

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

LUIS FERNANDO PESSOA COSTA DE MORAES

**A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA APLICAÇÃO NAS POLÍTICAS
PÚBLICAS**

São Luís

2017

LUIS FERNANDO PESSOA COSTA DE MORAES

**A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA APLICAÇÃO NAS POLÍTICAS
PÚBLICAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão como
requisito para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Professora Maria da Conceição
Meirelles Mendes.

São Luís

2017

LUIS FERNANDO PESSOA COSTA DE MORAES

**A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA APLICAÇÃO NAS POLÍTICAS
PÚBLICAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em / /

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Professora Maria da Conceição Meirelles Mendes

Examinador 1

Examinador 2

À minha família e meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ilimitadamente a Deus, por mais uma etapa conquistada, por me dar força e coragem para seguir minhas metas e nunca desistir, e ainda, por abrir oportunidades que me trouxeram crescimento.

A minha mãe Maria do Socorro e meu pai Fernando Moraes, pelo grande exemplo de dedicação e caráter que sempre levarei como referência em minha vida.

A minha irmã Naira ao incentivo nas horas de dificuldades e aos momentos de cumplicidade que partilhamos.

A professora orientadora Maria da Conceição Meirelles Mendes, pela presteza no auxílio e acompanhamento deste trabalho.

“Somos o que repetidamente fazemos. A excelência, portanto, não é um feito, mas um hábito”.

Aristóteles

RESUMO

No presente trabalho abordou-se a teoria da reserva do possível e sua aplicação nas políticas públicas. Dessa forma, diante do caso específico da reserva do possível que busca antes de tudo a efetividade dos direitos fundamentais, o presente estudo objetiva identificar as principais correntes de pensamento e seus respectivos argumentos quanto ao conteúdo dos direitos sociais, as limitações orçamentárias de sua implementação e a legitimidade do Judiciário, com o fim de estimular o debate deste tema tão relevante e complexo, bem como esclarecer determinados conceitos que suscitam dúvidas no meio jurídico. Para o desenvolvimento do estudo, adotou-se o método de abordagem indutivo. Além disso, como método de procedimento se aplicou o monográfico. Ao longo do trabalho analisa-se a teoria da Reserva do Possível, sob a perspectiva da sua origem, conceito e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, o exame ocorre de forma a comprovar cada um dos institutos, assim como a sua relação, a fim de constatar em que ponto a realização dos direitos sociais encontram obstáculo na teoria da reserva do possível. Por fim, os resultados apresentados evidenciam que os direitos fundamentais são de grande valor no ordenamento jurídico, visando assim, a perpetuidade de suas garantias sem que haja prejuízo algum ao direito social com o mínimo existencial sustentado pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Mínimo Existencial. Políticas Públicas. Reserva do Possível.

ABSTRACT

In the present work the theory of the reserve of the possible and its application in the public policies was approached. Thus, in view of the specific case of the reserve of the possible that seeks above all the effectiveness of fundamental rights, the present study aims to identify the main currents of thought and their respective arguments regarding the content of social rights, the budgetary limitations of its implementation and the legitimacy of the Judiciary, in order to stimulate the debate on this very relevant and complex issue, as well as to clarify certain concepts that raise doubts in the legal environment. For the development of the study, the inductive approach method was adopted. In addition, as a method of procedure the monographic was applied. Throughout the paper the theory of the Reserve of Possible is analyzed, considering its origin, concept and application in the Brazilian legal system. In order to do so, the assessment takes place in order to show each of the institutes, as well as their relation, in order to verify at what point the realization of social rights finds obstacles in the theory of the reserve of the possible. Finally, the results presented show that fundamental rights are of great value in the legal system, aiming at the perpetuity of their guarantees without any prejudice to social law with the minimum existential sustained by the Federal Constitution.

Keywords: Minimum Existence. Public policy. Reservation of Possible.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL	11
2.1	Traçando conceitos sobre reserva do possível	11
2.2	Aspectos relevantes da origem e fundamentos da reserva do possível	12
2.3	Características da reserva do possível e o mínimo existencial	17
3	POLÍTICAS PÚBLICAS E A RESERVA DO POSSÍVEL	22
3.1	As políticas públicas na Constituição Federal de 1988	22
4	CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	28
4.1	Posição jurisprudencial	28
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
	REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

A noção de reserva do possível é comumente ligada à argumentação de insuficiência de recursos exposta pelo Estado como meio de se isentar da execução de seus compromissos no âmbito dos direitos sociais. Dessa forma, existem muitas críticas em relação a aplicação sem restrição dessa teoria, defendendo a probabilidade de interferência nas opções orçamentárias e determinação ao Poder Público de determinadas prestações, principalmente aquelas que tem relação ao mínimo existencial.

