



Universidade Federal da Grande Dourados
Faculdade de Direito e Relações Internacionais
Curso de Direito - FADIR

Jocimar Albuquerque da Luz

A Aplicação da Reserva do Possível na Prestação de Direitos Sociais no
Brasil

Dourados - MS

Agosto – 2017

Jocimar Albuquerque da Luz

**A Aplicação da Reserva do Possível na Prestação de Direitos Sociais no
Brasil**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Gassen Zaki Gebara.

Dourados - MS

Agosto – 2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

L979a Luz, Jocimar Albuquerque Da
A aplicação da reserva do possível na prestação de direitos sociais no Brasil
/ Jocimar Albuquerque Da Luz -- Dourados: UFGD, 2017.
68f. : il. ; 30 cm.

Orientador: Gassen Zaki Gebara

TCC (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito e Relações
Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados.
Inclui bibliografia

1. Direitos Sociais. 2. Reserva do Possível. 3. Aplicação no Brasil. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.



ATA DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos quatorze dias do mês de Agosto de 2017, compareceu para defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso, requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito o (a) aluno (a) **Jocimar Albuquerque da Luz** tendo como título *"A Aplicação da Reserva do Possível na Prestação de Direitos Sociais no Brasil"*.

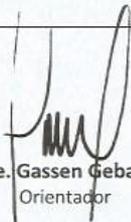
Constituíram a Banca Examinadora os professores Me. Gassen Gebara (orientador), Me. Antonio Zeferino da Silva Junior (examinador) e o Me. Hassan Hajj (examinador).

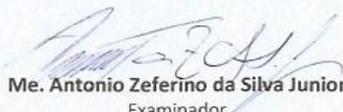
Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado (a) Aprovado.

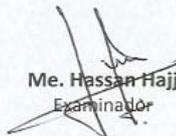
Por nada mais terem a declarar, assinam a presente Ata.

Observações: _____

Assinaturas:


Me. Gassen Gebara
Orientador


Me. Antonio Zeferino da Silva Junior
Examinador


Me. Hassan Hajj
Examinador

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde, coragem e força para superar as dificuldades.

A esta Universidade, seu corpo docente e toda equipe que oportunizaram trilhar novos caminhos.

Ao meu orientador, pelo suporte, pelas suas correções e incentivos.

A minha família, aos meus pais e irmãos pelo incentivo e apoio incondicional.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado!

“A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos”.

Hannah Arendt

RESUMO

O presente trabalho tem como intuito analisar a aplicação da reserva do possível na prestação de Direitos Sociais no Brasil. Notadamente, a Constituição Federal de 1988 traz em seu texto amplo rol de Direitos Sociais, positivamente que consagra a evolução dos Direitos Humanos e o reconhecimento dos Direitos Fundamentais, cabendo aos agentes públicos a missão de respeitá-los e promovê-los. No entanto, a efetividade de alguns comandos Constitucionais demanda políticas públicas por parte do Estado; é o caso da concretização dos Direitos Sociais. As prestações carecem de disponibilidade orçamentária e o reconhecimento do custo dos direitos não pode ser ignorado. Surgiu, então, a reserva do possível, conceito originário da Alemanha e que ao ser introduzido no cenário brasileiro, passou a assumir contornos econômicos, associado à insuficiência de recursos financeiros, visando justificar limitações na prestação de direitos. O objetivo da pesquisa é verificar os principais aspectos da aplicação da reserva do possível no cenário nacional, quando da prestação de Direitos Sociais, sendo necessário, para tanto, proceder a uma análise histórica que permita a compreensão da evolução dos institutos, a positivamente existente no Texto Constitucional e o entendimento dos contornos do que pode-se denominar como reserva do possível. Considerando aspectos jurídicos, sociológicos, políticos e econômicos do País, a discussão precisa observar outros elementos envolvidos, caso do orçamento e das políticas públicas que apresentam relação direta com as prestações sociais, o reconhecimento do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana e a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário. Analisa-se, por meio da visão doutrinária e jurisprudencial, em uma pesquisa qualitativa e bibliográfica, a invocação da reserva do possível pelo Poder Público e as possibilidades de sua aplicação. Ao final, conclui-se que a reserva do possível não pode ser alegada como mera ausência de recursos financeiros, podendo ser aplicada no Brasil, na prestação de Direitos Sociais, desde que a insuficiência de recursos seja demonstrada de maneira objetiva pelo Poder Público, bem como sejam respeitados o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, devendo, ainda, haver a ponderação da razoabilidade da pretensão em face do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais. Reserva do Possível. Aplicação no Brasil.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
BvB	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
CF/88	Constituição Federal de 1988
EC	Emenda Constitucional
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1 Direitos Humanos e a Positivação de Direitos Fundamentais.....	12
1.2 A Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial	21
1.3 Os Direitos Sociais no Brasil	24
2. A RESERVA DO POSSÍVEL	31
2.1 Visão Histórica e Evolução Conceitual	31
2.2 Da Reserva do Possível a Teoria da Reserva do Financeiramente Possível: Recepção no Cenário Brasileiro	35
2.3 O Orçamento e as Políticas Públicas	37
3. A RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS	44
3.1 O Controle Judicial na Efetivação de Direitos Sociais	44
3.2 Aplicação da Reserva do Possível e os Direitos Sociais no Brasil: Visão Doutrinária e Jurisprudencial	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

INTRODUÇÃO

A consolidação de um Estado Democrático de Direito representou a evolução das relações sociais e possibilitou a criação de mecanismos assecuratórios de direitos e garantias. A atuação dos poderes públicos passa então a ser pautada, cada vez mais, na observância e ponderação, visando equilibrar diversos princípios, tais como a igualdade, segurança jurídica e justiça social, no intuito de desenvolver ações mais efetivas na defesa e prestação de direitos.

A consagração dos direitos fundamentais visa combater as desigualdades, com observância e respeito aos direitos humanos, à dignidade da pessoa humana e ao sistema democrático. Cabe ao Estado garantir, inicialmente, condições mínimas de vida digna à população, promovendo uma busca constante e equilibrada da expansão de políticas promocionais de direitos.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 incluiu dentre os direitos e garantias fundamentais, a positivação dos Direitos Sociais, estes de caráter prestacionais à população, como é o caso da saúde, educação, segurança, habitação, dentre outros. Trata-se de rol não taxativo, verificando-se, também, a previsão de mecanismos para a postulação em defesa dos mesmos.

A discussão acerca da efetivação dos Direitos Sociais ganha relevância na medida em que são reconhecidos: a responsabilidade do Poder Público na prestação, tendo em vista os preceitos contidos na Constituição Federal; a demanda crescente da população e os custos decorrentes para a promoção. A atividade do Estado para a realização dos valores sociais demanda disponibilidade orçamentária e financeira, devendo pautar-se pela adequação às reais possibilidades de realização.

Neste cenário, o debate acerca da reserva do possível tem se mostrado crescente no Brasil, uma vez que o Estado tem, muitas vezes, alegado a mera insuficiência de recursos para justificar a não prestação de direitos sociais, gerando, até mesmo, a intervenção do Poder Judiciário em alguns casos.

A reserva do possível teve origem na Alemanha, após 1970, a partir de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) conhecida como *numerus clausus*, em que julgou-se pretensão de estudantes em face do Estado. A decisão

consignou que algumas prestações estatais devem observar uma reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), isto é, o indivíduo só pode cobrar do Estado e da sociedade prestações que se mostrem razoáveis quando comparadas aos interesses de toda a coletividade. Em sua origem, a reserva do possível não estava relacionada, especificamente, à indisponibilidade de recursos financeiros como fator para limitação da efetivação de direitos.

No Brasil, a interpretação da reserva do possível tem se mostrado divergente, não existindo unanimidade acerca de sua natureza jurídica e conceito, tampouco previsão legal. Tem sido utilizada por vezes para justificar a ausência de recursos disponíveis diante de necessidades crescentes, outras como fator de ponderação da razoabilidade de uma pretensão individual em face da sociedade.

A existência de divergências conceituais tem contribuído para ausência de uniformidade na aplicação, com críticas pela doutrina e alvo constante de apreciação pelo Poder Judiciário.

Mostra-se bastante relevante, neste momento, a discussão entre a efetividade dos Direitos Sociais e a aplicação da reserva do possível, tendo em vista que o fator disponibilidade de recursos não pode ser desconsiderado no cenário brasileiro, ao passo que os mandamentos Constitucionais precisam ser observados.

O presente estudo discorrerá acerca da aplicação da reserva do possível na prestação de Direitos Sociais no Brasil, considerando, para tanto, a evolução histórica dos institutos e a discussão atual no contexto nacional. O tema visa avaliar em qual sentido a reserva do possível vem sendo aplicada, analisando-se os argumentos utilizados quando de sua invocação, tendo em vista a existência de diversos aspectos a serem ponderados, tais como os aspectos sociais, financeiros, políticos e jurídicos.

Para análise da temática serão consideradas lições da doutrina jurídica sobre o assunto, bem como da legislação correlata e das manifestações do Poder Judiciário, por meio de análise jurisprudencial dos Tribunais Superiores. A pesquisa vale-se do método histórico, comparativo e dedutivo, somando-se com pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

Deste modo, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro será tratado acerca dos Direitos Sociais, a partir da consolidação dos Direitos Humanos e da positivação dos direitos fundamentais, com conceituação e análise da evolução histórica dos institutos e o tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988, além de breve descrição dos direitos

sociais previstos. Serão abordados, também, aspectos doutrinários relacionados à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, que representam entendimentos importantes para o desdobramento da pesquisa.

No segundo capítulo estuda-se a reserva do possível, efetuando-se a identificação da origem histórica e a sua recepção no cenário brasileiro, com abordagem doutrinária dos conceitos e discussões relevantes. Ademais, serão feitas menções acerca do orçamento e das políticas públicas em nosso país, dada a importância e correlação com a aplicação da reserva do possível e efetivação dos direitos sociais.

Por fim, no terceiro capítulo discorre-se sobre o debate da aplicação da reserva do possível e a efetivação dos direitos sociais no País, mencionando-se a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário como forma de concretização de direitos, a análise da ponderação e das justificativas adotadas pelo Poder Público e o posicionamento dos Tribunais Superiores, manifestado a partir do exame de casos relevantes envolvendo prestação de Direitos Sociais. Tais aspectos serão abordados, também, sob enfoque da doutrina especializada.

1. DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. Direitos Humanos e a Positivção de Direitos Fundamentais

Inicialmente, registra-se que os conceitos de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais possuem uma aproximação teórica conforme mencionado por parte da doutrina especializada, confundindo-se, em determinados momentos, em razão de algumas características similares. No entanto, é necessário proceder a uma distinção entre os institutos, uma vez que existem diferenças relevantes e que precisam ser reconhecidas para uma melhor análise da evolução histórica e da relevância atual, bem como para compreensão dos objetivos desta pesquisa.

De maneira genérica, introduzindo-se um conceito inicial, é possível afirmar que os direitos humanos são derivados da própria condição de pessoa humana, decorrentes de evolução histórica, social, política e econômica ao longo dos séculos. Portanto, trata-se de um duradouro processo multidisciplinar que resultou no modelo defendido atualmente pela doutrina.

A análise dos conceitos apresentados por autores especializados, permite melhor compreensão da temática. Para João Baptista Herkenhoff (1994, p.30) os direitos humanos podem ser conceituados como aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, pela natureza e pela sua dignidade, não sendo resultado de nenhuma concessão política efetuada pelo sistema governante, cabendo à sociedade política reconhecê-los e desenvolver mecanismos assecuratórios.

Apresentando uma definição mais moderna e concisa, pode-se dizer que direitos humanos é um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar que a vida do ser humano deve ser baseada na liberdade, igualdade e dignidade, em que o indivíduo possua condições adequadas de existência, participando ativamente da vida de sua comunidade (RAMOS, 2014, p.24).

Percebemos que os direitos humanos estão relacionados à vida do ser humano, condição primária de existência e nas formas para que esta seja respeitada, permitindo com que ocorra o nascimento e a sobrevivência de maneira digna e respeitosa.

Como já mencionado, direitos humanos são advindos de longo processo histórico. O debate doutrinário e filosófico retroage até a antiguidade, com a defesa de diversas correntes de pensamento e a apresentação de variados diplomas normativos. Sem a pretensão de esgotar o tema, mas sim de apresentar os contornos históricos mais relevantes, constatamos que a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, promulgada em 26 de agosto de 1789, representou um dos mais importantes documentos de declaração de direitos pactuados.

A relevância deste momento histórico consiste, também, no fato de que a declaração esteve intimamente relacionada à Revolução Francesa, com a necessidade de apresentação de um documento como forma de legitimação do governo que se instalara, sendo considerada uma das precursoras, servindo, ainda, como fonte de inspiração para outras que viriam nos anos seguintes.

No entanto, a expansão dos direitos humanos, com a internacionalização do movimento, só veio a ocorrer a partir de 1945, devido ao holocausto e a segunda guerra mundial, em que grandes violações foram cometidas à época, motivos pelos quais ocorreu uma união entre as nações, tendo sido a primeira organização internacional que abrangeu quase a totalidade dos povos da terra. Decidiu-se que os direitos humanos e os direitos fundamentais fossem o carro chefe da Organização das Nações Unidas. Com isso, verifica-se a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU em 10 de dezembro de 1948, representando o marco inicial do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, reconhecendo-se a dignidade da pessoa humana, com a existência de previsões relacionadas a direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais (SOUZA; GRANJA, 2013).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma em seu artigo I que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Percebe-se na passagem a presença de elementos conceituais relacionados à definição de direitos humanos e sua evolução histórica, tais como: ser humano, vida, liberdade, igualdade, dignidade, dentre outros.

Conforme aponta Luís Roberto Barroso (2010, p.137) a doutrina passou a reconhecer, de maneira praticamente unânime, o princípio dos direitos humanos, a partir da concepção de direito internacional, após a segunda guerra mundial e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como direitos a um patamar mínimo a ser observado por todos os Estados na organização do poder e nas suas relações.

Nesse breve histórico, constata-se a ocorrência de mutação e constante renovação em busca do aprimoramento das premissas, isto desde a antiguidade, razão pela qual Flávia Piovesan (2006, p. 8-9) entende que a Declaração Universal dos Direitos Humanos trouxe a concepção contemporânea, com fortalecimento da universalidade e indivisibilidade destes direitos, representando uma relação interdependente e que relativizou a noção de soberania absoluta do Estado, ao permitir intervenções internacionais no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos.

Vencida a etapa de delineamento dos aspectos mais relevantes relacionados à definição de direitos humanos, e considerando o propósito de diferenciação de conceitos na pesquisa, passamos ao enfoque da teoria dos direitos fundamentais. Verifica-se o emprego de diversas nomenclaturas relacionadas ao tema tais como “liberdades públicas”, “direito dos cidadãos”, “direitos das pessoas humanas”, dentre vários outros, no entanto, o conceito utilizado será o de Direitos Fundamentais, em razão do emprego desta terminologia em nossa Constituição Federal de 1988, em seu Título II (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p.53).

