

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE AOS DIREITOS INDIVIDUAIS E
SOCIAIS**

JOÃO LUIZ ZANATTA RODRIGUES DE MORAES

PRESIDENTE PRUDENTE/SP
2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE AOS DIREITOS INDIVIDUAIS E
SOCIAIS**

JOÃO LUIZ ZANATTA RODRIGUES DE MORAES

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Jefferson
Fernandes Negri.

PRESIDENTE PRUDENTE/SP
2012

RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE AOS DIREITOS INDIVIDUAIS E SOCIAIS

Trabalho de Curso aprovado como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em Direito

Jefferson Fernandes Negri
Orientador

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
Examinador

Pedro Thiago Braz da Costa
Examinador

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2012

Não importa o quanto você bate, mas sim o quanto
aguenta apanhar e continuar. O quanto pode
suportar e seguir em frente. É assim que se ganha.
Rocky Balboa

Dedico este trabalho a toda minha família, em especial minha mãe e minha avó, que ensinam, dedicam e batalham todos os dias de suas vidas para me criarem e educarem com todo conforto e suporte para dar continuidade em minha vida, a minha amiga e namorada Fernanda, ao querido professor e amigo Jefferson que me ajudou e teve paciência para conclusão desta tarefa, e em especial a minha filha Beatriz que está por vir a este mundo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por ter me concedido tudo na vida, e ter me dado saúde e uma ótima família.

Ao querido professor orientador Dr. Jefferson Fernandes Negri, que sem hesitar aceitou ser meu orientador, para a realização desta árdua tarefa. Ajudou e compreendeu todas as dificuldades encontradas para finalizar esta etapa de minha vida, bem como me orientou sabiamente para conclusão deste trabalho.

A minha família, meus pais e irmã, que sempre estiveram ao meu lado em todas as circunstâncias da minha vida em especial a minha mãe por todo seu sacrifício para minha conclusão deste curso.

A minha Avó Neide, quem, sempre em todos os momentos da minha vida, me ajudou, amparou e esteve ao meu lado tornando de certa forma fácil passar por todas as barreiras e situações que a vida me trouxe.

A minha namorada Fernanda Rossi que aceitou estar junto de mim em um novo momento de minha vida, estando sempre ao meu lado, me apoiando, ajudando e acima de tudo sendo compreensiva tornando tudo, de uma certa forma mais fácil.

Ainda agradeço aos meus amigos Gino José, Jonas, Luís Francisco, Fernando, Hélio, João Pedro, Rafael, Luan e todos os outros que estiveram ao meu lado e me ajudaram em toda minha vida e também pela amizade que independente de tempo que ela se perfaz, que seja eterna.

Ao meu amigo e companheiro de trabalho Advogado Pedro Thiago e ao Professor Daniel Colnago que aceitaram fazer parte da minha banca examinadora, e acima de tudo, são meus exemplos de dedicação, ética e inteligência profissional.

Aos professores Sergio Tibiriçá e Márcio Zago pela oportunidade, ajuda e confiança dada a mim em todo decorrer do curso, em especial a oportunidade de estágio no Escritório Jurídico da Toledo.

A Clarice e Ana Yoshioka, por todo apoio desde o ingresso na faculdade.

A todos que me ajudaram de alguma maneira para a realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de estudar a aplicação da Teoria da Reserva do Possível frente aos direitos Individuais e Sociais previstos no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa concentra-se principalmente no Direito Constitucional, Direito Administrativo e utilizou-se para melhor compreensão, jurisprudências, notícias e reportagens acerca da aplicação do dinheiro público, bem como, a prestação de Serviço Público Social através do Estado. Demonstrou-se o plano acerca da definição e conceito da Teoria da Reserva do Possível, sua aplicabilidade e introdução no ordenamento jurídico nacional, tendo como paralelo as garantias constitucionais aos direitos Sociais e Individuais de cada cidadão. Realizou-se análises jurisprudenciais de como o judiciário se posiciona sobre a aplicabilidade da teoria no Brasil frente aos Direitos Sociais e Individuais. O estudo do trabalho concluiu a necessidade do Estado administrar melhor sua verba orçamentária, criar programas Sociais capazes de garantir todos os direitos constitucionais sociais e individuais do cidadão contribuinte, para então a teoria da reserva do possível ser plausível em nosso País. Conclui-se também, que deve considerar o princípio da proporcionalidade e ponderação para aplicação ou não da teoria da reserva do possível quando defrontar os direitos sociais e individuais, nas decisões do judiciário e determinar ou não a obrigação das prestações de serviço por parte do Estado a fim de garantir o mínimo existencial sem que prejudique os demais membros da sociedade.

Palavras chaves: Direitos Sociais e Individuais. Direitos Fundamentais; Reserva do Possível; Análise Jurídica acerca da Reserva do possível.

ABSTRACT

The present work aims to study the application of the Theory of Possible Reserve forward individual and social rights provided for in the Brazilian legal system. The research focuses mainly on Constitutional Law, Administrative Law and used to better understand, jurisprudence, news and reports on the implementation of public money, as well as the provision of Public Social Services through the state. Showed the plane on the definition and concept of the Theory of Possible Reserve, its applicability and introduction into national law, with the parallel constitutional guarantees to Social and Individual rights of every citizen. Jurisprudential analyzes were conducted of how the judiciary stands on the applicability of the theory in Brazil compared to Individual and Social Rights. The work study concluded the need for the state to better manage their particular budget, create social programs capable of ensuring all social and individual constitutional rights of the citizen taxpayer, then the theory of the reservation can be plausible in our country. It also follows that must consider the principle of proportionality and weighting to whether or not the theory of reserve for when they play the social and individual rights, judicial decisions and determine whether or not an obligation of services provided by the State to ensure minimal existential without harm other members of society.

Keywords: Social and Individual Rights; Fundamental Rights; Possible Reserve; Legal Analysis on the reserve as possible.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPITULO I – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS	
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1 Conceito	13
2 FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
2.1 Função de Proteção Perante a Terceiros	15
2.2 Função de Defesa.....	16
2.3 Função de Prestação Social.....	17
2.4 Função da Não Discriminação	20
2.5 Função de Participação	20
3 TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	22
4 A DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	
FUNDAMENTAIS SOCIAIS	23
4.1 A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais Sociais	23
4.2 Dimensão subjetiva dos Direitos Fundamentais.....	25
5 NOÇÕES GERAIS E HISTÓRICO ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS.....	28
6 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL.....	29
CAPITULO II – RESERVA DO POSSÍVEL	
1 CONCEITO	30
2 ORIGEM DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL	33
3 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	36
4 RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	39
4.1 Conceito e Introdução a Restrição aos Direitos Fundamentais.....	39
4.2 A Reserva do Possível Quanto a Restrição aos Direitos Fundamentais Sociais.....	42
5 VISÃO SÓCIO-POLÍTICA EM FACE DA RESERVA DO POSSÍVEL – EVIDENCIA EM REFERÊNCIA AO DIREITO FUNDAMENTAL DA SAÚDE/VIDA	44

CAPITULO III – LIMITE DA RESERVA DO POSSÍVEL EM FACE DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS

1 FORÇA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS	47
2 O PODER JURISDICIONAL – RESERVA DO POSSÍVEL E DIREITOS SOCIAIS.....	49
3 PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DA INSUFICIENCIA	51
4 GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	53
5 ANÁLISE DA RESERVA DO POSSÍVEL NO JUDICIÁRIO.....	55
5.1 Análise de Decisões dos Tribunais Regionais	55
5.2 Análise de Decisões do Superior Tribunal de Justiça	58
5.3 Análise das decisões do Supremo Tribunal Federal.....	61
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

INTRODUÇÃO

Reserva do Possível é uma teoria originária do direito Alemão, importada para nosso ordenamento jurídico, relacionada a escassez de verba do Estado ao que tange os direitos fundamentais dos cidadãos.

Os direitos sociais e individuais são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente a todos os cidadãos, como exemplo a estes direitos estão a saúde, moradia, trabalho e educação.

O que levou a produção da presente pesquisa diz respeito a problemática encontrada na forma em que o Estado aplica e administra o dinheiro público, a garantia constitucional dos direitos sociais e individuais e a utilização da teoria da Reserva do possível como forma de defesa processual por parte do Estado em demandas que o cidadão tendo seu direito negado busca pleiteá-lo através do judiciário.

O tema é estudado e comentado atualmente por doutrinadores brasileiros e mundiais. Analisaremos situações atuais jurisprudenciais e fáticas onde conflitam o interesse do indivíduo em garantir seus direitos fundamentais sociais e a alegação por parte do Estado de falta de previsão orçamentária e escassez de verba para arcar com o pleiteado, ou seja, suscitando a teoria da reserva do possível.

Tentando introduzir e elaborar um trabalho didático e metódico, a seqüência de capítulos e explicações se dá por uma introdução aos direitos fundamentais e sociais, quanto a sua titularidade, função social dimensões e evolução;

Posteriormente introduziu-se o estudo no campo da teoria da Reserva do Possível, seguindo a mesma sistemática, conceituando, explicando sua origem para então adentrarmos a introdução da teoria em nosso ordenamento jurídico, estudando a possibilidade e existência da restrição dos direitos fundamentais, a teoria da reserva do possível como forma de restrição e a visão sociopolítica disto tudo.

Após, adentrarmos no campo do limite da reserva do possível em face dos direitos sociais, expondo e estudando a força constitucional dos direitos sociais, o poder jurisdicional, a garantia do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

Finalizando, passou para análise e aplicação da teoria da reserva do possível em face dos direitos sociais e individuais no judiciário brasileiro.

Para elaboração deste trabalho, foram utilizadas fontes doutrinárias como livros, artigos e reportagens, bem como fontes jurisprudenciais.

CAPITULO I – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Entende-se por Direitos Fundamentais os pilares básicos para formação da sociedade, ou seja, o Direito imutável presente na Constituição Federal que garante e protege os direitos essenciais dos cidadãos, garantindo-lhes a dignidade mínima para viver e proporcionar a inclusão social para todas as pessoas. Independente da seara que se discute o direito, eis que tal arcabouço, os direitos fundamentais, são os norteadores do ordenamento jurídico.

Direito fundamental é um norteador de condutas. Não é somente garantias num âmbito Constitucional nacional, e sim a evolução propriamente dita de toda sociedade mundial no que tange os quesitos de dignidade da pessoa humana, igualdade social entre outros direitos inerentes as pessoas.

Tamanho importância se dá aos Direitos Fundamentais que hoje praticamente todos os Estados do mundo os introduziram em suas constituições.

Neste sentido SARLET (2009, p. 25) em sua obra “A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional”, descreve:

Que os direitos fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade bem o demonstra a trajetória que levou à sua gradativa consagração nos direitos internacional e constitucional. Praticamente, não há mais Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições.

Não é possível afirmar que todos os Estados, em termos mundiais, evoluem ao mesmo tempo, a respeito destes direitos e suas aplicações, porém pode-se afirmar que respeitando todas as diferenças culturais, a sociedade em um

parâmetro ideal almeja alcançar um nível de dignidade humana e igualdade social evoluído. Ou seja, os Direitos Fundamentais são instrumentos garantidores para se chegar neste Estado Ideal de Direito desejado por todos os membros da sociedade.

Assim, após expor tamanha abrangência e importância acerca dos Direitos Fundamentais, é importante conceituá-los e explicar suas funções perante todos.

