



ANÁLISE ADEQUADA DA RESERVA DO POSSÍVEL: VIA PROCESSUAL E APORTE SOBRE CORRUPÇÃO

Marcos Nassar¹

RESUMO: O artigo trata do exame da reserva do possível para a adequada proteção em juízo de direitos sociais. O objetivo é verificar, à luz do princípio da igualdade, que está à base de tais direitos, qual é a via procedimentalmente apropriada à análise da reserva do possível e quais elementos, além da escassez de recursos, devem ser levados em consideração. Utiliza-se preponderantemente o método dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. A abordagem é pautada pela teoria tridimensional do Direito, de Miguel Reale. Após enfatizar-se o imperativo de a reserva do possível ser avaliada sob a ótica do princípio da igualdade (possibilidade de universalização da prestação social), propõe-se como via adequada a tutela jurisdicional coletiva, por meio da abordagem dos direitos sociais como direitos transindividuais. Também se conclui que o ônus da prova do Poder Público, ao alegar falta de recursos em face de pretensões componentes do mínimo existencial, requer demonstração de esgotamento orçamentário por gastos com prestações de igual ou maior relevância constitucional. Por fim, apresenta-se novo aporte para a consideração da reserva do possível: dados sobre corrupção, intimamente relacionada à ausência ou deficiência de serviços públicos (de saúde, educação, saneamento básico etc.) essenciais à efetivação dos direitos sociais.

Palavras-chave: Reserva do possível. Adequação procedimental. Ônus probatório. Mínimo existencial. Corrupção.

ABSTRACT: The article deals with the examination of public budget scarcity, for the adequate judicial protection of social-economic rights. The objective is to ascertain, with particular regard to the principle of equality, which underpins such rights, which way is procedurally appropriate for analyzing the budget scarcity and which elements, besides the lack of resources, should be taken into account. The deductive method is predominantly used, based on bibliographic and jurisprudential research. The approach is based on Miguel Reale's three-dimensional theory of law. After emphasizing the imperative that the public budget scarcity be evaluated from the perspective of the principle of equality (possibility of provision's universalization), it is proposed as appropriate way the class actions. It is also concluded that the state's burden of proof, when alleging lack of resources in the face of pretensions that compose the basic conditions of life, requires demonstration of budgetary exhaustion due to expenses with benefits of equal or greater constitutional relevance. Finally, a new contribution to the consideration of the budget scarcity is presented: data on corruption, closely related to the absence or deficiency of public services (health, education, sanitation, etc.) essential to the realization of social-economic rights.

¹ Mestrando em Direito – área de concentração em Direitos Humanos – na Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). E-mail: marcaonassar@yahoo.com.br.

Keywords: Public budget scarcity. Procedural adequacy. Burden of proof. Basic conditions of life. Corruption.

1 INTRODUÇÃO

Será abordado neste trabalho o exame da reserva do possível para a adequada proteção em juízo de direitos sociais. O problema a ser enfrentado consiste na seguinte questão: à luz do princípio da igualdade, que está à base dos direitos sociais, qual é a via procedimentalmente apropriada à análise da reserva do possível e quais elementos, além da escassez de recursos, devem ser levados em consideração? O objetivo é, pois, verificar a adequação do processo coletivo para tal análise, bem como identificar os aludidos elementos, a partir do estado da arte e do atual contexto brasileiro. A hipótese de trabalho é de que o processo coletivo é a via adequada e deve-se considerar, na avaliação da alegação de reserva do possível – em especial para qualificar o respectivo ônus probatório –, se se cuida de prestação objeto do chamado mínimo existencial, bem como devem ser levadas em conta informações sobre índices e esforços estatais relacionados à corrupção.

O estudo parte preponderantemente do método dedutivo e vale-se de pesquisa bibliográfica e do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

É oportuna a pesquisa, pois é notória a ainda reduzida efetividade de boa parte dos direitos sociais, em boa medida relacionada à escassez de recursos públicos, quadro agravado pelo fenômeno da corrupção.

