

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS FRENTE OS ENTRAVES
PRINCIPIOLÓGICOS: UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO
POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

**THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS IN FRONT OF THE
PRINCIPIOLOGICAL BARRIERS: AN ANALYSIS OF THE PRINCIPLES OF
RESERVE OF THE POSSIBLE AND THE EXISTENTIAL MINIMUM**

José Cledson Paciência Teles¹

Ana Beatriz Ferri Pereira²

RESUMO: Os direitos fundamentais sociais têm sua fundamentalidade garantida no texto constitucional e na sua relação com valores e objetivos constituídos na carta constitucional, especialmente com a dignidade da pessoa humana. Ao demandarem do Estado prestações materiais, têm um inegável conteúdo econômico, que acaba por influenciar sua efetividade. Por isso, o presente artigo discute os direitos sociais frente às bases principiológicas que regem o Estado Democrático de Direito no Brasil. Analisa, ainda, o mínimo existencial e a reserva do possível como fatores para a efetividade dos direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais. Dignidade da Pessoa Humana. Reserva do Possível. Mínimo Existencial.

ABSTRACT: Fundamental social rights are guaranteed their fundamentality in the constitutional text and in their relationship with values and objectives set out in the constitutional charter, especially with the dignity of the human person. When demanding material benefits from the State, they have an undeniable economic content, which ends up influencing their effectiveness. For this reason, this article discusses social rights in the light of the principiological bases that govern the Democratic Rule of Law in Brazil. It also analyzes the existential minimum and the reserve of the possible as factors for the effectiveness of social rights.

KEYWORDS: Social Rights. Dignity of the Human Person. Reserve of the Possible. Existential Minimum.

¹ Graduando em Direito (Universidade Federal de Alagoas – UFAL). E-mail: cledyson1965@hotmail.com

² Graduanda em Direito (Universidade Federal de Alagoas – UFAL). E-mail: anabferri@gmail.com

INTRODUÇÃO

Um dos assuntos que mais tem sido discutido no Brasil, principalmente com a crise na saúde e educação enfrentada nos últimos tempos, é a dificuldade em se efetivar os direitos sociais, dado seu aspecto essencialmente prestacional e, por isso, sua dependência da execução de políticas públicas aptas a garantir a efetiva proteção à população mais carente.

Essa dificuldade é, pois, uma das problemáticas a serem discutidas neste artigo, cujo objetivo é discutir até que ponto a reserva do possível realmente pode ser vista, no âmbito do direito constitucional no Brasil.

O presente estudo, portanto, busca sopesar em que medida a reserva do possível se afigura um obstáculo, no âmbito do direito constitucional brasileiro, à realização dos direitos sociais que garantem, em última ratio, a própria dignidade da pessoa humana. Como ponto de partida será traçado uma análise histórica a fim de contextualizar os direitos sociais, passando para a delimitação conceitual destes direitos e respaldando, de antemão, qual o papel do Estado na efetividade dos Direitos Sociais.

Com isso, a análise dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial é fundamental para entender a realidade encarada pelo Estado na delimitação dos recursos financeiros a serem investidos para a efetivação e a aplicação destas garantias sociais fundamentais para o ser humano em sociedade.

Por conseguinte, a metodologia utilizada no artigo é a pesquisa bibliográfica e a análise de doutrina.

1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS

O surgimento dos chamados Direitos Sociais, Econômicos e Culturais ocorre logo após a crise do Estado Liberal, período no qual eram enaltecidas as liberdades civis, políticas, econômicas e individuais, mas em contrapartida podiam ser observados excessos e abusos que eram cometidos pelas classes mais favorecidas economicamente (membros da burguesia) para com os trabalhadores, notadamente os operários, que exerciam suas funções no meio industrial e sofriam as consequências da desigualdade resultante do modelo econômico e social da época.

Ao fazer uma breve análise desse período histórico, datado entre os séculos XIX até o início do século XX, vê-se que, além de apresentar tais demonstrativos de segregação e falta de mobilidade social, essa fase também foi marcada pela quase absoluta omissão do Estado em

face de tais circunstâncias problemáticas, pois este não exercia quaisquer funções mediadoras, regulamentares ou de controle no que se referia às relações privadas.

Sendo assim, com o surgimento das primeiras correntes de pensamento que visavam o reformismo (a exemplo do socialismo e do anarquismo), os cidadãos que faziam parte das camadas mais prejudicadas e atingidas pela crise do modelo liberal passaram a reivindicar melhorias de condições (sobretudo de trabalho), com o objetivo de conseguirem a manutenção de uma vida digna e, principalmente, que fosse norteada por parâmetros mais humanitários.