1.1 Conceito

Apesar de representar um instituto de conhecimento notório, conceituar o significado de direitos fundamentais não é tarefa tão fácil quanto se parece.

Direito fundamental é aquele direito previsto na constituição e no ordenamento jurídico, inerente à pessoa. Um direito essencial que não pode ser desrespeitado, suspenso ou alterado pelo legislador ou qualquer pessoa.

Estão previstos principalmente nos incisos e parágrafos do artigo 5º da constituição da republica; são elementos integrantes da identidade e da continuidade constitucional. Sua imutabilidade advém do artigo 60º, § 4º da mesma constituição (MENDES, 2007, p. 01).

Pode citar-se como clara definição de direitos fundamentais, o entendimento de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Os Direitos Fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados a fraternidade e à solidariedade). (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2004, p. 93-94).

Analisando-se a ideia na outra via de afirmação, do Estado frente aos direitos fundamentais, a intervenção e controle dos direitos através de órgãos públicos, geram como consequência os Direitos Fundamentais ou Liberdades Públicas. (QUEIROZ, 2002, p. 13).

Este direito deve ser resguardado e aplicado através do Estado e todos podem exigi-los.

2 FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Função dos direitos fundamentais, segundo ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho, consiste em função de proteção perante a terceiros, função de defesa, função de prestação social e função de não discriminação, as quais serão discutidas, a seguir. (CANOTILHO, 2003, p. 407-410)

É importante salientar que além destas funções, também se extrai do texto constitucional a garantia ao direito de participação.

2.1 Função de Proteção Perante a Terceiros

A Função de proteção perante terceiros, decorre da pluralidade de pessoas e personalidades na sociedade que vinculam-se umas as outras.

A vida cotidiana das pessoas, infelizmente, está sujeita a inúmeros dissabores, como furtos, homicídios, seqüestros, violação de domicílio entre outros, e são estes atos praticados por terceiros que violam alguns direitos fundamentais: a vida, a liberdade e a privacidade.

Deste modo, através desta função de proteção frente ao titular dos direitos fundamentais, emerge uma obrigação do Estado em resguardá-los.

Decorrente desta função surge uma obrigatoriedade do Estado perante a sociedade de garantir às pessoas o direito de locomover-se, por exemplo, da sua casa até o shopping, sem que em nenhum momento uma terceira pessoa possa restringir sua liberdade ou integridade física, através de um seqüestro ou roubo.

É possível estabelecer uma classificação do dever de proteção através da doutrina alemã, conforme ensina Ingo Richter e Gunnar Filke Schuppert na obra *Casebook Verfassungsrecht* (1966, p.35-36), conforme exposto a seguir:

Dever de proibição, consiste no dever de se proibir determinada conduta. Dever de segurança, que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas. Por fim não menos importante, o dever de evitar riscos, que autoriza o Estado a atuar com objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico. (MENDES, 2007, p. 12).

Observa-se que há algumas formas de o Estado exercer sua função e garantir os direitos fundamentais as quais se concretizam através do policiamento nas ruas, iluminação das pavimentações entre outras atitudes que geram a segurança, enfim a proteção eficaz dos indivíduos que vivem em sociedade.

2.2 Função de Defesa

A função de defesa impõe ao Estado uma obrigação perante a sociedade de não interferir, não atrapalhar e se intrometer na vida social das pessoas, respeitando, em todo momento, a dignidade da pessoa humana.

É uma forma de limitar o poder estatal perante a sociedade.

Exemplos desta função são encontrados nos direitos estabelecidos pelo artigo 5º e seus e incisos, como o de não torturar, ter total liberdade para adorar e crer o que quiser, inviolabilidade da vida privada entre outros.

Tal função está intimamente ligada aos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Esta função de defesa é mais uma forma explícita da intenção do legislador ao fazer a constituição federal em garantir a integridade, o bem estar social, a garantia do cidadão em se ter uma vida digna e protegida de abusos, como exemplo os praticados durante a ditadura pelos representantes do Estado contra os as pessoas que viviam neste País.

2.3 Função de Prestação Social

Esta função está ligada ao bem estar social das pessoas, ou seja, a garantia de que o cidadão poderá ter no mínimo uma vida digna com base nos direitos garantidos constitucionalmente.

Comina na situação de que as pessoas possuem o direito de buscar junto ao Estado, caso não tenha condição, algumas coisas que possam lhe garantir o mínimo necessário para sobreviver.

Assim, protege o membro da sociedade, devido a alguma condição, isolar-se dos demais. Este deve buscar junto ao Estado um meio para mantê-lo em condição igual perante os outros, ou no mínimo o próximo possível de viver dignamente com os outros.

Garante ao cidadão o direito de cobrar do Estado que ele forneça o mínimo que exige a constituição federal, como o direito a educação, saúde, lazer, segurança, moradia entre outros.

Aqui cabe ressaltar a importância do mínimo existencial, ligado a pobreza absoluta das pessoas.

Segundo o doutrinador Ricardo Lobo Torres, em sua obra “Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: os direitos humanos e a tributação, Imunidades e Isonomia”, o mínimo existencial é “um direito as condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”. (TORRES, 1999, p. 141).

Desta definição sobre mínimo existencial, introduzindo no ordenamento jurídico em conjunto com a função social, destaca-se que a constituição estabelece através do Estado a obrigação para com todos os membros da sociedade.

Esta função estabelecida pauta-se na insuficiência de condições para sobrevivência da pessoa perante a vida em sociedade. Destarte, cada um pode exigir do Estado a proteção necessária, ou seja, o Estado deverá garantir-lhes ao menos o mínimo existencial.

É importante levar em consideração o núcleo existencial, ou seja, o mínimo que é necessário para sobrevivência.

Óbvio que o Estado não tem condição de fornecer para todos os membros da sociedade um título de membro do “Jóquei Clube” para proporcionar lazer para todas as pessoas, porém pode-lhes garantir o mínimo necessário para obter um dos direitos fundamentais reservados pela constituição, através de eventos culturais públicos gratuitos para população.

Outro exemplo de como o Estado deve atuar pautado na função social e no mínimo necessário, diz respeito à saúde: é de fácil compreensão que o Estado não possui condição de fornecer uma Unidade de Tratamento Intensivo para cada cidadão brasileiro, porém ele pode garantir o mínimo, qual seja, proporcionalmente um número considerável de unidades por região atendendo aqueles que possuem a necessidade deste serviço, porém não possui condição de custear particularmente. Assim o Estado através do Sistema Único de Saúde, que apesar de falho, tenta ao menos garantir acesso a tratamentos, a saúde, a todos.

Hoje há uma enorme discussão entre juristas a respeito desta função social. O Estado nega alguns direitos fundamentais sociais alegando falta de verbas para custeio, e a sociedade através do Judiciário exige o acesso a este direito.

É uma problemática fática entre o mínimo existencial e a função social frente à reserva do possível alegada pelo Estado.

Em poucas palavras, resume-se reserva do possível como uma forma de defesa do Estado alegando a não condição de fornecer todos os direitos exigidos tendo em vista que ele municia a sociedade ao menos do mínimo necessário para existência, não possui condição para garantir tudo a todos.

A título de exemplo de como esta questão do mínimo existencial e direitos fundamentais sociais, frente a alegação da reserva do possível por parte do Estado, estão sendo discutidos no judiciário brasileiro, segue colacionado abaixo ementa do Supremo Tribunal Federal do qual aborda esta problemática.

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO

GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. (RE 410715 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento 22/11/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma) (Fonte: site do STF - www.stf.jus.br).

Em síntese, a função social é um direito resguardado aos membros da sociedade, de na ausência de condições obterem o mínimo para sobrevivência digna do ser humano.

2.4 Função da Não Discriminação

A função da não discriminação está ligada de forma geral a todos os direitos fundamentais constitucionais, regida pelo princípio da igualdade, não podendo diferenciar uma pessoa da outra para aplicação das normas.

O doutrinador José Joaquim Gomes Canotilho em sua obra, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, traz uma ótima definição para o entendimento desta função da não discriminação, aplicando-se em analogia ao Direito Constitucional brasileiro, vejamos:

A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos e consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. (CANOTILHO, 2003, p. 409).

Nesta função, o Estado deve colocar à disposição do particular, de forma isonômica, os bens e serviços necessários, entendimento de Carlos Eduardo de Freitas Fazoli e Danilo Cesar Siviero Rípoli (apud GOTTEMS, 2008, p. 06).

Assim, através desta função o legislador trouxe a obrigação do Estado em tratar as pessoas igualmente com os mesmos direitos independentes do sexo, religião, opção sexual entre outras distinções.

2.5 Função de Participação

Como última função dos direitos fundamentais, tem-se um direito que foi por muito tempo batalhado por todos os cidadãos brasileiros.

Esta função está relacionada a constituição de direitos políticos, ou seja, garante a todos o direito de votar, direito de participar da política do País, o que foi por muito tempo censurado.

Através da história nacional, brevemente relatando, o Estado já passou por restrições de votos por inúmeras maneiras, desde épocas que apenas ricos e homens votavam até épocas de ditadura.

A constituição trouxe junto aos direitos fundamentais, a democratização da participação política brasileira, que hoje é uma garantia de todo cidadão.

Esta função é importantíssima tendo em vista que ao cidadão é resguardado um direito de compartilhar do processo de formação do país, ou seja, dá a toda sociedade a oportunidade de escolher quem deverá representá-la, quem deverá “comandar” junto as leis e a sociedade a nação brasileira, ou, até mesmo, o poder de exercer este direito de se eleger e ter participação política.

É através desta garantia dos direitos fundamentais também, que o Brasil exterioriza sua igualdade e democracia na formação do país.

3 TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de discorrer a quem pertence o gozo destes direitos, se faz importante conceituar pontos acerca da terminologia entre titularidade e destinatários dos direitos fundamentais.

A terminologia possui correntes distintas a respeito de seu entendimento.

Em termo geral, segundo entendimento atual doutrinário; o adequado para utilizar a quem figura como sujeito ativo na relação jurídica é o termo de “titular de direitos fundamentais”, tendo em vista que o termo “destinatário de direito” (utilizado neste sentido por muitos doutrinadores brasileiros), trás a ideia da pessoa a quem o titular pode exigir seu direito fundamental, ou seja, sai de uma esfera ampla de aplicação para uma seara restrita, por isto a ênfase de que o termo adequado a utilizar-se é o de “titularidade de direito”. (SARLET, 2009, p. 208).

A redação do o *artigo 5º caput*, da Constituição Federal discorre sobre a titularidade dos direitos fundamentais, relata quem são os titulares que podem usufruir destes direitos, vejamos: “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade [...]”. (BRASIL, 2010).

Apesar de o legislador ter restringido no texto a proteção destes direitos aos brasileiros e estrangeiros residentes no país; numa interpretação doutrinária e jurisprudencial, o exercício de todos os direitos fundamentais está garantido para todos aqueles residentes no Brasil e a quem está de passagem (turistas), para brasileiros natos e naturalizados, ou seja, para todos aqueles que estão ao alcance da lei nacional.

4 A DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os Direitos Fundamentais podem ser estudados acerca de duas visões, quais sejam, a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva as quais serão analisadas a seguir.

4.1 A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais Sociais

A dimensão objetiva tem como atributo estar ligada diretamente a essência da sociedade, os pilares necessários para, estabilizar a convivência das pessoas, bem como respeitar a dignidade da pessoa humana.

