



CONTAS À VISTA

Você nem sabe, mas vive entre a reserva do possível e as escolhas trágicas

23 de janeiro de 2018, 8h00

Por Fernando Facury Scaff

Teoricamente, todos somos donos de uma certa quantidade de dinheiro, seja mensal ou semanal, denominado de salário, *pro labore*, dividendos, seguro-desemprego, bolsa de estudos ou mesada — tanto faz para o que vou expor.

E essa quantidade de dinheiro que você possui é o seu limite de gastos — não se pode gastar mais do que se possui. Duas variáveis relativizam essa afirmação. Você pode ter recursos poupados, o que te dará um fôlego para gastar mais do que teus recursos mensais; ou você pode lançar mão de crédito (cheque especial, empréstimos, cartão de crédito, agiota, consignado) e, com isso, gastar hoje mais do que teus recursos mensais — embora o empréstimos tenha que ser pago com o salário futuro (ou outras rendas).

Pois bem, aqui se insere a *reserva do possível*, pois você está limitado a gastar os recursos que possui, considerando poupança e empréstimo.

Esse conceito simples, até óbvio, vem sendo bastante maltratado pela jurisprudência pátria em várias de suas instâncias. A *reserva do possível* tem correlação com a escassez, que pode ocorrer sob diversos prismas, destacando-se o tecnológico e o financeiro.



A expressão *reserva do possível* ingressou no universo jurídico a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional alemão de 1972 em que se discutia a questão da quantidade de vagas para discentes na Faculdade de Medicina. As universidades da Baviera e de Hamburgo haviam estabelecido determinada quantidade de vagas para alunos desse curso, o que contrariava o *acesso universal* ao ensino superior previsto pelas normas daquele país. Pelo sistema vigente, quem concluísse o ensino médio teria o direito de cursar o ensino superior, devendo ser disponibilizadas as vagas que fossem necessárias para atender à demanda discente. O tribunal decidiu que deveria ser mantido o sistema de *numerus clausus*, pois não havia quantidade suficiente de laboratórios naquelas universidades para atender toda a demanda, caracterizando-se, dessa forma, uma limitação fática. E determinou que as universidades, *na medida do possível*, ampliassem paulatinamente o número de vagas discentes disponíveis para quem quisesse cursar essa faculdade. Observa-se nessa decisão que podem ser estabelecidas limitações, desde que por lei (pelo Poder Legislativo) e esgotadas todas as demais alternativas possíveis, *na maior medida do possível*.

No âmbito financeiro, a reserva do possível é considerada como uma limitação fática, concreta, à realização de algum direito ou de algum desejo. Amartya Sen utiliza uma expressão reveladora para identificar essa limitação, que é *limite do orçamento*¹. Isso é a reserva do financeiramente possível.

É necessário ter cautela com a análise da expressão *reserva do possível*, pois ela se desdobra em diferentes possibilidades. Existe uma reserva do *tecnicamente* possível, que se caracteriza como a impossibilidade concreta de sua realização, não porque exista falta de dinheiro, mas em razão da falta de tecnologia ou de escala industrial.

Um caso concreto pode ilustrar essa hipótese. A Universidade de São Paulo produzia determinado medicamento contra o câncer (fosfoetanolamina sintética), que ainda não havia sido liberado para produção industrial por falta de análise e registro na Anvisa. Logo, havia escassez do medicamento, pois sua produção se encontrava em fase de testes laboratoriais. Uma pessoa, sentindo-se preterida na obtenção do referido medicamento, ingressou com uma ação judicial contra a universidade e conseguiu liminarmente o direito de obtê-lo. Essa decisão foi cassada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, sob o argumento de grave risco à saúde, uma vez que o medicamento ainda não havia sido testado e aprovado pelas instâncias sanitárias nacionais.

O caso chegou ao STF (Pet. 5.828) e foi relatado pelo ministro Edson Fachin, que suspendeu os efeitos da decisão do TJ-SP e liberou de imediato seu fornecimento. A partir daí centenas de outras ações semelhantes foram propostas, mas a escassez permaneceu, pois não havia medicamento produzido em escala suficiente para todos — além das questões sanitárias

envolvidas. Trata-se de um caso de escassez, ou de reserva do *tecnicamente* possível. As liminares não puderam ser cumpridas de imediato em toda a sua extensão, pois somente muito tempo após é que se normalizou a produção de modo a atender àquilo que foi buscado e judicialmente deferido.