As manifestações políticas e coletivas feitas por esses sujeitos, foram capaz de proporcionar o início de um modelo de intervenção mais intensa por parte do Estado na vida em sociedade, atuando como um mediador entre o capital e o trabalho; Como consequência destes movimentos no âmbito jurídico, podemos citar a elaboração das Constituições Mexicana de 1917 e a Alemã (de Weimar, em 1919), que foram as primeiras fontes de posituação dos direitos coletivos.³

A partir desses acontecimentos, surge a então nomeada era do “Estado Social” ou “Estado de Bem-Estar Social”, cuja qual pode ser exemplificada através da implementação de políticas públicas, que se apresentam não só na seara trabalhista, que seria o seu foco inicial, como também são direcionadas as mais diversas áreas, podendo citar como exemplos: a educação; a saúde; o direito à moradia; meios que proporcionam acesso à cultura e ao lazer; etc.

1.1 O QUE SÃO OS DIREITOS SOCIAIS?

Os direitos sociais, dentro do âmbito da classificação das dimensões dos direitos humanos fundamentais, ocupam a sua segunda dimensão ou geração, a qual está fortemente relacionada ao princípio da igualdade material entre os indivíduos, como também traz a pretensão subjetiva que estes possuem para exigir que o Estado realize prestações positivas a fim de concretizar seus direitos.

Portanto, à luz da definição de José Afonso da Silva⁴, os direitos sociais podem ser entendidos como:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida

³ WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos Humanos: novas dimensões e novas fundamentações. **Revista Direito em Debate**, v. 11, n. 16-17, 2002.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 286-287

aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Há ainda algumas discussões de cunho doutrinário acerca da fundamentabilidade dos direitos sociais no âmbito constitucional brasileiro, devido ao fato de que o Artigo 60º, §4º, inciso IV da Constituição Federal -que versa sobre as cláusulas pétreas- explicita que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais.”

O trecho citado, se interpretado de maneira literal, pode fazer crer que apenas as garantias individuais elencadas no rol do Artigo 5º são fundamentais e não podem ser suprimidas⁵. No entanto, o próprio Artigo 5º, §2º da CF afirma que:

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.

Portanto, hoje em dia já adotada majoritariamente pela jurisprudência brasileira, tal orientação torna completamente viável que os direitos individuais e coletivos sejam ambos interpretados como fundamentais e integrem o ramo das cláusulas pétreas, como explicado por Ingo Wolfgang Sarlet⁶:

Todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional, ou se encontrem ainda (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil.

1.2 O PAPEL DO ESTADO FRENTE A APLICABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Como já comentado anteriormente, os direitos coletivos (sociais, econômicos e culturais) são considerados como fundamentais pela Constituição Federal de 1988, em razão de integrarem elementos importantes da grande parte dos valores e objetivos que a Carta Magna pretende alcançar. Entretanto, tais direitos não devem ser reduzidos a normas programáticas, devido ao fato de desfrutarem de uma maior força normativa e exigência de eficácia, sendo isto um resultado do seu *status* como direitos fundamentais.

Em suma, por serem constituídos de serviços essenciais e notadamente necessários para alicerçar um modo de vida digno aos cidadãos, satisfazendo suas imprescindibilidades

⁵ ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentabilidade dos direitos sociais. **Refletindo o Direito - Revista do Curso de Direito do Cesmac**, n. 1, v. 1, 2015.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

básicas; os aspectos trazidos pelos direitos sociais, culturais e econômicos devem ser objeto de planejamento constante por iniciativa dos governos, os quais assumem o poder periodicamente no regime democrático e idealizam as políticas públicas.

A administração pública atua utilizando os recursos financeiros do Estado através do planejamento orçamentário, para que seja assegurada a efetividade de tais serviços, bem como a garantia de que estes serão ofertados e disponibilizados para o máximo número de pessoas possível.

Todavia, a abundante demanda por direitos proveniente em grande parte da camada mais fragilizada da sociedade, devido à intensa pobreza, que é um problema de importância estrutural a ser enfrentado no Brasil, acaba por converter-se numa justificativa utilizada pela administração pública, para que as garantias não sejam ofertadas integralmente aos cidadãos, haja vista a quantidade elevada de gastos necessários para tal efetivação e a indisponibilidade de recursos.