Para esta visão, a finalidade do direito não é liberar a vontade do ser humano para ocorrer a possibilidade de atos impensados e inconsequentes das pessoas uma com as outras, a intenção é os direitos conduzirem de forma correta a autonomia das vontades dos indivíduos sem que haja desordem da sociedade. Desta forma, medidas políticas e judiciais devem orientar os direitos para o bem comum de todos.

Neste sentido, de limitar, orientar o alcance dos direitos fundamentais, leciona Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”:

Por tais razões, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais [na sua perspectiva objetiva] são sempre, também, direitos transindividuais. É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes [...]. (SARLET, 2009, p. 171).

Diante do exposto observa-se que os direitos são tratados como uma consequência, de um direito justo ficando sob a responsabilidade dos governos organizarem e tomarem a iniciativa, balancear e promover os direitos dos mais fracos.

É um direito que possui eficácia por todo ordenamento jurídico. Trata-se dos direitos dos cidadãos perante o Estado ou até mesmo a eles próprios um para com os outros no liame de realizar o que a norma não proibiu. Ou seja, todo e qualquer direito infraconstitucional ou constitucional devem ser interpretados conforme as conotações dos Direitos Fundamentais impostos.

Cria através desta interpretação do direito fundamental, ou seja, a objetiva, um dever permanente do Estado em realizar o bem comum. Os bens mais importantes no meio social são os direitos fundamentais, então para esta visão, o Estado sempre deve atuar na defesa e acréscimo destes.

O Estado, segundo esta visão doutrinária, não deve somente proteger os direitos fundamentais valorados e titularizados em defrontação com ele próprio, e sim também aqueles valores intitularizados agredidos também pelos entes particulares em relação a outros entes particulares. A visão objetiva dos direitos fundamentais entende que estes direitos são os pilares de sustentação de uma sociedade digna e ordenada.

Estes são os principais pontos de entendimento da visão objetiva quanto aos direitos fundamentais. Para melhor compreensão e elucidação acerca da visão objetiva dos direitos fundamentais, Paulo Bonavides, em sua obra “Direito Constitucional” enumera as mais importantes novidades trazidas por esta visão, vejamos:

- a) A irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; [...];
- b) A elevação de tais direitos à categoria de princípios, de tal sorte que se convertem no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição;
- c) A eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três Poderes, nomeadamente o Legislativo;
- d) A aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas;
- e) A dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição;

- f) O desenvolvimento da eficácia inter privados, ou seja, em relação a terceiros (Drittwirkung), com atuação no campo dos poderes sociais, fora, portanto, da órbita propriamente dita do Poder Público ou do Estado, dissolvendo, assim, a exclusividade do confronto subjetivo imediato entre o direito individual e a máquina estatal; confronto do qual, nessa qualificação, os direitos fundamentais se desataram;
- g) A aquisição de um “duplo caráter” (Doppelcharakter; Doppelgestalt ou Doppelqualifizierung), ou seja, os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva – qual nunca se podem apartar, pois, se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade – e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feitiço, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo decisório, e de função protetora tão excelentemente assinalada pelos publicistas e juízes constitucionais da Alemanha;
- h) A elaboração do conceito de concretização, de grau constitucional, de que se têm valido, com assiduidade, os tribunais constitucionais do Velho Mundo na sua construção jurisprudencial em matéria de direitos fundamentais;
- i) O emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica concretizante, emprego não raro abusivo, de que derivam graves riscos para o equilíbrio dos Poderes, com os membros da judicatura constitucional desempenhando de fato e de maneira insólita o papel de legisladores constituintes paralelos, sem todavia possuírem, para tanto, o indeclinável título de legitimidade; e
- j) A introdução do conceito de pré-compreensão (Vorverständnis), sem o qual não há concretização. (grifos do autor). (BONAVIDES, 2007, p. 588-589).

4.2 Dimensão subjetiva dos Direitos Fundamentais

A dimensão subjetiva, diferentemente da objetiva, tem como principal aspecto o anseio da vontade, sendo utensílios para efetivação de interesses individuais, que integram a autonomia pessoal, o que permite que cada qual decida sua pretensão em exercitar ou renunciar seus direitos. Esta é a teoria clássica. Vislumbra como forma de proteção do indivíduo contra a intervenção estatal em seus direitos e liberdades.

O foco principal desta visão é acerca do direito fundamental, o titular do direito.

Destaca-se por sempre ser uma imposição imposta a outrem. Dado um direito, ou uma permissão jurídica a um sujeito, nasce para outro um dever correspondente à expectativa dada ao primeiro.

O direito subjetivo pode ser negativo, quando impõem uma proibição, ou positivo quando constitui um direito.

Exemplo de direitos subjetivos trazidos por Eduardo Cambi, em seu livro “Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário”, destaca que:

[...], constitui direito público subjetivo negativo o dever do Estado de respeitar a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI, da Constituição Federal de 1988), enquanto o direito ao acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo positivo (art. 208, § 1º, da Constituição Federal de 1988). Também, é direito subjetivo, não mera expectativa de direitos, a nomeação e a posse de candidato aprovado em concurso público, dentro das vagas ofertadas no Edital, cuja omissão pelo Poder Público é ilegal, ensejando violação de direito líquido e certo. (CAMBI, 2011, p. 104-105).

O direito subjetivo, caso não seja respeitado, enseja a possibilidade de pleiteá-lo através de ação judicial, ou seja, possui o poder de coercibilidade judicial.

Posto isto, pode-se dizer tomando como partida os exemplos citados, que caso não seja garantido o ensino público, a liberdade de consciência e crença, o cidadão possui o direito de pleiteá-los junto ao Estado, para então o judiciário através de seu poder coercitivo, obrigar o Estado a garantir os direitos fundamentais subjetivos de cada cidadão.

Uma prova de que o Estado é o garantista dos direitos subjetivos fundamentais, é conforme advertiu o Supremo Tribunal Federal, ou seja, a obrigação estatal de garantir a prestação positiva dos direitos fundamentais.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (Ag no RE nº 271.286-RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 12.9.2000). (fonte: site do STF – www.stf.jus.br).

Para concretizar estes direitos, a sociedade recolhe tributos, e em contrapartida depende do Estado para a realização de programas governamentais, administração pública e leis orçamentárias exclusivas a garantir os direitos das pessoas. Porém, o Estado algumas vezes é falho, e a partir desta idéia de garantia

estatal dos direitos fundamentais que inicia-se a discussão problemática da intervenção judiciária em obrigar o Estado a garantir o mínimo existencial de cada cidadão.

5 NOÇÕES GERAIS E HISTÓRICO ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais surgiram devido as crises sociais geradas pelas guerras no mundo inteiro. É um instrumento jurisdicional social, com intuito de amparar aqueles seres humanos que necessitam de programas e ações públicas estatais garantindo-lhes o mínimo de dignidade para a sobrevivência.

São direitos fundamentais e inerentes ao ser humano, como dito, são os direitos que visam e garantem aos cidadãos com dificuldades socioeconômicas a certeza de uma política ativa social por parte do Estado onde garantirá a este cidadão equilíbrio na desigualdade social.

São considerados direitos fundamentais de segunda geração.

A constituição federal brasileira, em seu artigo 6º trás de forma interpretativa os direitos sociais:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010). (BRASIL, 2010).

A doutrina entende que o “núcleo central” para estes direitos acima mencionados, são os direitos dos trabalhadores e da seguridade social, diga-se, através destes que surge toda a interpretação abrangente para os demais direitos sociais.

Tais direitos são vislumbrados através de programas sociais realizados pelos entes estatais com os recursos financeiros recolhidos nos tributos instituídos a população.

Através das políticas públicas, o governo projeta a possibilidade orçamentária dos “cofres públicos” e onde serão aplicados estes recursos com finalidade de diminuir a desigualdade social e alcançar os mais necessitados.

6 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

No Brasil os direitos sociais tiveram seus primeiros indícios em meados dos anos de 1824, isto decorrente das declarações de direito que surgiram junto com a Revolução Francesa.

A primeira constituição brasileira a transcorrer em seu texto acerca de direitos sociais foi a de 1934, em seu título IV, começava então a traçar diretrizes sobre a ordem econômica social.

O ano de 1988, pode se considerar um marco histórico sobre os direitos sociais no Brasil. A constituição em seu texto, passou a garantir e elevar os direitos sociais ao patamar de direito fundamental, aquele inerente da pessoa, ou seja, os direitos sociais passaram a ser exigíveis por cada cidadão em sua essência através da prestação de serviços pelo Estado.

A partir de então, passaram a criar leis infraconstitucionais garantindo e ampliando o alcance dos direitos sociais, como exemplo a isto, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) onde visivelmente passaram a proteger o trabalhador em sua dignidade e mínimo existencial para exercer sua profissão, bem como leis de assistência social entre outras.

Destaca-se como marco histórico, pois a partir da constituição de 1988, os direitos sociais ganharam força no ordenamento jurídico brasileiro, e hoje, exige-se do Estado uma prestação de serviço no mínimo considerável garantindo os direitos sociais fundamentais de cada cidadão.

CAPITULO II – RESERVA DO POSSÍVEL

1 CONCEITO

A teoria da reserva do possível é a alegação por parte do Estado em não cumprir seus deveres sociais junto ao cidadão devido não possuir recursos orçamentários para arcar com o que determina a constituição federal em relação aos Direitos Fundamentais.

O Estado alega que não possui dinheiro para suportar determinadas solicitações específicas naquele momento. Alega que não se projetou, preparou, para atender determinada demanda.

Toma-se como consideração a possibilidade do cidadão exigir a prestação social por parte do Estado, devido a proteção em relação aos Direitos e Garantias Fundamentais Sociais garantidos pela constituição como saúde, moradia e educação.

Para esclarecer como ocorre na prática, reserva do possível é alegada pelo Estado, quando um cidadão vê seu direito negado por parte do ente público e o pleiteia através do poder coercitivo judiciário. Então, o Estado defende sua negativa, através desta teoria, ou seja, ele não possui verbas nem planejamento orçamentário para arcar com determinado caso específico.

A doutrina brasileira não chegou a um conceito único acerca da teoria da Reserva do Possível, existem autores que entendem que a teoria é uma forma de restrição interna dos direitos fundamentais em relação a sua efetividade, a também quem entenda ser uma elemento externo em relação a mesma restrição da efetividade.

Parte doutrinária que também entende pela teoria da reserva do possível não ser uma forma de restringir a efetividade do direito, mas sim uma condicional de existência do direito fundamental.

O Estado se esvai da obrigação alegando falta de recursos reforça a ideia de ser uma condicional para o próprio direito existir para essa corrente de

autores. Flávio Galdino, em sua obra “O Custo do Direito” relata sua ideologia acerca deste posicionamento:

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. (GALDINO, 2002, p. 188).

Outro entendimento conceitual da teoria da Reserva do possível, dar-se através de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, para estes autores se trata de um limite jurídico e fático, e em casos dispersos poderá tratá-la como uma garantia ao direito fundamental, ou seja, são contrários aos doutrinadores que conceituavam a reserva do possível como um elemento do direito fundamental, vejamos o que dizem:

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. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 30).

Verifica-se que se trata de um estudo complexo para conceituar esta teoria, porém na prática de forma simples, como supracitado, explica-se como a alegação do Estado em não possuir recursos financeiros e planejamento orçamentário para garantir em plenitude os Direitos Fundamentais previstos na constituição federal.