O pano de fundo teórico é dado pela abordagem à experiência jurídica proposta na teoria tridimensional do Direito, de Miguel Reale (1999, 2002), segundo a qual três aspectos básicos, que interagem de modo dinâmico entre si, são discerníveis nos fenômenos jurídicos: o aspecto normativo (o ordenamento jurídico e a ciência respectiva), o aspecto fático, que inclui a efetividade social do Direito, e o aspecto axiológico (o Direito como valor de justiça).

Assim, a seção 2 versará sobre a reserva do possível a partir do princípio da igualdade, valor fonte dos direitos sociais, e a correspondente via procedimental adequada. A seção 3 tratará do ônus da prova quanto à reserva do possível, notadamente em face do mínimo existencial. E a seção 4, da inserção de questões

relacionadas à corrupção no exame de argumentos referentes à insuficiência de recursos.

2 RESERVA DO POSSÍVEL E PRINCÍPIO DA IGUALDADE: ADEQUAÇÃO DA VIA PROCEDIMENTAL

Não só os direitos fundamentais de segunda geração² (econômicos, sociais e culturais), mas todos os direitos, inclusive os de primeira geração (civis e políticos), requerem custos públicos para sua efetivação, pois todos demandam estrutura estatal para sua garantia. O direito de propriedade, por exemplo, tradicionalmente classificado como liberdade negativa – isto é, que apenas exige abstenção estatal para sua adequada fruição –, só pode, em verdade, ser protegido se houver, entre outras coisas, estrutura de registro de imóveis, segurança pública, sistema judiciário, ou seja, prestações positivas estatais. Assim, levar a sério os direitos e sua implementação prática implica que tais custos e a escassez de recursos, a qual naturalmente impõe escolhas, sejam considerados. (HOLMES; SUNSTEIN, 1999)

Todavia, é quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, cuja concretização exige mais notadamente prestações do Estado, que a necessidade de recursos públicos e sua escassez se fazem sentir mais agudamente. Com efeito, a efetividade de tais direitos depende de custos maiores que a dos direitos de liberdade, em especial porque cada direito social (à saúde, à educação, à moradia etc.) requer investimentos específicos, ao passo que boa parte dos custos das liberdades públicas é aproveitado de maneira global por todas elas (legislação, organização judiciária etc.). (SILVA, 2011)

Isso não pode ser olvidado sob a argumentação de que a justiciabilidade desses direitos e sua aplicabilidade imediata foram constitucionalmente garantidas (art. 5º, § 1º). A realidade impõe-se: os recursos são finitos e escolhas precisam ser feitas em relação à materialização dos direitos. “O grau de desenvolvimento sócio-

² Muito embora não se repete incorreta a designação “dimensões” de direitos fundamentais, prefere-se neste trabalho a terminologia mais antiga e difundida: “gerações” de direitos. Não se desconhece a principal crítica que se faz ao termo “geração”, que passa a ideia de sucessão, no sentido de que uma geração morre e outra nasce, ao passo que, com os direitos fundamentais, não há sucessão, mas sobreposição e complementaridade. No entanto, apesar dessa crítica, o uso da palavra “geração” bem expressa a historicidade do surgimento dos direitos fundamentais, premissa importante adotada no trabalho. De resto, parece ínfimo o risco em nossos dias de o uso do termo levar ao equívoco de que teria havido uma “sucessão” de direitos.

econômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar” (SARMENTO, 2010, p. 181). Assim, “[c]ada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa” (SARMENTO, 2010, p. 182). É também a lição de Ingo Sarlet:

Justamente pelo fato de os direitos sociais na sua condição (como vimos, não exclusiva!) de direitos a prestações terem por objeto prestações estatais vinculadas diretamente à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante (2008, p. 20).

Daí o surgimento da noção de “reserva do possível”, expressão de origem alemã³ que ordinariamente é compreendida em três dimensões: (i) possibilidade fática da prestação, isto é, disponibilidade material de recursos financeiros; (ii) possibilidade jurídica, ligada à existência de previsão orçamentária (legalidade da despesa) e competência do ente político para sua execução; e (iii) razoabilidade da pretensão do titular do direito (SARLET, 2008; SARMENTO, 2010). A “ausência de previsão orçamentária é um elemento que deve comparecer na ponderação de interesses [...], mas que está longe de ser definitivo, podendo ser eventualmente superado de acordo com as peculiaridades do caso” (SARMENTO, 2010, p. 202). Já a insuficiência material de recursos constitui limite insuperável. É que, como enfaticamente aponta Flávio Galdino já no subtítulo de seu livro sobre os custos dos direitos, “direitos não nascem em árvores” (2005).