Deste modo, a Reserva do Possível começou a ser empregada como fundamento para omissão do poder estatal na efetivação das políticas públicas, uma intensa alegação do Estado para não desempenhar com a função que a própria Constituição lhe atribuiu, qual seja aquele que fornece o necessário para suprir as necessidades da comunidade, retratado pelos direitos fundamentais estabelecidos no referido instituto. No entanto, a teoria da reserva do possível precisa ser aplicada conforme os princípios da proporcionalidade e razoabilidade entre a política pública implementada e a realidade das finanças do Estado.

De outro modo, para seu uso como delimitadora de um direito constitucional, torna-se indispensável um interesse detalhado que explique o não acolhimento das necessidades fundamentais dos seres humanos.

A finalidade dos direitos tem numerosos valores de caráter econômico e, nesse sentido, é imprescindível distinguir a Teoria da Reserva do Financeiramente Possível. Embora fala-se na materialização processual dos direitos fundamentais, cujo fundamento ganha relevância porquanto existe vigorosa compreensão na sociedade, acerca dos direitos de segunda geração (econômicos, sociais e culturais) evidenciando que estes são dispendiosos. Conforme a teoria da Reserva do Possível, o cumprimento dos direitos fundamentais, em particular os sociais seriam condicionados às probabilidades financeiras dos cofres públicos. Diante de tal cenário, onde não há recursos acessíveis que possam prover todas as questões sociais existentes, como eleger as necessárias políticas públicas a serem perseguidas? De quem é a competência para implementação de tais direitos?

Analisar as questões envolvidas na concretização dos direitos sociais é tarefa de primordial importância aos estudiosos de diversos ramos do direito, em especial do Direito Constitucional. Assim, o interesse por este tema decorre das observações do cotidiano onde se percebe o imenso desrespeito as necessidades fundamentais dos seres humanos como saúde e educação.

O objetivo deste trabalho é identificar as principais correntes de pensamento e seus respectivos argumentos quanto ao conteúdo dos direitos sociais, as limitações orçamentárias de sua implementação e a legitimidade do Judiciário, com o fim de estimular o debate deste tema tão relevante e complexo, bem como esclarecer determinados conceitos que suscitam dúvidas no meio jurídico.

Quanto à metodologia, o presente trabalho faz a opção pelo método indutivo. Esta opção se justifica porque o método escolhido permite a constatação de hipóteses. As técnicas básicas de pesquisa foram a bibliográfica e a documental. Far-se-á o uso da pesquisa bibliográfica pelo fato de esta se desenvolver desde livros, artigos científicos e demais formas de documentação, instrumentos essenciais ao objeto de estudo em questão. Por fim, a pesquisa documental é uma vertente específica da pesquisa bibliográfica, consistente no estudo de documentos pertinentes, como leis, repertório de jurisprudência, sentenças e acórdãos.

Nesta perspectiva, este estudo está organizado de maneira a demonstrar e detalhar o tema em questão e divide-se em cinco capítulos:

Inicialmente faz-se uma breve introdução destacando os objetivos e a metodologia deste trabalho.

No segundo capítulo serão abordadas questões referentes ao conceito, a origem e os fundamentos da teoria da reserva do possível, enfatizando suas características estabelecendo sua relação com o mínimo existencial.

No terceiro capítulo, será analisado as políticas públicas com uma abordagem na Constituição Federal considerando sua importância na regulamentação dos direitos da sociedade.

O capítulo quatro abordará o controle das políticas públicas, a partir da análise do atual posicionamento jurisprudencial no sistema jurídico. Por fim apresenta-se as considerações finais.

2 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: origem e fundamentos

A Reserva do Possível conforme o que lhe atribui a Constituição Federal de ser provedora das necessidades humanas, segundo Sarmento (2008, p.570) deve ser manifesta como o entrelaçar da efetivação dos direitos sociais face à precaução da universalidade das prestações estabelecidas, sem ignorar os recursos financeiros disponíveis.

2.1 Traçando conceitos sobre reserva do possível

Não existe conformidade na doutrina acerca do conceito da reserva do possível, considerando que alguns a entendem conforme Olsen (2006, p.209) “como elemento interno de restrição à efetividade do direito e outros a consideram elemento externo de restrição”.

Nesse sentido, Galdino (2011) analisa a reserva do possível como complementar dos direitos fundamentais, no grau em que avalia a insuficiência de recursos financeiros não como um elemento de restrição à aplicação do direito fundamental, mas como uma determinante da adequada existência do direito. Assim esclarece o autor:

Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita (GALDINO, 2011, p118).

Nessa mesma perspectiva percebem Amaral e Melo (2008, p.101), para os quais “a escassez faz parte da definição, da delimitação em concreto do próprio direito”, de forma que, prosseguem, “a chamada reserva do possível é elemento integrante”.