A grande problemática acerca da aplicação desta teoria no nosso País reflete na má administração do dinheiro público, na má contraprestação do Estado em relação aos tributos recolhidos e até mesmo com os gastos exacerbados do mesmo dinheiro público. Quem teria obrigação de organizar a distribuição para que

não ocorresse problemas quanto as garantias dos direitos fundamentais, na verdade não age de maneira correta.

Neste prisma, é fácil entender a problemática de aplicar-se de forma pura e direta esta teoria em nosso País.

Impossível pensar na possibilidade do Estado negar remédio a um cidadão que nunca atrasou pagamento de imposto, e de maneira oposta o exemplo de administração do dinheiro público todo momento é vitrine para os mesmos de corrupção e aproveitamento próprio por parte de quem detém o poder administrativo.

A origem desta teoria, conforme mostram os estudos, se dá em um País rígido, a corrupção praticamente inexistente, e exemplo de administração de verba pública.

Tal teoria é um avanço no direito em relação a efetividade judiciária, a limitação dos direitos fundamentais, principalmente de caráter subjetivos.

Infelizmente, como relatado anteriormente, não é aplicável neste momento como forma do Estado se defender de suas obrigações.

2 ORIGEM DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Esta teoria, já conceituada anteriormente, tem surgimento no Direito Alemão, através de um caso onde um estudante pleiteia junto ao judiciário, a autorização para o ingresso a uma instituição de ensino público.

Sua intenção era fundamentada em uma Lei Federal Alemã que garantia a livre escolha de trabalho, ofício ou profissão.

Este pedido foi carecido em decorrência do número de disponibilidades de vagas em instituições públicas no país, serem menores que o número de pessoas interessadas em estudar e se profissionalizar.

A Suprema Corte Alemã, neste caso, rechaçou a possibilidade pleiteada tendo em vista que para atender todos os interesses da sociedade, deve utilizar do princípio da razoabilidade, salientou-se ainda que a Reserva do Possível, deve ser sopesada em face do mínimo que se deve esperar do Estado em relação a sociedade.

Iniciava-se então, a ideia de que o Judiciário não poderia atuar como se fosse o poder executivo determinando a execuções e obtenções das efetividades pleiteadas junto a eles.

Isto decorre do fato de que o Estado não realizou determinada prestação para aquele indivíduo, pois não possuía naquele momento possibilidades financeiras para atendê-lo.

Não obstante a afirmação de que não possuía recursos financeiros, alega-se que o deslocamento de verbas para a realização de determinado pleito de um indivíduo poderia gerar um reflexo a outros de maior prejuízo.

Para o caso em exemplo, digamos que o Estado realocasse uma porcentagem dos tributos recolhidos pela população, e ao invés de reformar uma escola pública, aumenta-se 1 (uma) vaga em ensino superior para o cidadão que a pleiteava. Não necessita de conhecimento aprofundado sobre economia e humanismo para concluir que uma escola pública para um número razoável de crianças, faz direito a melhorias para melhor atender a população do que a criação de “1 (uma) vaga em ensino superior público”.

A grande problemática, se faz quando os interesses deparam-se em conflito em um campo mais delicado que o citado, como a saúde.

No Brasil, os entes públicos defendem-se de suas obrigações em prestações de serviços através da alegação da Teoria da Reserva do Possível.

Em um país de cultura rígida, onde os recursos são devidamente alocados e aplicados como na Alemanha (origem da teoria), é plausível a alegação de que o Estado não possui reservas orçamentárias para atender determinado serviço. Porém, aplicar-se esta teoria onde os governantes não são exemplos de administração e controle de verbas não se pode considerar possível.

Esta suscitação da teoria pode tomar até um rumo sarcástico, por exemplo, como a União não possui verbas para pleitear um tratamento de uma doença para determinado cidadão, e em contrapartida, compra um novo helicóptero para a Presidente se locomover, onde a verba gasta para adquirir este único bem, seria o equivalente para tratar de inúmeras pessoas.

Diante do exposto, como alegar a falta de verba para custear a estadia de uma pessoa, fora de seu domicílio, para realizar um tratamento de câncer sendo que o governo gasta muito mais com viagens, muitas sem explicações, dos políticos.

Neste sentido, é que apesar de ser uma teoria magnífica, o País não se encontra no momento certo para introduzi-la nas decisões, e neste sentido doutrinadores e jurisprudências vêm se posicionando.

Gustavo Amaral em sua obra “Direito, escassez e escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas” elucida estes posicionamentos supracitados em sua obra, vejamos:

Diante de um quadro como esse, a tendência natural é fugir do problema, negá-lo. Esse processo é bastante fácil nos meios judiciais. Basta observar apenas o caso concreto posto nos autos. Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Não há tratamento que suplante o orçamento da saúde ou, mais ainda, aos orçamentos da União, de cada um dos Estados, do Distrito Federal ou da grande maioria dos municípios. Assim, enfocando apenas o caso individual, vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios, ou de cento e setenta mil reais para um tratamento no exterior, não se vê a escassez de recurso, mormente se adotado o discurso de que o Estado tem recursos nem sempre bem empregados. (AMARAL, 2001, p. 146-147).

Devido a inaplicabilidade correta do dinheiro público, continuando ainda a ideia de indignação e estudo acerca da reserva do possível, será visto, no próximo tópico, como esta teoria se introduziu no ordenamento nacional.

3 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil a reserva do possível está atrelada a disponibilidade dos recursos públicos, custo dos direitos sociais, individuais e, principalmente, utilizando dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade para se obter análise.

A reserva do possível é dependente da escassez de recursos públicos.

Porém, a falta de dinheiro público não pode ser alegada sempre pelo Estado para abstrair do dever de prestação de serviços perante a sociedade.

A reserva do possível no Brasil é utilizada como escusa do Estado para justificar sua falta de prepara e cumprir o que determina a constituição nacional quanto aos direitos sociais e individuais fundamentais.

Arno Arnaldo Keller, desenvolvendo um pensamento para solução deste problema, e neste sentido a jurisprudência se posiciona, determina que é possível a construção de um Estado desejável desde que adotados certos princípios:

Adota-se a idéia de um novo paradigma de Estado, que abandone os ideais que movem o neoliberalismo e que se construa o Estado desejável a partir do Estado democrático de direito social; que e adotem, entre outros, os seguintes princípios: a) gestão administrativa enxuta e eficiente, não Estado mínimo, mas com a capacidade de festão voltada ao desenvolvimento social ativo equitativo e sustentado, com adoção de novo paradigma gerencial, co modelos analíticos, hipóteses e propostas técnicas muito diferentes daquelas do paradigma que predomina em boa parte desde o século XIX. b) conectar e inter-relacionar o Estado com os demais Estados, integrantes de mercado regional; c) concluir as reformas previdenciária e tributaria; d) ampliar a reforma do Judiciário, com a alteração dos códigos processuais, para desburocratizar a justiça, tornando o andamento dos processos mais céleres; e) no campo social incrementar políticas públicas de longo prazo, com primazia para a educação, que será a alavanca do desenvolvimento tecnológico e da valorização do ser humano através da saúde, de segurança e do emprego. (KELLER, 2007, p. 255-256).

Para aplicação do Direito é mister avaliar os bens jurídicos em conflito, com todas as particularidades do caso concreto. Será possível compreender e controlar a aplicação da reserva do possível com uma interpretação das normas de direito fundamental, em conformidade com o sistema constitucional brasileiro.

Isto porque a “reserva” não pode servir como desculpa do Estado para o não cumprimento dos direitos fundamentais sociais. São necessários mecanismos jurídicos de controle que permitam maior efetividade destes direitos, tão importantes a tal realização do ideal de justiça e igualdade social propugnados pela constituição federal. (OLSEN, 2008, p. 225).

Muitos tribunais brasileiros posicionam no sentido de prevalecer a importância dos direitos sociais frente a alegação da reserva do possível, os quais serão analisados em tópicos seguintes.

De outro lado, existem tribunais que argumentam que o Estado pode se eximir da obrigação de adoção de políticas públicas para concretização dos direitos fundamentais sociais ou realização de prestação específica quando está diante da situação de alocação dos recursos. (KELBERT, 2011, p. 52).

O julgamento da Apelação Cível 184.346/5/0 do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é exemplo desta posição:

Apelação Cível – Informação da recorrente de que os exames a serem realizados não existem comercialmente no Brasil – A saúde é uma necessidade social da mesma forma que a educação, saneamento básico, erradicação da fome, transporte, segurança, etc. – Cabe ao administrador público atender a todas essas necessidades e muitas outras não visíveis dentro de um universo que sempre resulta em ônus para o Erário – É, como se sabe, o Tesouro não tem condições de suportar todo esse peso que lhe é imposto – É a realidade social do nosso país (art. 5^o da Lei de Introdução ao Código Civil) – É de ser lembrado que deve haver um equilíbrio entre a obrigação constitucional de fornecimento de medicamento e a previsão orçamentária disciplinada pelo art. 167, incisos I, II e V, da Constituição Federal/1988 – Deve ser observado o princípio da reserva do possível que consiste na existência prévia de recursos materiais do Poder público para atendimento das necessidades sociais – Precedente Jurisprudencial – Reexame necessário parcialmente acolhido e apelo da ré provido em parte para arredar a realização pelo Poder público, de exames que não existem comercialmente no Brasil – Apelo adesivo dos autores não provido. (TJSP, Apelação Cível n^o 184.346-5/0 [on line] – São Paulo – 9^a Câmara de Direito Público – Relator: Geraldo Lucena – 1.^o jun. 05 – V.U., apud, OLSEN, 2008, p. 233).

Nessa decisão, o simples argumento da escassez de recursos foi suficiente para afastar a efetivação dos direitos sociais, não sendo necessário descobrir o porquê não teve destinação de recursos para concretizar tal direito. Com essa decisão, fica nítida a defesa a discricionariedade do Estado na destinação dos recursos públicos.

É cabível mencionar que existem ainda decisões em que é feita ponderação dos custos e dos bens jurídicos em colisão, porém a maioria das decisões posicionam no sentido de não ser possível a aplicação da teoria da reserva do possível, de forma simples e pura, no Brasil.

Neste diapasão, é possível afirmar que a reserva do possível e a efetividade dos direitos social no Brasil, não possui argumentos absolutos, sendo necessário análise ponderativo de cada caso, e levando em consideração o dever e obrigação do Estado perante a sociedade.

4 RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Conceito e Introdução a Restrição aos Direitos Fundamentais

Restringir direitos fundamentais surge através da ideia do Estado intervir no âmbito de guarnição dos Direitos Fundamentais com a finalidade de evitar prejuízo maior aos demais direitos, para isto, então, o Estado proíbe, desautoriza a conduta garantida constitucionalmente pelos direitos fundamentais.

O tema de restrições e limitações dos direitos fundamentais é atual e estudado na doutrina brasileira, porém, teve como pontapé inicial a doutrina alemã.