A partir da análise da reserva do possível para dar efetividade a direitos fundamentais sociais, depara-se com grave problema decorrente da judicialização das correspondentes políticas públicas: em se tratando de direitos sociais, econômicos e culturais, que surgiram historicamente para a efetivação do princípio da igualdade (BONAVIDES, 2008), sua indiscriminada judicialização em processos individuais tende a, paradoxalmente, violar a isonomia. É que, como muitas vezes se dá em relação ao direito à saúde, por exemplo, determina-se ao Estado dada prestação dirigida a uma única pessoa, cujos custos não permitiriam sua universalização.

³ “A expressão ‘reserva do possível’ foi difundida por uma célebre decisão da Corte Constitucional alemã proferida em 1972, e conhecida como o caso *Numerus Clausus*” (SARMENTO, 2010, p.196).

Ademais, o acesso individual à justiça muitas vezes não se concretiza para os mais pobres e menos instruídos. Com efeito, “o acesso à justiça no Brasil está longe de ser igualitário. Por diversas razões, os segmentos mais excluídos da população dificilmente recorrem ao Judiciário para proteger seus direitos” (SARMENTO, 2010, p. 182), de sorte que decisões individuais equivocadas podem “criar privilégios não universalizáveis” (SARMENTO, 2010, p. 183).

O modelo de litigância individual nessa seara acaba então por agravar aquilo que Boaventura de Souza Santos (1999) chama de predominância estrutural dos processos de exclusão sobre os de inclusão social. Esses processos revelam-se por duas formas: a) o pós-contratualismo, pelo qual grupos e interesses sociais incluídos no contrato social são dele excluídos sem perspectiva de regresso; e b) o pré-contratualismo, pelo qual é bloqueado o acesso à cidadania a grupos que se consideravam candidatos a ela. Os assim excluídos do contrato social moderno, apesar de formalmente cidadãos, são lançados, de fato, num estado de natureza, em permanente ansiedade em relação ao presente e futuro, num caos constante em relação aos atos mais simples de sobrevivência e convivência, com o risco de surgimento de diversos fenômenos agrupados pelo autor sob a denominação *fascismo societal* (SANTOS, 1999).

Portanto, é de todo conveniente e até necessária a coletivização da tutela desses direitos, pois, à luz do princípio da igualdade, a reserva do possível deve ser apreciada em face da possibilidade de universalização do direito social discutido, ou seja, de atendimento a todos que estão na mesma situação (COSTA, 2013). Nesse sentido, Daniel Sarmiento salienta que a análise da reserva do possível não pode pautar-se no “custo representado apenas pela prestação concedida ao autor da ação” (SARMENTO, 2010, p.182). É que:

por mais custosa que seja esta prestação, dificilmente ela será muito significativa quando cotejada com a magnitude dos recursos e orçamentos das entidades federativas. Assim, se o parâmetro for este, praticamente toda pretensão formulada em ações individuais será acolhida, ainda quando seja economicamente impossível para o Estado estender o mesmo benefício a todas as pessoas em idêntica situação. Ocorre que o Estado não deve conceder a um indivíduo aquilo que ele não tiver condições de dar a todos os que se encontrarem na mesma posição. Esta é uma exigência fundamental imposta pelo princípio da igualdade, que não pode ser postergada (SARMENTO, 2010, p.199).

Especificamente sobre o direito à saúde, Luís Roberto Barroso segue idêntica linha de raciocínio:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média (BARROSO, 2011, p. 27).

Vale observar que os direitos sociais podem ter titularidade simultaneamente individual e transindividual, a depender da perspectiva da abordagem e das circunstâncias do caso (SARLET, 2016).