Entretanto, Sarlet e Figueiredo (2008) divergem do posicionamento que ajusta a reserva do possível como elemento complementar dos direitos fundamentais, e apreendem que na verdade é uma abordagem de qualidade de alcance jurídico e fático dos direitos fundamentais, porém que, em determinadas ocorrências, pode ainda importar uma garantia destes direitos. Logo, é interessante a explanação dos autores:

Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constituiu, em verdade (considerada

toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.22).

Observa-se do exposto que a teoria da reserva do possível, portanto, não se reporta direta e exclusivamente à perspectiva de haver recursos materiais satisfatórios para a consolidação do direito social, mas à razoabilidade da vontade deduzida visando sua efetivação.

Sarlet (2015, p.358), assim a conceitua “a reserva do possível constitui em verdade, espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstancias como garantia dos direitos fundamentais [...]”.

Diferentemente, Olsen (2011, p.207) a entende conforme “uma teoria, na qual a realização fática dos serviços públicos estatais está relacionada com a disponibilidade de recursos previstos nos orçamentos públicos”. E mais adiante complementa “a reserva do possível implica a necessidade de se averiguar a existência dos recursos necessários à efetivação de um determinado direito fundamental quando da demanda, em juízo por sua exigibilidade.”

Na realidade, a importância econômica dos direitos fundamentais em relação às prestações materiais pelo Estado, é evidente, tendo em vista que a carência de recursos pode afetar a concretização das políticas públicas.

Outrossim, não se pode deixar de fazer referência ao fato de que regras e princípios não são sinônimos, tendo em vista o que assegura Alexi (2011, p. 89) “as regras não têm a dimensão do peso ou a importância que possuem os princípios” enquanto os princípios são normas que dispõem que algo seja efetivado no maior alcance possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

2.2 Aspectos relevantes da origem e fundamentos da reserva do possível

Depreende-se nas citações de Sarlet (2012, p.29), que a constituição da Teoria da Reserva do Possível originou-se na Alemanha, especialmente desde os anos 1970. À época surgiu uma contestação que ao chegar a Corte Constitucional Alemã esta pronunciou rápida

deliberação que assinalou o emprego da Teoria da Reserva do Possível, manifesta como “o caso *numerus clausus*, dado que tratava da limitação do número de vagas nas universidades públicas alemãs”.

Na espécie sob deliberação judicial, conforme Mânica (2010, p.169),

[...] a Corte alemã pronunciou determinação em demanda judicial ajuizada por estudantes que não haviam sido aceitos em universidades de medicina de Hamburgo e Munique, em razão da política de limitação de vagas em cursos superiores imposta pela Alemanha na época. A pretensão dos estudantes baseou-se no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã, segundo o qual todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação.

Para resolver a contestação, a Corte Constitucional entendeu, consagrando a teoria inovadora da Reserva do Possível, que o direito à prestação positiva, no caso o total de vagas nas universidades, achava-se condicionado a Reserva do Possível, consolidando a disposição de que o cidadão só obteria do Estado aquilo que de maneira razoável conseguissem esperar. Nesse sentido, Alexy (2011, p.39) explicita, “a decisão da Corte Alemã confrontou o tema abordando acerca da razoabilidade da pretensão requerida frente às necessidades da sociedade”.

Para Sarlet (2008, p.265), o Tribunal alemão percebeu que “[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.

Nesse sentido, Krell (2008, p.108), alerta que,

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

Ressalta-se, deste modo, que a Teoria da Reserva do Possível, em seu princípio, não tem relação excepcionalmente à existência de recursos materiais/financeiros regulares para a concretização dos direitos da sociedade, mas, sim, à razoabilidade da vontade sugerida mediante sua materialização.

Além disso, a Corte Alemã destruiu finalizando totalmente a ideia de que o Estado precisaria ser obrigado a proporcionar o número satisfatório de vagas nas universidades públicas que acolhesse por completo os estudantes.

No Brasil, segundo Sarlet (2008, p.267), a forma como foi concebida e admitida a teoria, ao ser adaptada à realidade pátria, modificou esse postulado em uma Teoria da Reserva do Financeiramente Possível, sendo apreciada como fronteira à “efetivação dos direitos fundamentais prestacionais”.

Nesse sentido, Krell (2008, p.109), elucida que a realidade dos direitos sociais materiais e prestacionais ficariam dependentes da reserva do que é razoável financeiramente ao Estado, embora se encaixem como direitos fundamentais subordinados das probabilidades financeiras dos cofres públicos.

A probabilidade financeira e o que está previsto no orçamento tornaram-se assuntos dessa alteração da teoria Alemã. Sarlet (2008, p.286) reforça essa posição, quando afirma que:

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito.