No sentido da permissão ou não da restrição dos direitos fundamentais, o Estado intervindo na seara destes direitos através de restrição, o doutrinador José Felipe Ledur, em sua obra “Direitos Fundamentais Sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa, leciona acerca da possibilidade”: “Pode-se, portanto, afirmar que, por meio de uma restrição ou limitação, o Estado impede ou proíbe ao particular uma conduta prevista no âmbito de proteção de um direito fundamental”. (LEDUR, 2009, p. 46-47)

Segundo alguns doutrinadores e filósofos, como exemplo a filosofia adotada por Thomas Hobbes, é permitido o Estado intervir no âmbito de aplicação dos Direitos Fundamentais, restringindo-os, limitando-os, desde que seja por bem de uma causa maior, ou seja, para manter a ordem pública dos demais direitos.

Neste mesmo sentido é o posicionamento de Dayse de Vasconcelos Mayer, sendo somente é aceitável tais restrições, para ela, nas seguintes hipóteses:

Quando for necessário assegurar a própria continuidade e sobrevivência da ordem jurídica; quando estiver em situação de perigo um bem jurídico que só pode ser preservado ou salvo mediante a violação da liberdade; quando todos e não alguns sejam abrangidos pelas medidas de excepcionalidade adotadas pelo Estado; quando a situação de excepcionalidade for transitória, isto é, quando dure apenas enquanto permanecer a situação de perigo iminente. (MAYER, 2002, p. 1212).

No que tange a possibilidade da restrição e intervenção do Estado nos direitos Fundamentais Sociais e Individuais, a doutrinadora Jane Reis Gonçalves Pereira, em sua obra “Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios” se posiciona da seguinte maneira:

No plano jurídico-positivo, é intuitivo que a ampla gama de direitos consagrada nos textos constitucionais induz à necessidade de harmonizá-los entre si e com outros valores ou bens protegidos pela ordem jurídica. A limitação dos direitos do homem se impõe em nome de um certo pragmatismo associado a uma preocupação com a efetividade: o absolutismo dos direitos do homem conduziria certamente a uma ampla ineficácia. Os direitos fundamentais têm um duplo aspecto: condição ou requisito mínimo da atuação pública constitucionalmente legítima, e ideal ou aspiração máxima da atuação constitucionalmente preferida. São tanto regras sobre direitos como princípios sobre deveres. Entre ambas indicações resta um espaço bastante amplo para a intervenção discricionária e legítima dos poderes públicos. No plano legislativo, os limites dos direitos manifestam-se de dois modos: mediante restrições, exceções ou privações ao exercício do direito tal como definido constitucionalmente; e, por meio de um detalhamento da definição do direito fundamental e de suas formas de exercício. Quando se trata de nomear essas duas modalidades de limites, não há uniformidade na doutrina. Fala-se em limite e delimitação, em restrição e configuração e intervenção. (PEREIRA, 2006, p. 87-88).

A restrição dos direitos fundamentais se dá com base nas teorias interna e externa e também na regra da proporcionalidade quando se depara com um conflito de direitos e princípios.

Segundo a teoria interna dos limites dos direitos fundamentais, se as restrições destes, não estiverem previstas constitucionalmente, não é possível de maneira alguma limitar-se os direitos.

Para esta teoria é permitido tão somente delimitar, conduzir os direitos fundamentais com a certeza de estar em consonância com o conteúdo anteriormente previsto. Não existe especificadamente restrições, e sim limitações aos direitos fundamentais, devendo estes direitos serem criados como regras definitivas.

Em contrapartida a ideia supracitada, a teoria externa acerca das restrições dos direitos fundamentais, parte da ideologia de existir duas divisões

jurídicas, uma é o próprio direito não restringido, na outra divisão encontra-se o próprio direito restringido.

Assim, para teoria externa, a importância em dividir, se dá pelo fator de apontar os limites externos decorrentes dos direitos fundamentais e conciliá-lo com os demais bens tutelados pela constituição, existindo dois momentos: fixar o direito e criar restrições constitucionais, para então, manter a ordem do ordenamento jurídico e vida social em um Estado democrático.

No Brasil a forma de aplicação das restrições aos direitos fundamentais, conforme demonstrado acima com os posicionamentos doutrinários, se dá através dos princípios da proporcionalidade, ponderação e razoabilidade. Ou seja, em conflitos de direitos fundamentais, é possível restringir aquele que poderá ocasionar desordem ou confusão da sociedade.

Neste sentido, através de estudos de jurisprudências e doutrinas, trazendo a ideia de restrição a direitos fundamentais, em específico aos direitos sociais e individuais será analisado o seguinte exemplo:

Direito a saúde é um direito garantido a todos; o cidadão então, pleiteia junto ao Estado a internação em um Hospital com a finalidade de realizar cirurgia de redução de estômago. Todos os leitos hospitalares daquele determinado hospital encontram-se ocupados por pessoas que sofrem de diversas doenças crônicas como o Câncer.

Não se discorda que a redução do Estômago se trata de um direito fundamental daquele cidadão a Saúde, porém a questão é a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou seja, restringirá momentaneamente o direito fundamental deste cidadão, frisa-se que a cirurgia de redução do estômago para este exemplo não significaria a morte ou vida do paciente, em prol da sobrevivência dos demais pacientes que necessitavam daqueles leitos hospitalares. Posteriormente com a liberação dos leitos, o direito a saúde deste cidadão não mais estará restrito e possibilitará a cirurgia pleiteada.

Desta forma se perfaz o entendimento de restrição aos direitos fundamentais.

4.2 A Reserva do Possível Quanto a Restrição aos Direitos Fundamentais Sociais

Em continuidade ao estudo de restrição dos direitos fundamentais, será analisada a aplicação da teoria da reserva do possível quanto justificativa para restringir tais direitos.

Trata-se de uma grande problemática atual da sociedade brasileira, qual seja, a escassez de verba orçamentária para garantir todos direitos fundamentais a todos os cidadãos.

O Estado, infelizmente, por diversas vezes não consegue prestar todos os Serviços Públicos necessários para a garantia os direitos constitucionalmente previstos, e então, o cidadão procura de alguma forma alcançar seu objetivo pleiteando junto ao judiciário, neste momento surge a defesa do Estado, qual seja, a reserva do possível.

Alega-se que para conseguir garantir o direito de determinada pessoa, colocará em risco a grande maioria da sociedade, pois os recursos orçamentários são limitados e previamente aplicados nas necessidades da maioria.

Para resolver este impasse entre o direito de determinado cidadão, e alegação do Estado em impossibilitar recursos, restringido os direitos dos demais, utiliza-se do princípio da proporcionalidade e ponderação, ou seja, se de fato o Estado não possui recursos, ou de alguma outra maneira presta serviços para garantir o direito pleiteado.

Para elucidar o acima exposto, pode-se extrair os conhecimentos do doutrinador Paulo Gilberto Cogo Leivas em que retrata a colocação da reserva do possível na questão de conflito entre o direito da maioria frente aos direitos constitucionais sociais, ou seja, o Estado locomover certo recurso previsto para alguma aplicação em benefício de determinado cidadão:

A colocação da reserva do possível junto ao direito fundamental *prima facie* diz nada mais que os direitos fundamentais sociais *prima facie* exigem a ponderação com os outros direitos fundamentais. São princípios constitucionais que colidem regularmente com os direitos fundamentais sociais: os princípios democráticos e da separação dos poderes, inclusive a

competência do administrador e do Legislativo para a proposta e aprovação da lei orçamentária, e os direitos fundamentais de terceiros.

Aquilo que o indivíduo possa esperar razoavelmente da sociedade significa, então, que o indivíduo alcança um direito definitivo caso os outros direitos fundamentais, em colisão com o direito fundamental social que lhe assiste, não tenham peso suficientemente alto para restringir o seu direito fundamental.

Portanto, a reserva do possível, como cláusula restritiva ao direito *prima facie*, não significa a ineficácia ou não-aplicabilidade imediata do direito (...). Ela expressa simplesmente a necessidade de ponderação entre princípios (...). (LEIVAS, 2006, p. 98-99)

Vislumbra-se aplicação da reserva do possível em casos em que o Governo, através de programas Sociais, forneça serviço igual ou semelhante ao pleiteado, então, ponderando através do princípio da proporcionalidade, se, de alguma forma, o Estado garantir mesmo que de outra maneira o mesmo efeito do direito fundamental pleiteado, pode ser aplicado a teoria, tendo em vista que se despender da verba poderá prejudicar a maioria da sociedade em outros determinados serviços públicos.

Um exemplo casuístico seria o Estado fornecer determinado tratamento para certa doença, e o cidadão pleiteia junto ao judiciário tratamento diferente, de custo mais alto, somente pelo fato da matéria-prima ser importada, neste caso claramente pode ser aplicado a reserva do possível, pois ambos tratamentos possuem o mesmo efeito e garantia do direito fundamental, além do fornecido pelo Estado tem um custo menor e está previsto no orçamento nacional, não sendo necessário a locomoção de verba podendo acarretar no prejuízo da maioria que utiliza do tratamento fornecido.

O grande problema para acatar a teoria da reserva do possível, restringindo os direitos fundamentais, se dá pela má administração e corrupção dos administradores de nosso país.

5 VISÃO SÓCIO-POLÍTICA EM FACE DA RESERVA DO POSSÍVEL – EVIDENCIA EM REFERÊNCIA AO DIREITO FUNDAMENTAL DA SAÚDE/VIDA

Atualmente, o grande conflito que se explana é entre a condição social política administrativa e alegação da reserva do possível nos judiciários. Isto se perfaz pela necessidade do cidadão em garantir seus direitos fundamentais e sociais, e a tentativa do Estado, através de programas públicos, fornecê-los alcançando a todos.

O art. 196 da constituição federal aduz, de forma clara, que a saúde é um direito social e fundamental de todos e dever do Estado, a ser propiciado mediante políticas sociais e econômicas. (BRASIL, 2010).

Diante disso, pode-se concluir que a constituição de 1988 declarou expressamente o compromisso do Estado em propiciar a toda população um acesso pleno e igualitário à saúde dentre outros direitos fundamentais.

Marcos Salles, representante da Associação dos Magistrados brasileiros, ponderou acerca do dever Estatal em promover os direitos a fundamentais, evidenciando o direito a saúde:

A busca da cura é uma das situações da condição humana em que por infelicidade se procura e por felicidade se encontra. Mas a vida, por mais fé que se tenha em alguma dogmática religiosa, não pode, no Estado democrático de Direito, ser entregue à própria sorte. (SALLES, 2009).

O direito fundamental social básico da saúde em consequente a dignidade da vida do ser humano, como bem expresso, é a sobrevalorização das medidas preventivas; não podendo justificar a falta de outros serviços essenciais com base na necessidade de garantir o primeiro citado.

Para tanto, o Estado instituiu entidades públicas, criando mecanismos de cooperação entre estas e o setor privado, visando uma execução de suas políticas voltadas à garantia da saúde de maneira mais igualitária e universal observada as diferenças regionais e sociais existentes no país.

Conforme evidenciado a pouco, a constituição federal vigente abordou a saúde de maneira singular, figurando no rol dos direitos sociais e fundamentais,

bem como em diversos outros dispositivos constitucionais espalhados por todo seu texto legal, que, ainda que indiretamente, aludem à saúde.

Nessa esteira, insofismável está que são inúmeras as regras constitucionais que diretamente tratam da saúde e da dignidade a vida do ser humano.

Exemplo da não aplicação das normas pode-se citar o Sistema de Saúde adotado no Brasil, atendimento, cumprimento das diretrizes traçadas, e ainda na prestação da assistência farmacêutica devida, evidenciando a má utilização e distribuição do dinheiro público dos responsáveis pelos entes públicos.

