

A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Thiago Ferraz de Oliveira¹

Maísa de Sousa Lopes²

RESUMO: O tema reserva do possível tem sido invocado pelo Estado, na maioria das vezes, como forma de legitimar sua omissão na prestação dos direitos sociais básicos. O problema é que, desde a Constituição Federal de 1988, o Estado não efetivou a maioria dos direitos sociais, tornando-se um devedor perante a sociedade, daí porque a necessidade de investigar essa atuação frente aos obstáculos financeiros, verificando a possibilidade de efetivação de tais direitos, de forma homogênea, mesmo com avanços lentos nos Tribunais do País.

Palavras-chave: Reserva do possível. Mínimo existencial. Direitos sociais.

THE POSSIBLE RESERVE AND THE EXISTENTIAL MINIMUM IN ATTAINING SOCIAL RIGHTS

ABSTRACT: The “possible reserves” issue has been invoked by the State, most of the time, to legitimize its omission to provide basic social rights. The problem is: since the Constitution of 1988 the State has not confirmed most of the social rights, being in debt with society, that’s why the investigation of this acting due financial obstacles is needed, verifying the possibility of confirmation of such rights, evenly, even with slow advances in the courts of the country.

1 Graduado em Direito pela Universidade Anhanguera - UNIDERP (2004), especialista em Ciência Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2008), servidor público do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, aprovado no LIV Concurso para ingresso na carreira de Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais (2014). email ferraz-t@hotmail.com

2 Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de Coimbra (2014/2017). Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP/SP (2014), especialista em Direito Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2006) e graduada em Direito pela Universidade Anhanguera - UNIDERP (2004). Advogada, com experiência na área de Direito Civil. Professora do Centro Universitário Anhanguera Campo Grande/MS - unidade 1, das disciplinas de Direito dos Contratos, Família e Sucessões. email maslop@hotmail.com

Keywords: Possible reservation. Existential minimum. Social rights.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar a reserva do possível e suas implicações na efetivação dos direitos fundamentais sociais, com a abordagem de temas como o mínimo existencial e o papel do judiciário nesta questão. A escolha do tema justifica-se pelo fato de tratar-se de um assunto em voga na doutrina e jurisprudência contemporânea, ademais a atual conjectura de crise financeira e escassez de recursos sobrelevam-no ainda mais.

Os direitos sociais básicos são indispensáveis a uma vida digna (mínimo existencial), a despeito da sua importância, verifica-se que são carecedores de atuação ou prestação positiva estatal, e quando reclamados, o Estado alega que não são efetivados pela ausência ou insuficiência de recursos disponíveis (reserva do possível).

O objetivo da investigação é a demonstração de que, apesar dos obstáculos econômico-financeiros do Estado para a realização dos direitos sociais, é possível efetivá-los, de alguma maneira, ainda que de forma não homogênea e com avanços lentos, nem que seja através da garantia de um mínimo existencial.

Dessa forma, analisar-se-á, em primeiro lugar, os direitos fundamentais sociais, sua delimitação quanto direito fundamental, bem como sua conformação jurídica constitucional, seu conteúdo, suas características e sua classificação como direitos prestacionais em sentido estrito, a distinção entre direitos sociais e políticas públicas e, a partir dessas noções iniciais, verificar-se-á a sua efetivação diante da existência ou não de recursos financeiros para tanto, o cerne do problema do presente estudo.

Por conseguinte, pretende-se compreender no que consiste o argumento da reserva do possível e se este é suficiente para afastar a obrigação do Estado como garantidor da concretização dos direitos fundamentais sociais. Nesse contexto, será estudado, ainda, o mínimo existencial, bem como o papel do Judiciário frente às questões levantadas.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos fundamentais têm uma importância, dignidade e força constitucionalmente reconhecidas que, no domínio das relações gerais entre o Estado e o indivíduo, elevam o bem, a posição ou a situação por ele tutelada à qualidade de limite jurídico-constitucional à atuação dos poderes públicos. Por outro lado, no plano das relações entre os poderes públicos, em que os bens, posições ou situações tuteladas pelos direitos fundamentais são retirados da plena disponibilidade decisória do poder político democrático, sendo a sua garantia atribuída, em última análise, ao poder judicial, designadamente à justiça constitucional³.

Nesse passo, conquanto existam posições que recusam aos direitos sociais a natureza de verdadeiros direitos fundamentais, designadamente quando a Constituição Portuguesa não resolve explicitamente o problema, de acordo com as características acima apontadas, os direitos sociais preenchem claramente os primeiros requisitos – os atinentes à importância material, dignidade e força constitucionais e, numa interpretação adequada, se bem que controversa e discutível, passam a prova do segundo teste, ou seja, o de se constituírem em garantias jurídicas impostas judicialmente à observância dos poderes públicos⁴.

Sobre o regime dos direitos fundamentais sociais na Constituição Portuguesa, Andrade (2012)⁵ pontua que, ainda que entendidos em sentido estrito, como “[...] direitos económicos, sociais e culturais [...]” – isto é, direitos cujo conteúdo principal típico consiste em prestações estaduais sujeitas a conformação político-legislativa, sem incluir, por exemplo, “[...] os direitos, liberdade e garantias dos trabalhadores [...]”, que constituem em grande medida direitos à abstenção, com a função de defesa -, apesar de estarem sujeitos a um regime constitucional diferente, não constituem uma categoria de natureza radicalmente distinta dos direitos, liberdades e garantias.

O referido autor conclui afirmando que, além de também comportarem dimensões garantísticas negativas e de participação, os direitos sociais fundamentais dispõem de um conteúdo nuclear, ao qual se há de reconhecer uma especial força jurídica, pela sua referência imediata

3 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra (POR): Coimbra Editora, 2010, p.251.

4 NOVAIS, op. cit., p. 252.

5 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra (POR): Edições Almedina, 2012, p. 357.

à ideia de dignidade da pessoa humana, fundamento de todo o catálogo dos direitos fundamentais⁶.

Ainda sobre este problema da positivação constitucional dos direitos econômicos, sociais e culturais, Canotilho (2003) aponta as quatro principais possibilidades de conformação jurídica dos direitos sociais⁷:

(i) As normas consagradoras de direitos sociais, econômicos e culturais são, segundo alguns autores, *normas programáticas*. Por um lado, através das normas programáticas pode obter-se o fundamento constitucional da regulamentação das prestações sociais, e por outro lado, as normas programáticas, transportando princípios conformadores e dinamizadoras da Constituição, são susceptíveis de ser trazidas à colação no momento de concretização.