O ato de depositar exclusivamente na onerosidade ou capacidade dos gastos públicos a culpa pela deficiência das garantias e prestações que deveriam constitucionalmente ser realizadas pelo Estado, gera uma situação de inércia por parte deste órgão. Esta é uma situação que acaba invalidando diversas manifestações judiciais feitas por indivíduos que buscam um amparo através das instituições comuns e têm seus direitos suprimidos por justificativas deste gênero.

2 OS PRINCÍPIOS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL

2.1 RESERVA DO POSSÍVEL

Não há consenso na doutrina sobre o conceito e a natureza jurídica da reserva do possível, de forma que há quem a entenda como elemento interno de restrição à efetividade do direito e outros que a consideram elemento externo de restrição.⁷

Flávio Galdino considera a reserva do possível como peça integrante dos direitos fundamentais, na medida em que considera a escassez de recursos financeiros não como um

⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba: 2006. Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

elemento de restrição à efetividade do direito fundamental, mas sim como uma condicionante da própria existência do direito. Explica o autor:

“Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluo orçamentário que o permita.”⁸

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo discordam do posicionamento que enquadra a reserva do possível como elemento integrante dos direitos fundamentais, e entendem que se trata de espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas que, em alguns casos, pode ainda representar uma garantia dos direitos fundamentais. Com isso, oportuna a transcrição dos esclarecimentos dos autores:

Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constituiu, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.⁹

A reserva do possível teve origem no julgamento do caso “*numerus clausus*” pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, julgado em 1972. Discutia-se o acesso ao curso de medicina e a compatibilidade de certas regras legais estaduais que restringiam esse acesso ao ensino superior (*numerus clausus*), com a Lei Fundamental, que garantia a liberdade de escolha da profissão. O Tribunal decidiu que a prestação exigida do Estado deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, e entendeu que não seria razoável impor ao Estado a obrigação de acesso a todos os que pretendessem cursar medicina. A reserva do possível nesse caso, portanto, relacionou-se à exigência de prestações dentro do limite da razoabilidade, não da escassez de recursos, como ocorre no Brasil.¹⁰

Andreas J. Krell critica a importação da reserva do possível pelo sistema brasileiro, ressaltando a grande diferença sócio-econômica entre os dois países:

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de

⁸ GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 188.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

¹⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba: 2006. Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>. Acesso em: 10 jun. 2020, p. 229.

permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc.¹¹

2.2 MÍNIMO EXISTENCIAL

A noção de mínimo existencial é um tema relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição como um dos fundamentos da ordem constitucional (art. 1º, III) e como uma das finalidades da ordem econômica (art. 170, caput), na medida em que representa, em linhas gerais, o mínimo necessário para a vida humana digna.

Percebe-se que os direitos sociais estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, pois é patente que direitos como o direito à saúde, à assistência social, à moradia, à educação, à previdência social tem por objetivo conferir aos cidadãos uma existência digna.

As noções de mínimo existencial e dignidade da pessoa humana relacionam-se ao tema da efetividade dos direitos sociais, na medida em que são utilizados pela doutrina como parâmetro para verificar o padrão mínimo desses direitos a ser reconhecido pelo Estado.¹²

Ana Paula de Barcellos afirma que o mínimo existencial corresponderia a “um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo”.¹³

A autora compreende o mínimo existencial como um núcleo irreduzível do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual incluiria um mínimo de quatro elementos de natureza prestacional: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça.¹⁴

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo observam que o conteúdo do mínimo existencial não se confunde com o “mínimo vital” ou “mínimo de sobrevivência”, na medida em que a garantia de sobrevivência física do homem não significa necessariamente a manutenção da vida em condições dignas, com qualidade. Ressaltam que é impossível estabelecer um elenco taxativo dos elementos nucleares do mínimo existencial, o que demanda

¹¹ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, p.63.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 183-185.

¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 126.

¹⁴ *Ibidem*, p 258.

uma análise à luz das necessidades de cada pessoa e seu núcleo familiar. Contudo, esclarecem que é possível inventariar um conjunto de conquistas já sedimentadas, que serviriam com um roteiro ao intérprete e aos órgãos vinculados à concretização do mínimo existencial.¹⁵

Entre as dimensões que norteiam os direitos sociais fundamentais, ressalta-se a dimensão subjetiva dos direitos sociais que está intimamente relacionada à possibilidade de o titular do direito exigir judicialmente o cumprimento da obrigação pelo poder público.