Ante a essa não atuação necessária do Poder Público, os cidadãos devem buscar o judiciário para obter a prestação do serviço que deveria ser pleiteado pelo Estado, ante a garantia constitucional aos direitos fundamentais e sociais do ser humano.

O Estado, no entanto, comumente se utiliza do argumento de que há necessidade inegável de previsão orçamentária para a execução de determinado direito garantido, ainda que fundamental, ou seja, suscita a teoria da reserva do possível.

De fato, a constituição federal vigente, em seu artigo 167, veda, dentre outras medidas, o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários, e ainda a transposição, remanejamento ou transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa. (BRASIL, 2010).

Todavia, há de ser evidenciado que a respeitável Lei Maior ditou o que é necessário para que cada ser humano viva adequadamente, mas não explicou como haveria de ser procedido para que fosse possível assegurar aos bilhões de brasileiros sua considerável lista de beneplácitos. (GANDIN; BARIONE, SOUZA, 2008).

No entanto, é de fácil compreensão que a proteção e efetivação de todos os direitos fundamentais sociais necessitam de recursos, estes recursos provenientes de recolhimento tributário do país.

O Estado atua de diversas formas garantindo os direitos fundamentais sociais, de forma exemplar, diga-se de passagem, em alguns casos dependendo da região de atuação.

Ilustrando o quadro, vê-se a atuação das polícias, do corpo de bombeiros e do próprio Poder Judiciário; a realização de eleições e todas as atividades administrativas de controle e fiscalização. Todos os direitos demandam custos para sua efetivação; os direitos de defesa, indiretamente; e os direitos sociais, diretamente. (MÂNICA, 2007).

Não obstante a preocupação do constituinte em planejar as despesas públicas oriundas da administração direta e indireta, essa necessidade de previsão orçamentária não deve servir como obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais, mormente o acionado direito à saúde, quando buscado pelo Poder Judiciário.

Essas diretrizes não impedem, per si, que o juiz ordene ao Poder Público seja realizada determinada despesa para fazer valer um assegurado direito constitucional, até mesmo porque, diante do conflito de normas (previsão orçamentária e direito fundamental), o segundo deve prevalecer em detrimento do primeiro, esta afirmação se elucidará melhor com a leitura do capítulo em que será tratado dos julgados recente em nosso judiciário.

CAPITULO III – LIMITE DA RESERVA DO POSSÍVEL EM FACE DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS

1 FORÇA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

O artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, traz expressamente alguns direitos sociais: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL, 2010).

Além dos direitos previstos no artigo supracitado, existem direitos expressamente previstos na constituição federal, como os direitos dos trabalhadores, dos adolescentes, também considerados direitos sociais.

Ingo Wolfgang Sarlet classifica os direitos fundamentais em dois grandes blocos: os positivados e os não-positivados. No primeiro bloco estariam inseridos os expressos na constituição federal (no catálogo dos direitos fundamentais ou em outras partes do texto da constituição) e os expressos em tratados. No segundo bloco estariam os implícitos (posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais) e os decorrentes do regime e dos princípios (que se referem às disposições contidas no Título I – do art. 1º ao 4º). (SARLET, 2001, p. 92-97).

No entanto, o principal desafio em relação aos direitos fundamentais é quanto a sua eficácia. Neste sentido, defende Norberto Bobbio:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. (...) Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 1992, p. 24-25).

Os direitos sociais, considerados direitos fundamentais estão previstos na constituição nacional. A grande problemática é a forma de atuação do Estado quanto a prestação de serviços públicos sociais para efetivar estes direitos perante a sociedade.

2 O PODER JURISDICIONAL – RESERVA DO POSSÍVEL E DIREITOS SOCIAIS

Para garantir a dignidade da pessoa humana, os direitos sociais e individuais fundamentais previstos na constituição federal, o Judiciário atua como uma espécie de “Poder Executivo” alinhavando acerca da utilização de recursos públicos garantindo a sociedade os referidos direitos.

Rogério Gesta Leal, descreveu parte de um julgado do STF, no Recurso Extraordinário nº 410715/SP que teve como relator o Ministro Celso de Mello e foi publicado no Diário de Justiça de 03.02.2006 a respeito da legitimidade de execução das políticas públicas, destacando que:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente a “reserva do possível”. (LEAL, 2009, p. 97).

Importante ressaltar que o Poder Judiciário, no momento de determinar que o Estado alcance o direito social pleiteado, pondere acerca do direito solicitado e a possibilidade material disponível nos cofres públicos de forma a não desequilibrar o Estado restringindo o direito social da maioria.

Neste mesmo sentido, é o pensamento de Sérgio Fernando Moro que defende que a interpretação e aplicação das normas constitucionais pelo Poder Judiciário, está sujeita a uma “reserva de consistência”, que determina que o magistrado utilize dados da realidade como informações técnica, sempre que necessário para tornar efetiva uma norma constitucional. (MORO, 2001, p. 90-96).

Ademais, a “reserva da consistência” determina um limite à concretização das normas constitucionais:

O limite da reserva de consistência impedirá o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandem a elaboração de políticas públicas de certa complexidade. (...) Todavia, a extensão do impedimento dependerá da prática judiciária. A criatividade desta poderá contribuir para o alargamento do controle judicial, na medida em que forem encontrados caminhos para a elaboração de políticas públicas, mesmo complexas, através do Judiciário. (MORO, 2001, p. 96-97).

Importante ressaltar que a execução de políticas públicas pelo Poder Judiciário não implica desrespeito ao princípio da divisão dos poderes.

A execução de políticas públicas através do Judiciário, não implica em afronta ao princípio da divisão dos poderes, isto porque o Poder Judiciário não substitui o Executivo e Legislativo quando determina o alcance de um direito social constitucional, pleiteado por cidadão, através de políticas públicas.

O Poder Judiciário age em consonância com os poderes e demais órgãos na concretização dos direitos sociais. Sua atuação não fica limitada somente à análise do desenvolvimento de políticas públicas necessárias, mas também analisa se estas estão atingindo as garantias previstas na constituição federal.

A atuação do Judiciário se faz necessária diante a omissão do Estado em prestar serviços públicos sociais adequados com as garantias previstas na constituição e a dignidade do ser humano.

Neste sentido é o entendimento de Arno Arnoldo Keller:

A determinação do Poder Judiciário ao Poder Executivo para o cumprimento de demandas de direitos sociais, ou de políticas públicas visando o atendimento das necessidades coletivas não podem ser entendidas como um deslocamento das decisões do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. O fato não implica na ruptura do princípio jurídico organizatório fundamental da Constituição dos Estados modernos, onde cada poder tem as suas atribuições e competências racionalizadas, estabilizadas e delimitadas na Constituição diante do núcleo essencial da constituição (art. 3º) que tem por objetivo erradicar a pobreza, promover a justiça social, além de outros instrumentos que caracterizam o estado social. (KELLER, 2007, p. 265).

Ante estas ponderações, tanto o Poder Executivo, como os Poderes Legislativo e Judiciário, executam políticas públicas, devido ao princípio da dignidade da pessoa humana e busca da garantia dos direitos sociais previstos na constituição federal.

3 PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA

A forma de ponderação para aplicação da teoria da reserva do possível, a alegação de insuficiência orçamentária se dá pelo princípio da proporcionalidade. Sopesar acerca do direito pleiteado e a obrigação e possibilidade do Estado prestar referido direito.

A constituição federal, em ser corpo de texto, demonstra a intenção dos legisladores em determinar a aplicação da verba orçamentária do Estado em específicos setores impulsionando e garantindo a efetivação dos direitos sociais e individuais. Um exemplo é o rol do artigo 195 e 212, vejamos:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta ou indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais.

Do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

Folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

A receita ou o faturamento;

O lucro;

Do trabalhadores e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

Sobre a receita de prognósticos.

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. (...). (BRASIL, 2010).

Neste sentido, não deve o Estado alegar a falta de verba e planejamento orçamentário sem ponderar o texto constituinte acerca da determinação de aplicação dos recursos em garantia aos direitos sociais e individuais.

A discricionariedade da Administração, numa escolha alocativa dos recursos públicos, deve sempre observar os mínimos estabelecidos no texto constitucional, bem como as prioridades nele enumerados. (OLSEN, 2008, p. 210-211).

Nesta toada que se inicia a ideia de aplicação de dinheiro público em outras prioridades.

Na aplicação de recursos orçamentários, Flávio Galdino argumenta que o que frustra a concretização dos direitos fundamentais e sociais não é a esgotamento de uma determinada verba, mas a escolha política inconveniente, que afastou a tutela de determinado direito. (GALDINO, 2002, p. 214).

Assim, como já expressado, para afirmar a possibilidade de reserva do possível, deve considerar o princípio da proporcionalidade quanto aos direitos fundamentais sociais e individuais do cidadão.

A partir desta ideia, pode-se asseverar que a reserva do possível não é argumento absoluto para justificar a restrição aos direitos fundamentais sociais. Ela se sujeita aos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesta linha de raciocínio, Ana Carolina Lopes Olsen, alega que:

Assim, a reserva do possível de um lado se relaciona com a proibição do exagero infundado na luta pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, de modo que não se pode exigir do Estado e da sociedade algo fora dos padrões do razoável, do adequado, do necessário e do estritamente proporcional. (OLSEN, 2008, p. 213).

Vale também observar a posição acastelada por Serio Moro:

Na interpretação de algumas dessas normas, especialmente das que veiculam direitos a prestações materiais, como o direito à educação ou à saúde, o juiz deve agir com redobrada cautela. Ele não pode desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto. Por outro lado, o atendimento de determinada pretensão a prestações materiais pode esvaziar outras. Nessas hipóteses, pode-se falar no limite da “reserva do possível” como faceta especial da reserva de consistência. Não se trata de barreira intransponível. O Judiciário, obviamente, não pode tornar viável o inviável. No entanto, aqui é necessário distinguir o viável do inviável. Não sem dificuldades e mediante recursos a dados empíricos, é possível verificar quais prestações materiais podem ser atendidas, e em que grau. (MORO, 2004, p. 224).

Com base nestes ensinamentos, podemos afirmar que para aplicação da reserva do possível, alegação de insuficiência orçamentária, deve-se fazer valer da ponderação da proporcionalidade e razoabilidade, traçando um paralelo acerca do direito social individual tutelado pelo cidadão e a margem de prejuízo e interferência que o alcance deste direito poderia gerar para os demais.

4 GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Mínimo existencial são as necessidades básicas, mínimas, para o ser humano sobreviver. É dever do Estado garantir ao menos o mínimo existencial de cada cidadão.

Uma forma de elucidar a ideia do mínimo existencial é dizer, que o Estado não é obrigado a dar uma casa de luxo para cada pessoa, porém, tem a obrigação em garantir no mínimo de moradia para os cidadãos, sendo através de programas de incentivo a construção da casa própria, conjuntos habitacionais e programas sociais para ajudar.

O professor Ricardo Lobo Torres, define o mínimo existencial expondo: “Sem o mínimo necessário a existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo”. (TORRES, 2003, p. 26).

Ainda sobre o tema, Ana Paula de Barcellos disserta:

O mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso a justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece a eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direitos subjetivo exigível diante do Poder Judiciário. (BARCELLOS, 2002, p. 258).