(ii) Os *direitos sociais como normas de organização* é outro dos instrumentos jurídicos para a estatuição de direitos sociais. As normas constitucionais organizatórias atributivas de competência imporiam ao legislador a realização de certos direitos sociais. Ao impor constitucionalmente a certos órgãos a emanação de medidas tendentes à prossecução do bem-estar do povo, à sua segurança econômica e social, abrir-se-ia o caminho para as regulamentações legais dos direitos sociais.

(iii) Os *direitos fundamentais como garantias institucionais* é a terceira possibilidade de positivação de direitos sociais. A constitucionalização das garantias institucionais traduzir-se-ia numa imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição e, por outro lado, a protegê-la tendo em atenção os dados sociais, econômicos e políticos (ex. medidas protetoras da família, da saúde pública, da administração local).

(iv) Os direitos sociais como *direitos subjetivos públicos* é a quarta possibilidade de positivação. Há uma grande diferença entre situar os direitos sociais, econômicos e culturais num nível constitucional e com uma dimensão subjetiva, e considerá-lo como simples imposições constitucionais, donde derivariam direitos reflexos para os cidadãos.

Nesse ponto, abre-se um parêntese, a fim de comentar que a Constituição Brasileira de 1988 inovou ao abrigar os direitos sociais em capítulo próprio em seu catálogo dos direitos fundamentais, (em constituições pretéritas tais direitos estavam estabelecidos no capítulo da ordem econômica e social) atribuindo-lhes, enquanto direitos

6 ANDRADE, op. cit., p. 356.

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra (POR): Edições Almedina, 2003, p. 474-476

fundamentais, “[...] parâmetros hermenêuticos e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica”⁸. Não obstante, vários preceitos referentes aos direitos sociais são encontrados espalhados pela referida Constituição⁹.

Assim, não há dúvidas de que o art. 5º, § 1º da CF/88 assegura que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e não precisam de regulamentação para serem efetivadas, o que garante a exigibilidade e a concretização dos direitos sociais.

No caso espanhol, a Constituição de 1978 não contempla a categoria “direitos sociais”, optou-se pela rubrica “*principios rectores de la política social y económica*”, que encabeça o Capítulo Terceiro do Título I¹⁰. O autor Revenga Sanchez (2010) comenta que o repertório dos direitos sociais foi incorporado pela doutrina sob a mesma rubrica e que se reconhecem neles os mesmos atributos que distinguem os genuínos direitos fundamentais¹¹.

Assim, impõe-se destacar o conteúdo nuclear a que se referiu, com apoio nas lições de Novais (2010), consideram-se como direitos sociais como um todo integrantes daquele *corpus* os seguintes: um direito a um mínimo vital ou existencial (ou direito a um mínimo para uma existência condigna), um direito à saúde (ou a proteção à saúde), um direito à habitação (ou a uma habitação condigna), um direito à segurança social (ou à assistência social), um direito ao trabalho e um direito ao ensino (à educação ou à formação)¹².

8 SARLET, 2012, p. 66 apud TRINDADE; LEAL, 2013, p. 382.

9 O título II da Constituição contempla os *Direitos e Garantias Fundamentais* (arts. 5º a 17), onde consta o Capítulo dos *Direitos Sociais*. O art. 6º prevê como direitos sociais: “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. Os *Direitos dos Trabalhadores* são assegurados dentre deste Capítulo dos *Direitos Sociais* (arts. 7º a 11). O último Título da Constituição é o VIII, que contempla a *Ordem Social*, e possui 08 Capítulos (dentre os quais: Seguridade Social, Saúde, Previdência Social, Seguridade Social, Educação, Cultura e Desporto, Meio Ambiente, Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso. No art. 170, VIII, encontra-se a “busca do pleno emprego” como fundamento da ordem econômica.

10 O título I da Constituição Espanhola é dividido em três subcategorias, que encabeçam as Seções Primeira e Segunda do Capítulo II e o Capítulo III, a saber: “*derechos fundamentales y libertades públicas*” (Seção Primeira do Capítulo II), “*derechos y deberes de los ciudadanos*” (Seção Segunda do Capítulo II), “*principios rectores de la política social y económica*” (Capítulo III).

11 REVENGA SANCHÉZ, Miguel. Los derechos sociales (Instrumentos de Garantia en La Constitucion Espanola. In SCAFF, Fernando Facury; RAMBOLI, Roberto; REVENGA SANCHÉZ, Miguel (coord). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 46-47.

12 NOVAIS, op. cit., p. 40.

A partir dessa definição, o mencionado autor verifica que eles apresentam duas comuns e decisivas características¹³:

(i) o respectivo objeto de proteção respeita ao acesso individual a bens de natureza econômica social e cultural absolutamente indispensáveis a uma vida digna, mas (ii) com a particularidade de se tratar de bens escassos, custosos, a que os indivíduos só conseguem aceder se dispuserem, eles próprios, por si ou pelas instituições em que se integrem, de suficientes recursos financeiros ou se obtiverem ajuda ou as correspondentes prestações da parte do Estado.

Portanto, como os direitos sociais dizem respeito a bens de que nossas sociedades não dispõem em abundância, mas que são indispensáveis ao bem-estar e a uma vida digna, tais normas impõem ao Estado não apenas o dever de respeitar e proteger o acesso a tais bens, mas também a realização de prestações fáticas destinadas a promover o acesso a esses bens econômicos, sociais ou culturais a quem não dispõe de recursos próprios para alcançá-lo¹⁴.

Consigna-se, conforme Canotilho (2003), que, à medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais dos cidadãos, resulta, de forma imediata, para os cidadãos: o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos (por exemplo: igual acesso às instituições de ensino, igual acesso aos serviços de saúde, igual acesso à utilização das vias e transportes públicos) e o direito de igual quota-parte nas prestações fornecidas por esses serviços ou instituições à comunidade¹⁵.

Sobre a possibilidade de classificar os direitos fundamentais sociais, a fim de situá-los, segundo Alexy (2002), eles derivam dos denominados direitos a prestações, que se dividem em direitos à proteção, direitos de organização e procedimentos, e direitos a prestações em sentido estrito (ou direitos fundamentais sociais)¹⁶.