Outro enfoque é o da *reserva do financeiramente possível*, que parte da mesma concepção de escassez, só que de dinheiro — e isso *pode ocorrer tanto no âmbito público quanto no privado*. Ambas se caracterizam como limitação de recursos financeiros. É como se houvesse um *cobertor curto*, insuficiente para cobrir todas as partes do corpo, sendo necessário escolher quais devem ser priorizadas.

No âmbito privado, a reserva do financeiramente possível tem relação com as finanças pessoais ou familiares. Uma pessoa pode querer comprar uma casa ou um carro e não ter recursos para tanto. Logo, está limitada a seu orçamento familiar ou pessoal na busca por esse desejo. Até poderá alcançá-lo, seja através de poupança própria ou por meio de financiamento, sendo que, neste caso, comprometerá parte de sua receita futura para pagamento das prestações.

A situação é semelhante no âmbito público, com a diferença que a *reserva do financeiramente possível* encontra limitação nas disponibilidades orçamentárias, de arrecadação e direcionamento da despesa pública. É plenamente possível dar a cada brasileiro um exemplar da Constituição, de forma gratuita, porém, será que a sociedade quer ter esse gasto, que foi expressamente previsto no artigo 64 do ADCT e até hoje não realizado? E mais, será que o legislador orçamentário permitiria que parte da arrecadação fosse dirigida para essa finalidade?

No mesmo sentido, é possível acabar com o analfabetismo ou erradicar as doenças endêmicas, como dengue ou zika, mas é necessário decidir onde se deve fazer esse gasto, pois, no âmbito orçamentário, existe uma decisão *política* que *prioriza* sua realização. Essa eleição de prioridades dentre as políticas públicas ocorre no âmbito orçamentário, como regra, em razão de uma deliberação que surge do entrelaçamento entre os poderes Legislativo e Executivo, e não se refere propriamente à reserva do possível, mas a outro conceito, o das *escolhas públicas (trágicas)*.

Enquanto a *reserva do financeiramente possível* é um conceito que parte de uma análise *econômica*, de escassez de recursos, o conceito de *escolhas públicas* é *eminentemente* político e parte das opções políticas que são possíveis de serem realizadas com os recursos existentes.

Aqui é necessário introduzir outro conceito, igualmente relevante para esta análise, que foi consagrado pela obra de Guido Calabresi e Philip Bobbitt² com o nome de *tragic choices* (que pode ser traduzido por *escolhas trágicas* ou *escolhas difíceis*, também significando *escolhas públicas*).

É necessário que se identifique quais são as prioridades de gasto que o poder público deverá escolher para fazer frente às necessidades da população. No aspecto orçamentário isso se desenvolve em três âmbitos: da receita, da despesa e do endividamento.

No âmbito da *receita pública* implica decidir de quem se deve arrecadar, o que, como visto, deve recair sobre quem tem mais riquezas, para que haja um *orçamento republicano* (tema sobre o qual me debrucei em minha tese de titularidade em Direito Financeiro, na USP). Porém, mesmo aqui existem diversas variáveis, pois tais riquezas podem ser de diferentes espécies, tais como imóveis (urbanos ou rurais, produtivos ou improdutivos, edificadas ou não etc.) ou dinheiro (fruto de rendas do capital ou do trabalho, acumuladas ou investidas), envolvendo tanto pessoas físicas como jurídicas. E isso se torna ainda mais complexo quando se inclui na análise as receitas decorrentes da exploração de recursos naturais não renováveis³. As possibilidades são enormes e encontram-se à disposição de quem tem o poder político de estabelecer as incidências arrecadatórias.

No âmbito dos *gastos públicos* as possibilidades são ainda maiores, mesmo que dirigidos prioritariamente à população que tenha menos riquezas, o que caracterizaria o *orçamento republicano*, pois tal população pode ser urbana ou rural, carente de saúde, educação, saneamento, moradia, lazer e uma infinidade de outras carências socioeconômicas.