A tutela jurisdicional individual deve obviamente ser prestada nos casos em que o arcabouço jurídico da política pública relacionada ao direito social vindicado estiver completo. Em tais casos, o titular do direito apenas exige o cumprimento das normas que lhe garantem especificamente determinada prestação estatal descumprida – por exemplo, não fornecimento pelo SUS de dado medicamento que deveria fornecer, conforme sua Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Não há aí propriamente controle judicial da política pública, que permanece intacta, e tampouco qualquer ofensa à isonomia. Há apenas tutela do direito subjetivo a prestação estatal cabalmente definida. Genuíno controle judicial de política pública, no entanto, sucede, por exemplo, com a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na RENAME, pois aí há modificação da política. É para esse último tipo de situação que o controle judicial individual mostra-se inadequado, não apenas à luz do princípio da igualdade, que inspirou o surgimento dos direitos sociais, mas também por outros motivos à frente expostos.

3 ÔNUS DA PROVA E MÍNIMO EXISTENCIAL

Tendo em vista não só a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e sua centralidade em nossa ordem constitucional, mas também por se tratar de fato impeditivo do direito alegado (art. 373, II, do CPC), incumbe ao Poder Público o ônus da prova relativamente à alegação de reserva do possível, até porque, de resto, tal

comprovação é muito mais fácil para o Poder Público, que detém todas as informações a respeito, do que para o demandante (art. 373, § 1º, do CPC) (SARLET, 2008; SARMENTO, 2010).

A propósito, vale observar que a reserva do possível é situação fática objeto de alegação pelo Poder Público, com relevância para o deslinde da causa. Não é norma jurídica (princípio ou regra), pois nada prescreve. Não estabelece suporte fático (hipótese de incidência) e tampouco consequência jurídica; não ostenta estrutura deôntica. (PEREIRA; GIOVANINI, 2017)

Ademais, há controvérsia sobre a possibilidade ou não de alegação da reserva do possível em face do chamado “mínimo existencial”. Não há espaço neste texto – e isto não é necessário ao seu objetivo – para tratar das teorias absoluta e relativa sobre o mínimo existencial, ou seja, para discorrer sobre se há um conteúdo mínimo previamente determinado de cada direito fundamental social ou se esse conteúdo essencial depende de ponderação à luz de cada caso.⁴

O Projeto de Lei n. 8058/2014, que tramita na Câmara dos Deputados, “institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário” (BRASIL, 2014a)⁵, define mínimo existencial em seu art. 7º, parágrafo único, como “o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana”. Essa definição é suficiente à análise da questão ora posta, sobre a (im)possibilidade de a reserva do possível ser exitosamente oposta ao mínimo existencial, isto é, ao núcleo duro, essencial, do direito fundamental social invocado, independentemente de a definição desse núcleo dar-se *a priori* (teoria absoluta) ou *a posteriori* (teoria relativa).

Pois bem, apesar de relevante doutrina⁶, com significativo eco na jurisprudência⁷, no sentido da inoponibilidade, parece que a falta real de recursos pode constituir, em tese, obstáculo insuperável também à materialização mínimo

⁴ Cf., para um resumo das teorias, COSTA, 2013, p. 349-350; e SARMENTO, 2010, p. 202-207.

⁵ O Projeto apresenta inúmeros avanços para o adequado controle judicial de políticas públicas. O respectivo Anteprojeto foi encetado pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), presidido por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, após amplos estudos e debates acadêmicos (GRINOVER; WATANABE, 2013, p. 506-508).

⁶ Cf. SARLET, 2008, p. 34.

⁷ Cf., nesse sentido, além da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF 45 MC (BRASIL, 2004): STF, RE 581352 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2T, j. em 29/10/2013, DJe-230 21/11/2013; STF, ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2T, j. em 23/08/2011, DJe-177 14/9/2011; STJ, REsp 811608/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1T, j. em 15/5/2007, DJ 4/6/2007, p. 314.

existencial relacionado a dado direito social. A oposição exitosa dessa matéria de defesa pelo Poder Público, porém, em se tratando de demanda voltada à proteção do núcleo essencial de um direito social, requer demonstração de que os recursos públicos estão sendo utilizados para prestações de igual ou maior relevância constitucional. Essa é a conclusão extraída dos objetivos da Constituição da República, que por certo devem nortear a arrecadação e despesas do Poder Público, como bem indicou o Ministro Celso de Mello em paradigmática decisão na ADPF 45 MC (BRASIL, 2004), ao secundar o escólio de Ana Paula de Barcellos:

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível."