13 NOVAIS, op. cit., p. 41.

14 NOVAIS, op. cit., p. 42.

15 CANOTILHO, op. cit., p. 478.

16 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri (ESP): Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 419-501.

Os direitos de proteção são compreendidos como aqueles direitos fundamentais cujo titular tem o poder de exigir do Estado a devida proteção contra ingerência de terceiros. Por sua vez, os direitos à organização e procedimento asseguram ao indivíduo a oportunidade de exigir do Estado a “[...] emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos”¹⁷. Os direitos à prestação em sentido estrito ou direitos fundamentais sociais, objeto do presente estudo, não são direitos dirigidos contra o Estado, mas sim obrigações prestacionais positivas (a exemplo da saúde, moradia, educação), que devem ser satisfeitas por meio de um fazer, uma conduta positiva sob a incumbência do poder público, sendo que “[...] se o indivíduo dispusesse de meios suficientes ou se houvesse uma oferta suficiente no mercado poderia também obter de particulares”¹⁸.

Dessa forma, do conceito de prestações em sentido estrito, evidencia-se o papel do Estado como garantidor da efetivação dos direitos fundamentais sociais¹⁹, sob este viés, salienta-se que todos estes direitos têm um custo, já que pressupõe um dever de agir do Estado, conforme comentado, isto é, carecem da implementação de políticas públicas para serem consolidados.

Nesse diapasão, importa distinguir os direitos sociais das políticas públicas. Pode-se afirmar que os direitos sociais são realizados por meio de políticas públicas (de segurança social, de educação, de saúde) orientados segundo o princípio básico e estruturante da solidariedade social. Políticas públicas são, portanto, a expressão concretizadora ou realizadora dos direitos fundamentais sociais, isto é, as diferentes formas pelas quais estes podem ser conformados, concretizados ou efetivados²⁰.

Neste contexto, Canotilho (2003) explica no que consiste a política de solidariedade social²¹:

17 SARLET, 2012, p. 197 apud TRINDADE; LEAL, 2013, p. 383.

18 ALEX, op. cit., p. 482.

19 No direito Português, sobre o Estado e sobre as demais entidades públicas recai, por força do art. 9º, alínea “d”, a tarefa fundamental de promover a efetivação dos direitos sociais.

20 DUARTE, Leonardo de Farias. **Obstáculos econômicos a efetivação dos direitos fundamentais sociais**. Coimbra (POR): [s.n.], 2008, p. 69.

21 CANOTILHO, op. cit., p. 518.

Designa-se, por isso, política de solidariedade social o conjunto de dinâmicas político-sociais através das quais a comunidade política (Estado, organizações sociais, instituições particulares de solidariedade social e, agora, a Comunidade Europeia) gera, cria e implementa protecções institucionalizadas no âmbito económico, social e cultural como, por exemplo, o sistema de segurança social, o sistema de pensões de velhice e invalidez, o sistema de creches e jardins-de-infância, o sistema de apoio à terceira idade, o sistema de protecção da juventude, o sistema de protecção de deficientes e incapacitados (cfr. CRP, arts. 63º, 67º/2/b, 69º, 70º/1/e, 71º e 72º)

Bucci (2006 apud NATAL; PAMPLONA, 2014) conceitua as políticas públicas, de forma que se extrai sua operacionalidade²²:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planeamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Há de se reconhecer que, em tempos de escassez de recursos públicos, a igual satisfação de todas as demandas sociais é difícil de ser alcançada, ainda mais quando em tempos de crise económica, verifica-se o aumento das necessidades da população. Nesse sentido, Duarte complementa que esse cenário acaba por exigir que a escolha quanto à destinação das receitas públicas num quadro de escassez dê-se segundo uma perspectiva geral e não de maneira isolada, devendo ser consideradas todas as peculiaridades próprias das variações económicas e sociais²³.

A partir dessas noções iniciais, a questão da previsão em abstrato dos direitos sociais, bem como o custo do Estado para sua realização, assume relevância no que diz respeito à efetivação desses direitos à existência ou não de recursos financeiros para tanto, o que conduz ao problema que se pretende abordar no presente trabalho.

Contudo, antes de adentrar ao cerne da discussão, necessário se faz identificar a natureza dos direitos fundamentais sociais sob seus aspectos subjetivos e objetivos.

22 BUCCI, 2006, p. 39 apud NATAL; PAMPLONA, 2014.

23 DUARTE, op. cit, p. 91.

3 A PERSPECTIVA SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais sociais guarda relação com o que se poderia qualificar de “eficácia dirigente” que estes direitos suscitam em relação aos órgãos estatais. Assim, trata-se de uma ordem endereçada ao Estado no sentido de que a este compete a obrigação perene de buscar a concretização dos direitos fundamentais sociais, constituindo estes em diretrizes para a aplicação e a interpretação do direito infraconstitucional²⁴.

Segundo Canotilho (2003), os preceitos constitucionais disciplinadores dos direitos sociais assinalam os contornos da dimensão objetiva de duas formas: com imposições legiferantes, apontando para a obrigatoriedade de o legislador atuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos, com a distribuição de prestações aos indivíduos, densificadoras da dimensão subjetiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais²⁵.

A propósito, segundo Andrade (2012)²⁶:

Em primeiro lugar, os preceitos relativos aos direitos sociais a prestações não são meramente proclamatórios, constituem normas jurídicas preceptivas, que, enquanto tais, concedem aos indivíduos posições jurídicas subjetivas (a que chamamos pretensões) e estabelecem garantias institucionais, impondo ao legislador a obrigação de agir para lhes dar cumprimento efetivo – constituem, assim “imposições legiferantes”. Em consequência, os preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais gozam da força jurídica comum a todas as normas constitucionais imperativas.

Não obstante a dimensão objetiva assinalada a estes direitos, os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas. Assim, são direitos com a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias. Nem o Estado

24 Cf. LEAL; TRINDADE, 2013.

25 CANOTILHO, op. cit., p. 476.

26 ANDRADE, op. cit., p. 363.

nem terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes no âmbito de proteção destes direitos²⁷.