No que se refere ao conceito de Direitos Fundamentais, a doutrina, de maneira geral, entende que a sua finalidade está no estabelecimento de limites ao Poder Político, servindo como meio de defesa, vejamos:

Os primeiros direitos fundamentais têm o seu surgimento ligado à necessidade de impor limites e controles aos atos praticados pelo Estado e suas autoridades constituídas. Nasceram, pois, como uma proteção à liberdade do indivíduo frente à ingerência abusiva do Estado. Por esse motivo – por exigirem uma abstenção, um não fazer do Estado em respeito à liberdade individual – são denominados direitos negativos, liberdades negativas, ou direitos de defesa. (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 98)

Verifica-se a preocupação com a proteção de direitos em face do Estado constituído, sendo que o direito de liberdade foi um dos primeiros a ser reconhecido, servindo de pilar para a consolidação dos demais nos anos vindouros.

Para Norberto Bobbio (2004, p. 5-19) os direitos do homem são direitos históricos por mais fundamentais que sejam, nascendo em razão das lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, em circunstâncias históricas, isto é, representa um processo constante e gradual pois não foram conquistados de uma só vez e nem conquistados de forma definitiva. O autor ilustra este conceito afirmando que o que parece fundamental em uma época histórica

para uma determinada civilização, pode não ter relevância alguma para outra ou em épocas distintas.

Das lições de José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 506) extrai-se que os direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado, direitos de autonomia e direitos de defesa, sendo individuais pois pertencem exclusivamente à pessoa, cabendo ao Estado o dever de proteger o cidadão e prezar pelo cumprimento.

Nota-se, a partir dos conceitos e visões apresentadas pela doutrina, que os direitos fundamentais surgiram como exigência de um comportamento de abstenção em favor da liberdade do indivíduo, com uma maior autonomia frente à ação do Estado, reconhecendo-se, ainda, a necessidade de atuações positivas em algumas situações, como é o caso dos direitos sociais. Portanto, consideraremos para fins desta pesquisa, direitos fundamentais como direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos, baseados nos princípios de direitos humanos e previstos no ordenamento jurídico de uma Nação.

Buscando, em apertada síntese, mais uma forma de distinção entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, podemos verificar nas lições de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p.136) que os Direitos Humanos não têm como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular, possuindo valoração filosófica e pretensões também inseridas em documentos de direito internacional. Já a expressão Direitos Fundamentais designa os direitos relacionados às pessoas que estão inscritos em textos normativos de cada Estado, vigorando em uma determinada ordem jurídica, com limitação no espaço e no tempo.

Ademais, outra compreensão necessária é a relacionada às diferenças entre direitos fundamentais e garantias fundamentais. Os direitos fundamentais são os bens em si mesmo considerados e que dessa forma estão declarados nos Textos Constitucionais, como é o caso da vida, da liberdade, propriedade, dentre outros. As garantias, por sua vez, conferem proteção dos direitos fundamentais, representando instrumentos que assegurem o exercício e confirmem proteção aos mesmos em caso de violação, como exemplo temos o direito à vida contido no artigo 5º da Constituição Federal, que representa uma garantia de vedação à pena de morte (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 100).

Destarte, a positivação dos direitos fundamentais aconteceu de forma gradativa ao longo dos anos, sendo classificado em gerações ou dimensões, em que leva-se em conta o momento do surgimento e o respectivo reconhecimento em um ordenamento Constitucional.

É o que menciona Alexandre de Moraes (2016, p. 91) “Modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.” Passa-se agora a discorrer de maneira breve sobre essa classificação proposta, visando a compreensão da evolução histórica.

Os Direitos de primeira geração têm como fundamento o princípio da liberdade, e buscam restringir a ação do Estado sobre o indivíduo, visando impedir abusos na vida privada das pessoas. São chamados de liberdades negativas, pois cumprem a função de direito de defesa dos cidadãos, não permitindo a ingerência dos Poderes Públicos na esfera jurídica individual, conferindo ao indivíduo a prerrogativa de exercício e exigência de correção de eventuais omissões. Surgiram no final do século XVIII, nas primeiras constituições escritas, marcando a passagem de um Estado autoritário para um Estado de direito, como reação a Estados absolutistas, cita-se como exemplo histórico, a revolução francesa e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Integram rol de tais Direitos: o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à participação política, entre outros (LENZA, 2016, p. 1.237).

Os Direitos de segunda geração caracterizam-se por serem realizados por meio de políticas públicas que envolvam prestações sociais, isto é, normas programáticas que representam direitos de participação, como lembra Paulo Bonavides (2004, p.564). Esses direitos têm como valor o princípio da igualdade, recebendo, também, a denominação de liberdades positivas. Para o Estado, constituem obrigações de fazer em prol dos indivíduos, visando assegurar, por exemplo, o bem-estar da população. O surgimento dessa categoria está relacionado aos movimentos sociais do início do século XX, marcado pela primeira guerra mundial, representando a passagem do Estado liberal para o Estado social, citando-se como documentos históricos que ilustram a perspectiva de fixação de Direitos sociais, a constituição do México de 1917, a Constituição de Weimar em 1919 na Alemanha e a Constituição de 1934 no Brasil (LENZA, 2016, p. 1239). São direitos de segunda geração apresentados pela doutrina: os direitos econômicos, sociais e culturais, como é o caso da saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, etc.

Por sua vez, os Direitos Fundamentais de terceira geração não visam à proteção específica de interesses individuais, mas sim a proteção de coletividades, isto é, de titularidade difusa ou coletiva, em razão de mudanças na comunidade internacional e os consequentes impactos nas relações sociais. Os princípios norteadores são o da solidariedade e fraternidade, representando preocupação com as gerações presentes e futuras da

humanidade. O ser humano passa a estar inserido dentro de uma coletividade, e os direitos são concernentes ao humanismo e proteção do gênero humano. Verifica-se preocupação a partir do século XX, citando-se como exemplos de direitos pertinentes a esta categoria, o direito do consumidor, o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado e o direito ao desenvolvimento (MORAES, 2016, p.92).

Esta divisão clássica conforme apresentada foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, conforme verifica-se em trecho de decisão proferida no MS nº 22.164-SP, que menciona o entendimento da corte acerca dos direitos fundamentais:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) –que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – que realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídas genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis pela nota de uma essencial inexauribilidade. (STF, pleno, MS nº 22.164-SP, Relator Min. Celso de Mello. DJ 17.11.95)

Percebemos na passagem, a apresentação da diferenciação conceitual entre as gerações de direitos conforme divisão clássica. Alguns autores reconhecem a existência de quarta e quinta gerações de direitos fundamentais, como é o entendimento de Norberto Bobbio de que os Direitos fundamentais de quarta geração decorreriam dos avanços no campo da engenharia genética, o de Paulo Bonavides, que entende como componentes de quarta geração o direito à democracia e à informação, e de quinta geração o direito à paz (DIOGENES JUNIOR, 2012).

Importante mencionar que a doutrina mais atual entende que a classificação em dimensões em vez de gerações deve-se pelo entendimento de que uma nova dimensão não abandonaria as conquistas da dimensão anterior, mas sim estabelece uma relação de complementariedade (MENDES; BRANCO, 2017, p. 129). Todavia, ambas nomenclaturas são utilizadas de maneira sinônimas. Relevante destacar também que, embora exista uma cronologia, todos os direitos fundamentais possuem o mesmo valor e são interdependentes, existindo, em alguns casos a correlação entre dimensões quando da efetiva prestação.

Feita a conceituação e verificados alguns aspectos históricos relevantes, passamos a efetuar a abordagem dos direitos fundamentais no Direito brasileiro, tendo como enfoque a Constituição Federal de 1988.

O surgimento do Estado moderno, com a limitação do poder e a proteção de direitos, foi materializado através do surgimento do Estado Constitucional. Os Direitos fundamentais representam as decisões fundamentais adotadas pelo Poder Constituinte sobre a forma de estruturação e relações entre o Estado e a sociedade, conforme aponta Ana Carolina Lopes Olsen (2006, p.5) com a indicação de valores a serem buscados, reconhecendo-se a historicidade e o processo evolutivo. Ademais, a constitucionalização possibilita proteção aos Direitos fundamentais, garantindo a indisponibilidade por parte do legislador ordinário e o controle por parte do Judiciário, conforme será visto posteriormente.

No Brasil, as Constituições sempre integraram em seus textos o reconhecimento de direitos fundamentais, sob influência de movimentos constitucionalistas, consagrando a evolução das gerações de Direitos fundamentais. A Constituição de 1824 consagrou os Direitos fundamentais de primeira geração através da utilização da nomenclatura *Garantia Dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*, com reconhecimento de direitos tais como: liberdade, legalidade, igualdade, direito à propriedade, à inviolabilidade do domicílio, dentre outros direitos de primeira geração. Nota-se que esse reconhecimento esteve aderente ao movimento constitucionalista verificado na Europa (GÖTTEMS; BORGES, 2009).

Após a Constituição de 1824, novos textos constitucionais apareceram no Brasil ao longo dos anos. Conforme apontam os estudiosos, sempre textos sob influência dos cenários políticos, sociológicos e econômicos da época, ora oriundos de processo democrático, outras, fruto de arbitrariedades, experimentando-se avanços e retrocessos. No entanto, a discussão histórica e pormenorizada dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras não constitui objetivo desta pesquisa, razão pela qual verificaremos as principais características contidas na Constituição em vigor.

Na Constituição Federal de 1988 os Direitos Fundamentais estão previstos no Título II, classificando-se em cinco grupos distintos: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relativos à existência, organização e participação em partidos políticos (MASSON, 2016, p. 203).

Descreve-se a seguir, visando ilustrar de maneira resumida, os aspectos principais de cada grupo de Direitos fundamentais. Os Direitos individuais referem-se aos direitos associados à pessoa humana e personalidade, como os que estão presentes no artigo 5º da CF/88: direito à vida, à dignidade e à liberdade que representam liberdades negativas e os direitos fundamentais coletivos, como o direito de reunião e o direito à associação.

Já os Direitos Sociais, que serão melhor delineados na sequência, representam liberdades positivas, resultado de um Estado social de Direito, objetivando à melhoria da qualidade de vida da população e a promoção da igualdade substancial. Estão previstos no artigo 6º da Carta Magna, bem como em outros artigos como é o caso do artigo 196, que versa sobre o direito à saúde, e o artigo 206, sobre o direito à educação.

No artigo 12 da Carta Política, cuida-se do vínculo jurídico-político que liga indivíduo a um determinado estado, que são os direitos de nacionalidade, com integração ao povo e aquisição de direitos e obrigações.

Por sua vez, os Direitos políticos referem-se aos normativos que disciplinam as formas de atuação da soberania popular, e que permitem ao cidadão a participação na democracia, atribuindo-lhe cidadania. Tais preceitos estão elencados no artigo 14 da Constituição Federal.

Outras características advindas da evolução dos direitos fundamentais e da sua positivação merecem ser mencionadas brevemente, visando compreensão necessária para a verificação de conceitos a serem abordados na sequência.

A primeira característica refere-se à aplicabilidade, pois, de acordo com o que dispõe o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Conforme raciocínio de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 213-217) essas normas não podem ser meramente programáticas, devendo ter aplicabilidade imediata, buscando a maior eficácia possível. Para tanto, não podem depender de regulamentação pelo legislador ordinário. O autor reconhece que existem algumas normas constitucionais relativas a direitos e garantias que não são autoaplicáveis, faltando-lhes eficácia, como é o caso de boa parte dos direitos sociais, que dependem de regulamentação para a produção de efeitos.

Os direitos fundamentais constituem uma categoria jurídica aberta, isto é, trata-se de rol exemplificativo e não taxativo. Dessa forma, não podem ser reunidos em elenco fixo, bem como seu conteúdo é variável, podendo ser ampliado pelo reconhecimento de novos direitos, e com sentido e alcance distintos em épocas diferente. O artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988 é expresso: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Sobre essa característica na CF/88, Alexandre de Moraes preleciona:

Os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, desde que expressamente previstos no texto constitucional, mesmo que difusamente. Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal (Adin nº939-7/DF) ao considerar cláusula pétreia, e conseqüentemente imodificável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, *b*, da Constituição Federal (princípio da anterioridade tributária), entendendo que ao visar subtraí-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, deparando-se com um obstáculo intransponível, contido no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal [...] (MORAES, 2016, p. 205-206).

Percebe-se que além dos direitos fundamentais formalmente constitucionais, ou seja, aqueles que estão expressamente previstos no Texto Constitucional, são reconhecidos, também, os direitos fundamentais materialmente constitucionais, que estão em outras normas jurídicas. Destaca-se, ainda, que a Constituição Brasileira seguiu importante tendência internacional adotada em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, na luta pela concretização da plena eficácia universal dos direitos humanos, ao prever por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, a possibilidade de incorporação ao ordenamento interno com *status* constitucional, de tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos (MENDES; BRANCO, 2017, p. 123).

Dessa forma, considerando o cenário histórico e a evolução conceitual de direitos humanos e direitos fundamentais, posituação e previsões contidas na Constituição Brasileira de 1988, podemos mencionar também como características principais dos direitos fundamentais: a imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, inviolabilidade e relatividade em alguns casos concretos (SARLET, 2012, p.32-40).

Portanto, os Direitos fundamentais representam a evolução dos direitos mais básicos do ser humano, sendo que a posituação representa o reconhecimento em documentos históricos, passando a constar nos Textos Constitucionais dos Estados. No Brasil, não devem ser interpretados isoladamente, mas de forma conjunta, visando alcançar os objetivos estabelecidos na Constituição Federal. A atuação do Poder Público precisa, além de prezar pelo respeito, desenvolver ações que visem à efetividade de tais direitos.

Por efetividade de direitos, devemos considerar o estado de realidade e legitimidade, isto é, a qualidade de funcionar regularmente e atingir os seus objetivos de modo permanente. A efetividade de direitos consiste em tornar realidade fática as previsões constantes no ordenamento jurídico. Importante citar o postulado da interpretação efetiva ou da eficiência, em que deve ser atribuído o sentido que maior eficácia proporcione a uma norma constitucional, quando de sua interpretação, sendo de aplicação estrita aos direitos e garantias fundamentais (LAZARI, 2012, p.36).

Com isso, constatamos que a evolução histórica dos Direitos humanos contribuiu para que ocorresse a crescente posituação dos Direitos fundamentais nos Textos Constitucionais ao longo do tempo, sendo que no Brasil a atual Constituição Federal apresenta previsão expressa desses direitos, em que a efetividade representa um dos principais objetivos a serem buscados.

1.2. A Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial

Da evolução dos Direitos humanos e do reconhecimento e crescente posituação dos direitos fundamentais, dois institutos passaram a ser reconhecidos como princípios básicos a serem observados, em especial pelo Estado: trata-se da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

A dignidade da pessoa humana é um conceito que teve evolução histórica atrelada à garantia de integridade do ser humano como um sujeito de direito, e que deve ser respeitado de toda a forma, logo, a doutrina reconhece ser um conceito extremamente abrangente, pois envolve diversas concepções e significados. Com inspiração filosófica, a dignidade da pessoa humana é resultado da evolução do pensamento humano.

Esse entendimento é trazido por Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 77) mencionando que a maioria das definições doutrinárias acerca da dignidade humana tem origem na filosofia de *Immanuel Kant*, segundo o qual, no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade, sendo que aquilo que não tem preço pode ser substituído por qualquer outra coisa equivalente, enquanto aquilo que não é um valor relativo, é superior a qualquer preço, que é o caso da dignidade. Prega que as pessoas devem ser tratadas como um fim em si mesmas e não como objetos (meios). Com base nessa inspiração, a dignidade humana é um conceito aberto que envolve a consideração de outros valores, tais como os de ordem cultural, política, histórica e social.