Ana Paula de Barcellos, afirma que os recursos públicos disponíveis deverão ser destinados primeiramente aos fins considerados essenciais pela Lei Maior, bem como de seus objetivos fundamentais, sendo indispensável identificar as prioridades apontadas pela nossa Constituição. (BARCELLOS, 2003, p. 47).

Ou seja, o Estado deve se planejar, para garantir primeiro os direitos essenciais da população, como moradia, saúde, educação, para tão somente depois, investir em demais necessidades. É a aplicação do mínimo existencial garantindo os direitos fundamentais sociais e individuais do cidadão, na organização orçamentária do país. A dignidade da pessoa humana é o valor fundamental da

República Federativa do Brasil, a autora leciona que os direitos prestacionais que representam o núcleo deste princípio, deverão possuir preferência na destinação dos recursos públicos. Esse núcleo, chamado de “mínimo existencial” deverá ser concretizado pelo Estado para respeito e plenitude de uma existência digna.

Os direitos que não compõem esse núcleo material da dignidade humana ficam sujeitos aos recursos públicos remanescentes e dependem de deliberações políticas a seu favor. (PESSANHA, 2006, p. 316).

Diante todo exposto, reforça-se a idéia de que primeiramente deve-se aplicar os recursos para garantir o mínimo de dignidade do ser humano (mínimo existencial) e o restante dos recursos orçamentários, planejar-se para aplicar nas demais necessidades. Frisa-se primeiramente se deve garantir o mínimo de dignidade para sobrevivência das pessoas.

5 ANÁLISE DA RESERVA DO POSSÍVEL NO JUDICIÁRIO

5.1 Análise de Decisões dos Tribunais Regionais

A teoria da reserva do possível é alegada em todos os âmbitos jurisdicionais por parte do Estado.

Nos julgamentos atuais observa-se que os entes Estatais banalizam a teoria supramencionada. Utilizam-na como uma forma de procrastinar a eficácia da justiça.

Todo e qualquer processo em que se tem como partes um cidadão e o Estado, os responsáveis por representar o ente público, no judiciário utilizam da reserva do possível como um “desafogo” judicial, ou seja, não possuindo defesa judiciária alega-se que tal demanda não estava previsto no orçamento e, portanto, o Estado não pode arcar. Caso financia-se o pleiteado, estaria prejudicando os demais cidadãos. De forma simples, isto é o entendimento majoritário dos procuradores que representam os entes estatais no judiciário.

Vejamos então para elucidar o dito, jurisprudências em que há utilização da reserva do possível em diversas causas de pedir.

Neste caso, uma servidora pública, auxiliar geral de hospital, pleiteou seu direito social constitucional a salários referentes a gratificações natalinas, décimos terceiros, e o município de Carira-SE, no caso, negou-se a pagar e como forma de justificar, suscitou a questão de não possuir verbas orçamentárias previstas para o pagamento desta funcionária, ou seja, Reserva do possível. Foi condenada ao pagamento em primeira instância, e aduziu novamente a reserva do possível, tentando se esquivar de sua obrigação.

A Nobre Desembargadora do Tribunal de Justiça de Sergipe, Marilza Maynard Salgado de Carvalho, apelação cível 4708/2012, processo 2012211488, proferiu o acórdão de número 20128726 nos termos seguintes, afastando a defesa alegada pelo Ente Estatal:

EMENTA:

Administrativo e Processual Civil - Ação de Cobrança - Servidor municipal - Gratificação natalina devida - Alegação do princípio da reserva do possível - Inaplicabilidade. I - Uma vez comprovada a relação entre as partes, não logrando o município desconstituí-la, faz jus a apelada ao recebimento dos valores correspondentes às gratificações natalinas inadimplidas, por serem tais verbas direitos trabalhistas previstos constitucionalmente; II - Não basta a mera alegação de inexistência de recursos, impondo-se a efetiva comprovação da sua ausência, também denominada exaustão orçamentária, para que se possa aplicar a teoria da reserva do possível, sob pena de caracterizar o enriquecimento ilícito; III - Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os integrantes do Grupo III, da Segunda Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por unanimidade, conhecer do recurso, mas para lhe negar provimento, em conformidade com o relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (Fonte: www.tj.se.gov.br).

Também julgou os Excelentíssimos Doutos Desembargadores Franklin Nogueira e Regina Capistrano, nos autos de Apelação/Reexame Necessário número 9000947-52.2011.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUIZO EX OFFICIO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, em um caso que o Estado tentava esvair de sua obrigação em garantir direitos fundamentais, em particular o da saúde, fornecendo medicamentos para um cidadão, através da teoria da Reserva do Possível, ou seja, alegar que não estava previsto o gasto com aquele determinado medicamento podendo prejudicar os demais cidadãos caso fosse obrigado a “gastar” certa verba sem estar prevista no planejamento orçamentário.

Vejamos digníssimo acórdão, ementa e voto proferido pelo desembargador onde afastou a tese de reserva do possível frente ao direito fundamental da vida:

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação / Reexame Necessário

nº 9000947-52.2011.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUIZO EX OFFICIO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos.

V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FRANKLIN NOGUEIRA (Presidente) e REGINA CAPISTRANO. São Paulo, 7 de agosto de 2012

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Fornecimento de medicamentos – Competência concorrente da União, Estados e Municípios para cuidar da saúde pública –

Obrigatoriedade de fornecer medicamentos e/ou insumos e tratamentos à população, de forma regular e constante, nos termos da prescrição médica, independentemente de eventuais óbices orçamentários, de listas oficiais por ele elaboradas ou de questionamento referente à hipossuficiência econômica – Princípio da reserva do possível inoponível em relação ao direito à vida e à saúde – Artigos 196 da Constituição Federal e artigos 219, 220 e 223 da Constituição Estadual – Sentença mantida – Recursos não providos. (fonte: www.tjsp.gov.br).

Em contrapartida da banalização da teoria da reserva do possível por parte do Estado, os Desembargadores de segundo grau se posicionam corretamente em ponderar a capacidade orçamentária dos Entes Estatais, com o direito e necessidade da população a saúde e salário.

Como exemplo jurisprudências trazidas para este tópico, para garantir a dignidade humana de cada cidadão.

Em caso semelhante o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manifestou-se sobre a tentativa de aplicação da tese de reserva do possível por parte do Estado:

Apelação Cível - Mandado de Segurança Administrativo Saúde Medicamento – Fornecimento pelo Estado - Impetrante, idosa, portadora de “diabetes”, que necessita de “insulina novomix”. Inadmissível a recusa – Direito à saúde garantido pela Constituição Federal (artigo 196) - Ilegitimidade de parte rejeitada - Segurança concedida. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. (APELAÇÃO nº 0006579-39.2010.8.26.0575, 3º Cam, Rel. Des. Amorim Cantuaria, Julg. 06/09/2011). (fonte: www.tjsp.gov.br).

No caso apresentado, o Poder Público negou o fornecimento do medicamento, sob o fundamento de que o insumo não era padronizado pela rede municipal de saúde, bem como inexistia programas que viabilizassem o fornecimento deste medicamento, que não possuía condições de arcar com os custos já que não estava previsto no ordenamento jurídico.

No entanto, este argumento não foi capaz de afastar a obrigação estatal de garantir a prestação positiva, consistente na entrega do medicamento pleiteado pelo cidadão.

Ademais, pertinente se faz a transcrição do fundamento do acórdão nos autos da Apelação nº 0002720- 87.2009.8.26.0142, da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgado em 30/08/2011:

Importante considerar, também, que a responsabilidade pelo tratamento da saúde das pessoas é dos médicos, profissionais formados por Escolas cuja criação foi permitida pelo Poder Público, que as também as fiscaliza. Não se pode, pois, desqualificar a prescrição de medicamentos por médicos regularmente inscritos em seu órgão de representação, pois a eles compete estabelecer o que se mostra mais adequado ao paciente, independentemente de pertencer à Saúde Pública ou Privada. Finalmente, não há necessidade de estar o medicamento objetivado padronizado pelo Ministério da Saúde. Importa, isso sim, é que foi indicado por médico que atende o paciente, ao qual compete a prescrição do medicamento que entende melhor adequado ao restauo de sua saúde. Não se fale que o acolhimento da pretensão implicaria em ingerência indevida de um Poder na esfera de atuação de outro. O Judiciário nada mais faz, com o acolhimento da pretensão, que garantir um direito constitucionalmente assegurado a autora, o direito à saúde, que compreende o fornecimento de medicamentos àqueles sem condições econômicas de adquiri-los. (fonte: www.tjsp.gov.br)

Assim, mostrando novamente que a ausência de padronização do medicamento, a falta de planejamento do Estado para arcar com o direito de um único cidadão, suscitando a ideia de reserva do possível, novamente não legitimou a negativa do Poder Público no fornecimento do remédio pleiteado.

Pode-se analisar e levantar neste aspecto novamente a má administração do dinheiro público, onde são gastos enormes volumes de dinheiro com viagens, reforma de prédios do governo, aumento de salários para vereadores e por outro lado, o município não poderia despender de seu orçamento sem que prejudicasse a grande maioria da população caso fosse mantido o fornecimento de tratamentos médicos para um cidadão garantir a dignidade da vida, justificando a forma que os Tribunais se posicionam.

Para ser aplicada a reserva do possível em nosso país, deveriam os administradores públicos e executivos utilizar de maior rigidez quanto a forma de governar o dinheiro público. Deveriam ser exemplos de administração.

Infelizmente o conformismo social e a forma como evolui a sociedade brasileira, nos leva a idéia de que a tese da reserva do possível somente será aplicada corretamente em um momento futuro, diga-se indeterminado.

5.2 Análise de Decisões do Superior Tribunal de Justiça

Como já dito anteriormente teoria da reserva do possível é a principal tese de defesa utilizada pelo Estado no judiciário brasileiro, independente do grau de jurisdição.

Analisando-se as decisões do Superior Tribunal de Justiça, não poderia se deparar com uma realidade diferente das outras instâncias, ou seja, o Estado alegando a falta de orçamento como justificativa em não arcar com suas obrigações e deveres.

A segunda turma do Superior Tribunal de Justiça, julgou o RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.474 - SC (2010/0048628-4), tendo relator o Excelentíssimo Ministro Humberto Martins, onde o município de Criciúma recorreu a decisão que obrigava a implementar creches para crianças e então garantir acesso a educação, direito fundamental social garantido pela Constituição.

Neste julgado, conclui-se o transcorrido até agora neste presente estudo, a alegação genérica, leviana e corriqueira de que o Estado não possui verbas, alegando a teoria da reserva do possível, sem se provar cabalmente a esta insuficiência, não é suficiente para deixar de prestar suas obrigações. Vejamos a ementa e acórdão da decisão supracitada:

EMENTA:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, Documento: 9568774 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 29/04/2010 Página 1 de 4 Superior Tribunal de Justiça a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a

democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.

7. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.

8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstracto, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em Documento: 9568774 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 29/04/2010 Página 2 de 4 Superior Tribunal de Justiça condições precárias.

9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei n. 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76.

10. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos

direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009.

Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), com a ressalva do ponto de vista da Sra. Ministra Eliana Calmon." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Documento: 9568774 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 29/04/2010 Página 3 de 4 Superior Tribunal de Justiça Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de abril de 2010 (Data do Julgamento) MINISTRO HUMBERTO MARTINS – Relator. (Fonte: www.stj.jus.br).

Esta decisão é clara, sensata e reflete a atual situação de nossa cultura, principalmente por parte dos administradores dos Entes Estatais, quanto a possibilidade de se aplicar a teoria da reserva do possível em confronto com os direitos sociais fundamentais garantidos na constituição.