A perspectiva subjetiva leva ao problema do direito ao reconhecimento a prestações sociais (sob a ótica do titular) e se encontra ligado à indagação sobre os próprios limites do Estado, visto que, considerando que a existência de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional constitui exigência deste regime de Estado, é de se questionar até onde vai a obrigação do Estado no que se refere à concretização do ideal de justiça social e, da mesma forma, qual o *quantum* destas prestações podem (ou não) ser judicialmente pretendidas pelos particulares²⁸.

A isso podem ser atribuídas diversas razões, que vão desde a falta de densidade normativa suficiente e a necessidade de conformação legislativa até as limitações orçamentárias, sem falar no fato de os direitos a prestações sociais, na maioria das vezes, envolverem decisões (políticas) acerca de políticas públicas, que não podem ser levadas a efeito pelos juízes, a não ser excepcionalmente para a salvaguarda do conteúdo essencial do direito de cunho social, sob pena de malferir-se a independência dos Poderes. Por outro lado (e com relação a isso há um certo consenso), não podem os direitos fundamentais ser lidos como meras promessas, conselhos ou apelos a instâncias políticas sem vinculatividade jurídica própria²⁹.

A respeito desta problemática, Canotilho (2003) defende a efetivação dos direitos sociais³⁰:

O entendimento dos direitos sociais, econômicos e culturais como direitos originários implica, como já foi salientado, uma mudança na *função* dos direitos fundamentais e põe com acuidade o *problema da sua efectivação*. Não obstante se falar aqui da efectivação dentro de uma “reserva do possível”, para significar a dependência dos direitos econômicos, sociais e culturais não se reduz a um simples “apelo” ao legislador. Existe uma verdadeira *imposição constitucional*, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efectivação desses direitos (cfr. Artigos 2º, 9º/d, 80º, 81º).

27 CANOTILHO, op. cit., p. 476.

28 Cf. LEAL; TRINDADE, 2013.

29 DUARTE, op. cit., p. 46.

30 CANOTILHO, op. cit., p. 478.

[...]

Por outro lado, a inércia do Estado quanto à criação de condições de efetivação pode dar lugar a *inconstitucionalidade por omissão* (art. 283º), considerando-se que as normas constitucionais consagradoras de direitos econômicos, sociais e culturais implicam a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvem a realização do direito fundamental ou a realizam diminuído a efetivação legal anteriormente atingida.

Conclui-se, com apoio aos ensinamentos de Duarte, segundo o qual pode-se afirmar que os direitos fundamentais, tomados nessa dimensão objetiva, operam, ao mesmo tempo, como um sistema de valores (uma ordem objetiva fundamental), que deve orientar a atuação de todo o Estado e a ordem jurídica como um todo, e também como uma mais-valia jurídica, irradiando-se no reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos (e para além) da perspectiva subjetiva³¹.

4 A RESERVA DO POSSÍVEL E SUA IMPLICAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A obrigação jurídica que recai sobre os poderes públicos por força do reconhecimento de um direito social é um dever jurídico faticamente dependente do respectivo custo, pelo que a exigibilidade judicial desse direito fica intrinsecamente condicionada ao que o Estado pode fornecer em função das suas disponibilidades econômicas, de acordo com a máxima *ultra posse nemo obligatur*³².

Nesse ponto, é necessário pontuar o problema da escassez. Gustavo Amaral, ao tratar do tema “Direito, Escassez e Escolha”³³, em primeiro lugar, classificou os graus de escassez em maior ou menor grau, natural, quase-natural, ou artificial: a escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta; a escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos; a escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto da satisfação, apenas por condutas coativas dos cidadãos; a escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto da satisfação.

31 DUARTE, op. cit., p. 50.

32 NOVAIS, op. cit., p. 90

33 AMARAL, GUSTAVO. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 134.

Consequente, o referido autor aponta outro problema, quanto à alocação de recursos: a divisibilidade e a homogeneidade do bem a ser alocado. A divisibilidade é a capacidade de compartilhamento do bem e a homogeneidade é a oferta igualitária de determinada prestação³⁴.

Dessa forma, não apenas a questão da escassez dos recursos desafia o Poder Público, mas também a alocação de recursos de forma divisível e homogênea, que podem culminar numa má prestação de serviços públicos e consequente ineficácia das prestações sociais.

Nesse contexto de escassez de recursos e em contrapartida a alta demanda de prestações sociais, ademais como os direitos sociais pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado, rapidamente, aderiu-se à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos³⁵.

A reserva do possível surgiu na jurisprudência alemã no período dos anos 1970, em um caso em que se discutia a questão da limitação de vagas nas universidades, no qual o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu que determinadas prestações estatais estão adstritas àquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade de maneira razoável³⁶.

Na mesma época, atento a essa dimensão econômico-financeira dos direitos a prestações sociais, Haberle formulou o conceito de “reserva das caixas financeiras”, cuja ideia central é a concepção de que os direitos de cunho social, nos casos e na medida em que envolvam prestações

34 AMARAL, op. cit., p. 135.

35 CANOTILHO, op. cit., p. 481.

36 SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; RAMBOLI, Roberto; REVENGA SANCHÉZ, Miguel. (coord.). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 25.
NA: Ainda, segundo o Tribunal Constitucional Alemão, a limitação de vagas estabelecidas pela Universidade da Bavária não era adequada em face de: “[...] seu efeito extremamente incisivo, pois ele faz com que um número maior ou menor dos candidatos tenha que adiar o início do curso desejado por um tempo mais ou menos longo. [...] Candidatos socialmente mais carentes não têm as mesmas possibilidades, como os mais abastados, de passar por períodos mais longos de espera ou de tentar a realização de um curso no exterior” Tal limitação, contudo, “[...] passa pelo fato de que a capacidade disponível não é suficiente para alocar todos devidamente qualificados ao ensino superior”. BVERFGE 33, 303, de 18/07/1972.

custeadas pelo Poder Público, encontram-se submetidos à limitação dos recursos financeiros do Estado³⁷.

Assim, a reserva do possível é conceituada por Novais como constituindo essa limitação imanente a este tipo de direito: mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos necessários recursos, daí a designação mais expressiva de reserva do financeiramente possível³⁸.