É também essa a posição de Daniel Sarmento:

não me parece que o mínimo existencial possa ser assegurado judicialmente de forma incondicional, independentemente de considerações acerca do custo de universalização das prestações demandadas. Porém, entendo que quanto mais indispensável se afigurar uma determinada prestação estatal para a garantia da vida digna do jurisdicionado, maior deve ser o ônus argumentativo imposto ao Estado para superar o direito *prima facie* garantido. **Será praticamente impossível, por exemplo, justificar a não extensão do saneamento básico para uma determinada comunidade carente, quando o Poder Público estiver gastando maciçamente com publicidade ou obras faraônicas** (SARMENTO, 2010, p. 207, g.n.).

Portanto, é do Poder Público o ônus de provar sua alegação de insuficiência de recursos, ônus qualificado, nos termos expostos, ao deparar com pretensão incluída na noção de mínimo existencial.

4 RESERVA DO POSSÍVEL E CORRUPÇÃO

Aporte pouquíssimo explorado⁸, mas pertinente para o exame da reserva do possível diz respeito à corrupção.

Regis Fernandes de Oliveira chama a atenção para a caracterização da corrupção como gravíssima agressão aos direitos fundamentais sociais à saúde, educação, habitação etc., cuja concretização resta significativamente prejudicada pelo desvio dos recursos públicos disponíveis. Vale conferir a advertência do autor:

A consequência da corrupção, no setor público, redundando em sérios prejuízos para o país. Decorrência de comportamentos ilegais significa menos pagamento de tributos ou não ingresso de receitas, o que causa amargo prejuízo aos objetivos públicos. É que, tendo o Poder Público, como objetivos fundamentais, a educação, a saúde, a defesa externa, a justiça, a habitação e o transporte, tudo fica muito prejudicado, uma vez que, não tendo recursos, ou sendo eles devidos, há fatal prejuízo à boa prestação de tais serviços. Em suma, há sério prejuízo à população, diante dos desvios dos ingressos públicos que, em decorrência da corrupção, deixam de vir para os cofres do Estado.

Os prejuízos decorrem não só do não ingresso, mas de despesas aumentadas, o que ocorrem, por exemplo, com elevação dos valores de venda apresentados ao Poder Público em licitações. Como há a institucionalização dos “20%” que devem ser pagos aos agentes políticos ligados à obra, ao serviço ou à compra, os valores formulados nas propostas comerciais, normalmente, estão acima do mercado, o que obriga maior dispêndio de recursos para obter o mesmo bem. Muitas vezes, os editais já são preparados para que determinada empresa ganhe o objeto do contrato, o que, evidentemente, irá encarecer seu montante. De outro lado, são as “revisões” dos valores contratuais que, ainda que com previsão em lei, superam os parâmetros de mercado. [...]

Em termos de direito financeiro, podemos falar que tais atos envolvem desvio de recursos do povo. (OLIVEIRA, 2014, p. 402-403)

No mesmo texto, páginas adiante, o autor explicita o nefasto nexos de causalidade entre desvio de recursos público e significativos prejuízos às políticas públicas voltadas à satisfação de direitos fundamentais:

Desnecessário dizer que os desvios de recursos públicos significam perda para a denominada sociedade civil. Com tais mecanismos inescrupulosos e criminosos, as verbas não chegam a seu destino. Assim, dos 25% das receitas dos impostos que Estados, Distrito Federal e Municípios devem destinar à educação, valor mais protegido pelo constituinte, cerca de 5% são desviados de seu destino. Da determinação de investimento em saúde, tal como estabelecido pela EC 29/2000, percentuais significativos são, também, sursurripiados. Diga-se o mesmo dos recursos destinados à habitação, saneamento básico e justiça. Logo, nascem a má prestação dos

⁸ Cf., a propósito, LEAL; KOHLS, 2014, estudo bastante oportuno sobre os possíveis reflexos da corrupção na análise da reserva do possível, com conclusões, porém, ainda incipientes, até pela novidade da temática.

serviços jurisdicionais, os movimentos dos sem teto, os movimentos dos sem terra, crianças sem aula e famílias sem atendimento médico adequado. [...]