Neste julgado, claramente reflete o posicionamento dos Ministros Julgadores do Superior Tribunal de Justiça quanto a alegação de reserva do possível e o direito dos cidadãos. Sem se provar cabalmente que a verba esta sendo aplicada corretamente, e caso de despenda de novos valores para garantir o direito de uma minoria, a maioria sofrerá brutalmente quanto a seus direitos. O que de fato não ocorre, como já estudado, a administração pública e seus programas de assistência social, que são os meios do Estado garantir os direitos sociais fundamentais, são falhos e ineficientes para sociedade.

A garantia dos direitos sociais fundamentais, mais uma vez é assegurada pelas mentes brilhantes, corretas e imparciais dos nobres julgadores do judiciário brasileiro.

5.3 Análise das decisões do Supremo Tribunal Federal

Supremo Tribunal Federal se posiciona no mesmo sentido dos Tribunais Estaduais, ou seja, não acatam a defesa da reserva do possível alegada pelos Entes públicos. Neste cenário, cite-se, a decisão do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (Pet. 1.246-SC):

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que e qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. (Fonte: www.stf.jus.br).

A supra jurisprudência, pode-se extrair que o direito fundamental social à saúde deve prevalecer sobre o interesse financeiro: no caso, os recursos financeiros do Poder Público. Neste sentido se posiciona os Ministros Julgadores do Supremo Tribunal Federal.

Importante, ainda, advertir que a ausência de recursos por parte do Estado não pode ser utilizada de forma retórica, isto é, sem fundamentação e provas: não basta apenas afirmar que o Poder Público não tem recursos para atender às necessidades de seus cidadãos.

No mesmo sentido, cite-se o seguinte fragmento textual extraído da ADPF nº 45, Rel. Min. Celso de Mello, nos termos seguintes:

[...]

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico- financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Fica evidenciado, portanto, que a cláusula da "reserva do possível"

Ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de eximir-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, mormente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (Fonte: www.stf.jus.br)

Dessa forma, apresenta-se a teoria da reserva do possível como um contrapeso utilizado em decisões tanto administrativo como judiciais, que visem uma prestação material, devendo a decisão ser tomada mediante a ponderação dos

interesses e disponibilidade financeira em questão; não cabendo o uso da reserva do possível apenas de apoio ao Poder Público na omissão social, não querendo ser paradoxo em repetir, porém, na ideia de evidenciar novamente que os posicionamentos dos nobres Julgadores do Supremo Tribunal Federal reflète a ideia de que o país não está preparado para aplicar a teoria da reserva do possível.

Não desqualificam a teoria magnífica da reserva do possível, apenas elucidam a ideia de que o simples fato de alegar a não previsão orçamentária como justificativa de não prestar determinada função pública a um cidadão, não é plausível de aceitação, ainda (frisa-se) em nosso país.

CONCLUSÃO

Os direitos sociais surgiram oriundos das crises sociais geradas pelas guerras no mundo inteiro, são os direitos necessários para amparar seres humanos que necessitam de programas e ações públicas estatais garantindo mínimo de dignidade e sobrevivência.

No Brasil os direitos sociais tiveram seus primeiros indícios em meados dos anos de 1824, decorrente das declarações de direito que surgiram junto com a Revolução Francesa.

O marco histórico dos direitos sociais, se dá pela constituição de 1988, onde os direitos sociais ganharam força no ordenamento jurídico brasileiro, e hoje, exige-se do Estado uma prestação de serviço no mínimo considerável em garantir os direitos sociais fundamentais de cada cidadão.

Direitos sociais são considerados direitos fundamentais de segunda geração.

Os Direitos Fundamentais são pilares básicos para formação da sociedade, ou seja, o Direito imutável presente na constituição federal que garante e protege os direitos essenciais dos cidadãos, proporcionando a inclusão social para todas as pessoas, sendo estes direitos os norteadores do ordenamento jurídico.

Direito fundamental está previsto na constituição e no ordenamento jurídico. Um direito essencial que não pode ser desrespeitado, suspenso ou alterado pelo legislador ou qualquer pessoa. Sua função segundo ensinamentos estudados, se divide em função de proteção perante a terceiros, função de defesa, função de prestação social, função de não discriminação e a garantia ao direito de participação.

Os titulares dos direitos fundamentais, bem como direitos sociais e individuais, são todos aqueles residentes no Brasil e a quem está de passagem (turistas), para brasileiros natos e naturalizados, ou seja, para todos aqueles que estão ao alcance da lei nacional.

Pode-se dividir os Direitos Fundamentais em dimensões, sendo elas subjetiva e objetiva. Dimensão objetiva, seu atributo é estar ligada diretamente a essência da sociedade, os pilares necessários para estabilizar a convivência das

peças, bem como respeitar a dignidade da pessoa humana. Dimensão subjetiva tem como principal aspecto o anseio da vontade, sendo utensílios para efetivação de interesses individuais que integram a autonomia pessoal, isto permite que cada qual decida sua pretensão em exercitar ou renunciar seus direitos. Esta é a teoria clássica. Vislumbra como forma de proteção do indivíduo contra a intervenção estatal em seus direitos e liberdades.

Restringir direitos fundamentais surge da ideia do Estado intervir no âmbito de garantia dos Direitos Fundamentais com a finalidade de evitar prejuízo maior aos demais direitos, para isto, então, o Estado proíbe, desautoriza a conduta garantida constitucionalmente pelos direitos fundamentais.

Permite-se o Estado intervir no âmbito de aplicação dos Direitos Fundamentais, restringindo-os, limitando-os, desde que seja por bem de uma causa maior, ou seja, para manter a ordem pública dos demais direitos.

A restrição dos direitos fundamentais se dá com base nas teorias interna e externa e também na regra da proporcionalidade quando se depara com um conflito de direitos e princípios.

No Brasil a forma de aplicação das restrições aos direitos fundamentais, se dá através dos princípios da proporcionalidade, ponderação e razoabilidade, em conflitos de direitos fundamentais, é possível restringir aquele que poderá ocasionar desordem ou confusão da sociedade.

Uma forma de se restringir direitos fundamentais se dá através da aplicação da teoria da reserva do possível.

A teoria da reserva do possível consiste na alegação por parte do Estado em não cumprir seus deveres sociais junto ao cidadão devido não possuir recursos orçamentários suficientes para arcar com o que determina a constituição federal em relação aos Direitos sociais e individuais. O surgimento desta teoria se deve ao Direito Alemão, através de um caso onde um estudante pleiteia junto ao judiciário a autorização para o ingresso a uma instituição de ensino público.

Trata-se de uma grande problemática atual da sociedade brasileira, qual seja, a escassez de verba orçamentária para garantir todos direitos fundamentais a todos cidadãos, pois para o Estado garantir o direito de determinada pessoa, colocará em risco a grande maioria da sociedade, devido os recursos orçamentários serem limitados e previamente aplicados nas necessidades da maioria.

Vislumbra-se aplicação da reserva do possível como restrição aos direitos fundamentais, em casos em que o Governo através de programas Sociais forneça serviço igual ou semelhante ao pleiteado, então, ponderando através do princípio da proporcionalidade, se de alguma forma o Estado garantir mesmo que de outra maneira o mesmo efeito do direito fundamental pleiteado, pode ser aplicado a teoria, tendo em vista que se despender da verba poderá prejudicar a maioria da sociedade em outros determinados serviços públicos.

O grande problema para acatar a teoria da reserva do possível, restringindo os direitos fundamentais, se dá pela má administração e corrupção dos administradores de nosso país.

No Brasil a reserva do possível está atrelada junto a disponibilidade dos recursos públicos e o custo dos direitos sociais e individuais.

Através de análises jurisprudenciais, concluiu-se que os julgadores preocupam principalmente em garantir o direito social e individual do cidadão, isto decorre da má administração pública e eficácia das obrigações do Estado.

O judiciário atua em conjunto com o Legislativo e executivo para garantir o mínimo existencial de cada cidadão.

Mínimo existencial é a garantia que o Estado tem de possibilitar o mínimo de dignidade na sobrevivência de cada ser humano em sociedade.

A alegação de reserva do possível é limitada pela função que o Estado presta junto a sociedade e pelo mínimo existencial garantido a cada cidadão.

Como dito, a principal forma para aplicar ou não a reserva do possível é através da aplicação do princípio da proporcionalidade entre a obrigação do Estado, o direito fundamental garantido, o mínimo existencial para cada ser humano em paralelo a escassez de verba pública em garantir todos os direitos pleiteados sem que prejudique os demais membros da sociedade.

Infelizmente no Brasil, quase nunca é possível aplicar a teoria da reserva do possível, pois, diferentemente da Alemanha, berço da teoria, onde a administração pública é correta e rígida quanto a aplicação de recursos e corrupção dos membros do governo. No Brasil os administradores por várias vezes aplicam de forma errônea a verba orçamentária numa forma antagônica a possibilidade de alegar falta de recursos como escusa em garantir os direitos constitucionalmente previsto na constituição federal, bem como garantir o mínimo de dignidade de vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁCORDÃO. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=6093569>> Acessado em 09 de agosto de 2012.

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

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional.** 13ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro: Editora, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Educação, constituição, democracia e recursos públicos.** Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. 12, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** de 5 de outubro de 1988. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Almedina – Pt: Coimbra, 2003.

GALDINO, Flávio. **O custo dos direitos.** In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Legitimação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde**: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. BDJur, Biblioteca digital do Superior Tribunal de Justiça. 2008 Mar. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16694>>. Acesso em: 10 agosto. 2012.

GOTTEMS, Claudinei J. **Direitos Fundamentais da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira**. São Paulo: Boreal, 2008.

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

KELLER, Arno Arnaldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Fabris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais**: os desafios do poder judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEDUR, José Felipe. Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa, leciona acerca da possibilidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível**: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Público, 2007.

MAYER, Dayse de Vasconcelos. Os acontecimentos de 11 de setembro de 2001 e sua projeção sobre os direitos fundamentais: A prevalência sobre o valor liberdade ou um retrocesso em matéria de direitos fundamentais? **In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Lisboa XLIII – nº 2, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudo de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Pesquisa de Jurisprudência. **Acórdão**. Disponível em:
<www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=m%EDnimo+existencial&base=baseAcordaos> Acesso em 12 de maio de 2011.

PESSANHA, Érica. A Eficácia dos Direitos Sociais Prestacionais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, N° 8, Junho de 2006.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais**: teoria geral. Almedina – Pt: Coimbra, 2002.

REVISTA ELETRONICA DE JURISPRUDENCIA. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000486284&data=29/4/2010> Acessado em 12 de agosto de 2012.

RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. **Casebook Verfassungsrecht**. 3. ed. Munchen: C. H. Beck, 1966.

SALLES, Marcos. **Ponderação feita no primeiro dia de audiência de Saúde Pública pelo STF**. 2009. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr> > Acesso em: 13 ago 2012.

SARLET Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TJSE - **APELAÇÃO CÍVEL**: AC 2012211488 SE.
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21917450/apelacao-civel-ac-2012211488-se-tjse/inteiro-teor>. Aceso em 09 de agosto de 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial**. In SARLET, Ingo Wolfgang. (organizador). **Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os direitos humanos e a tributação, imunidades e isonomia**. 2ª Ed. 3. vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.