Segundo Miranda, os direitos econômicos, sociais e culturais estão sujeitos à reserva do possível, e as respectivas normas concretizadoras têm de ser entendidas nestes termos³⁹:

1º) Quando se verificarem condições econômicas favoráveis, essas normas devem ser interpretadas e aplicadas de modo a de delas se extrair o máximo de satisfação das necessidades sociais e a realização de todas as prestações;

2º) Ao invés, não se deparando tais condições – em especial por causa de recessão ou de crise financeira – as prestações têm de ser adequadas ao nível de sustentabilidade existente, com eventual redução dos seus beneficiários ou dos seus montantes;

3º) Situações de escassez de recursos ou de exceção constitucional (estado de sítio ou de emergência) podem provocar a suspensão destas ou daquelas normas, mas elas não-de retomar a sua efetividade, a curto ou médio prazo, logo que restabelecidas a normalidade da vida coletiva.

Ademais, pode-se fundamentar a tese da reserva do possível no art. 22º da Declaração Universal, que deixa os direitos econômicos, sociais e culturais “[...] ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com as organizações e os recursos de cada povo [...]”, bem como no item nº. 1 do art. 2º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que assevera que os Estados-partes comprometem-se a adotar medidas que garantam o pleno exercício dos direitos reconhecidos no referido acordo até “[...] o máximo de seus recursos disponíveis”⁴⁰.

37 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ‘Metodologia Fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (POR): Coimbra Editora, 2008, p. 107.

38 NOVAIS, op. cit., p. 91.

39 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra (POR): Coimbra Editora, 2012, p. 494.

40 MIRANDA, op. cit., p. 483

Observa-se que a reserva do possível se insere no âmbito judicial em ações relativas à exigibilidade de direitos fundamentais sociais ante a omissão ou deficiência da prestação estatal, constituindo-se em uma matéria de defesa do Estado. Assim, é compreendida no sentido de insuficiência de recursos orçamentários, sendo utilizada como justificativa para não concretização de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais sociais⁴¹.

Duarte alerta para o recurso excessivo a esse argumento, muitas vezes utilizado como “desculpa genérica” para a não efetivação de boa parte dos direitos fundamentais sociais, ainda que plenamente realizáveis⁴². O que não se pode admitir.

Dessa forma, um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão, adianta-se que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do *mínimo social*⁴³.

O mínimo social também é chamado de mínimo existencial, como restou consagrado na doutrina e jurisprudência brasileiras, ou de direitos constitucionais mínimos, pela doutrina e jurisprudência americanas.

Nesse ponto, é necessário conceituar e delimitar a importância do mínimo existencial, enquanto fundamento para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

4.1 A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO MECANISMO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a efetivação e concretização dos direitos sociais. Ademais, ela encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto do ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana⁴⁴.

41 Cf. NATAL; PAMPLONA, 2014.

42 DUARTE, op. cit., p. 106.

43 CANOTILHO, op. cit., p. 481.

44 RABELO, Janaína da Silva. A cláusula da reserva do possível e a efetivação dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro: o papel do poder judiciário na defesa de direitos fundamentais. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFSC, 23, 2014, Santa Catarina.

O princípio da dignidade da pessoa humana assume importante atribuição demarcatória estabelecendo o limiar do que se convencionou denominar de “[...] padrão mínimo na esfera dos direitos sociais [...]”, e quanto a este há sim um direito subjetivo exigível pelo indivíduo⁴⁵.

A noção de “mínimo existencial”, segundo Rabelo (2014), resulta, por implicitude de determinados preceitos constitucionais, na compreensão de um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar à pessoa acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança⁴⁶.

A referida autora conclui com uma citação do estudioso Sarlet (2010, apud Rabelo, 2014) que afirma : “[...] a um mínimo existencial, compreendido aqui – não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo vital) mas, mais que isso, uma vida com dignidade”⁴⁷.

O mínimo existencial é protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações sociais. A respeito da dupla face do mínimo existencial (como direitos negativos e direitos prestacionais), Theodoro e Silva (2014) expõe que, quanto ao *status libertatis ou negativus*⁴⁸:

Dessa forma, a essência dessa categoria de direito está na *proibição imediata de interferência imposta ao Estado*. Daí se explica a nomenclatura de direito de *status libertatis ou negativus*, afinal, aqui é gerada uma obrigação negativa ao Estado, ou seja, deixar de fazer algo, uma obrigação de abstenção. Como exemplo de tais direitos estão a vida, a

Anais... Santa Catarina: Editora UFSC, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b12189170921fa4>>. Acesso em 01 nov. 2014.

45 Cf. LEAL; TRINDADE, 2013.

46 Cf. RABELO, 2014.

47 SARLET, 2010, p. 105-106 apud RABELO, 2013, p. 5.

48 THEODORO, Marcelo Antonio; SILVA, Lais Batistuta. Custo do direito: apontamentos sobre o conflito entre reserva do possível e mínimo existencial. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFSC, 23., 2014, Santa Catarina. Anais... Santa Catarina: Editora UFSC, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=757c26bb260eb37f>>. Acesso em 01 nov. 2014.

integridade física, a liberdade de expressão, propriedade privada, entre outros.

Por seu turno, quanto ao *status* positivo ou a prestações, o referido doutrinador ensina que:

Também denominados de direitos de *status* positivo ou a prestações, são aqueles que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, com o objetivo de melhorar suas condições de vida, de forma a garantir os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo a liberdade de *status libertatis*, anteriormente tratadas.

Portanto, o mínimo existencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade do Estado, sendo, assim, a reserva do possível não pode servir de justificativa para omissão estatal que comprometa as condições mínimas necessárias a uma vida digna.

A proposta suscita ainda, segundo Novais, a questão de se saber como se determina o mínimo existencial, problema inevitável a partir do momento em que se faz desta ideia o critério que determina a vinculatividade jurídica dos direitos sociais. Considera-se mínimo existencial como último reduto, como patamar de prestação mínima exigida por razões de sobrevivência física e moral como pessoa, daí a qualificação existencial ou vital, significando uma proteção contra as ameaças à sobrevivência, uma garantia mínima da existência fisiológica, associado, portanto, à garantia dos pressupostos mínimos de uma sobrevivência digna e, logo, de alimentação, roupa, cuidados de saúde e de alojamento sem cuja existência a dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida estaria ameaçados⁴⁹.