O autor também esclarece ainda que pode-se estender a ideia da Teoria da Reserva do Possível em dois momentos: um fático e outro jurídico. O fático faz referência quanto aos recursos financeiros serem suficientes à satisfação do direito prestacional, isto é, falta de recursos públicos face à carência dos serviços e bens exigidos; e o jurídico faz referência a existência de resolução orçamentária, por conseguinte legislativa, para o Estado gastar os relativos recursos. O Estado não pode transgredir as leis orçamentárias, deste modo, mesmo que haja recurso público, restringe-se às rubricas designadas a cada matéria.

Entretanto, como enfatizado anteriormente, essa teoria não incide unicamente na análise financeira da efetivação de um referido direito, mas também na razoabilidade da ação determinada ao Administrador. Adverte-se que, segundo a decisão do Tribunal Federal

Constitucional Alemão que a gerou, o pedido foi julgado incoerente não por motivo da carência de recursos, mas em consequência do critério da razoabilidade da prestação estabelecida do Estado.

Deste modo, o referido julgado entendeu que o pedido de reconhecer a compromisso de garantir o ingresso no Curso de Medicina na universidade de todo aquele que assim pretendesse, ainda que houvesse recursos para tanto, estava fora dos contornos do razoável. Cabe mencionar que estavam em debate o direito de liberdade de escolha da profissão e o livre acesso ao ensino superior.

Nessa perspectiva, a Reserva do Possível começou a ser empregada como comprovante para carência Estatal. Assim registra Barcellos (2009, p.237) ao considerar a natureza dos problemas “na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais”.

No entanto, o sentido fundamental da teoria da Reserva do Possível, da qual seguida na determinação alemã do *Numerus Clausus*, precisa ser entendida sob a perspectiva dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade mediante a vontade inferida, qual seja a realidade dos direitos prestacionais constitucionais, e as probabilidades financeiras do Estado.

Assim, a reserva do possível manifestada como carência de recursos, também nomeada reserva do financeiramente possível, assim sendo, tem competência de afastar a interferência do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais somente na hipótese de constatação de carência de recursos orçamentários suficientes para este fim.

Esta tendência da teoria da reserva do possível é importante e deve ser percebida com a finalidade de ligar o direito à economia, na acepção de que as necessidades, mesmo aquelas relativas aos direitos sociais, são infinitas e os recursos são insuficientes.

Essa máxima que fundamenta a ciência econômica deve ser levada em conta tanto na fixação das políticas públicas quanto na determinação judicial no caso concreto. Todavia, nesta última proposição, a escassez de recursos deve ser comprovada.

Sarmiento (2008, p.570), revelou que esta teoria seria “fruto de um Direito Constitucional equivocado”, fenômeno que em países como o Brasil, abundantemente as necessidades fundamentais da sociedade não são acolhidas de maneira satisfatória, o que prejudicaria o emprego da Reserva do Possível, cuja aplicação em países desenvolvidos não admite a noção do mínimo essencial.

Nessa questão específica, Sarmiento (2008, p.572) diverge de Krell, ponderando que o “alto índice de pobreza nos países em desenvolvimento exacerbaria a importância do emprego da teoria, considerando que a carência financeira e econômica torna subentendido a impossibilidade de efetivação simultâneo de todos os direitos sociais”.

Sarmiento (2008) ainda assegura que a Reserva do Possível na esfera jurídica deve ser manifesta como o entrelaçar da concretização dos direitos sociais face à razoabilidade da universalidade das prestações estabelecidas, sem ignorar os recursos financeiros aptos para seu uso.

Nos termos de Sarmiento (2008, p.575): “entendo que a reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos existentes”. E prossegue:

Por este critério, se, por exemplo, um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o Erário. A pergunta correta a ser feita é sobre a razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontram em situação similar à do autor (SARMENTO, 2008, p.572).

Assim, para Sarmiento (2008, p.574) a Reserva do Possível é tema de resguardo para o Estado, e como tal compete a ele o ônus da prova de suas argumentações, *in verbis*:

[...] não basta, portanto, que o Estado invoque genericamente a reserva do possível para opor à concessão judicial de prestações sociais – como, infelizmente, tem ocorrido na maior parte das ações nesta matéria. É preciso que ele produza prova suficiente desta alegação.

De tal modo, a Teoria da Reserva do Possível deve ser aplicada mediante os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ou seja, entre a realização dos direitos constitucionais, e as possibilidades financeiras do Estado.

Do exposto o que se compreende da Teoria da Reserva do Possível é que este é um tema importante na perspectiva do Estado, considerando que ao mesmo tempo em que tem a obrigação de assegurar através das políticas públicas os direitos sociais, de modo semelhante, fica subordinado a existência de meio e recursos financeiros nos cofres públicos para a concretização das despesas sobrevindas das questões sociais.