Se entendermos os direitos humanos como aqueles bens da vida consagrados nas Constituições e que permitem uma vida digna, inequívoca a conclusão de que a corrupção impede a plena preservação dos direitos sagrados do indivíduo. [...]

Consequência evidente da corrupção é a agressão aos direitos humanos. Na medida em que os recursos públicos são desviados [...], o lesado não é o governo, mas o ser humano.

Se um serviço sai mais caro do que o preço de mercado, menos recursos chegam, por exemplo, para a construção de escolas, de creches, de postos de saúde e hospitais. [...]

[...] Logo, os mais sagrados objetivos da sociedade estarão comprometidos pela conduta desviante. Por consequência, os recursos que foram gerados pelo Poder Público para o cumprimento de suas finalidades ficam em mãos espúrias.

Daí não termos dúvida em afirmar que a corrupção violenta os Direitos Humanos. (OLIVEIRA, 2014, p. 409-410)

Com efeito, estudos de Paolo Mauro (economista do FMI) e Marcos Fernandes Gonçalves da Silva (publicado pelo SENAC) estimam um desperdício de 5% a 10% do PIB mundial com perdas ou desvios dos cofres públicos. (OLIVEIRA, 2014)

A ONU, por sua vez, estima um desperdício de 5% do PIB mundial por corrupção (NAÇÕES..., 2017). Ademais, no *ranking* de 2018 dos países menos corruptos do mundo (*Corruption Perceptions Index*), da Transparência Internacional, o Brasil figura na vexatória 105ª posição (TRANSPARÊNCIA..., 2018).

Para ter-se uma ideia do que essa estimativa de 5% representa em relação ao Brasil, apenas no exercício financeiro de 2017, em que o PIB foi de 6,6 trilhões (PIB BRASILEIRO..., 2018), o espantoso montante estimado de recursos desviados por corrupção é de R\$ 330 bilhões.

Esse valor equivale a três vezes o total do orçamento federal em saúde no exercício de 2017 (R\$ 110,2 bilhões) e também acerca do triplo do total do orçamento federal em educação no mesmo exercício financeiro (R\$ 111,3 bilhões) (BRASIL, 2018c). Em outra comparação ilustrativa, esses R\$ 330 bilhões correspondem a mais ou menos 110 vezes o investimento federal em ciência e tecnologia também no exercício de 2017 (cerca de R\$ 3 bilhões) (BRASIL, 2017b).

Com menos da metade desse montante, poder-se-ia resolver o sério déficit de saneamento básico no Brasil, segundo estudo da Agência Nacional de Águas (BRASIL, 2017a):

No Brasil, 43% da população possui esgoto coletado e tratado e 12% utilizam-se de fossa séptica (solução individual), ou seja, 55% possuem tratamento considerado adequado; 18% têm seu esgoto coletado e não tratado, o que pode ser considerado como um atendimento precário; e 27% não possuem coleta nem tratamento, isto é, sem atendimento por serviço de coleta sanitário. [...] A implementação das soluções de esgotamento e os investimentos serão feitos de forma gradual. No horizonte de 2035 foi estimado o valor de R\$ 149.5 bilhões em obras de coleta e tratamento dos esgotos para os 3 grupos, com foco na universalização do esgotamento sanitário e na proteção dos recursos hídricos e no seu uso sustentável. (BRASIL, 2017b)

Em relação à solidez da reportada estimativa de 5% do PIB desviados em corrupção, resultante dos referidos estudos, é de lembrar que, apenas nos processos iniciados pelo Ministério Público Federal na primeira instância da Justiça Federal em Curitiba e no Rio de Janeiro no âmbito da Operação Lava Jato – casos judiciais que envolvem em sua maioria somente atos de corrupção em uma única empresa estatal, a Petrobras –, busca-se o ressarcimento de cerca de R\$ 45 bilhões (BRASIL, 2018a, 2018b). E é certo que os casos de corrupção e desvios de recursos públicos no país vão muitíssimo além dos processos da Operação Lava Jato.