Para Ricardo Lobo Torres:

A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático.¹⁶

Entretanto, um ponto a ser observado, é que a própria Constituição não fez distinção entre direitos sociais relacionados ao mínimo social e os demais para conferir mais eficácia aos primeiros. Como bem observou Clèmerson Merlin Clève:

Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta, a Constituição, portanto, para a idéia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade).¹⁷

O mínimo existencial é muitas vezes referido pela doutrina como “núcleo essencial” dos direitos fundamentais sociais, o que repercute no tema da exigibilidade das prestações materiais neles previstas perante o Judiciário.

Para explicar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, existe duas teorias: a absoluta e a relativa, ambas com divergência no campo doutrinário.

A teoria absoluta admite um núcleo essencial absolutamente intangível, concebido em abstrato e, por isso mesmo, independente das especificidades do caso concreto; esse núcleo essencial consistiria em limite absoluto à atividade restritiva do legislador.¹⁸

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 22.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-2.

¹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 54, jan./mar. 2006, p. 38.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3 ed.

Já conforme a teoria relativa, o conteúdo essencial de um direito fundamental é definido para cada caso, e consiste no mínimo insuscetível de restrição ou redução obtido pela aplicação de uma técnica de ponderação, de acordo com os postulados da proporcionalidade.¹⁹

Contudo, deve-se ressaltar que nem sempre um direito fundamental social terá no seu núcleo um conteúdo equivalente ao mínimo existencial, tendo em vista as diversas modalidades de direitos sociais positivadas na Constituição. No caso do direito à saúde, por exemplo, a correspondência entre núcleo essencial e mínimo existencial parece bastante clara, mas tal não ocorre quanto ao direito fundamental à participação nos lucros do empregador.²⁰

As principais implicações desse tema ocorrem quando está em confronto mínimo existencial e a reserva do possível. Para alguns autores, a mínimo existencial seria um núcleo intangível do direito social e, por tal motivo, não pode sucumbir à alegação da reserva do possível. Para outros, há casos em que, mesmo estando em jogo direitos relacionados ao mínimo existencial, a reserva do possível pode prevalecer.

2.3 RELAÇÃO ENTRE RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

A aplicação da reserva do possível, para alguns autores, encontra limite quando se está diante de direitos relacionados ao mínimo existencial.

Ricardo Lobo Torres afirma que a proteção mínimo existencial não se sujeita à reserva do possível, pois tais direitos se encontram nas garantias institucionais de liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos. Conforme o autor:

“A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.).”²¹

Ana Paula de Barcellos adota uma posição rígida de mínimo existencial. Para a autora, o mínimo existencial constitui o conteúdo mais essencial do princípio da dignidade da pessoa

¹⁹ *Ibidem*, p. 43-44.

²⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba: 2006. Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>. Acesso em: 10 jun. 2020, p. 346.

²¹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 81-82.

humana, que, por esse motivo, deve ser aplicado como uma regra, sem margem à ponderação, conforme explica:

[...] uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do “tudo ou nada”, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites.²²

Segundo entende Barcellos, a reserva do possível pode conviver com o mínimo existencial, mas em primeiro lugar devem ser atendidas as demandas relacionadas a esse mínimo, para que só então possa haver discussão sobre a aplicação dos recursos públicos remanescentes:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.²³

Emerson Garcia sustenta que a reserva do possível somente poderia prevalecer em relação ao mínimo existencial se comprovada total impossibilidade fática, ou seja ausência de recursos, mas sucumbiria diante da mera falta de previsão orçamentária. Nesses termos observou:

Tratando-se de impossibilidade jurídica, o que decorreria não da ausência de receita, mas da ausência de previsão orçamentária para a realização da despesa, deverá prevalecer o entendimento que prestigie a observância do mínimo existencial. Restando incontroverso o descompasso entre a lei orçamentária e os valores que integram a dignidade da pessoa humana, entendemos deva esta prevalecer, com o conseqüente afastamento do princípio da legalidade da despesa pública.²⁴

Nessas hipóteses, afirma o autor que o Judiciário estaria autorizado a determinar a realização de gastos, com base na razoabilidade e ponderação, sendo que caberia ao Executivo realocar despesas para cumprir a efetivação dos direitos:

Como desdobramento do que vem de ser dito, poderá o Poder Judiciário, a partir de critérios de razoabilidade e com a realização de uma ponderação responsável dos

²² BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 252.

²³ *Ibidem*, p. 246.