Já numa visão mais ambiciosa, defende o referido autor, o mínimo existencial seria ampliado em função da existência da pessoa num contexto sociocultural, significando também condições reais de uma existência digna em função desse contexto, associado já, portanto, as exigências de prestação material que, considerados dinamicamente o desenvolvimento e as disponibilidades do Estado e a evolução cultural das necessidades individuais, procuram assegurar as condições de desenvolvimento da personalidade, de participação e de integração comunitária.

Apoia-se em outros exemplos para enriquecer o tema, vale anotar a indicação de Alexy a respeito do que integra o mínimo existencial, para quem são direitos sociais mínimos, *verbi gratia*, um “mínimo vital”, uma

49 NOVAIS, op. cit., p. 194-195

morada modesta, a “educação escolar”, a “formação profissional” e um padrão “mínimo de assistência médica”⁵⁰.

Amaral expõe sua divergência quanto à posição de exigibilidade do mínimo existencial. Primeiro, afirma que “a determinação concreta do mínimo existencial seria fugida e variável histórica e geograficamente. Haveria, portanto, uma ampla zona de transição entre o mínimo existencial e o “não mínimo”. Segundo, faz outra crítica, no que tange à unidimensionalidade do enfoque, que vislumbra apenas o grau de essencialidade, pois “a exigibilidade não decorre apenas de características ônticas da necessidade, mas também da excepcionalidade da situação concreta”. Exemplifica citando que um cataclismo, natural ou social, pode momentaneamente tornar inexigível algo que pouco antes o era⁵¹.

Em vistas dessas divergências, o autor apresenta outra formulação. As prestações positivas são exigíveis pelo cidadão, havendo dever do Estado ou de entregar a prestação ou de justificar porque não o faz. Esta justificativa será apenas a existência de circunstâncias concretas que impedem o atendimento de todos que demandam prestações essenciais e, assim, tornam inexoráveis escolhas trágicas, conscientes ou não. Depois de apresentar um gráfico com a relação entre a essencialidade e excepcionalidade, conclui que o grau de essencialidade está ligado ao mínimo existencial. Quão mais necessário for o bem para a manutenção de uma existência digna, maior será o grau de essencialidade.

Assim, quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida. Caberá ao aplicador ponderar essas duas variáveis, de modo que, se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será justificável.

Pode-se concluir afirmando que, ainda que a ideia central ínsita à teoria da reserva do possível seja correta, não há como se negar a realização das prestações sociais inerentes a, pelo menos, um mínimo existencial, que proporcione condições mínimas para uma vida digna. Dessa forma, surge a inevitável questão: havendo inércia do poder público quanto à realização do mínimo existencial, é possível a efetivação dos direitos fundamentais sociais por meio dos tribunais?

50 ALEX, op. cit., p. 495.

51 AMARAL, op. cit., p. 213.

4.2 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A consequência de o Estado não promover o atendimento integral dos direitos sociais a todos os que careçam é o surgimento de insatisfações (individuais ou coletivas), que deságuam no Poder Judiciário⁵², que se revela como última instância capaz de concretizar tais direitos. Dessa forma, impõe-se esclarecer o papel do judiciário na efetivação dos direitos sociais.

O Poder Judiciário, como instância de discussão democrática, atua como interventor e transformador da realidade jurídica, garantindo e efetivando os direitos não assegurados pelos demais poderes, além de se destacar como defensor da Constituição e do Estado de Direito, razão pela qual sua atuação, principalmente em face da inércia do Legislativo e do Executivo⁵³, é de grande relevância, e não poderia deixar de ser abordada na presente dissertação.

Ademais, não há que se cogitar que o Judiciário, ao atuar, interfere nos demais poderes, ferindo, assim, o princípio da separação dos poderes; sua atuação é legítima nas hipóteses em que os órgãos estatais deixam de cumprir o comando constitucional, frustrando a eficácia jurídico-social.

Na defesa da intervenção do Poder Judiciário, Natal e Pamplona (2014) comentam⁵⁴:

[...] é da própria natureza do Poder Judiciário interferir sobre o exercício das atividades dos demais poderes, na medida em que é o Poder Constitucionalmente responsável pela função de verificar a compatibilidade destas atividades com a Constituição Federal (APPIO, 2005, p. 149-150). Frisa-se que todos os Poderes devem atuar de modo a cumprir os objetivos constantes no texto constitucional, residindo neste ponto à harmonia dos poderes.

[...]

Assim, verifica-se a legitimidade de interferência do Poder Judiciário diante da incapacidade dos órgãos políticos no cumprimento de suas obrigações, uma vez que busca-se sanar uma lacuna deixada pelos entes estatais a fim de se garantir a efetividade da justiça social e das normas constitucionais.

52 Cf. LEAL; TRINDADE, 2013.

53 Cf. RABELO, 2014.

54 Cf. NATAL; PAMPLONA, 2014.

Cumpra apontar o problema narrado por Duarte (2008), uma decisão judicial que – isoladamente e, portanto, alheia ao contexto da realidade socioeconômica – imponha a efetivação de determinado direito social para além do seu conteúdo mínimo tanto pode suscitar sérias controvérsias sobre uma eventual intromissão indevida na esfera política como pode acarretar desde significativas consequências macroeconômicas até problemas relativos à igualdade na repartição dos custos e benefícios dos direitos fundamentais sociais⁵⁵.

O referido autor complementa que, nessa situação, apenas um único indivíduo seria contemplado pela atuação socialmente realizadora do Judiciário, em detrimento de todas as demais pessoas que, embora eventualmente se encontrem na mesma situação, não fizeram parte da relação processual em que se deu a decisão.

No mesmo sentido, manifestaram-se Theodoro e Silva (2014)⁵⁶:

Tem-se entendido que em situações extremas as despesas realizadas em função de direitos prestacionais judicialmente impostos inviabilizam outros projetos estatais, e possivelmente até afetaria projetos relacionados a outros direitos fundamentais. Sendo assim, tais prestações, uma vez determinadas pelo Judiciário em favor do autor de ação nesse sentido, poderiam concentrar o aporte de recursos de tal modo que se tornaria impossível estendê-lo a outras pessoas, com evidente “prejuízo ao princípio igualitário”. Afinal, por exemplo, porque o tratamento custoso contra o câncer de uma pessoa é mais importante do que a realização de exames de custo menos elevado em outras várias pessoas?