Bem se nota, portanto, a pertinência da identificação entre corrupção e violação gravíssima a direitos fundamentais sociais, pois os vultosos desvios de recursos públicos perpetrados cotidianamente no país impedem que o Estado concretize direitos inerentes à vida digna assegurados na Constituição.

Emerson Garcia também já teve ensejo de frisar essa relação:

Esse ciclo conduz ao estabelecimento de uma relação simbiótica entre corrupção e comprometimento dos direitos fundamentais do indivíduo. Quanto maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação dos direitos sociais. Se os recursos estatais são reconhecidamente limitados, o que torna constante a invocação da *reserva do possível* ao se tentar compelir o Poder Público a concretizar determinados direitos consagrados no sistema, essa precariedade aumentará na medida em que os referidos recursos, além de limitados, tiverem redução de ingresso ou forem utilizados para fins ilícitos. (GARCIA, 2003)

Regis Fernandes de Oliveira (2014) também enfrenta e refuta oportunamente a ideia de que a corrupção seria fator de desenvolvimento econômico e social, a qual remonta aos escritos de Bernard de Mandeville (em *A Fábula das Abelhas ou Vícios Privados, Benefícios Públicos*) e grassa, ainda que timidamente, no meio jurídico no sentido de que a corrupção serviria como uma “graxa na engrenagem da máquina”, o que, do ponto de vista econômico, seria

tolerável. É o popular “rouba, mas faz”. A referência a estudos que, com base em evidências empíricas, mostram que a corrupção reduz o crescimento econômico e os investimentos faz essa malsinada ideia cair por terra.

Convém ainda observar, a esse respeito, que, apesar de a maioria dos cidadãos indignar-se com a corrupção, são os mais pobres que sofrem seus mais duros e nefastos impactos, pois mais dependem do serviço de saúde do SUS, da educação prestada nas escolas públicas, de implementação de saneamento básico em suas cidades e bairros e outros serviços públicos essenciais para a concretização de direitos fundamentais em que os valores desviados deveriam ser investidos.

À vista desse cenário, é de pensar seriamente sobre a consideração, quando da análise da alegação de reserva do possível, dos esforços – ou da ausência destes – do ente político demandado judicialmente no sentido de prevenir e combater a corrupção, por meio de medidas comprovadas no processo. Esse parece ser um tema pertinente, mas ainda pouco explorado. Felipe Dutra Asensi chega a acenar para essa abordagem:

Um terceiro equívoco refere-se à inexistência de ônus da prova de quem utiliza o argumento da reserva do possível. Ao ser ingenuamente reproduzido como um dogma, isto é, como um ponto de partida inquestionável, desaparece o dever do Estado de provar que realmente não possui recursos financeiros para uma determinada política. Não bastando a tentativa de restringir direitos ou de situar um cidadão contra o outro, a reserva do possível ainda é usada como um dado e sem qualquer discussão séria e aprofundada sobre o motivo pelo qual não há determinado recurso. Não há por conta de alocação ineficiente? Ou porque houve corrupção? Ou será que houve eleição equivocada de prioridades? O problema foi de gestão ineficiente? Ou realmente não há recursos porque a arrecadação tributária foi insuficiente? (ASENSI, 2013, p. 110)

Apesar de a análise demandar aprofundamento e detalhamento, é inegável a pertinência do exame da reserva do possível também a partir dos índices e esforços estatais relacionados à corrupção.

Sem pretensão de esgotar o tema, são essas as contribuições apresentadas para discussão.