²⁴ GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. **Jus Navigandi**, a. 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>. Acesso em: 25 jul. 2020.

interesses envolvidos, determinar a realização dos gastos na forma preconizada, ainda que ausente a previsão orçamentária específica. Caberá ao Poder Executivo, nos limites de sua discricção política, o contingenciamento ou o remanejamento de verbas visando a tornar efetivos os direitos que ainda não o são.²⁵

O entendimento de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo é no sentido de que, quando se trata de direitos relacionados ao mínimo existencial, a reserva do possível não deve por si só ser fundamento para impedir a satisfação do direito. Explicam:

[...] em matéria de tutela do mínimo existencial (...) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direitos e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas.²⁶

Contudo, os próprios autores ressaltam que não são irrelevantes as questões relacionadas à reserva do possível, de forma que sempre aferida no caso concreto, mediante produção de prova submetida ao contraditório, a real necessidade da prestação pleiteada e a efetiva relação com o mínimo existencial.

3 APLICAÇÃO DOS RECURSOS FINANCEIROS DESTINADOS PELO ESTADO PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Para que a Administração Pública seja capaz de exercer seus poderes de maneira organizada, controlada e coerente, é preciso que haja institutos normativos básicos e imprescindíveis que ofereçam os alicerces para fundamentar sua gestão, bem como definam limitações para a aplicação e distribuição de recursos. Como principais exemplos de tais institutos, podemos citar o trio de dispositivos que regem a política orçamentária e financeira em âmbito nacional; são estes: O Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.

Todos estão previstos no artigo 165º da Constituição Federal, são propostos exclusivamente pelo Poder Executivo, e depois apresentados ao Poder Legislativo para serem objeto de discussão e possível modificação através de emendas.

Para explicar brevemente, o PPA é responsável por fixar objetivos de médio prazo a serem alcançados pela administração pública durante aquela gestão; a LDO estabelece anualmente as prioridades de gastos e define também as políticas públicas que serão adotadas;

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 42-43.

já a LOA realiza a estimativa da receita a ser obtida e das despesas futuras para o exercício seguinte. O conteúdo presente nas LDOs e LOAs deve permanecer sempre em coerência com o que está versado no Plano Plurianual, pois este serve como a principal diretriz do planejamento orçamentário.²⁷

A principal fonte de arrecadação de recursos para a administração pública são os impostos pagos pelos cidadãos contribuintes, os quais integram a receita que será regida pelas leis acima citadas, e que devem ser geridos de uma maneira que seu retorno seja dado à população, através de atendimento a serviços essenciais e de primeira necessidade, isto é, assumindo a forma dos direitos sociais que garantem a manutenção do mínimo existencial.

Nota-se que este ciclo financeiro importa na legitimidade do pagamento de tributos, como também resguarda a segurança jurídica no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o planejamento orçamentário determina em quais setores e como os recursos obtidos através da tributação serão gastos.

Logo, a responsabilidade do governante, no que cerne aos gastos públicos, está claramente atrelada ao que determina a legalidade, não podendo o administrador produzir despesas e/ou investimentos novos, diferentes dos que constam no plano plurianual, haja vista o artigo 167º, §1º da Constituição: “Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.”

Sendo assim, para evitar desproporcionalidade entre despesas e receitas, e não deixar de realizar as prestações positivas que a sociedade exige, a administração deve se atentar à formulação de um planejamento que seja congruente e adequado às necessidades que o meio social apresenta.²⁸

Elucidando melhor essa questão, afirma Daniel Sarmiento que o princípio da reserva do possível possui dois aspectos distintos que também atuam como “limites” do mesmo: o fático e o jurídico.

O componente fático diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional, enquanto o componente jurídico

²⁷ GONTIJO, Vander. **Curso sobre processo orçamentário**: Instrumentos de Planejamento e Orçamento. Câmara dos Deputados: Brasília, 2004. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/cidadao/entenda/cursopo/planejamento> Acesso em: 25 jun. 2020.

²⁸ AZEVEDO, Eder Marques de; DE ALMEIDA, Gustavo Barçante; PORTES, Paola Alvarenga. O mito da teoria da reserva do possível: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais. **Direito e Desenvolvimento**, v. 4, n. 8, p. 33-59, 2013.

relaciona-se à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos.²⁹

A fim de equilibrar o conflito existente entre capacidade de tributação, adstrição do administrador à lei e a eficácia dos direitos fundamentais sociais, é importante ressaltar o princípio da proibição do retrocesso, o qual afirma que os direitos e garantias já conquistados pelos cidadãos em um meio social não podem ser retirados do sistema, prejudicando assim a sociedade como um todo.