2.3 Características da reserva do possível e o mínimo existencial

A concepção de mínimo existencial é questão relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana, com previsão na Constituição como um dos embasamentos da ordem constitucional (art. 1º, III) e como um dos escopos da ordem econômica (art. 170, *caput*), na medida em que retrata, em linhas gerais, o mínimo indispensável para a vida humana digna (BRASIL, 2017).

Nesse contexto, Bitencourt Neto (2010, p.61) enfatiza que: “a absoluta preponderância dos direitos fundamentais, do valor da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial funda-se sobre a ideia constitucional de solidariedade social (sociedade livre, justa e solidária)”, o que expressa favorecer os indivíduos que não possuem recursos para custear o Estado, observando-se, deste modo, uma forma de cessão de renda e de combate às desigualdades sociais.

O conceito de mínimo existencial pode ser enunciado segundo Barroso (2011, p.118) como um, “[...] conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado”.

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, deverá, portanto, ter como norte central e inafastável a intangibilidade dos direitos componentes do mínimo existencial. O princípio da dignidade da pessoa humana está longe de ser alcançado segundo Barcellos (2009) ponderando que o Brasil possui tantas riquezas, mas a má gestão e a corrupção são causas que impedem a promoção do bem-estar do homem.

Barcellos (2009, p.118) completa:

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

Para Sarlett (2008, p.183) a ideia de mínimo existencial e dignidade da pessoa humana referem-se principalmente ao tema da realização dos direitos sociais, na medida em

que são empregados pela doutrina como norma para conferir o padrão mínimo desses direitos a serem sancionados pelo Estado.

Nesse contexto, as principais polêmicas constatadas sobre tema giram em torno da fixação do conceito e conteúdo do mínimo existencial, da sua afinidade com a subjetividade dos direitos sociais e da amplitude de seu amparo na ocorrência de conflito, especialmente com a reserva do possível, conforme se discorre neste tópico.

Assim a conceituação deste instituto é complexa e suscita diferentes posicionamentos doutrinários. Barcellos (2009, p.126) assegura que o mínimo existencial corresponderia a “um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo”.

Pelo exposto, percebe-se que a autora entende o mínimo existencial como um núcleo inflexível do princípio da dignidade da pessoa humana, no qual compreenderia um mínimo de quatro elementos de natureza prestacional: “a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça” (BARCELLOS, 2009, p.258).

Segundo Florenzano (2005, p.47), a noção de quais seriam as necessidades básicas de todo ser humano correspondentes ao mínimo existencial está na sua relação com o disposto no artigo 7º, IV, da Constituição Federal, que prevê um salário mínimo “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Na concepção de Krell (2008, p.63) “o referido 'padrão mínimo social' para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e à garantia de uma moradia [...]”.

Já para Sarlet e Figueiredo (2008, p.63) o teor do mínimo existencial não se equivoca com o “mínimo vital” ou “mínimo de sobrevivência”, na medida em que a garantia de sobrevivência física do homem não significa necessariamente a manutenção da vida em condições dignas, com qualidade. Ressaltam que é impossível estabelecer um elenco taxativo dos elementos nucleares do mínimo existencial, o que demanda uma análise à luz das necessidades de cada pessoa e seu núcleo familiar. Contudo, esclarecem que é possível inventariar um conjunto de conquistas já sedimentadas, que serviriam com um roteiro ao intérprete e aos órgãos vinculados à concretização do mínimo existencial.

Para Torres (2009, p.81), embora não esteja definido um conteúdo específico, “o problema do mínimo existencial confunde-se com a própria questão da pobreza”. Segundo

ele, “há que se distinguir entre pobreza absoluta, que deve ser obrigatoriamente combatida pelo Estado, e a pobreza relativa, ligada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias”.

O emprego da reserva do possível, para alguns autores, depara-se com limites quando se está em presença de direitos que dizem respeito ao mínimo existencial.

Torres (2008, p.82) continua sua dissertação acerca da proteção do mínimo existencial afirmando que este não se sujeita à reserva do possível, pois tais direitos se localizam nas garantias institucionais de liberdade, na composição dos serviços públicos fundamentais e na organização de estabelecimentos públicos. Nesse contexto, o autor infere que:

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

Observa-se que a busca por uma existência digna vai além da sobrevivência, exigindo-se que o mínimo existencial seja observado com condições materiais imprescindíveis para uma vida decente.