A dignidade da pessoa humana pode ser vista, também, como desdobramento de um mandamento de origem religiosa: respeito ao próximo. Assim, todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. O princípio tem sido objeto, no Brasil e no mundo, de intensa elaboração doutrinária e da busca de uma maior densidade jurídica, procurando-se estabelecer contornos de uma objetividade possível, que permita uma racionalidade e controlabilidade de sua utilização (BARROSO, 2010, p. 286-287).

Destarte, podemos considerar que a dignidade da pessoa humana representa um valor universal, moral e espiritual em que se busca a conjugação de outros diversos valores que tornem possível a busca da dignidade de cada ser humano, com a atribuição de direitos e deveres fundamentais, proporcionando condições mínimas de vida, sua integração na sociedade. Representa um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, devendo servir de referência para a implementação de ações públicas e interpretação de normas jurídicas.

A dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil, constando no artigo 1º, III da CF/88. Ana Paula de Barcellos (2002, p. 34) argumenta que esse reconhecimento inaugurou um novo momento do constitucionalismo no Brasil, tendo em vista conteúdo voltado aos ideais democráticos e defesa dos direitos humanos. Para a autora, tal preceito ao ser positivado, objetivava formar um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias, isto é, vinculando os grupos políticos de forma que estivesse fora da discricionariedade nas decisões.

A positivação no Texto Constitucional deixa transparecer de forma inequívoca a intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de vetores axiológicos de toda a ordem constitucional, especialmente daquelas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Com isso, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana visa a promoção de condições dignas de existência, à liberdade, servindo como inspiração para todos os Direitos Fundamentais (SARLET, 2012, p.119).

A importância da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, ou como um supraprincípio, não está apenas na sua positivação, pois não existe hierarquia entre as normas positivadas, mas sim na maneira como ela se acopla às outras regras, princípios e valores integrantes do ordenamento jurídico, bem como aos argumentos regravativos, principiológicos e valorativos para derrubá-la num caso concreto, no modo como se usa para interpretar o direito (LAZARI, 2012, p.30).

Por sua vez, constituindo-se em um desdobramento dos Direitos fundamentais, a doutrina reconhece a existência de condições mínimas de existência humana, muitas vezes ligadas a questão da pobreza, que não podem ser objeto de limitação do Estado e que necessitam, ainda, de prestações positivas, conforme menciona Ricardo Lobo Torres:

O mínimo existencial não tem dicção própria. Deve-se procurá-lo 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)

Essas condições mínimas referem-se ao que passou-se a denominar de *mínimo existencial*. A teoria do mínimo existencial busca salvaguardar as lutas sociais contra a exclusão e a miséria, com menção normativa que possibilite a busca processual pela concretização de direitos fundamentais.

O conceito de mínimo existencial expressa o conjunto de condições materiais essenciais e elementares para a presença da dignidade humana, pois se alguém viver abaixo desse patamar, teremos um mandamento constitucional sendo desrespeitado (BARROSO, 2010, p.212).

A origem histórica da concepção do mínimo existencial pode ser encontrada na Alemanha, a partir de 1950, conforme ensinamentos de Rafael José Nadim de Lazari (2012, p. 70-72) em debates travados entre doutrina e jurisprudência, com a discussão acerca da existência de um conjunto de condições elementares ao homem como forma de assegurar a sua dignidade, tendo o seu surgimento no Brasil ocorrido logo após a promulgação da Constituição federal de 1988.

O mínimo existencial representa elemento constitucional essencial que garante conjunto de necessidades básicas do indivíduo, sendo um núcleo irreduzível do princípio da dignidade da pessoa humana que contempla ao menos a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça (BARCELLOS, 2002, p.40).

O mínimo existencial não constitui uma categoria universal, variando de lugar para lugar, ainda que dentro do mesmo país, em que a combinação de capacidades para exercício de liberdades é que determinará este patamar, não sendo apenas os aspectos econômicos os principais envolvidos (SCAFF, 2005).

Percebe-se que o conceito de mínimo existencial está ligado na ideia de liberdade, da dignidade, da igualdade e dos direitos humanos. Pode, dessa forma, abranger qualquer direito, como direito à alimentação, à educação, à saúde dentre outros necessários a existência de uma vida digna.

Para Ingo Sarlet (2012, p.280) o conteúdo do mínimo existencial não pode se confundir com o “mínimo vital”, pois a garantia da sobrevivência física do homem não significa, necessariamente, a manutenção da vida em condições dignas e com qualidade.

Enfatiza que é necessário estabelecer um elenco taxativo dos elementos nucleares do mínimo existencial, o que ensejaria a análise individual de cada pessoa e de seu núcleo familiar.

Sem o mínimo necessário à existência, Ricardo Lobo Torres (1989) entende que cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade, argumentando, ainda, que a dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder além de um patamar mínimo. Defende, também, que além da liberdade, o mínimo existencial é determinante para a felicidade do homem, cumprindo ao Estado garantir a maior felicidade possível através da razão e do direito.

Portanto, a dignidade da pessoa humana encontra-se inserida dentro do conceito de mínimo existencial, mas este apresenta maior densidade, englobando diversos outros direitos, essências a uma existência digna como é o caso dos direitos sociais que veremos na sequência. Ambos institutos devem ser respeitados pois estão abrangidos pelos fundamentos e objetivos da Constituição Federal de 1988, o que faz com que a observância seja necessária e obrigatória, desde o processo de elaboração das normas, a sua aplicação, promoção de políticas públicas e a apreciação judicial.

1.3. Os Direitos Sociais no Brasil

Diante do reconhecimento da existência dos Direitos fundamentais, representando parte integrante destes, os Direitos Sociais constituem as liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito. São prestações proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que tenham o intuito de melhoria da condição de vida aos mais fracos, como forma de ligação ao direito de igualdade. Podem ser vistos também, como um conjunto de faculdades e posições jurídicas pelas quais um indivíduo pode exigir prestações do Estado ou da sociedade, ou até mesmo a abstenção de agir (RAMOS, 2014, p. 59).

Para Alexandre de Moraes (2016, p.348) os Direitos Sociais são os direitos fundamentais dos homens, verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito que visam à melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, com concretização da igualdade social, citando ser um dos fundamentos constantes no artigo 1º, IV Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, Norberto Bobbio (2004, p.52) entende que os Direitos Sociais expressam o amadurecimento de novas exigências e novos valores como os de bem-estar e da igualdade não apenas formal, o que pode se denominar de liberdade através ou por meio do Estado.

Percebe-se, portanto, que é entendimento pacífico na doutrina, que os Direitos Sociais demandam atividades positivas do Estado. Trata-se de Direitos fundamentais de segunda geração que impõem “obrigação de fazer”, visando concretizar a igualdade material e realizar a justiça social.

A origem dos Direitos Sociais é verificada a partir da crise do Estado liberal, em meados do século XIX, com o avanço da industrialização. Os Direitos Sociais surgiram em função da desumana situação vivenciada pela população pobre nas cidades industrializadas da Europa Ocidental, como resposta ao capitalismo industrial e frente à inércia do Estado (WEIS, 1999, p.39).

Constatava-se uma fragilidade de direitos dos indivíduos à época, uma vez que necessidades primárias, como alimentação e saúde, não eram atendidas pelo Estado liberal, o que acentuava a desigualdade social. Dessa forma, movimentos sociais passaram a reivindicar uma postura mais ativa do Estado, em que não se limitasse apenas a não-intervenção na esfera privada, mas também em uma atuação que possibilitasse garantir condições mínimas aos trabalhadores.

Face a necessidade da busca pela realização da igualdade material e não apenas formal, surge, como grande marco dos direitos sociais, a Constituição de Weimar, em 1919, na Alemanha (MASSON, 2016, p.282). Por meio desta, foi criado o Estado da Democracia Social, que completava os direitos civis e políticos com direitos econômicos e sociais que foram ignorados pelo liberalismo.

Sedimentava-se a ideia de que o Estado deveria fazer-se presente sempre visando a concretização da igualdade social, melhorando a condição de vida da população, acentuando-se a consciência da necessidade de garantia da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é um dos diplomas que mais tutelam os direitos sociais, estabelecendo que a base dos princípios sociais, além do princípio da dignidade da pessoa humana, é o princípio da solidariedade (RAMOS, 2014, p. 43). Tal princípio precisa estar presente em diversos direitos tais como o direito à seguridade social, o direito ao trabalho e a proteção ao desemprego, o salário mínimo, o repouso e o lazer, direito

à educação, dentre outros, configurando itens necessários à proteção das classes mais vulneráveis.

Portanto, o período após a segunda guerra mundial, com a ocorrência da Declaração dos Direitos Humanos, fez com que os Direitos Sociais passassem a ser cada vez mais incorporados ao ordenamento constitucional das nações, com maior positivação e preocupação com a efetivação.

No Brasil, estabelece o art. 6º da Constituição Federal de 1988:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Quanto à previsão no texto constitucional, Andreas Krell (2002, p.28) afirma que os Direitos Sociais da carta de 1988 exercem importante papel, cumprindo, além da função jurídico-normativa, uma função sugestiva, apelativa, educativa e acima de tudo, conscientizadora, pois se houvesse a supressão dos mesmos, a sociedade teria grandes dificuldades na reivindicação desses direitos juntos aos governantes.

Conforme já mencionado, os Direitos Sociais são direitos fundamentais de segunda geração e encontram-se listados em diversos artigos da Constituição Federal de 1988, como as previsões constantes no capítulo II – Dos Direitos Sociais, que versam, por exemplo, sobre direito relacionados ao trabalho, bem como artigos 200 e 201 que tratam do direito à saúde e previdência Social. Na sequência, será efetuada a apresentação dos principais Direitos Sociais previstos no Texto Constitucional em vigor, lembrando que o estudo pormenorizado não é objetivo da pesquisa, mas sim de atestar a existência e avaliar aspectos relevantes à prestação e à efetividade.

Primeiramente, podemos mencionar o direito social relativo à educação, que, conforme previsão contida no artigo 205 da CF/88, constitui direito de todos e dever do Estado e da família, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, para que esta exerça a cidadania e esteja devidamente inserida na sociedade. A participação do Estado, em conjunto com os demais agentes, deve primar por vários princípios e determinações conforme é possível extrair dos mandamentos contidos nos artigos 206 a 214 da Constituição, tais como: busca da igualdade, gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, padrão de qualidade de ensino, dever do Estado com a efetivação da educação básica, atendimento

educacional especializado aos portadores de deficiência, dentre outros. Destaca-se a previsão do artigo 212, que determina percentual mínimo de aplicação obrigatória em ações na educação por parte da União, Estados e Municípios.

Têm-se o direito social à saúde, conforme previsão do artigo 196 da CF, que atesta ser direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantida por meio de políticas públicas adequadas. Conforme lembra Pedro Lenza (2016, p. 1.389) cabe ao Poder Público dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle, devendo a execução ser feita diretamente, podendo ser repassada a terceiros desde que de acordo com a Lei. No artigo 198, § 2º, verificamos também o estabelecimento de um percentual mínimo do orçamento a ser aplicado em ações e serviços de saúde pelo Entes Federativos.

O Direito à alimentação, que foi reconhecido por meio da Emenda Constitucional 64/2010, traduz o reconhecimento efetuado pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, em 1993, que colocou, entre os direitos do cidadão, a alimentação (RAMOS, 2014, p. 86). A lei 11.346/06, que trata do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional e das políticas adequadas em assegurar o direito humano à alimentação no Brasil, preceitua, em seu artigo 2º, que a alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana, e fundamental para o atingimento dos objetivos previstos no texto Constitucional, sendo incumbência do poder público buscar a efetivação de tal Direito Social.

Por sua vez, o direito ao trabalho visa possibilitar existência digna conforme os ditames da justiça social, tal como se verifica no Artigo 170 da CF/88, sendo também um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (Art. 1º IV). Ressalta Alexandre de Moraes (2016, p. 351) que o legislador constituinte definiu no art. 7º da CF, rol de direitos, que além, de outros, visem à melhoria da condição social dos trabalhadores, como é o caso de proteção do trabalhador em aspectos relativos à relação de emprego, condições de trabalho, remuneração, jornada, segurança, etc.

Temos também o direito à moradia, que passou a constar expressamente na Constituição após a Emenda Constitucional número 26/2000 (SARLET, 2012, p. 54). Embora recente, a doutrina aponta que este direito social já era assegurado de forma implícita, tendo em vista a existência de outros dispositivos constitucionais que faziam menção à moradia, como o direito à intimidade e privacidade e de ser a casa asilo inviolável. Ademais, a moradia pode ser englobada como aspecto atinente à dignidade da pessoa humana.

O Direito ao transporte foi incorporado por meio da Emenda Constitucional 90/2015, pois o transporte, em especial transporte público, cumpre inegável função social, apresentando-se como direito-meio, pois está ligado à mobilidade das pessoas e a implementação de outros direitos, tais como educação, saúde e lazer, o que torna necessário ações pelo poder público para efetivar a prestação (LENZA, 2016, p.1.392).

O lazer, conforme verifica-se na previsão contida no artigo 217, § 3º, da CF/88 é forma de promoção social, sendo incumbência do poder público o incentivo por meio de prestações estatais que contribuam para melhoria da qualidade de vida, como a disponibilização de locais adequados para repouso, prática de esportes e recreações.

No que se refere ao Direito à segurança, encontramos no artigo 144 da Constituição, que a segurança pública é dever do Estado, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, representando direito e responsabilidade de todos. Portanto, as ações desenvolvidas pelo Estado devem buscar o constante aprimoramento dos mecanismos de segurança, cabendo à população a observância das regras, contribuindo para a efetividade desse direito social.

A Previdência Social, mais uma previsão do artigo 6º da CF/88, representa conjunto de direitos relativos à seguridade social, que nas lições de José Afonso da Silva (2014, p. 314) representa conjunto de direitos relativos à seguridade social, com inspiração no Estado do Bem Estar Social (*welfare State*) tendo a solidariedade como primado. A Previdência Social encontra previsão no artigo 201 da Constituição, destacando-se o caráter contributivo do sistema e a busca pelo equilíbrio para continuidade do atendimento.

Já a proteção à maternidade e à infância encontram previsões constitucionais diversas, podendo-se mencionar a contida no art. 201, II, que trata da proteção à maternidade, especialmente da gestante, sob a luz da previdência social e do caráter contributivo, e a do art. 203, I, que determina a proteção à maternidade e à infância por meio de ações de assistência social às pessoas desprovidas de condições e que dela necessitem. Ademais, o artigo 227 menciona ser obrigação da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao jovem Direitos fundamentais, incluindo-se diversos Direitos Sociais.

Por fim, cita-se a previsão do artigo 203 da CF/88, relativa à assistência aos desamparados, em que o comando Constitucional determina que será prestada a quem dela necessitar, não sendo exigida contrapartida. Dessa maneira, busca-se tutelar camadas hipossuficientes da população, como é o caso de idosos, crianças e adolescentes carentes,

peessoas com deficiência e todos aqueles que precisem de auxílio do Estado para prover o mínimo existencial e atender ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Feita a conceituação dos Direitos Sociais conforme previsão constitucional, importante tecer alguns comentários sobre a aplicação e a enumeração dos mesmos. No que se refere à aplicação, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.1.309) defende que os direitos sociais estão contemplados pela previsão contida no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição federal, sendo estes como direitos fundamentais e, portanto, normas de aplicação imediata. No entanto, tendo em vista a necessidade de regulamentação, boa parte dos direitos sociais reveste-se de caráter programático.