Desse modo, os legisladores possuem uma liberdade de conformação que os permite expandir o alcance das políticas públicas através da propositura de projetos, atentando sempre às prioridades e necessidades de cada setor e sem restringir os benefícios já existentes; Todavia, tal liberdade de conformação ainda estará vinculada a aspectos orçamentários e jurídicos.

Embora os parlamentares sejam democraticamente eleitos e possuam legitimidade constitucional para definir, com base na lei orçamentária, quais são as demandas principais a serem incluídas no orçamento, vale ressaltar que a liberdade de conformação do legislador não pode servir de justificativa para que este gaste os recursos obtidos pela receita sem atender aos parâmetros que a Constituição estabelece, isto é, não visando os objetivos pretendidos pela Carta Magna e impossibilitando a efetivação ampla dos direitos sociais.

A decisão monocrática proferida no STF pelo Ministro Celso de Mello³⁰, que extinguiu por perda de objeto a ADPF nº 45, esclarece o entendimento acerca da limitação do uso da reserva do possível como justificativa para o prejuízo de direitos sociais. A ADPF em questão tratava sobre o veto presidencial a um dispositivo presente na Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2004, que fixava uma quantidade mínima de recursos a serem destinados para a área da saúde. Segundo Celso de Mello:

Os condicionamentos impostos pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa – traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade de pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público, e, de outro (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”[...]

A cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente

²⁹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 553-586.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Relator: Ministro Celso de Mello, 29 de abril de 2004. **Diário de Justiça**, 04 de maio de 2004. Informativo n. 345-STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 25 jun. 2020.

quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade.

Nesta mesma decisão, o Ministro aponta para a possibilidade de discussão acerca da intervenção do Poder Judiciário nas matérias relativas ao gasto público e o devido oferecimento das políticas prestacionais, de maneira excepcional, quando os demais poderes violam princípios constitucionais, ou ainda, se mostram ineficazes e omissos em realizar tais deveres.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana deve ser a base de toda ordem constitucional no mundo moderno, e sua efetivação é garantida não somente pelo fato dos indivíduos usufruírem da liberdade individual, nos âmbitos cível e político, mas também a partir do momento em que suas necessidades básicas de sobrevivência são atendidas pelo Estado; sendo ele o ente que detém a responsabilidade de ofertar condições adequadas aos mais diversos âmbitos: educacional, cultural, econômico e da saúde.

No entanto, para haver plena realização das pretensões e direitos citados, está intrínseca a inevitabilidade do dispêndio de recursos. Tal característica essencialmente prestacional dos direitos sociais faz com que a administração pública justifique a pouca eficácia das garantias a partir da falta de capital.

Todavia, a aplicação do princípio da reserva do possível só deveria ser considerada legítima caso haja evidências de que as instituições públicas realmente empenham-se para oferecer as assistências sociais num nível satisfatório e de acordo com o que prevê a Constituição; contudo, ao observar a realidade fática, as situações infelizmente não ocorrem de tal modo.

Logo, a partir das análises suscitadas no presente artigo, conclui-se que os princípios fundamentais da reserva do possível e da garantia do mínimo existencial representam imensa importância jurídica, principalmente no que diz respeito à manutenção e concretização das

políticas públicas que têm como escopo efetivar os direitos sociais, econômicos e culturais; os quais possuem caráter basilar na promoção do desenvolvimento comunitário, além de ensejarem a redução das desigualdades que ainda permeiam a vida em sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais. **Refletindo o Direito - Revista do Curso de Direito do Cesmac**, n. 1, v. 1, 2015.

AZEVEDO, Eder Marques de; DE ALMEIDA, Gustavo Barçante; PORTES, Paola Alvarenga. O mito da teoria da reserva do possível: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais. **Direito e Desenvolvimento**, v. 4, n. 8, p. 33-59, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Relator: Ministro Celso de Mello, 29 de abril de 2004. **Diário de Justiça**, 04 de maio de 2004. Informativo n. 345-STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 25 jun. 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 54, jan./mar. 2006.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.

GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. **Jus Navigandi**, a. 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>. Acesso em: 25 jul. 2020.

GONTIJO, Vander. **Curso sobre processo orçamentário: Instrumentos de Planejamento e Orçamento**. Câmara dos Deputados: Brasília, 2004. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/cidadao/entenda/cursopo/planejamento>. Acesso em: 25 jun. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba: 2006. Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial**.

In: Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos Humanos: novas dimensões e novas fundamentações. **Revista Direito em Debate**, v. 11, n. 16-17, 2002.