Barcellos (2009) assume uma atitude rígida diante do mínimo existencial. Na ótica da autora, o mínimo existencial constitui o conteúdo mais eficaz do princípio da dignidade da pessoa humana, que, por esse motivo, deve ser aplicado como uma regra, sem margem à ponderação. Assim, a autora explica que:

[...] uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do “tudo ou nada”, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites (BARCELLOS, 2009, p.252).

Para Barcellos (2009), a reserva do possível pode coexistir com o mínimo existencial, mas em primeiro lugar devem ser acolhidos os processos relativos a esse mínimo, para que só então possa haver debate sobre o emprego dos recursos públicos excedentes:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (BARCELLOS, 2009, p.246).

Nessas condições Garcia (2009, p.48) sustenta que a reserva do possível somente poderia predominar quando relacionada ao mínimo existencial se demonstrada total incoerência fática, ou seja, carência de recursos, mas cederia diante da mera carência de previsão orçamentária, nesse contexto, o autor observou o seguinte:

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

Nessas hipóteses, alega o autor que o Judiciário estaria autorizado a definir a efetivação de gastos, com base na razoabilidade e ponderação, sendo que competiria ao Executivo redirecionar despesas para exercer a concretização dos direitos:

Pelo exposto compreende-se que poderá o Poder Judiciário, a partir de critérios de razoabilidade e com a realização de uma ponderação responsável dos interesses envolvidos, definirem a efetivação dos gastos na forma recomendada, ainda que distante a previsão orçamentária específica. Garcia (2009, p.51) assevera nesta perspectiva que, “caberá ao Poder Executivo, nos limites de sua discricção política, o contingenciamento ou o remanejamento de verbas visando a tornar efetivos os direitos que ainda não o são”.

O entendimento de Sarlet e Figueiredo (2008, p.43) é no sentido de que, quando se discute sobre direitos relacionados ao mínimo existencial, a reserva do possível não precisa por si só ser embasamento para evitar a satisfação do direito. Assim, os autores esclarecem

que em matéria de tutela do mínimo existencial há que distinguir um direito subjetivo determinante a prestações e uma imprescindível tutela defensiva, de tal modo que, em regra, razões conectadas à reserva do possível não devem predominar como argumento a, por si só, separar a satisfação dos direitos e cobrança da execução dos deveres, “tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas”.

No entanto, os autores advertem que não são insignificantes as questões relativas à reserva do possível, de forma que sempre confrontada no caso concreto, mediante produção de prova submetida ao contraditório, a real necessidade da prestação defendida e a eficaz relação com o mínimo existencial.

No entendimento de Sarlet (2012, p.340) “o mínimo existencial encontra-se na dependência de uma gama de fatores e componentes que podem estar ligados às condições individuais, mas também as circunstâncias socioeconômicas e culturais [...]”.

Dessa forma, sabe-se que o mínimo existencial possui um núcleo fundamental que não pode ser desprezado com relação a argumentação da reserva do possível, pois tratam de hierarquias jurídicas distintas, apesar de não se rejeitar que existe uma influência mútua entre elas. Nesse sentido, Sarlet (2012, p.404) acentua que “a proteção do núcleo essencial não busca, em geral garantir um mínimo em direito fundamental, mas principalmente, impedir uma atuação legítima dos poderes constituídos [...]”, considerando que esse conteúdo é uma cláusula pétrea.

Assim, a relação existente entre a reserva do possível e o mínimo existencial, estão conectadas, na medida em que este último é a garantia de uma sobrevivência digna para o homem, ou seja, a conservação da dignidade do ser humano que provém da busca das suas necessidades principais, que refere-se a um padrão mínimo social para a sobrevivência. De outro modo, a concretização deste mínimo existencial encontra na reserva do possível, obstáculos que podem impedir a realização dos direitos sociais.

Atendo-se a essas discussões, pode-se afirmar que, de forma abstrata, a interferência nos debates ocorre de forma leve, pois o magistrado apenas assegura algo previsto já através de políticas públicas, enquanto que deveria haver a determinação para garantir o custeio para a garantia do direito demandado.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS E A RESERVA DO POSSÍVEL

A eleição das políticas públicas a serem implementadas pelo Estado, via de regra, é de competência dos Poderes Executivo e Legislativo, seja através do planejamento público, com a determinação dos planos e programas governamentais a serem perseguidas, seja por meio das leis orçamentárias.

3.1 As políticas públicas na Constituição Federal de 1988

As políticas públicas é vocábulo polissêmico que abrange, em sentido amplo, todas as ferramentas de atuação dos governos. Nesse contexto, para Oliveira (2006, p.251), políticas públicas referem-se a “providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados”.

As políticas públicas podem se encontrar concretizadas em leis ou atos normativos, mas com eles não se equivocam, pois procedem do conjunto de atos e/ou de normas que executam valores e objetivos acolhidos pelo ordenamento jurídico.