Como componente dos Direitos fundamentais, logo os direitos sociais também gozam das características inerentes àqueles, tais como configurarem rol não taxativo, serem irrenunciáveis e imprescritíveis, representando normas de ordem pública, tal como assevera Alexandre de Moraes (2016, p. 349), que cita a possibilidade de ajuizamento de mandado de injunção sempre que houver omissão do poder público na regulamentação de norma que preveja Direito Social e inviabilize ou seu exercício.

Antes de finalizar o tópico, importante verificar relevante aspecto doutrinário acerca dos Direitos Sociais. Como já mencionado, a existência de Direitos Sociais demanda a atuação positiva do poder público. Os preceitos constitucionais promovem a vinculação do legislador infraconstitucional, que tem a missão de regulamentar as políticas públicas que visem a tais finalidades. Para tanto, deve observar e respeitar o núcleo essencial de direitos com observância da razoabilidade e da proporcionalidade.

Esse debate refere-se ao chamado *princípio da proibição de retrocesso social* ou da irreversibilidade dos direitos fundamentais. Este princípio, também chamado de “*efeito cliquet*”, consiste na vedação da eliminação da concretização já alcançada na proteção de algum direito, admitindo-se, apenas, melhorias e aprimoramentos (RAMOS, 2014, p.89). Significa, portanto, toda e qualquer forma de proteção dos direitos fundamentais em face do Estado, valendo tanto para o Executivo como para o Legislativo, contra medidas que venham restringir ou suprimir os mesmos.

Quanto à nomenclatura, não existe uma clara delimitação conceitual, sendo que a origem remonta à década de 1970 na Alemanha em que, diante da grave crise econômica atravessada pela nação, discutiu-se sobre a legitimidade de restrição de benefícios sociais assegurados aos cidadãos. O que favoreceu tal debate foi o fato de que a Lei Fundamental de

Bonn não previu nenhum direito fundamental social e o desenvolvimento do princípio da proibição de retrocesso social foi uma tentativa de salvaguarda de direitos (LAZARI, 2012, p. 71).

O princípio da vedação ao retrocesso social considera que o núcleo essencial dos direitos sociais, já realizados e efetivados através de medidas legislativas, deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais que anulem, revoguem ou aniquilem sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios (CANOTILHO, 1993, p.469).

Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, o artigo 29, “b” previu que os tratados posteriores não poderiam mais ser interpretados no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que pudessem ser reconhecidos em virtude de lei de qualquer dos Estados-Partes, ou em virtude de convenções em que seja parte um dos referidos Estado.

No Brasil, podemos citar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como o verificado no Recurso Extraordinário com Agravo número 845337 – SP, de 17 de novembro de 2014, que fundamenta decisão considerando que a proibição do retrocesso social é obstáculo intransponível à frustração e ao inadimplemento pelo poder público de direitos prestacionais, tais como o direito à saúde, educação, segurança pública, etc. A Emenda Constitucional nº 86/2015, denominada “PEC do Orçamento Impositivo” é destacada por prever a necessidade de se observar um gasto mínimo federal em saúde de 15% da receita corrente líquida do exercício financeiro (art. 198, § 2.º, I, CF/88), o que representa uma vedação ao retrocesso social (LENZA, 2016, p. 1.408).

Logo, nessa linha doutrinária, a partir do reconhecimento e consolidação de direitos na ordem interna ou em dimensão global, não há mais como o Estado retroceder diante dos Direitos fundamentais reconhecidos, mas sim de agregar novos como no caso dos direitos sociais.

Destarte, os Direitos Sociais constam de maneira expressa na Constituição Federal de 1988, constituindo rol exemplificativo de direitos, em que o caráter programático de grande parte das previsões, torna necessário a atuação positiva do Estado para a efetivação, gerando diversas implicações nas políticas públicas, como é o caso da razoabilidade das pretensões, impactos financeiros e orçamentários para a concretização, e a intervenção do Poder Judiciário, aspectos que serão analisados na sequência.

2. A RESERVA DO POSSÍVEL

2.1 Visão Histórica e Evolução Conceitual

Conforme apresentado no capítulo anterior, verifica-se que o atual ordenamento jurídico-constitucional do Brasil revestiu os direitos sociais de expressiva previsão jurídica, promovendo, após evolução e consolidação dos direitos fundamentais, vinculação dos agentes e dos Poderes Públicos na missão de promoção e concretização dos mesmos. Todavia, isso trouxe à tona a discussão acerca do custo econômico para efetivação desses direitos.

Com relação à previsão contida nos Textos Constitucionais, Rafael José Nadim de Lazari (2012, p.41) menciona ser este um fenômeno verificado em vários países do mundo, tecendo algumas críticas acerca dessa constatação:

Países em fase de desenvolvimento, como é o caso do Brasil e de outras repúblicas sul e centro americanas, p.ex., tendem a prever no bojo de seus Textos Constitucionais direitos fundamentais sociais em demasia, como medida salutar à manutenção de suas recentes e/ou frágeis democracias. (...) A previsão excessiva de direitos sociais no recheio de uma Constituição, a despeito de um instante bem-intencionado de palavras promovidos pelo constituinte, pode levar à negativa, paradoxal –e, portanto, inadmissível – consequência de uma carta magna cujas finalidades não condigam com seus próprios prescritos [...]

Como veremos na sequência, o conceito da reserva do possível surgiu como forma de limitação da atuação do Estado no âmbito da efetivação de direitos, muitas vezes flexibilizando o interesse privado e prezando pelo interesse da coletividade, passando a estar, também, associada ao custo desses direitos.

Para que entendamos a definição conceitual adotada pela doutrina acerca da reserva do possível, necessário se faz a verificação dos aspectos históricos, surgimento e sua evolução até os dias atuais.

A origem da reserva do possível, (“*Vorbehalt des Möglichen*”), é encontrada na Alemanha, a partir do ano de 1970, narrando decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), caso conhecido como *numerus clausus*, *BVverfGE 33, 303*, em que se discutiu o direito de acesso ao ensino superior e a limitação do número de vagas nas universidades públicas alemãs (OLSEN, 2006, p.229-230).

No caso analisado, um grupo de estudantes não obteve êxito na busca de vagas para ingresso nos cursos de medicina em razão dos critérios de admissão, o que limitava o número

de vagas. O contexto social e econômico do período fez com que o número de estudantes em universidades aumentasse consideravelmente, ao passo que a capacidade de suporte das universidades não acompanhou essa evolução. Para disponibilizar mais vagas, era necessário maior direcionamento de recursos pelo governo, algo inviável em razão dos impactos do pós-guerra. Frisa-se que, até então, o Estado Alemão garantia acesso universal às universidades públicas, mas viu-se obrigado a adotar medidas para restringir o acesso (SARLET, 2012, p. 287).

Analisando-se as lições contidas na obra “cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão”, verificamos o estudo do caso *BVERFGE 33, 303*, de 18/07/1972. Trata-se do julgamento de dois casos concretos apresentados pelos Tribunais Administrativos de *Hamburg* e da *Baviera*, sendo que o objeto desses processos era a regulamentação de admissão para o curso de medicina humana nas universidades locais, dos anos de 1969 e 1970.

A lei Universitária de *Hamburg*, de 25 de abril de 1969, determinava que a admissão para alguns cursos poderia ser restringida, caso a capacidade de absorção não fosse suficiente para garantir a regular realização de um curso na respectiva área do conhecimento. Tal limitação consistiria em regras sobre a escolha e o número de candidatos a serem admitidos, conforme diretrizes a serem estabelecidas pelo conselho acadêmico e revisto semestralmente. A corte constitucional alemã tinha o entendimento à época de que a livre escolha profissional ensejaria o direito à admissão em curso superior, mas que este poderia ser limitado por meio de lei (LAZARI, 2012, p.53).

Com base na previsão normativa, o conselho acadêmico da universidade determinou, para o semestre de verão de 1970, lei de admissão para o curso de medicina humana e odontologia, estabelecendo critérios proporcionais, considerando então o currículo do candidato e o ano do nascimento. Quanto ao critério do currículo, o fator de desempenho baseava-se na nota média aferida do certificado de conclusão do curso secundário. No caso do critério do ano do nascimento, eram admitidos com prioridade os candidatos que já tivessem prestado o serviço militar ou serviço alternativo.

Por sua vez, a Lei de admissão às universidades *Bávaras* preceituava que o número de estudantes para algumas áreas do conhecimento, somente poderia ser limitado caso fosse extremamente necessário para o desenvolvimento regular do curso.

A reivindicação dos estudantes foi levada a seara judiciária, baseando-se no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã, que preceitua “todos os alemães tem direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação. O exercício profissional pode ser regulado por lei ou com fundamento em uma lei.”

Ao julgar a demanda, o Tribunal entendeu ser necessário a existência da razoabilidade dos pleitos em desfavor do Estado, ponderando a pretensão individual com o interesse da coletividade, conforme verificamos na passagem abaixo:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. (MARTINS, 2005, p.663)

Com isso, a decisão confirmou que não era possível disponibilizar um número ilimitado de vagas nas universidades pois isto significaria ultrapassar os limites do possível, obrigando com que o Estado oferecesse uma prestação acima do exigível. Dois direitos podem ser identificados no julgado: o primeiro é o de exigir o direito subjetivo ao ingresso, o segundo é o de requerer aumento geral da capacidade das faculdades. A aplicação da reserva do possível só desobrigou o Estado a prestação do primeiro direito e não de buscar a efetivação dos direitos previstos (LEIVAS, 2006, p.98).

O entendimento do Tribunal Alemão, conforme Ingo Sarlet (2012, p. 265), foi de que o indivíduo pode exigir da sociedade apenas aquilo que for razoável, isto é, mesmo que o Estado possua condições financeiras não está obrigado na prestação que ultrapasse os limites da razoabilidade. Na gestão do orçamento caberia ao gestor atender também outras demandas da coletividade. Ainda que não se devesse deixar aos órgãos públicos a liberalidade acerca dos beneficiados das políticas públicas, o condicionamento da admissão consistiria em mecanismo que possibilitaria equilibrar a limitação estrutural e orçamentária. Extrai-se, que os Direitos Sociais não são direitos subjetivos absolutos que podem ser exigidos do Estado sem a necessária análise da razoabilidade e disponibilidade financeira.

O que o Tribunal Alemão rejeitou, foi tratar o direito ao ensino superior como direito subjetivo oponível contra o Estado, concluindo que as regras no *numerus clausus* não infringiam o direito à livre escolha da profissão conforme a Lei Fundamental Alemã, mas

apenas limitava o acesso dos candidatos às vagas, sem violar qualquer direito (GEBARA, 2014).

Portanto, afirmou-se que os direitos sociais de participação não são restringidos às disponibilidades inicialmente verificadas, mas sim que cada situação deve ser analisada individualmente, isto é, efetua-se a ponderação entre o interesse individual que pode até mesmo ser de incremento, com as disponibilidades e com o interesse coletivo, estando, dessa forma, sob a reserva do possível.

A decisão, em sua origem, não se relacionou a inexistência de recursos materiais e financeiros necessários para a efetivação dos direitos sociais, mas sim à razoabilidade da pretensão das pessoas perante o Estado e à sociedade (OLSEN, 2008, p.227). Não é compatível com um Estado Social, que tem fundamento no princípio da igualdade, atender a pretensões individuais ilimitadas que punam a toda à coletividade.

Desse modo, árdua tarefa é a correta conceituação da reserva do possível segundo a doutrina, tendo em vista variados enfoques e diversas interpretações, não existindo unanimidade. Para Ana Paula de Barcellos (2002, p.236) a expressão reserva do possível conceitua fenômeno econômico de limitação de recursos disponíveis diante de necessidades quase sempre infinitas a serem suportada pelo Estado e pela sociedade, já que existe um limite de condições materiais para a promoção de direitos.

Um dos mais influentes filósofos alemães contemporâneos, Robert Alexy (2011, p.310) entende que a reserva do possível refere-se “àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” expressando a necessidade de ponderação de um direito, o que não gera por si só a ineficácia de um direito à prestação estatal.

Percebe-se que o conceito trazido por Alexy reflete a essência do posicionamento adotado pelo Tribunal alemão, quando do julgamento do *numerus clausus*, conforme já mencionado anteriormente, enquanto que o conceito apresentado por Ana Paula de Barcellos baseia-se na adaptação ao cenário nacional, conforme será abordado adiante.

Para Ricardo Lobo Torres (2009, p. 213), deve-se fazer distinção entre a questão orçamentária e o verdadeiro sentido da reserva do possível. O autor identifica que houve, no Brasil, deturpação do sentido originário do instituto, em que a reserva do possível passou a ser fática, isto é, os direitos prestacionais só são realizados se houver disponibilidade financeira.

Com um conceito mais contemporâneo, Fernando Borges Mânica (2010) afirma que a reserva do possível não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização de direitos sociais, mas também à razoabilidade da pretensão deduzida, já que a mesma adquiriu contornos de reserva do financeiramente possível, considerando, como limite à efetivação, a suficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária da respectiva despesa.

A reserva do possível é matéria de defesa exclusivamente do Estado, pois cabe a este a efetivação dos comandos previstos nos textos constitucionais, logo, só ele pode contrariar essa determinação através dos mecanismos probatórios para tal, não podendo um particular invocar a reserva do possível para eximir-se de suas obrigações (AMARAL, 2001, p.116).

Tendo em vista os propósitos desta pesquisa, consideraremos que a reserva do possível refere-se, conjuntamente, à razoabilidade da pretensão, ponderação com a obrigação de prestação de direitos pelo Estado, e a limitação de recursos disponíveis para atendimentos das demandas.

2.2 Da Reserva do Possível a Teoria da Reserva do Financeiramente Possível: Recepção no Cenário Brasileiro

A introdução e interpretação da reserva do possível no Brasil promoveu mudanças na essência do conceito. Essa mutação é verificada pois, ao ser adequada à realidade pátria, transformou-se em uma teoria da reserva do financeiramente possível, pois passou a considerar que a efetividade dos direitos fundamentais sociais estaria condicionada às disponibilidades dos cofres públicos. A possibilidade financeira e a previsão orçamentária tornaram-se argumentos de uma distorção da teoria alemã, identificando-se a associação à disponibilidade orçamentária:

É neste ambiente que a reserva do possível tem surgido como argumento frequente em processos judiciais envolvendo a cobrança, pelos cidadãos, de prestações previstas nas normas de direitos fundamentais sociais. Ela costuma estar relacionada com a necessidade de se adequar às pretensões sociais com as reservas orçamentárias, bem como à real disponibilidade de recursos em caixa, para a efetivação das despesas. A preocupação seria conter decisões judiciais que determinavam o cumprimento das prestações previstas nas normas de direitos fundamentais sociais, muitas vezes, é válido ressaltar, sem a menor preocupação com as consequências econômicas de suas determinações. (OLSEN, 2008, p.192)

Para que seja possível assimilar os contornos e implicações da reserva do possível no País, faz-se necessário a análise de algumas características que permitam melhor compreensão do conceito. Inicialmente, a partir do estudo de Rafael de Lazari (2012, p. 46-52), busca-se a definição da natureza jurídica. Para tanto, o autor utilizou-se da técnica da exclusão visando identificar ser esta: regra, princípio, valor ou “condição de realidade”. Após efetuar a análise conceitual e análise dos institutos, concluiu que a reserva do possível trata-se de princípio, tendo em vista existir a relação de ponderação, o caráter casuístico e eficácia mutável, o que não se verifica nos demais conceitos.