Nessa conjuntura, Trindade e Leal (2013) asseveram que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade constituem eficazes arrimos às decisões judiciais. O princípio da proporcionalidade se apresenta como instrumento metódico de controle de atos – tanto omissivos como comissivos – dos poderes públicos, se apresentando enquanto dupla função, seja como proibição de excesso ou como proibição de proteção insuficiente. O princípio da razoabilidade demanda um equilíbrio entre os instrumentos utilizados e os fins perseguidos⁵⁷. Depara-se com o necessário sopesamento de valores constitucionais protegidos.

55 DUARTE, op. cit., p. 93

56 Cf. THEODORO; SILVA, 2014.

57 Cf. LEAL; TRINDADE, 2013.

Segundo o doutrinador Novais (2010), conquanto a jurisprudência constitucional portuguesa sobre direitos sociais submerja, durante muito tempo, numa atitude de contenção e sistemática condescendência para com a atuação do legislador, pode-se destacar que o Tribunal Constitucional deu um passo da maior relevância quando transpôs o reconhecimento deste direito fundamental a um mínimo vital para o plano de observância de um dever estatal de promoção, como se infere do Acórdão n.º. 509/02⁵⁸:

[...] sobre o rendimento social de inserção, para o Tribunal Constitucional, o Estado está não apenas obrigado a respeitar e proteger a garantia de um mínimo vital de que o particular já dispõe, e a que acedeu pelos próprios meios, como também obrigado a promover, positiva e negativamente, o acesso a um tal mínimo através de correspondentes prestações do Estado quando o particular está numa situação de extrema penúria e não dispõe dos necessários recursos. Ou seja, segundo o Tribunal, o Estado está obrigado a fornecer prestações que garantam a todos esse mínimo vital e a não afectar negativamente a continuidade objectiva da garantia dessas prestações na ordem jurídica.

Recorde-se que, no citado Acórdão n. 509/02, o Tribunal considerou inconstitucional a norma que, a partir de então, retirava às pessoas entre os 18 e os 25 anos o direito ao rendimento social de inserção (pretérito rendimento mínimo garantido) a que anteriormente tinham acesso, ainda que não se afectasse o direito subjectivo às prestações por parte dos titulares menores de 25 anos que já estivessem a auferi-las.

Portanto, o Tribunal considerou que a norma em questão atingia o “[...] conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna [...]”; enquanto tal, constituía uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana e era por esse fato inconstitucional. Disso decorreria a proibição de o Estado revogar, sem substituição, as normas que preveem a atribuição de prestações, pecuniárias ou em espécie, destinadas a assegurar os pressupostos materiais mínimos de uma existência condigna.

Ainda, a respeito da jurisprudência constitucional portuguesa sobre direitos sociais, destacam-se o Acórdão n.º. 88/04, que considerou inconstitucionais as exigências de prova que o Estatuto das Pensões de Sobrevivência no Funcionalismo Público impunha ao beneficiário da pensão de sobrevivência por morte de beneficiário da Caixa Geral de Aposentações que com ele convivía em união de facto⁵⁹, e o Acórdão n.º. 67/07, que considerou inconstitucionais as normas legais segundo as quais é exigível aos particulares o pagamento das prestações de saúde quando

58 NOVAIS, op. cit., p. 388.

59 “[...] por violação do princípio da proporcionalidade, tal como resulta das disposições conjugadas dos artigos 2º, 18º, n.º 2, 36º, n.º 1, e 63º, n.ºs 1 e 3, todos da Constituição da República Portuguesa”.

estes não se identifiquem como utentes e não façam prova que são titulares ou que requereram o cartão de utente do SNS, que anteriormente era facultativo, nos dez dias seguintes à interpelação para pagamento⁶⁰.

No primeiro caso, o Tribunal reconheceu o direito à segurança social como um direito social e sujeitou-o não apenas ao controle de observância do princípio da igualdade, mas também ao controle de proporcionalidade. No segundo caso, o Tribunal reconheceu que a sanção pecuniária, imposta por incumprimento do dever de identificação como utente, constituiria “[...] uma restrição desproporcionada e excessiva a tal direito social”.

O doutrinador mencionado afirma que, para uma equiparação de fundo entre direitos de liberdades e direitos sociais na jurisprudência constitucional, faltaria apenas dar dois passos derradeiros: O primeiro, o reconhecimento de que as limitações aos direitos sociais são restrições a direitos fundamentais pelo que, em Estado de Direito, só são admissíveis quando há razões suficientemente ponderosas que justifiquem a restrição. O segundo, o reconhecimento de que o âmbito de proteção jusfundamental sobre que incidem tais restrições é constituído tanto pela norma constitucional de garantia como pelas normas ordinárias de concretização e conformação das normas constitucionais⁶¹.

Ao analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil, a respeito do afastamento da reserva do possível em face da proteção do mínimo existencial, a estudiosa Natal constatou que, nas ações judiciais em que se postulavam o direito à saúde ou à educação, comumente proferem-se decisões favoráveis ao afastamento do argumento estatal da reserva do possível em face da garantia das prestações mínimas que assegurem a existência digna da pessoa humana⁶².

A título de exemplo, transcreve-se o posicionamento do STF a respeito do tema versado e o direito de saúde:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL.

60 NOVAIS, op. cit., p. 390-391.

61 NOVAIS, op. cit., p. 390.

62 Cf. NATAL; PAMPLONA, 2014.

VIOLÂÇÃO. INOCORRENCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.04.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 642536 AgR, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05.02.2013, ACORDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26.02.2013, PUBLIC 27.02.2013)

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal, em primeiro lugar, assentou a possibilidade de o Judiciário intervir na consolidação dos direitos fundamentais sociais, ademais, ponderou os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível e decidiu que, em se tratando do direito à saúde, é possível a concretização dos direitos sociais conforme pretendido.

Entretanto, mesmo diante da violação da dignidade da pessoa humana, verificou-se no AI 623773⁶³, referente à indenização por danos morais em razão da excessiva população carcerária, que a reserva do possível foi utilizada como fundamento para o não deferimento da prestação pleiteada.