Na interpretação de Bucci (2006, p.241), “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

No Estado Social e Democrático de Direito, o orçamento aparelha as políticas públicas e determina o alcance de materialização dos valores fundamentais que constam no texto constitucional, pois dele depende a materialização dos direitos fundamentais.

Nesse panorama, a Constituição de 1988 elevou o orçamento público a importante aparelho de governo, tanto para o incremento econômico quanto para o crescimento social e político. Para tanto, situou uma seqüência de três leis que se sucedem e se complementam: a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Nesse sistema, todos os planos e programas governamentais devem estar em harmonia com o plano plurianual, nos termos do art. 165, § 4º da Constituição Federal, e a LDO deverá estar em concordância com o PPA, nos termos do art. 166, § 4º da Constituição (PETRY, 2016).

Em face do princípio da legalidade da despesa pública, ao administrador público é atribuída a obrigação de notar as autorizações e limites constantes nas leis orçamentárias sob

pena de crime de responsabilidade previsto pelo art. 85, VI da CF/88, é proibido ao administrador realizar qualquer despesa sem previsão orçamentária, nos termos do art. 167, II da CF/88.

Ocorre que, ao lado de privilegiar o processo orçamentário como instrumento de governo e de vincular a concretização de despesas à previsão orçamentária, o documento constitucional determinou uma série de critérios, limites e objetivos a serem levados em conta na elaboração do orçamento público.

Scaff (2012, p.222), explica que existem limites constitucionais tanto no campo da receita quanto no campo da despesa. Aqueles se encontram consolidados, principalmente, “nos princípios constitucionais tributários, como o princípio da legalidade tributária, da anterioridade e da capacidade contributiva. Estes, os limites constitucionais à despesa, podem ser subdivididos em limites formais e materiais”.

Nasce o Estado Social, que tem por escopo primordial a garantia de um mínimo de condições essenciais exigidas para a existência com dignidade dos cidadãos e cuja principal característica é a interferência positiva do Poder Público na ordem econômica e na ordem social (MÂNICA, 2010, p.2).

É nesse momento da história, como ressalta Cunha Júnior (2008, p.213), que os direitos fundamentais sociais ganham expressão constitucional. O indivíduo, com isso, passa a ser credor das prestações estatais. “Nasce no panorama mundial, amparado pelo princípio da solidariedade, uma nova gama de direitos, cuja base é propícia para concreção a justiça social e pela viabilização de políticas públicas que garantam o amparo e proteção aos pobres e fracos”.

No Brasil esses direitos tornaram-se assegurados ao longo das Constituições anteriores, mas foi a de 1988 conforme Petry (2016, p.18) que demonstrou fundamentalidade dos direitos sociais, “[...] um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.

Também é possível encontrar mais exemplos desse caráter compromissário nos artigos 6º, 194 e 205, nos quais é possível observar que, realmente, os direitos sociais são abrangidos e defendidos:

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.

(...)

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

(...)

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 2017).

Assim, é possível admitir, que a Constituição promulgada em 1988, abrange uma nova ordem social, garantindo aos indivíduos o chamado “mínimo existencial” que, de acordo com Bercovici (2011, p.9), “[...] contém em seu texto as bases de um projeto nacional de desenvolvimento, em que torna possível a reestruturação do Estado brasileiro para conduzir as transformações sociais necessárias para a superação do subdesenvolvimento”.

Ainda em presença de todo o teor já positivado no âmbito dos já mencionados direitos, ainda se localiza problema em realizar o que o Texto Constitucional faz referência. Por se versar de regras de caráter programático, segundo Petry (2016, p.20) “(no sentido de que são dependentes de prestações tanto fáticas quanto normativas)” e mediante a arbitrariedade política em dispor os recursos livres para acatar a todas as obrigações públicas, e continuando o autor ainda enfatiza “depara-se com a questão de como efetivar os direitos previstos constitucionalmente quando da ineficiência da atuação da função delegada ao Executivo e ao Legislativo”.

Para Leal e Alves (2016, p.560) em outros termos, mediante a problemática no atendimento a todas as reivindicações “(que são praticamente ilimitadas)” com um fundo restrito, esses Poderes têm a obrigação de dispor os recursos de maneira a afiançar o efeito e a materialização do Texto Constitucional, “competindo ao Poder Judiciário garantir (ao ser provocado para tutelar esses direitos) que essas escolhas de natureza política não fragilizem determinado direito fundamental a ponto de caracterizar uma proteção insuficiente por parte do Estado”.