E no âmbito do endividamento ocorre uma troca intergeracional, pois se antecipa para hoje a receita que será utilizada para pagar no futuro a dívida contraída. Dessa forma, o gasto deve ser realizado de maneira a permitir que seus usuários tenham efetivo aproveitamento desses recursos da forma mais perene possível. Exatamente por isso é que se impede no Brasil que haja endividamento para a realização de gastos correntes (artigo 167, III, CF) — a tal *regra de ouro* que o atual governo federal quer extirpar da Constituição.

Conectando os dois conceitos, de *reserva do financeiramente possível* e de *escolhas públicas orçamentárias*, verifica-se que existem recursos escassos para atingir objetivos incomensuráveis. Quanto mais difíceis os objetivos, maior o custo financeiro para seu alcance.

Ocorre que a realidade é mais complexa do que exemplos expostos de forma didática, nos quais são isoladas diversas outras situações existentes em concreto. Além da meta de redução das desigualdades sociais e regionais, o governo — qualquer governo, de qualquer país — tem de pagar o funcionalismo público, pagar a dívida financeira e não financeira com o mercado, manter todos os serviços públicos em atividade e com caráter de universalidade, estar preparado para defender o país em caso de ameaças externas, organizar o transporte público, o ensino, a saúde, o saneamento, a segurança e muitas outras atividades encontráveis nas colunas do *gasto público* nas tabelas orçamentárias. E tudo isso ao mesmo tempo.

Logo, é necessário priorizar, e aqui se inserem os dois conceitos: *reserva do financeiramente possível*, uma vez que não há dinheiro para tudo; e escolhas públicas, pois é necessário priorizar politicamente o gasto público, obedecidos os parâmetros constitucionais.

Existem muitos críticos à teoria da reserva do financeiramente possível, que a entendem como uma teoria dogmática do neoliberalismo, e que sua aplicação extirpará os direitos sociais. Quem assim compreende essa teoria, ao que tudo indica, ataca o outro instituto, que é o das *escolhas trágicas/públicas*. Tais críticos verbalizam, segundo se pode intuir, contra o uso *retórico* da teoria da *reserva do possível* de forma a esconder que as *escolhas públicas* não privilegiam os objetivos estabelecidos pela Constituição — fato com o qual se concorda, com os olhos voltados para a realidade contemporânea brasileira. Registro, contudo, que o alvo é outro, pois atacar a *reserva do possível* é lutar contra moinhos de vento, pois a escassez é um dado de realidade; lutar contra as *escolhas trágicas/políticas* adotadas é algo concreto, palpável, pois existem pessoas por trás dessas decisões — políticos eleitos e que buscam reeleição neste ano.

Isso se torna ainda mais complexo com o *teto de gastos* (aprovado pela EC 95), sobre o qual paira uma única certeza: não será cumprido pelos próximos 20 anos, como prevê a norma, exceto na parte inconstitucional (artigo 110, ADCT), que comprimiu os gastos com saúde e educação, conforme exposto em outras colunas (ler em [PEC do Teto de Gastos também deveria limitar arrecadação de impostos](#) e [STF deve estar alerta para o financiamento da saúde pública no Brasil](#)).

Enfim, vivemos entre estas duas realidades, a da *reserva do possível* e a das *escolhas trágicas*, seja no âmbito privado (individual ou familiar), seja no âmbito público.

Você já havia se dado conta disso?

[1](#) Sen, Amartya. *Identità e violenza*. Roma: Laterza, 2006. p. 7-8.

[2](#) Calabresi, Guido; Bobbitt, Philip. *Tragic Choices, The conflicts society confronts in the allocation of tragic scarce resources*. New York: Norton & Company, 1978.

[3](#) Sobre o tema, ver Scaff, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, mineração e energia – Aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: RT, 2014.

Fernando Facury Scaff é advogado e sócio do escritório Silveira, Athias, Soriano de Melo, Guimarães, Pinheiro & Scaff – Advogados; professor da USP e livre docente em Direito pela mesma universidade.

Revista **Consultor Jurídico**, 23 de janeiro de 2018, 8h00