Corroborando tal entendimento a tese de que quando dois princípios se cruzam, cabe a quem for decidir o conflito, considerar a força relativa de cada um, análise que certamente não será exata e tende a ser objeto de questionamento ou controvérsia (DWORKIN, 2007, p.42).

Destarte, a reserva do possível passou a ser vista no Brasil, na visão da maioria da doutrina, como Princípio, tendo em vista o caráter de observância e de ponderação, pois, como veremos no tópico referente à análise da aplicação, que não permite-se que o Estado utilize-a de forma indiscriminada para negar prestações e nem que a população exija todos os direitos positivados no ordenamento jurídico. No entanto, a nomenclatura utilizada nesta pesquisa será apenas de reserva do possível, tendo em vista a existência de outras correntes com outras definições, tais como a reserva do possível tratar-se de uma cláusula, de uma teoria, de uma tese ou até de condição realidade, o que apresenta pertinência quando efetuada análise particularizada de um aspecto histórico ou social.

A reserva do possível passou a ser analisada com maior ênfase no País, após lançamento da obra *the cost of rights* (o custo dos direitos) que baseou-se em estudo acerca dos custos aos cofres públicos para a efetivação de direitos, sendo considerado um dos mais importantes livros de Direito e políticas públicas nos Estados Unidos, com publicação no final do século passado. Os autores realizaram a pesquisa tendo por base apenas o foco econômico, considerando que os direitos são serviços públicos que o Governo presta em troca de tributos (MAURÍCIO JUNIOR, 2009, p.61-62).

De acordo com análise de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2013), o argumento central do livro é de que “direitos custam dinheiro”, pois os autores da obra, *Holmes e Sunstein*, sustentam que um Estado sem recursos não teria como proteger direitos, afirmando, também, que os direitos não podem revestir-se de caráter absoluto, pois demandam responsabilidade e só podem existir quando efetivamente passíveis de proteção. A obra teria influenciado diversos doutrinadores no Brasil, razão pela qual o conceito da reserva do

possível com viés relacionado aos custos decorrentes do direito ganhou força no cenário nacional.

Com base na apresentação histórica, e no contexto social, jurídico e econômico do País, aliado à influência da preocupação com os custos, pode-se dizer que a reserva do possível passou a ter um foco também econômico, razão que levou à construção de uma teoria da reserva do financeiramente possível, em que sua invocação utiliza-se do argumento da ausência de recursos, conforme será verificado quando da análise da sua aplicação no Brasil, a ser feita no capítulo seguinte.

2.3 O Orçamento e as Políticas Públicas

Antes de efetuarmos a análise da aplicação da reserva do possível frente à prestação de direitos sociais, faz-se necessário tecer breves comentários acerca da importância do orçamento no desenvolvimento das políticas públicas no Brasil. O propósito aqui não é de aprofundamento no tema, mas somente da apresentação conceitual e do entendimento da dinâmica envolvida, necessários à compreensão do objeto da pesquisa. Ademais, tendo em vista a evolução conceitual da reserva do possível no País, com o reconhecimento da agregação do fator custo e da necessidade de disponibilidade orçamentária, não é possível desconsiderar tais aspectos.

Inicialmente, verificamos que o orçamento representa um importante mecanismo, não apenas de gestão do gasto público, mas também de acompanhamento da evolução do próprio Estado. Conforme Ricardo Alexandre (2013, p. 4) “O Estado existe para a consecução do bem comum. Para atingir tal mister, precisa obter recursos financeiros [...]”

Sobre o conceito, orçamento pode ser considerado como um processo alocativo de recursos escassos, pois é uma escolha entre diversas reivindicações de recursos públicos que não são suficientes para cobrir todas as demandas. Com isso, cabe ao governo decidir sobre o papel que deve desempenhar e definir as prioridades (CAVALCANTE, 2007).

Ainda sobre a importância conceitual, Augustinho Paludo (2017, p.8-9) divide o orçamento em dois pontos: objetivo e subjetivo. Na visão objetiva o orçamento é tratado como ramo das finanças, devido ao estudo das leis orçamentárias e do ciclo orçamentário que compreende desde a etapa de elaboração até a execução, bem como de controle que ocorre durante todo o processo. Já a visão subjetiva refere-se à participação popular, através da aprovação dos gastos públicos, o que é feito por meio dos seus representantes eleitos.

Encontramos na doutrina diversas outras definições conceituais, tais como as que consideram o orçamento tratar-se de um ato legislativo autorizador de realização de despesas, outras como um instrumento demonstrativo de planos e programas de trabalho do governo e, até mesmo, como um mero documento contábil que prevê receitas e fixa despesas.

A amplitude conceitual é explicada por James Giacomoni (2010, p. 54-61) a partir da análise da evolução das funções do orçamento no Brasil, dividindo-se em duas fases: do orçamento tradicional e do orçamento moderno. O autor menciona que o orçamento tradicional tinha como função principal o controle político e foco nos meios necessários para que o Estado desenvolvesse suas tarefas, ou seja, constituía-se em documento que constava a previsão de receitas e autorização da despesa apenas, sem considerar as reais necessidades da administração ou da população. Por sua vez, o orçamento moderno passou a representar um instrumento de administração, onde o gestor passa a se preocupar com o que o governo realiza, com os programas de trabalho e com as ações desenvolvidas. Nesta fase ocorre vinculação com o planejamento governamental.

Portanto, considerando a análise doutrinária, percebemos que a evolução conceitual do orçamento esteve associada às transformações e adaptações experimentadas pelo Estado, não podendo mais ser dissociado do planejamento e das ações governamentais, dada sua relevância no Estado moderno.

Em face da análise proposta, o orçamento deve ser compreendido como conceito amplo, englobando desde o aspecto formal que compreende a regulamentação, elaboração, execução e controle da execução orçamentária, bem como, principalmente, instrumento de planejamento e programa de trabalho, permitindo o estabelecimento de objetivos e fixação de metas por parte do Estado. A partir da alocação orçamentária, e da disponibilidade financeira, é possível pleitear a efetivação de direitos sociais previstos no Texto Constitucional.

O conceito de orçamento moderno é corroborado pela adoção de princípios orçamentários que refletem as transformações sociais, auxiliando no planejamento das ações a serem desenvolvidas pelo Estado:

A evolução havida nas funções do orçamento público gerou, pelo menos, um novo princípio: o da programação. Às voltas com crescentes encargos e com recursos sempre escassos, os governos passaram a utilizar o orçamento, até então instrumento de autorização e controle parlamentar, como auxiliar efetivo da administração, especialmente como técnica de ligação entre as funções de planejamento e de gerência.

Para representar os elementos do planejamento, o orçamento vem sofrendo mudanças profundas em sua linguagem, buscando veicular a programação de

trabalho do governo, isto é, os objetivos e metas perseguidos, bem como os meios necessários para tal. (GIACOMONI, 2010, p. 83-84)

Constata-se por meio da ilustração do princípio da programação, conforme mencionou o autor, a adoção do orçamento moderno, com o reconhecimento da necessidade de utilização do mesmo como parte integrante do programa de governo, visando equacionar a necessidade de atendimento das prestações com os custos decorrentes para tanto. Infere-se, ainda, a necessidade de atendimento dos direitos fundamentais, bem como o reconhecimento do custo dos direitos e da reserva do possível, quando cita-se os crescentes encargos e escassez de recursos.

Esse fenômeno teve reflexos, também, no ordenamento jurídico, pois além da observância dos princípios, verificamos na legislação brasileira, previsões acerca do orçamento. A Lei 4320/1964 é a responsável pelo estabelecimento de normas gerais para elaboração e controle do orçamento da união.

A Constituição Federal de 1988, na seção II do capítulo II, das Finanças Públicas, artigos 165 a 169, dispõe sobre o orçamento público, com menção dos instrumentos para planejamento, princípios e regras a serem observadas. A lei Complementar 101/2000 estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, prezando pela ação planejada e transparente das contas públicas, com o estabelecimento de metas e prevenção de riscos.

O exame pormenorizado da legislação não constitui objetivo neste momento, mas a ilustração do funcionamento do que a doutrina chama de ciclo orçamentário, será discorrida brevemente com o intuito de ressaltar a importância do orçamento para o Estado e para a sociedade, e da relevância da participação dos agentes envolvidos. Para tanto, consideraremos as lições de Augustinho Paludo (2017, p.135-139) que aborda as etapas com base no ordenamento jurídico vigente e de acordo com conceitos doutrinários.

O autor define o ciclo orçamentário como um procedimento de caráter contínuo e simultâneo em que se elabora, aprova, executa, controla e avalia a gestão de recursos públicos. A primeira etapa consiste na elaboração e aprovação da proposta orçamentária, em que o poder executivo, com base no planejamento das ações, e considerando a situação econômica, social e financeira existente, estabelece os objetivos e as metas a serem buscados.

Cita-se os três diplomas utilizados pelo poder executivo conforme preceitua o artigo 165 da Constituição Federal de 1988: plano plurianual, diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. O plano plurianual (PPA) encarrega-se do planejamento de longo prazo, tendo vigência de 04 anos, estabelecendo as diretrizes, objetivos e metas do período. As diretrizes orçamentárias, ou Lei de diretrizes orçamentárias (LDO) compreende as metas e prioridades da administração pública, tendo vigência anual. Também com vigência anual, a Lei orçamentária (LOA) é o orçamento do período com a previsão de receitas e a fixação de despesas. Importante ressaltar que os referidos diplomas normativos são elaborados de maneiras sistemática e correlacionam-se com o fim de atendimentos dos objetivos. Ademais, são direcionados tanto para a Administração Pública Federal como também para Administração Pública Estadual, Distrital e Municipal.

Estas normas devem possuir necessária e obrigatória pertinência com os objetivos estabelecidos na Constituição Federal, tais como as elencadas no artigo 3º, como é o caso do inciso I, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” em que toda a estrutura de Estado deve servir a obtenção destes desígnios, não havendo liberdade para inclusão neste sistema de planejamento do que bem entender por parte do legislador (SCAFF, 2005).

Após a elaboração pelo executivo, a segunda fase consiste no envio da proposta orçamentária ao Poder Legislativo nos prazos legais previstos, onde é analisada, podendo sofrer emendas, e, uma vez aprovada, retorna para o Executivo promover a sanção, transformando em Lei Orçamentária.

A terceira etapa consiste na execução do orçamento, fase em que ocorre a efetivação, tais como o empenho, liquidação e o pagamento das despesas e arrecadação das receitas. Pode ainda ocorrer neste momento, ajustes quanto às dotações inicialmente previstas, como o remanejamento de recursos para outras ações ou programas, necessitando, salvo exceções legais, de autorização prévia do Poder Legislativo.

A última etapa consiste no controle e fiscalização, bem como de avaliação do desempenho. Sabidamente, a Administração Pública submete-se ao controle de suas ações como forma de verificação do atendimento da finalidade pública, sendo que com a questão orçamentária isto não é diferente. A fiscalização é efetuada pelo próprio sistema de controle interno do ente responsável pela execução orçamentária e pelo controle externo efetuado pelo Poder Legislativo, que conta com o auxílio dos Tribunais de Contas conforme previsão Constitucional.

Portanto, o ciclo orçamentário é um processo contínuo, dinâmico e flexível refletindo as constantes transformações econômico-sociais, servindo como instrumento de auxílio para o estabelecimento, implementação e acompanhamento de ações institucionais, e terá reflexos diretos na prestação e busca da efetividade dos Direitos Sociais.

A finalidade pública e ressaltada por meio da adoção do conceito do orçamento participativo, inspirado nos princípios democráticos e na cidadania participativa, em que a sociedade é ouvida na análise e discussão dos problemas, quando da definição de metas e dos programas prioritários do governo. Esse mecanismo de participação popular tem se difundido especialmente no âmbito das administrações municipais. Embora não tenha poder vinculante, o orçamento participativo contribui para a democratização da gestão pública e para a transparência das ações (GIACOMONI, 2010, p.254).

A construção teórica até o momento permite visualizar a consolidação dos direitos fundamentais, a necessidade de prestações sociais que exigem maior atuação financeira do Estado na concretização, existindo, portanto, ligação entre a efetividade dos direitos sociais e a execução orçamentária. A conceito moderno de orçamento está relacionado diretamente com a realização de direitos sociais por meio de ações denominadas políticas públicas.

Conceituado o orçamento e demonstrada a relevância da gestão adequada, outra abordagem necessária refere-se às políticas públicas e os desdobramentos de suas ações. Conforme leciona Maria das Graças Rua (2009, p. 13-35) existem diversas conceituações acerca do tema, visto este ter sido alvo de enfoque maior nos últimos anos. Para a autora, a política é um conjunto de procedimentos formais e informais que expressam relações de poder e que se destinam à resolução pacífica de conflitos, sendo que a política pública compreenderia o conjunto de ações relativas à alocação imperativa de valores que visem evitar conflitos sociais.

Conforme constata-se, a política pública envolve mais de uma decisão, requerendo diversas ações selecionadas para a concretização do fim almejado. As políticas públicas têm como foco de interesse o direito público:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato. (BUCCI, 2002, p.241)

Percebe-se a preocupação com a necessidade de programas que visem aos objetivos sociais e dos meios necessários para a realização dessas ações. Portanto, não há como se falar em políticas públicas sem considerar o aspecto orçamentário, o que torna necessário não só o estudo mas também que as ações desenvolvidas na prática observem esse caráter sistemático e dialógico.

Complementando o entendimento, as políticas públicas podem ser vistas como instrumento de ação dos governos em uma perspectiva de substituição de “governos por lei” por “governos por políticas”. Depreende-se, destarte, a necessidade de uma postura proativa do Estado em que este passe a atuar no campo prático com vista à efetivação dos direitos previstos nos textos constitucionais (RUA, 2009, p. 22-25).

A fonte de justificação das políticas públicas para Maria Paula Dallari Bucci (2002, p.247) é o Estado Social, este caracterizado pela obrigação de implemento dos direitos sociais, exigindo prestações positivas do Poder Público.

Dessa forma, podemos compreender políticas públicas como as decisões e ações de governo, positivas ou negativas, que impactam a coletividade, mostrando-se dinâmicas e tendo com intuito coordenar os meios necessários para a realização de objetivos e direitos fundamentais.

A preocupação com as políticas públicas no Brasil, advém de evolução sociológica do Direito em consonância ao Estado democrático de direito, com a defesa dos direitos fundamentais, tais como a liberdade e a implantação dos direitos sociais. Esse fenômeno sociológico é patente em razão do crescimento da noção de Estado Social, que tem na realização de finalidades coletivas a sua principal fonte de legitimidade.

Por meio das políticas públicas é que o Estado promoverá e resguardará os Direitos Sociais, atuando com base em prestações positivas, garantindo maior efetividade da gestão pública, buscando o atingimento dos objetivos ao longo do tempo de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

A implementação de políticas públicas não deve ser efetuada de maneira uniforme pois os problemas são distintos e peculiares a cada grupo de pessoas, nos diversos lugares e para as diferentes populações (SCAFF, 2005).

Verificamos, mais uma vez, a importância das políticas públicas para a concretização dos Direitos Sociais no Brasil por meio do contido em previsões Constitucionais, como é o caso do artigo 196 da CF/88, que preceitua:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Neste exemplo, temos a previsão de um Direito Social que visa à igualdade, com comando expresso para que a busca de sua concretização seja feita por meio de ações desenvolvidas nas políticas públicas.

A interligação entre o orçamento e as políticas públicas é evidenciada pelo fato de que o orçamento prevê e autoriza as despesas para a implementação das políticas públicas, que estão submetidas e limitadas pelas disponibilidades financeiras e pelo equilíbrio do orçamento.