5 CONCLUSÃO

Enfatizou-se a necessidade de a análise da reserva do possível – alegação comumente apresentada para obstar ou mitigar em juízo a satisfação de direitos sociais – dar-se sob a ótica do princípio da igualdade, é dizer, pela perspectiva da possibilidade de universalização da prestação social pleiteada, para que alcance todas as pessoas em idêntica situação, inclusive aquelas que, por carência econômica ou de informações, não alcançam acesso individual à justiça. Para tanto, propôs-se a tutela jurisdicional coletiva como a via adequada, por meio da abordagem dos direitos sociais como direitos transindividuais.

Em seguida, a partir da imposição constitucional de que as prioridades orçamentárias sejam orientadas pelo mínimo existencial – núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais, para garantir vida digna –, demonstrou-se que, em tal campo, o ônus da prova do Poder Público quanto a sua alegação de falta de recursos suficientes é qualificado. Ou seja, a ausência efetiva de recursos pode constituir, em tese, embaraço insuperável à concretização do mínimo existencial, mas a oposição exitosa desse argumento requer demonstração de que os recursos públicos estão sendo utilizados para prestações de igual ou maior relevância constitucional.

Por fim, como novo aporte para a avaliação da reserva do possível, sugeriu-se que se considerem informações sobre corrupção. Como fundamento para tal sugestão, demonstrou-se, com base em números e estimativas, que as espantosas cifras desviadas dos cofres públicos poderiam servir à implementação e ao aprimoramento de políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais (à saúde, educação, saneamento básico etc.) de milhões de cidadãos hoje desassistidos.

REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coord.) *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Agência Nacional de Águas. *Atlas Esgotos*, 2017. Disponível em: <<http://atlaesgotos.ana.gov.br/>>. Acesso em 30 abr. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 8058/2014*. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>>. Acesso em: 6 maio 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Cortes no orçamento de Ciência e Tecnologia podem inviabilizar pesquisas*, 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CIENCIA-E-TECNOLOGIA/546380-CORTES-NO-ORCAMENTO-DE-CIENCIA-E-TECNOLOGIA-PODEM-INVIABILIZAR-PESQUISAS.html>>. Acesso em 4 abr. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. *A Lava Jato em números no Paraná*, 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em 29 mar. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. *A Lava Jato em números no Rio de Janeiro*, 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/rio-de-janeiro/resultados>>. Acesso em 29 mar. 2019.

BRASIL. Presidência da República. *Governo eleva orçamento de 2017 para Saúde e Educação*, 2018. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2016/09/governo-eleva-orcamento-de-2017-para-saude-e-educacao>>. Acesso em 4 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45*, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29/4/2004, publicado em DJ 4/5/2004, p. 12. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000072153&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 2 jul. 2019.

COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 345-370.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Emerson. A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 3, n. 30, ago. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=3820>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; KOHLS, Cleize Carmelinda. *Os possíveis reflexos da corrupção na análise do princípio da reserva do possível, quando da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais, 2014*. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11734/1513>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

NAÇÕES Unidas no Brasil. *Agências da ONU alertam para impactos da corrupção no desenvolvimento dos países, 2017*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencias-da-onu-alertam-para-impactos-da-corrupcao-no-desenvolvimento-dos-paises/>>. Acesso em 4 abr. 2018.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Ana Lucia Preto; GIOVANINI, Ana Elisa P. P. Responsabilidade patrimonial do Estado: reserva do possível como excludente de ilicitude da conduta estatal? *Cadernos de Direito Actual*, v. 1, p. 205-220, 2017.

PIB BRASILEIRO cresce 1% em 2017 após dois anos de queda, mostra IBGE. *Valor Econômico*, 1º mar. 2018. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/5354759/pib-brasileiro-cresce-1-em-2017-apos-dois-anos-de-queda-mostra-ibge>>. Acesso em 4 abr. 2018.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: HELLER, Agnes et al. *A Crise dos Paradigmas em Ciências Sociais e os Desafios para o Século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 33-75.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2018.

_____. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 17, n. 60,

abr./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=240515>>. Acesso em: 6 maio 2018.

SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

TRANSPARÊNCIA Internacional Brasil. *Índice de percepção da corrupção 2018*. Disponível em: <<http://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>>. Acesso em 29 mar. 2018.