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. vol 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 910-937.

QUEIROZ, Rholden Botelho de. Democracia, direitos sociais e controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas. *Revista Controle*, Fortaleza, v. VII. N. 1, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/201-revista-controle-volume-vii-n-1-abril-de-2009/966-artigo-5-democracia-direitos-sociais-e-controle-de-politicas-publicas-pelos-tribunais-de-contas?Itemid=592>>. Acesso em: 7 ago. 2015. 10:55.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. O controle de políticas públicas pelos tribunais de contas. *Revista Digital do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 1, nov. 2014 – mai. 2015. Disponível em: <http://mpc.pr.gov.br/revista/wp-content/uploads/2014/11/Revista-Digital-do-MPC_-versaofinal.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2015. 10:28.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais Sociais. In: CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Direito Constitucional Brasileiro – Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*, vol 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 873, 874, 875.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. In: _____. *Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012. p. 288.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo Existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53.

SARMENTO, Daniel. Reserva do Possível e Mínimo Existencial. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 371-388.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 169.

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Direito Constitucional Brasileiro – Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*, vol 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 45,46,47.

SGARBOSSA, Luis Fernando. *Do Estado-Providência ao Mercado Providência: Direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*. Curitiba, 2009. 250 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 91, 124, 126, 289, 290.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da Silva. O Princípio do Mínimo Existencial. In: _____. *Direito Fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Ed Fórum, 2010, p. 178-180.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. *Revista de Direito do Estado*, ano 4, n. 13, 133-169. Jan/mar 2009, p 133-169.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3ª edição [reformulada da obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*], São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 84.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.177, jul/set. 1989. p. 29. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46113/44271>>. Acesso em 7 mai. 2015.

VERONESE, Alexandre. Artigo 6º. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 353, 366, 368,369.