Cabe ao Estado estabelecer mecanismos de proteção de seus cidadãos. Se não houver disponibilidade financeira a partir da execução orçamentária, a implementação de políticas públicas restará prejudicada e o poder público terá dificuldades para promover a concretização de Direitos Sociais.

3 A RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

3.1 O Controle Judicial na Efetivação de Direitos Sociais

Conforme abordado em capítulo anterior, verificamos que a definição, aprovação, execução e fiscalização das políticas públicas a serem implementadas pelo Estado, compete aos Poderes Executivo e Legislativo, utilizando-se de planos governamentais e do orçamento para a concretização das ações. Constatou-se, ainda, que a Constituição Federal de 1988 assegura de forma expressa a proteção dos Direitos Fundamentais e o reconhecimento dos Direitos Sociais. Destarte, em que pese o princípio da separação dos poderes contido no artigo 2º da Magna Carta, o desrespeito aos princípios e garantias fundamentais indispensáveis para a existência humana, pode ensejar a intervenção do Poder Judiciário.

Essa possibilidade é ilustrada por Ana Paula de Barcellos (2002, p.230) afirmando que o princípio da separação dos poderes não é absoluto, sendo possível excepcioná-lo em alguns casos, especialmente em se tratando de Direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Sobre as razões que podem ensejar a intervenção do Poder Judiciário, aponta-se, também para a falta de efetividade dos direitos, conforme previsto no texto constitucional, causada por omissão do Estado:

Mesmo diante de todo o conteúdo já positivado na área dos supracitados direitos, ainda se encontra dificuldade em implementar aquilo que o Texto Constitucional refere. Por se tratarem de normas de cunho programático (no sentido de que são dependentes de prestações tanto fáticas quanto normativas) e diante da discricionariedade política em alocar os recursos disponíveis para atender a todas as necessidades públicas, depara-se com a questão de como efetivar os direitos previstos constitucionalmente quando da ineficiência da atuação da função delegada ao Executivo e ao Legislativo. (LEAL; ALVES, 2016)

Embora os direitos estejam previstos no Texto Constitucional, a omissão por parte do Poder Público do seu dever prestacional enseja a busca judicial pela sua concretização, quando injustificadamente se revelarem ineficientes os esforços ou inexistirem ações para a garantia de direitos fundamentais, sejam estes individuais, sociais ou coletivos, o que ocorre, também, em razão dos mecanismos previstos para a reivindicação.

Na Constituição Federal de 1988 encontramos, no artigo 5º, inciso XXXV, importante dispositivo constitucional referente ao denominado *Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Pode-se dizer que trata-se de um direito subjetivo a submissão de uma pretensão em juízo para obtenção de uma resposta definitiva.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 45, ADPF 45 DF, julgada em 29 de abril de 2004, o Supremo Tribunal Federal abordou, dentre outros temas, a possibilidade de controle e intervenção do Poder Judiciário em tema da implementação das políticas públicas. Conforme Fundamentação do relator, Ministro Celso de Mello, nos casos de abusividade governamental é legítima a atuação jurisdicional para preservar o núcleo do mínimo existencial:

[...] Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional [...]

A decisão reconheceu a possibilidade de controle judicial de políticas públicas como modo de efetivação de direitos sociais, quando os órgãos responsáveis deixarem de cumprir seus deveres constitucionais, pois, caso o Poder Judiciário também se omita, os preceitos e objetivos constitucionais deixam de ter razão de existir.

A legitimidade Constitucional da intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas também foi abordada recentemente no Recurso Extraordinário número 592.581 - RS, julgado em 13 de agosto de 2015 pelo Supremo Tribunal Federal. Com repercussão geral reconhecida, a Corte estabeleceu que, com base na supremacia da dignidade humana, é lícito ao Judiciário impor à administração pública obrigação de fazer, afastando a separação de poderes.

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre a intervenção do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas, conforme é possível verificar no Recurso Especial 1.389.952 - MT, julgado em 2014, que asseverou não haver ofensa ao princípio da separação de poderes, pois este não pode servir como óbice à realização dos Direitos Sociais. O julgado menciona que a concretização dos Direitos Sociais não pode ficar condicionada a

boa vontade do administrador, sendo extremamente importante que o Poder Judiciário atue como órgão fiscalizador e, nos casos de direito essencial, intervenha objetivando a inclusão da efetivação deste nos planos governamentais do ente político.

Percebe-se a partir do entendimento jurisprudencial, que houve uma redefinição do significado do princípio da separação dos poderes, em que estes devem estar direcionados a uma finalidade única, que é o respeito aos direitos previstos no ordenamento jurídico. Em face dessa interpretação, toda vez que não seja garantido a efetivação de direitos básicos, o Poder Judiciário tem o dever de apreciar as questões levadas até ele. Ingo Sarlet (2012, p.194) sustenta que os mecanismos de tutela jurisdicional, sejam individuais ou coletivas, devem ser utilizados para otimizar a proteção judicial e conseqüentemente a efetividade dos direitos sociais.

Conforme entendimento de Fernando Facury Scaff (2005) o procedimento de atuação do Poder Judiciário não pode ser visto como uma espécie de ativismo em prol dos mais necessitados, mas sim como resposta ao pedido de aplicação da lei de acordo com a Constituição Federal, constituindo-se em um imperativo ético que visa alcançar um maior grau de justiça social.

Não constitui objeto do presente estudo analisar o mérito, tampouco debater acerca do que a doutrina tem denominado como “ativismo judicial”, mas apenas ilustrar o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade concreta de intervenção do Poder Judiciário para a efetivação de direitos. Como exemplo, podemos citar o direito à saúde, em que diante da ausência ou insuficiência de políticas públicas, não pode o cidadão ser punido pela ação administrativa ineficaz ou pela omissão do gestor, pois configura-se um direito subjetivo passível de efetivação por meio do Poder Judiciário (MENDES; BRANCO, 2017, p.604).

Diante do exposto, constatamos que, atualmente, no Brasil, é permitido ao Poder Judiciário interferir na atuação do Poder Político visando à implementação de políticas públicas, conforme entendimento dos Tribunais Superiores. Tal intervenção deve pautar, além da apreciação da legalidade dos atos, também, pela efetivação dos direitos sociais constitucionalmente previstos.

3.2 Aplicação da Reserva do Possível e os Direitos Sociais no Brasil: Visão Doutrinária e Jurisprudencial

Feita a apresentação conceitual dos institutos, origem, evolução histórica e correlação, passaremos à análise da aplicabilidade da reserva do possível na prestação de Direitos Sociais no Brasil, valendo-se, para tanto, do enfoque doutrinário e análise jurisprudencial. No que se refere à análise jurisprudencial, esta será a partir de casos apreciados pelos Tribunais Superiores e considerados relevantes para o enfoque proposto na pesquisa, tendo como marco temporal, decisões prolatadas a partir do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 45, no ano de 2004, em que a reserva do possível passou a ser mencionada nas decisões dos tribunais.

Verifica-se na jurisprudência que os Direitos Sociais mais submetidos à apreciação judiciária, referem-se à saúde e educação, casos tais como: pedido de fornecimento de medicamentos, internações e tratamentos, matrículas em escolas, etc. A maior ocorrência deve-se à importância dos mesmos quando ponderados com os demais, estando mais próximos aos direitos de primeira geração, como é o caso da saúde que está estritamente relacionada ao direito à vida. Tanto que a CF/88 faz menções especiais à saúde e educação, quando determina a destinação de um percentual mínimo do orçamento para aplicação em políticas desta natureza. No entanto, os demais direitos sociais também podem ser submetidos à manifestação do Poder Judiciário, não optando-se, nesta pesquisa, pela restrição a uma determinada categoria, mas sim pelo estabelecimento de um panorama geral.

O enfoque doutrinário buscará a ilustração dos principais desdobramentos da aplicação da reserva do possível na efetivação de direitos sociais no Brasil, a partir de análise baseada em aspectos diversos, tais como: históricos, sociais, políticos e econômicos. Análise esta que acompanha a evolução do entendimento jurisprudencial do período.

Conforme já mencionado, alguns doutrinadores apontam que a reserva do possível, ao ser incorporada no cenário brasileiro, sofreu uma mudança na essência, passando a ser denominada de reserva do financeiramente possível. Sobre essa mudança de essência, constatamos algumas críticas.

A primeira relaciona-se à disparidade social verificada entre o Brasil e a Alemanha conforme ilustra Andreas Krell (2002 p.108) ao afirmar que o sistema jurídico alemão não desenvolveu seu entendimento relacionados aos direitos sociais em um Estado com crise social e milhões de pessoas socialmente excluídas, tampouco com precariedade nos hospitais,

grande número de famintos ou de crianças fora da escola, ou de pessoas que sobrevivam por meio de mecanismos de assistência social. Já no Brasil, com outra realidade social e econômica, a reserva do possível estaria sendo um óbice à efetivação dos direitos fundamentais.

Portanto, considerando o aspecto social, percebemos que a reserva do possível não pode ser interpretada nos dias atuais no Brasil, da mesma forma que fora na Alemanha quando de sua origem, pois, sabidamente, nosso País ainda está bastante atrasado no que se refere a garantir uma existência digna para todos, com precariedade na prestação de Direitos Sociais, enquanto a Alemanha já apresentava um patamar superior de efetividade desde àquela época, consubstanciando-se em uma Nação mais desenvolvida socialmente.

A aplicação de um instituto desenvolvido em condição social completamente diferente a da sua origem, em um país estrangeiro, foi utilizado, segundo Ana Paula de Barcellos (2002, p.263) para impossibilitar qualquer avanço no pleito dos direitos sociais, pois o caráter de novidade, em que a reserva do possível só passou a ser estudada de forma mais aprofundada no Brasil a partir da década de 1990, fez com que houvesse um receio diante do aparecimento do tema e, conseqüentemente, um “travamento” das políticas sociais.

No Brasil, as promessas do “Estado do bem-estar social” sequer foram cumpridas, logo, a reserva do possível como fundamento econômico passou a ser utilizada como tentativa de justificação da inércia ou omissão do Poder Público diante da responsabilidade pela promoção de direitos.

Quanto à previsão de Direitos Sociais na Constituição, Rafael de Lazari (2012 p. 41-42) afirma que havendo excesso de palavras promovido pelo constituinte, isso pode levar a uma Carta Magna em que o próprio Poder Público não consiga cumprir com os seus preceitos. Além de realidades sociais distintas, o autor lembra que na Alemanha a sua lei fundamental já retirou a previsão dos direitos sociais, enquanto no Brasil os progressos sociais ainda não são claramente percebidos.

Mais uma vez enfatiza-se a disparidade social entre as nações, o que reforça a ideia de que a reserva do possível não pode ser apenas importada e aplicada no País tal como fora na Alemanha, pois existem outros critérios fáticos que devem ser observados e ponderados em solo pátrio, como é o caso dos mandamentos contidos no Texto Constitucional.

A falta de efetividade dos Direitos Sociais no Brasil não é causada por ausência de legislação, pois a grande maioria das normas para o exercício já existe, sendo que o problema está na formulação, implementação e manutenção das políticas públicas e na composição dos gastos do Entes Federativos, sujeitando estas condutas ineficazes à sindicabilidade e responsabilização de seus agentes (KRELL, 2002, p.32).

Percebe-se, então, que a doutrina reconhece a existência de relevante disparidade social entre Brasil e Alemanha, além de diferenças relacionadas aos aspectos políticos. Na Alemanha, os direitos sociais não constam expressamente na *Lei Fundamental de Bonn*, no entanto, desde a origem da reserva do possível, estes já vem sendo assegurados de maneira efetiva à população. No Brasil, o Texto Constitucional prevê amplo rol de direitos sociais, mas a realidade aponta para ampla falta de efetividade destes, casos em que sequer o mínimo existencial é garantido à população.

A temática da efetividade dos direitos sociais aumenta o debate na doutrina e na jurisprudência. O Estado tem alegado a existência de barreiras, citando o custo dos direitos, a intervenção do Judiciário nas políticas públicas e a necessidade de utilização da reserva do possível. Por outro lado, os direitos sociais reclamam o abandono do papel inerte do Estado, exigindo a intervenção por meio das políticas públicas para amenizar as desigualdades existentes.

Essa instabilidade pode ser explicada pelo liame tênue entre as atribuições constitucionais políticas e jurídicas. A Constituição Federal, que possui cunho eminentemente jurídico, ao prever a necessidade de implementação de políticas públicas acaba por retirar a concretude do texto, gerando um conteúdo sujeito a diversos questionamentos (LAZARI, 2012, p.42).

Acerca da mudança de sentido da reserva do possível, Ana Carolina Olsen (2008, p.192) observa que as modificações que ocorreram no Brasil em relação à aplicação inicial na Alemanha, deram um enfoque maior na questão da disponibilidade financeira e dos custos em detrimento da razoabilidade e da proporcionalidade da pretensão, com um raciocínio predominantemente econômico. Na Alemanha, a aplicação da reserva do possível nos dias atuais continua apresentando o mesmo sentido inicial, verificando-se um parâmetro de razoabilidade em relação às exigências de prestações em respeito às normas constitucionais.

Nesse sentido, é importante lembrar que os Direitos Sociais, assim como todos os demais direitos fundamentais, não podem ser encarados como dotados de caráter absoluto e

aplicável a todos os casos de um modo definitivo, mas sim delimitados pela colisão de interesses verificados no caso concreto (ALEXY, 2011, p.510).

Ainda, o aspecto atinente aos custos não pode ser desprezado, pois a realidade brasileira impõe um limite de possibilidades materiais para os direitos sociais em que pouco adiantará previsão normativa ou técnica hermenêutica se não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito (BARCELLOS, 2002, p.236).

Em razão da existência de custos para a prestação de direitos e da necessidade de desenvolvimento de políticas públicas para a efetividade, com exigência de alocação de recursos, a insuficiência financeira em alguns casos reforça a importância da ponderação das pretensões e da correta utilização do orçamento. Se considerarmos que os Direitos Sociais não representam direitos subjetivos que devem ser prestados automaticamente, necessário se faz que exista dotação orçamentária e políticas públicas adequadas para o desenvolvimento equilibrado das ações.

Importante análise acerca da reserva do possível no Brasil, foi efetuada em decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, julgada em 29 de abril de 2004, que tratava sobre direito à saúde e a não inclusão como devido no orçamento. Embora tenha havido a perda de objeto da ação, pois houve aprovação, logo após, de Lei contemplando o pedido, a decisão fez ponderações a respeito da limitação de recursos e dos custos dos direitos, inaugurando entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da exigência da prestação dos Direitos Sociais.

O julgamento retratou a tendência do reconhecimento dos custos financeiros dos direitos, conforme obra dos autores americanos Holmes e *Sunstein*. Da fundamentação, percebe-se a constatação de que os direitos sociais dependem de vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, sendo que a efetivação consiste em um processo gradual. Sobre a reserva do possível, a decisão afirmou que, caso comprovada objetivamente a incapacidade financeira do ente estatal, não se pode exigir a imediata efetivação de uma prestação. No entanto, mencionou que a reserva do possível não pode servir de justificativa para inércia estatal que comprometa as condições mínimas do ser humano.

Portanto, a ADPF 45 considerou que pode existir uma limitação de recursos para a efetivação dos direitos sociais, o que faz com que seja necessário observar, em determinadas situações, a razoabilidade da pretensão em face do poder público e a existência de

disponibilidade financeira do Estado. Ademais, como já mencionado anteriormente, nos casos em que ocorrer violação às condições mínima do indivíduo, o Poder Judiciário possui legitimidade para efetuar a intervenção, determinando a concretização.