63 Ementa: “DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA – INVIABILIDADE – DESPROVIMENTO DO AGRAVO. 1. O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul acolheu pedido formulado em embargos infringentes, ante fundamentos assim resumidos (folha 48): EMBARGOS INFRINGENTES – RECURSOS INTERPOSTOS PELOS RÉUS – APRECIACÃO CONJUNTA – AÇÃO ORDINÁRIA DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL – ESTADO QUE ESTA BUSCANDO MELHORAR O SISTEMA PRISIONAL DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E DISPONIBILIDADE FINANCEIRA/ORÇAMENTÁRIA – SUPOSTO ATO OMISSIVO DO ESTADO EM GARANTIR A DIGNIDADE HUMANA DO PRESO – INAPLICABILIDADE DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA – ACORDÃO REFORMADO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO”. (STF – AI 723773 MS, Relator Min. MARCO AURELIO, Data de julgamento 30/06/2009, data de publicação DJe-147 05/08/2009)

Constatou-se, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal não possui um critério balizador de suas decisões, que depende do caso concreto. Todavia, é desejável que, diante de situações reais que demonstrem o comprometimento de um direito fundamental básico, não se abstenha de conceder a prestação positiva sob a mera alegação da reserva do possível.

Portanto, cabe ao Judiciário, ao apreciar demandas individuais ou coletivas relativas à reivindicação de direitos sociais, ponderar o grau de essencialidade da pretensão, em função do mínimo existencial e a excepcionalidade da situação, para que possa se efetivar a justiça social.

5 CONCLUSÃO

Os direitos sociais são de extrema importância para sociedade, pois garantem uma vida digna, justa e solidária para todos. Dessa forma, a efetivação dos direitos sociais constitui-se como exigência do reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, abordou-se o processo de reconhecimento dos direitos sociais na esfera do direito positivo, levando-se em consideração a importância do direito internacional neste contexto e sua positivação constitucional.

Estudou-se, também, a perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos sociais, a fim de enriquecer o tema, sem, contudo, pretender esgotá-lo. A perspectiva objetiva se revelou como um verdadeiro vetor interpretativo do sistema constitucional, ao passo que a perspectiva subjetiva diz respeito à identificação dos limites daqueles direitos sob a ótica do seu titular.

O atendimento às prestações sociais demanda recursos, notoriamente, escassos; surge, assim, o conflito que se propôs enfrentar no presente estudo.

Averiguou-se que a teoria da reserva do possível tem sido invocada para dificultar e até mesmo obstar o acesso a esses direitos fundamentais, quando se destaca a ausência ou insuficiência de recursos financeiros disponíveis como recusa para a concretização das prestações sociais. Conquanto, verificou-se que a utilização da figura da reserva do possível tem sido feita de modo generalizado, arbitrário e desproporcional.

Contudo, a reserva do possível somente pode ser arguida excepcionalmente. Os direitos sociais, por se tratarem de direitos

fundamentais, impõem ao Estado a obrigação de efetivá-los. Assim, deve estar a salvo, pelo menos, o mínimo existencial; portanto, a reserva do possível não pode servir de justificativa para omissão estatal que comprometa as condições mínimas necessárias a uma existência digna.

Ademais, diante da inércia ou deficiência dos órgãos políticos na efetivação dos direitos sociais, cabe ao Judiciário o papel de protetor de tais direitos, sem que isso signifique violação do princípio da separação dos poderes. Evidencia-se que ao Poder Judiciário foi atribuída a função corretiva da atuação deficiente dos outros órgãos.

No entanto, comentou-se que o Judiciário determinará que o Poder Público cumpra a prestação pleiteada, atribuindo ao ente estatal um ônus financeiro, o que pode ocasionar o esgotamento de sua capacidade orçamentária. A respeito dessa problemática, basta que a decisão seja embasada nas condições de razoabilidade e proporcionalidade.

Observou-se, por fim, que os tribunais têm garantido o mínimo existencial consubstanciado na dignidade da pessoa humana em detrimento ao argumento da reserva do possível, principalmente em ações que tratam da exigibilidade do direito à saúde e à educação, embora o tema ainda se encontre em fase de desenvolvimento jurisprudencial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, Madri (ESP): Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

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

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5.ed. Coimbra (POR): Edições Almedina, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra (POR): Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 'Metodologia Fuzzy' e 'camaleões normativos' na problemática actual dos direitos económicos, sociais e

culturais. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (POR): Coimbra Editora, 2008a.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (POR): Coimbra Editora, 2008b.

DUARTE, Leonardo de Farias. **Obstáculos econômicos a efetivação dos direitos fundamentais sociais**. Coimbra (POR): [s.n.], 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra (POR): Coimbra Editora, 2012.

NATAL, Mariane; PAMPLONA, Danielle Anne. Reserva do possível e a atuação do poder judiciário na implementação de políticas públicas. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFSC, 23., 2014, Santa Catarina. **Anais...** Santa Catarina: Editora UFSC, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cb5e167492be00a8>>. Acesso em: 31 out. 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra (POR): Coimbra Editora, 2010.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (1976). **Lex**: Assembleia Constituinte, Lisboa: 2 abr. 1976. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/.../ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 01 nov. 2014.

RABELO, Janaina da Silva. A cláusula da reserva do possível e a efetivação dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro: o papel do poder judiciário na defesa de direitos fundamentais. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFSC, 23., 2014, Santa Catarina. **Anais...** Santa Catarina: Editora UFSC, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b12189170921fa4>>. Acesso em 01 nov. 2014.

REVENGA SANCHÉZ, Miguel. Los derechos sociales (Instrumentos de Garantia en La Constitución Espanola. In: SCAFF, Fernando Facury; RAMBOLI, Roberto; REVENGA SANCHÉZ, Miguel. (coord). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 43-52.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil.

Garantias Constitucionais de Financiamento e Judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury, RAMBOLI, Roberto, MIGUEL, Revenga (coord). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 21-42.

THEODORO, Marcelo Antonio; SILVA, Lais Batistuta. Custo do direito: apontamentos sobre o conflito entre reserva do possível e mínimo existencial. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFSC, 23., 2014, Santa Catarina. **Anais...** Santa Catarina: Editora UFSC, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=757c26bb260eb37f>>. Acesso em 01 nov. 2014.

TRINDADE, Antônio César; LEAL, Rogério Gesta. As dimensões da reserva do possível e suas implicações na efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Unoesc International Legal Seminar**, Chapecó, v. 2, n. 1, p. 381-393, 2013. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/4033/2176>>. Acesso em: 31 out. 2014.

VICTOR, Abramovich; CHRISTIAN Courtis. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid (ESP): Trotta, 2002.