O entendimento do Ministro Celso de Mello delimitou condicionantes da reserva do possível para que esta pudesse ser aplicada na prática, com o estabelecimento de critério determinado (demonstrar objetivamente a insuficiência de recursos) que permitisse a invocação pelo Poder Público, provando este não ter como garantir a prestação de determinado direito naquele momento. Embora tenha sido prejudicada com a perda do objeto, a ADPF 45 passou a nortear os entendimentos jurisprudências vindouros, pois procurou estabelecer critérios objetivos para análise.

Da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, percebe-se uma maior preocupação com as consequências econômicas das decisões quando em exame de controle abstrato de constitucionalidade, sendo que essa preocupação tem sido mitigada quando pede-se concretamente uma obrigação de fazer, como ocorre nos pedidos referentes à saúde e educação. A explicação para a diferença de tratamento pode residir no efeito *erga omnes* do controle abstrato, pois tem abrangência maior que nos casos concretos que envolvem poucos indivíduos, logo, aspectos relativos aos custos e escassez de recursos tem impacto maior (WANG, 2008).

A escassez de recursos públicos, com a aplicação da reserva do possível, foi abordada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial número 1.185.474-SC de 2010. O município de Criciúma – SC alegou a reserva do possível como defesa genérica para justificar a oferta insuficiente de vagas em creches aos menores de zero a seis anos. Na decisão, reconheceu-se que a insuficiência de recursos não pode ser considerada uma mera falácia. O estado de escassez pode resultar muitas vezes de um processo de escolha, em que a decisão de um administrador de investir em determinada área, pode implicar escassez para outras, o que denomina-se de “escolhas trágicas”. Num primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, não cabendo ao administrador público preteri-los em suas escolhas, pois estão ligados à dignidade humana, não podendo ser limitados em razão da escassez.

O julgado cita que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial, o qual não é limitado apenas aos direitos de primeira geração, conforme verificamos na transcrição de excerto da fundamentação da decisão:

O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social. (RESP 1.185.474. rel. Min. Humberto Martins. Dj. 29/04/2010)

Percebe-se o reconhecimento de que o mínimo existencial pode contemplar um direito social, no caso concreto foi a educação, que deve ser vista como prioridade na opinião daquela corte. O entendimento foi no sentido de que, mesmo com a alocação orçamentária, se persistir a falta de recursos para essas demandas, a insuficiência deve ser demonstrada pelo poder público, não podendo a escassez ser alegada como tese genérica para a omissão estatal, no campo da efetivação dos direitos fundamentais de cunho social, razão pela qual o recurso foi negado no caso concreto.

O conceito de mínimo existencial deve ser gradativamente ampliado, visando evitar a redução à noção de mínimo vital, até porque, se assim fosse, não seria necessário constitucionalizar os direitos sociais, bastando reconhecer o direito à vida. Logo, deve-se buscar a ideia da máxima efetividade dos direitos sociais dentro do que o Estado possa cumprir (HERRERA; MACHADO, 2010).

Sobre a concretização dos direitos sociais, José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 481-482) afirma que estes, quando previstos em normas da constituição, apresentam vinculação normativa-constitucional, devendo as normas garantidoras de direitos sociais servir de parâmetro de controle judicial quando do exame de medidas que possam vir a restringi-los. O autor sustenta que a concretização destes direitos deve ser balizada por meio de medidas concretas e não em previsões meramente abstratas, afirmando que “um direito social sob reserva dos cofres cheios” na verdade, equivale na prática a nenhuma vinculação jurídica.

Logo, não é uma opção dos administradores ou do Poder Legislativo cumprir os mandamentos da Constituição, pois, embora possa haver discricionariedade quanto aos meios de efetivação de um direito social, a sua efetivação é uma obrigação constitucional que para não ser cumprida, há o ônus argumentativo da parte dos poderes políticos, podendo caber a discussão acerca do custo dos direitos e dos recursos escassos (WANG, 2008).

A discussão da efetividade dos direitos sociais e a aplicação da reserva do possível revela de um lado a necessidade de implementação das previsões contidas no Texto Constitucional, de outro a responsabilidade do Poder Público, que precisa adequar suas

disponibilidades para cumprir a sua missão, ao passo que não pode valer-se da reserva do possível de maneira genérica para eximir-se das suas responsabilidades.

Toda despesa pública precisa estar aderente aos objetivos constitucionais conforme lembra Fernando Facury Scaff (2005) pois tem-se a teoria da Supremacia da Constituição, citando a manifestação, inclusive, do Supremo Tribunal Federal na ADI 2010 MC, que preceitua que razões do Estado não podem ser invocadas para legitimar o desrespeito à supremacia da Constituição da República. Com isso, o autor assevera que não é razoável que se aloquem todos os recursos públicos disponíveis para a efetivação dos direitos sociais, mas é imprescindível que sejam disponibilizados recursos suficientes, de forma proporcional aos problemas encontrados, e de forma progressiva no tempo, de modo que as deficiências sejam sanadas.

Percebe-se nos últimos anos um certo enfraquecimento da força normativa da Constituição, talvez em razão da crise do Estado social, com reflexos nos direitos sociais, pois demandam maior atuação estatal para sua efetivação (STRECK; MORAIS, 2004, p.28). Os autores mencionam como responsável pelo fenômeno, o movimento neoliberalista que caminhou no sentido de impedir a força normativa da constituição, uma vez que sistema jurídico encontra-se sobre a dependência do sistema político e financeiro.

Na visão de Ingo Sarlet (2012, p.146) a aplicação da reserva do possível não pode ser dissociada do aspecto custo dos direitos, pois a crise de efetividade dos Direitos Sociais está relacionada a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das políticas públicas, impondo-se uma deliberação responsável a respeito da destinação dos recursos bem como o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público. Com isso, é possível minimizar os impactos da reserva do possível e otimizar a efetividade dos direitos sociais.

Considerando as características do cenário nacional, não é possível falar na prestação de Direitos Sociais de forma ilimitada, pois os custos e a escassez de recursos devem ser observados, sendo necessário a persecução de melhorias contínuas e efetividade progressiva ao longo do tempo.

Sobre a disponibilidade de recursos, Fernando Facury Scaff (2005) lembra que uma civilização, por mais avançada e desenvolvida que esteja, apresenta e sempre apresentará necessidades humanas a serem atendidas pelos escassos recursos financeiros disponíveis. Tendo em vista o sistema de mercado ser inadequado para atendê-las, o autor enfatiza a

responsabilidade de atendimento pelo Estado, principalmente em sociedades periféricas como é o caso do Brasil, de necessidades básicas como a educação, saúde, habitação, saneamento, etc.

Enfatiza-se, mais uma vez, que a aplicação da reserva do possível pode ser invocada pelo Estado em face dos custos necessários para a concretização de direitos, mas não como mera justificativa de indisponibilidade orçamentária ou como tentativa de se abster pela falta de aplicação de forma correta das políticas públicas que visem ao cumprimento dos direitos fundamentais.

A alegação da reserva do possível só pode ser feita de maneira excepcional, e não a toda e qualquer demanda que lhe é formulada, cabendo apenas àquelas que de fato estejam inacessíveis ao orçamento estatal sob pena de prejuízo da coletividade (LAZARI, 2012, p.44).

Outro aspecto trazido pela doutrina e que merece ser comentado, refere-se a diferenciação necessária que deve existir entre a ausência de recursos e as “escolhas trágicas”. Estas últimas consistem na escolha alocativa de recursos quando da existência de mais de um direito social ou individual a ser atendido, e a distribuição dos recursos tende a ser maior que a arrecadação, impondo-se a escolha de uma ação em detrimento de outra, em que os meios são alocados em outra prioridade, gerando a decisão de “quanto disponibilizar e a quem atender” (AMARAL, 2001, p.147-150).

Cabe ao Estado, diante da ausência de condições financeiras para garantir integralmente todos os direitos sociais, fazer escolhas, estabelecendo prioridades, corroborando a importância das políticas públicas e da gestão adequada do orçamento.

Interessante observação fez Rafael de Lazari (2012, p.69) quando mencionou o custo dos Direitos Sociais conforme teoria de *Holmes e Sustein*, associando à lógica do “cobertor pequeno” em que a vontade de cobrir é maior que o trapo, isto é, os direitos sociais podem ser uma salvaguarda do cidadão contra abusos do Estado, no entanto não têm o condão imperativo que gostaria que tivesse pois não é possível, em razão dos recursos limitados.

Outra decisão jurisprudencial que ilustra a abordagem aqui proposta, consta no Recurso Especial número 1.041.197 - MS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, referente ao controle judicial de políticas públicas e não-aponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial. O caso em questão versava sobre obrigação de fornecimento de equipamentos ao hospital e o direito à saúde.

Extrai-se da fundamentação da decisão, que a função estatal foi profundamente modificada a partir da consolidação constitucional, deixando de ser eminentemente legisladora para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social, implementando políticas públicas que visem ao atendimento dos fins constitucionalmente delineados, cabendo, também, ao Poder Judiciário fiscalizar e velar pelo cumprimento dos objetivos constitucionais.

Quanto ao critério de interpretação da reserva do possível, transcreve-se o trecho abaixo que mostra-se bastante esclarecedor, refletindo também entendimento da doutrina até aqui apresentado:

O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. (RESP 1.041.197 – MS, Rel. Min. Humberto Martins, Dj. 16/09/2009).

Percebe-se, novamente, a preocupação com a garantia da dignidade da pessoa humana e com o mínimo existencial, considerando que as pretensões individuais devem estar de acordo com a razoabilidade e que a reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial. A decisão menciona, ainda, que assegurar um mínimo de dignidade humana por meio dos serviços públicos essenciais, como educação e saúde, é escopo da República Federativa do Brasil e não pode estar condicionada à conveniência política do Administrador Público.

No mesmo sentido, temos decisão em Agravo Regimental no Recurso Especial 1.136.549- RS, versando sobre o fornecimento de medicamento e o direito à saúde, em que reconheceu-se a limitação da aplicação da reserva do possível. Menciona-se no julgado que os direitos sociais não podem ficar condicionados à boa vontade do Administrador público, e que o Poder Judiciário deve atuar como órgão controlador da atividade pública, podendo, nos casos de direito fundamental incluso no conceito de mínimo existencial, determinar a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. Essa intervenção pode ocorrer nos casos em que não houver a comprovação objetiva de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

No Recurso Especial número 1.389.952 – MT, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 03 de junho de 2014, publicado no diário da justiça em 07 de novembro de 2016, examinou-se também a alegação de insuficiência orçamentária e aplicação da reserva do possível. O caso concreto envolvia condições prisionais precárias e o controle judicial de políticas públicas, em que o Estado pugnava pela reserva do possível para justificar a não resolução do problema da superlotação dos presídios. A decisão afirmou que tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, pode o Poder Judiciário determinar a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político nos casos em que não houver a comprovação de incapacidade financeira da pessoa estatal.

Associando-se à efetivação dos direitos sociais e o orçamento, verifica-se no Agravo de Instrumento 537237 – PE, em que ocorreu pedido de medicamento para paciente com hepatite, que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi fundamentada com o entendimento de que a falta de prévia dotação orçamentária não serve como justificativa para inviabilizar o direito pleiteado (WANG, 2008).

Sobre os custos é possível falar que a reserva do possível pode, algumas vezes, ser utilizada como falácia à sua efetivação. Essas falácias seriam argumentos políticos que fazem os direitos sociais perderem a característica de “valores supremos da ordem constitucional” pois os custos dos direitos superariam os recursos orçamentários (SCHWARTZ; TEIXEIRA, 2016). Os autores sustentam ainda que a reserva do possível ataca apenas os direitos de segunda geração e não a todos que causam custos, inclusive os de primeira geração, mostrando-se como argumento falacioso.

A utilização da reserva como falácia, e até mesmo como forma de “travamento” de políticas sociais, conforme mencionado anteriormente, pode ser explicada como uma espécie de manobra política em que utiliza-se de um conceito bastante relevante, alegando-se insuficiência de recursos com a finalidade de afastar omissões, inércia estatal e até mesmo encobrir o direcionamento de recursos e políticas públicas para outras finalidades estranhas ao interesse público.

O condicionamento da realização de direitos sociais à existência de “caixas cheias” do Estado, significa para Andreas Krell (2002, p.54) reduzir sua eficácia a zero, pois a subordinação aos condicionantes econômicos relativiza a universalidade, condenando-os a serem considerados direitos de segunda categoria.

A reserva do possível é um elemento externo, pois é capaz de limitar ou até mesmo restringir o acesso dos titulares a direitos específicos, em razão da limitação orçamentária do Estado (SOUZA, 2013). A escolha e enfoque na realização de um direito social pode inviabilizar a prestação de outros. No entanto, constata o autor, que no Brasil a utilização da reserva do possível tem sido no sentido de óbice à efetivação de direitos sociais e não mera limitação em face do orçamento limitado. Portanto, para não ser utilizada como forma de se exonerar dolosamente das obrigações constitucionais, é que o Poder Judiciário tem determinado que ocorra a comprovação objetiva da inexistência de recursos financeiros.

O equilíbrio entre a reserva do possível e o mínimo existencial é possível para Ana Paula de Barcellos (2002, p.246) pois, inicialmente, o atendimento ao mínimo existencial será a prioridade das políticas públicas e dos dispêndios financeiros para prestação, sendo que só após o atingimento é que se direcionará o saldo remanescente do orçamento em outras ações, quando a reserva do possível pode vir a ser invocada como critério para a realização da ponderação acerca da proporcionalidade das prestações.

Essa visão reflete, também, o posicionamento jurisprudencial até aqui apresentado, pois têm-se a preocupação no atendimento inicial ao mínimo existencial, com a finalidade de assegurar a dignidade da pessoa humana, em que a reserva do possível, via de regra, não possui aplicabilidade. Procedendo-se à efetivação do mínimo existencial, os demais direitos sociais podem ser limitados pela reserva do possível, desde que ocorra comprovação objetiva da insuficiência estatal, limitação está que deve ser temporária, pois a concretização deve ser buscada ao longo do tempo.

Na visão de Ingo Sarlet (2012, p. 257) a relativização dos direitos sociais ocorre sob o argumento de dependência de efetiva disponibilidade de recursos pelo Estado que também precisa de poder jurídico para dispor desses recursos. Logo, cabe a este, inicialmente, em razão da competência, decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, elegendo prioridades.

A alegação da reserva do possível só tem cabimento quando se está diante de dois elementos de igual ou aproximada valia a preponderar. Não pode o Administrador público valer-se da reserva para justificar a escolha por gastos com publicidade em vez de gastos com instalação e manutenção de UTI's, tendo em vista que a saúde é um elemento mais valioso (LAZARI, 2012, p.123).

É Possível verificar também o prenúncio de um novo direcionamento do Supremo Tribunal Federal, com o entendimento da necessidade de observância dos custos e da questão orçamentária a partir de decisão proferida na Suspensão de Tutela Antecipada 91, julgada pela Ministra Ellen Gracie, julgamento de 26 de fevereiro de 2007, versando sobre fornecimento de medicamentos. Até então, todos os pedidos de medicamentos submetidos ao judiciário eram atendidos tendo-se como argumento a preservação da vida. Na STA 91 houve, de certa forma, uma relativização do direito subjetivo a saúde, pois admitiu-se a não obrigatoriedade do Estado em fornecer o medicamento, com a vinculação do direito à existência de recursos financeiros em consonância com racionalização de gastos que permita atender um número maior de pessoas (GEBARA, 2014).

No Brasil não existe uma vinculação legal dos governos de executar os orçamentos, isto é, não são obrigados a aplicar os recursos financeiros previstos pelas Leis orçamentárias para determinados serviços sociais, o que faz com que muitos governantes interpretem a aprovação do orçamento não como imposição, mas como mera autorização discricionária. Verifica-se uma crescente utilização da ação civil pública (Lei 7.347/85) para a defesa dos chamados direitos difusos, que são também ligados à implementação dos direitos sociais pelo Estado (KRELL, 2002, p.100-104).

Com base na evolução histórica, nos argumentos para a sua invocação e nas manifestações prolatadas pelo Poder Judiciário, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.255) defende a tese que a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice, que precisa observar em sua abrangência: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação de direitos fundamentais; b) disponibilidade jurídica de recursos que possibilitem a operacionalização do sistema de arrecadação e execução do orçamento; c) no caso de prestações sociais a reserva do possível deve observar o princípio da proporcionalidade da exigibilidade. Para o autor, esses aspectos devem ser relacionados com outros princípios constitucionais visando promover a efetividade de direitos de cunho prestacional.

A disponibilidade, conforme citado por Ingo Sarlet, refere-se tanto à disponibilidade fática, isto é, recursos financeiros suficientes ao atendimento das prestações, sendo que a insuficiência deve ser comprovada, quanto também à disponibilidade jurídica que traduz-se em autorização para a execução do orçamento, possibilitando que o Estado faça o dispêndio financeiro para promoção das políticas públicas.

Considerando a desigualdade econômica e social existente em sociedades periféricas, como é o caso do Brasil, maior a necessidade de asseguarção dos direitos sociais àqueles que não conseguem exercer as suas capacidades, a fim de lhes assegurar o direito de exercer suas liberdades jurídicas, pois, caso contrário, os direitos sociais tendem a ser letra morta, sem possibilidade fática de exercício pela sociedade, gerando a exclusão, (SCAFF, 2005).

No entanto, a existência da reserva do possível não pode ser simplesmente negada, mas sim condicionada a fatores temporais e econômicos, pois quanto melhor a condição financeira do país, mais restrito deve ser o seu uso, ao passo que, ante um cenário de crise, sua utilização, mesmo que de natureza excepcional, possa a vir ser recomendável (LAZARI, 2012, p.66).

O entendimento acerca da dimensão tríplice da reserva do possível parece ser um dos mais adequados para a aplicação no cenário brasileiro tendo em vista, conforme já mencionado, grandes diferenças econômicas e sociais verificadas entre a origem na Alemanha e a aplicação no Brasil. Não é possível desconsiderar o aspecto relativo aos custos da efetivação, bem como é necessário observar a razoabilidade da prestação a ser efetivada, em que a ponderação deve ser efetuada visando, inicialmente, resguardar os direitos ao mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana.

Diante do exposto, constatamos a partir da visão doutrinária e jurisprudencial, que a aplicação da reserva do possível no Brasil tem assumido contornos predominantemente econômicos. Em razão da crescente preocupação com os custos relacionados à prestação de direitos, o Poder Público tem invocado a reserva do possível, alegando escassez e ausência de recursos para a efetivação de direitos, principalmente os Direitos Sociais.

O Poder Judiciário vem adotando posicionamento no sentido de que, a mera alegação de insuficiência de recursos pelo Poder Público, não pode servir de justificativa para o não atendimento dos objetivos constitucionais, como é o caso da efetivação de direitos sociais, admitindo-se, caso inexista disponibilidade orçamentária, que esta deve ser objetivamente comprovada, e que seja feita a ponderação e analisada a proporcionalidade da pretensão.

No entanto, diante das demandas relacionadas a necessidade de atendimento do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, o entendimento da doutrina e jurisprudência pátria é de que a reserva do possível não pode ser invocada pelo poder público, tampouco aplicada na prática, pois atentaria contra os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O tema, possivelmente, será alvo de maior debate doutrinário e jurisprudencial no futuro, tendo em vista o cenário brasileiro, com crise econômica verificada nos últimos anos, ocasionando queda de arrecadação aos cofres públicos, aumento de despesas e piora nos índices sociais, gerando um quadro de menor volume de recursos e aumento de demandas sociais. Ademais, a promulgação da Emenda Constitucional 95, conhecida como *PEC dos gastos públicos* tem como intuito a limitação dos gastos públicos pelos próximos 20 anos, em que os gastos totais serão reajustados com base na inflação oficial do ano anterior. Logo, é possível que essa medida venha a ter impactos na prestação de Direitos Sociais, com eventuais conflitos com os demais preceitos constitucionais. Todavia, trata-se de cenários, possibilidades e probabilidades que serão possíveis de aferir com o decurso do tempo.

No mesmo sentido, o posicionamento governamental que sinaliza um cenário de austeridade fiscal, com a condução de reformas legislativas tais como a trabalhista e a previdenciária, pode vir a ter impactos nos conceitos aqui apresentados, em especial no núcleo do mínimo existencial, na efetividade dos Direitos Sociais e na invocação da reserva do possível, fazendo com que os Tribunais Superiores venham a manifestar-se diante desse novo contexto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conteúdo exposto neste trabalho buscou analisar a aplicação da reserva do possível na prestação de Direitos Sociais no Brasil, sem pretensões exaurientes, mas sim de efetuar uma abordagem dos contornos mais relevantes da temática. A importância da discussão foi ressaltada pelo cenário nacional, em que o Texto Constitucional estabelece direitos e objetivos a serem buscados, a demanda por prestações sociais apresenta incremento e o Estado necessita de recursos para promover a efetividade de suas ações, tornando-se necessária a ponderação dessas características.

Procurou-se, com base em alguns doutrinadores, demonstrar a evolução histórica dos direitos, com a noção de Direitos Humanos, reconhecimento e positivação dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Sociais, que resultou nos conceitos atualmente conhecidos. Esse movimento histórico teve reflexos na Constituição Federal de 1988, com positivação dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Sociais.

Apesar da existência de críticas quanto ao modelo, a positivação dos Direitos Sociais no Texto Constitucional, representa evolução das relações sociais e a busca de condições mais dignas à população, em um Estado Democrático de Direito. No entanto, a mera previsão escrita de amplo rol de direitos, não basta, é necessário que existam ações que possibilitem a efetividade, tendo em vista tratar-se de objetivos a serem buscados.

Amplamente reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, a dignidade da pessoa humana e o conceito de mínimo existencial buscam a proteção do ser humano, com a atribuição de núcleo de direitos que precisam receber proteção especial, englobando, inclusive, Direitos Sociais. Podem demandar prestações positivas pelo Estado para a concretização e devem ser respeitados quando da ponderação com outros valores. A importância dos institutos é ressaltada através de jurisprudência pátria apresentada, ao afirmar que a reserva do possível não pode, via de regra, ser aplicada quando tratar-se de direitos relativos à dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

Constatou-se que a reserva do possível teve origem na Alemanha, a partir do julgamento do caso *numerus clausus*, em 1972, cujo entendimento firmado pelo Tribunal Alemão foi no sentido de que o Estado pode negar a prestação de um direito, baseando-se na razoabilidade da pretensão individual em face da coletividade. Com isso, percebe-se que os Direitos Sociais não são direitos subjetivos que podem ser exigidos imediatamente e prestados

de forma ilimitada pelo Estado, mas sim que estão sujeitos a uma reserva, sendo necessário a ponderação de sua razoabilidade.

Conforme apontado pela doutrina, a reserva do possível, ao ser introduzida no Brasil, passou a ter contornos econômicos e financeiros, por vezes conceituada como uma teoria da reserva do financeiramente possível, tendo como base a mera alegação de insuficiência de recursos pelo Estado para a negativa de prestação de Direitos. A preocupação com o aspecto financeiro é justificada pelo reconhecimento do custo dos direitos, em que, a efetividade demanda a disponibilidade de recursos que nem sempre estão disponíveis.

Sobre o aspecto financeiro e a efetividade dos Direitos Sociais, apresentou-se a importância do orçamento e das políticas públicas no Brasil, que devem servir como instrumentos de gestão e controle. As políticas devem ser desenvolvidas visando à concretização de direitos constantes nos Preceitos Constitucionais, mas devem observar as diretrizes orçamentárias e a disponibilidade de recursos. Com isso, não é possível falar em efetivação de direitos sociais se não houver recursos disponíveis para a promoção.

Demonstrou-se que o Poder Judiciário, além de sua missão Constitucional, possui legitimidade para intervenção, de maneira excepcional, em questões de políticas públicas, determinando a concretização de direitos quando se estiver diante de casos que atentem contra a dignidade da pessoa humana ou ao mínimo existencial.

O debate acerca da aplicação da reserva do possível no Brasil revela críticas quanto a diversos aspectos, tais como o aspecto social, citando-se a disparidade existente no País em relação à Alemanha, onde fora concebida inicialmente, bem como questões jurídicas, políticas e econômicas. Percebe-se que a reserva do possível, que deveria ser um mecanismo de excepcionalidade, é muitas vezes utilizada como argumento na tentativa de justificação da inércia e omissão estatal.

Da Jurisprudência pátria, por meio da manifestação dos Tribunais Superiores, efetuadas a partir de decisão proferida na ADPF 45, em casos relacionados a direitos tais como a saúde e educação, e na tentativa de se estabelecer critérios mais objetivos para análise, extrai-se que a reserva do possível pode ser invocada pelo Estado para limitar ou negar a prestação de Direitos Sociais. Mas para isso, é necessário que, além de observar as condições acerca da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, demonstre-se objetivamente a indisponibilidade de recursos naquele momento, não podendo valer-se apenas de alegação genérica de escassez de recursos.

Conclui-se, ao final, que a reserva do possível pode ter aplicabilidade na prestação de Direitos Sociais no Brasil, representando uma medida excepcional e temporária. Para tanto, além da necessária ponderação da razoabilidade da pretensão em face do Estado, é necessário observar-se, também, o atendimento ao mínimo existencial e às condições de dignidade da pessoa humana e a demonstração objetiva de indisponibilidade de recursos financeiros por parte do Poder Público, quando de sua invocação.

O tema pode ser alvo de novas discussões no futuro, considerando o cenário de crise econômica verificado nos últimos anos no País, com reflexos econômicos e sociais. As projeções existentes indicam cenários de austeridade fiscal, com a limitação de gastos públicos e reformas legislativas que podem vir a causar impactos na prestação de direitos sociais, intensificando, dessa forma, o debate acerca da reserva do possível.

Outras abordagens que podem ser efetuadas e que contribuirão para a discussão, referem-se à gestão pública adequada dos recursos, tais como a busca da eficiência na aplicação, redução de desperdícios, combate à corrupção, aprimoramento dos mecanismos de fiscalização de arrecadação tributária e o cumprimento obrigatório do orçamento conforme documento orçamentário aprovado. Essas ações podem permitir melhor utilização do dinheiro público para efetivação de direitos por meio de políticas adequadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 7.ed.São Paulo: Método 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. In: SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flavio,(orgs) **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO , Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 22.164/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado em 17/11/95. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 845337/SP**. Relator: Min. Rosa Weber. Publicado em 21/11/2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 maio 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45 MC/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 04.05.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 592.581**– RS, Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, D.J 13 ago. 2015. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.185.474** – SC (2010/0048628-4), Recorrente: Município de Cricúma, Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa

Catarina. Relator: Min. Humberto Martins, Brasília, D.J 29 abr. 2010. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.041.197** – MS (2008/0059830-7), Recorrente: Estado do Mato Grosso do Sul, Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Humberto Martins, Brasília, D.J 16 set. 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.136.549** – RS (2009/0076691-2), Agravante: Município de Esteio, Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Humberto Martins, Brasília, D.J 21 jun. 2010. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.389.952** – MT (2013/0192671), Recorrente: Estado do Mato Grosso, Recorrido: Defensoria do Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Herman Benjamin, Brasília, D.J 07 nov. 2016. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAVALCANTE, Pedro Luiz. O Plano Plurianual: resultados da mais recente reforma do Planejamento e Orçamento no Brasil. **Revista do serviço público**, v. 58, n. 2, p. 129-150 abr/jun 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

DIOGENES JUNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em jun 2017.

DWORKIN, ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins fontes, 2007.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GEBARA, Gassen Zaki. A Administração Pública no Estado Constitucional. Os Direitos Sociais Como Direitos Subjetivos e o Princípio da Reserva Orçamentária no Brasil e no Direito Comparado. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS. v.16 n.31. jan-jun 2014.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Os Custos dos Direitos**. 07/04/2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-07/embargos-culturais-holmes-sunstein-demonstram-custo-financeiro-direitos#author>> acesso em 03 jul.2017.

GÖTTEMS, Claudinei J.; BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. Os direitos fundamentais e sua efetividade na história constitucional brasileira. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6972&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em jul 2017.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em jul 2017.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

HERRERA, Luiz Henrique Martim.; MACHADO, Edinilson Donisete. O mínimo existencial e a reserva do possível: Ponderação hermenêutica reveladora de um substancialismo mitigado In: **ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI**, XIX, 2010. Fortaleza – CE. Anais... p. 3293.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e Mínimo Existencial: Um necessário Estudo Dialógico**. 2012. Dissertações (mestrado em direito), Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A dignidade humana como critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro**. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014. Tomo 14.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Fernando Roberto Schnorr. RAZOABILIDADE E TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO FUNDAMENTOS PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO DISCURSO--REASONABLENESS AND RESOURCE LIMITATION THEORY AS FOUNDATION FOR JUDICIAL REVIEW OF PUBLIC POLICIES: AN ANALYSIS FROM THE DISCOURSE THEORY. **Espaço Jurídico: Journal of Law [EJLL]**, v. 17, n. 2, p. 587-606, 2016.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 21, mar./maio 2010.

MARTINS, Leonardo (org.) **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevidéo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAURÍCIO JÚNIOR. Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MELO, Felipe de. **Políticas públicas e direitos fundamentais : elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito**. São Paulo: Saraiva, 1ª Ed., 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. 2006. Dissertações (mestrado em direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

PALUDO, Augustinho. **Orçamento Público, AFO e LRF**. 7.ed. São Paulo: Forense, 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 8.ed. São Paulo: Método, 2012.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do Estado, dos Poderes, e histórico das Constituições**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Porto Alegre: Emages, 2006.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

RAMOS, Andre de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

REIS, Wanderlei José dos. O Princípio da Reserva do Possível, o Mínimo Vital e a Efetividade dos Direitos Sociais no Brasil. **Revista Jurídica CONSULEX**, Ano XVI, nº 370, 2012.

RUA, Maria das Graças. **Políticas Públicas**. Departamento de Ciências da Administração/UFSC. Florianópolis: CAPES, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v.7, n. 32, p. 213-226, jul.- ago/2005.

SCHWARTZ, Germano; TEIXEIRA, Vitor Rieger. O direito à saúde no Brasil e a teoria da reserva do possível como falácia à sua efetivação. **Direito e Democracia**, v. 11, n. 1, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Consitucional Positivo**. 37.ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em: 15 abr 2017.

SOUZA, Carlos Cesar de; GRANJA, Cícero Alexandre. **A evolução histórica dos direitos humanos no plano internacional: doutrina e filosofia**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13722>. Acesso em jun 2017.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias . In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13621>. Acesso em jun 2017.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, 1989.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 539-568, 2008.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.