Uma vez augurado como direitos fundamentais, estes usufruem de aplicação contígua (conforme § 1º do artigo 5º da Constituição Federal), entretanto,

[...] o Poder Público muitas vezes frustra o direito do cidadão ao permanecer omissos quanto a seu dever prestacional, seja na garantia de direitos sociais e coletivos, seja na garantia de direitos individuais. Embora aquele esteja vinculado ao Texto Constitucional, que determina a elaboração da norma específica, não há prazo para que efetue seu dever. Mas diante da inadimplência (ou até mesmo de insuficiência da atuação) do Estado, ocorre um movimento de busca judicial pela sua concretização.

Em relação ao emprego imediato (segundo o aludido dispositivo constitucional), apesar de algumas regras dependerem de regulamentação para que se possa alcançar sua totalidade (de efeito limitado) ou hajam direitos sociais avalizados por meio de regras subordinadas de prestações tanto relativas ao fato jurídico quanto as normas, isto é, do desempenho prestacional do Estado, não há que se discorrer que os direitos sociais fiquem reféns da atuação deste. Ainda que subordinados de sua ação, esses direitos precisam, sim, ser realizados, incidindo, muitas vezes, na investigação judicial pela sua efetivação em razão da indiferença do Estado. Dessa forma, vale ressaltar a lição de Sarlet (2012, p.316) ao afirmar que,

[...] o dever de outorgar às normas de direitos fundamentais sua máxima eficácia e efetividade convive, por sua vez, com o dever de aplicação imediata de tais normas, razão pela qual se fala [...] no que diz com a aplicabilidade imediata, em uma regra que enuncia tal dever. Em termos pragmáticos, o que importa destacar, neste contexto, é o fato de que um direito fundamental não poderá ter a sua proteção e fruição negada pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivado como norma programática e de eficácia meramente limitada, pelo menos não no sentido de que o reconhecimento de uma posição subjetiva se encontra na completa dependência de uma interposição legislativa. Para que os direitos fundamentais possam ser efetivamente trunfos contra a maioria também é preciso que se atente [...] de que é a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais e não o oposto.

Ainda, na perspectiva de Sarlet (2012) este concorda que é possível entender do Texto Constitucional tanto uma responsabilidade de superestimar o efeito e realidade das regras que versem sobre os direitos fundamentais quanto a norma de uso imediato destas, do que decorre a eliminação de seu modo simplesmente programático, pois elas “[...] não podem ser reduzidas à condição de normas não auto aplicáveis, no sentido de normas destituídas de qualquer eficácia ou aplicabilidade” (SARLET, 2012, p.318). Assim sendo, o efeito da lei não pode, em preceito, evitar o bom emprego da lei que afiança o direito fundamental, pois se fosse essa a compreensão, as normas seriam esvaziadas a ponto de serem executadas segundo o arranjo político, em vez de uma fiança contra a maior parte.

Referente à análise realizada pelo controle jurisdicional, os recursos do Erário devem prioritariamente assegurar um mínimo de condições de existência para promover o bem-estar cobijado pela Constituição de 1988. O poder reservado aos Poderes Executivo e Legislativo para organizar e alocar o dinheiro público de maneira autônoma, num modelo democrático pluralista, permite-lhes, por juízo de conveniência e oportunidade, certo grau de discricionariedade, contudo não exclui do Estado a responsabilidade do fornecimento daquelas condições e do cumprimento racional das prestações que lhe são atribuídas. Estas não podem ser voltadas somente para uma parcela da população amplamente representada apenas por ser a maioria do eleitorado, há a necessidade de se assegurar um mínimo de prestações que visem a dar condições básicas também às minorias (suprindo, assim, as deficiências do modelo representativo) (LEAL; ALVES, 2016, p.591).

Deste modo, quando sem justificativa se mostrarem ineficaz os empenhos ou, também, for inexistente qualquer atuação do Estado para a segurança dos direitos fundamentais, desobrigado de sua dimensão (individuais, sociais, ou coletivos/difusos), como uma maneira de guardar a Constituição, a interferência judicial procura garantir a sua conveniente execução. Deste modo, como precisam de políticas públicas e distintas atividades prestacionais do Estado para a sua materialização, como já mencionado, a influência jurisdicional se concentra como ferramenta que possibilita e tutela-os, permitindo, como notória exclusão à regra, a interferência judicial até mesmo para a determinação da disposição de recursos para prevenir um direito fundamental que se encontra em processo de violação.

Entretanto, Mânica (2010, p.11) afirma que “o Estado, por estar limitado em seus recursos, muitas vezes não tem condições de implantar ações suficientes para materializar plenamente todos os direitos fundamentais exigindo-se dele uma atuação inteligente e responsável”. Assim, muitas vezes, a Reserva do Possível é provocada pelo Administrador que se prevalece de argumentos para fundamentar o obstáculo da consolidação dos direitos que impetram “prestações fáticas”, não sendo presumível exigência deste para aquisição ilimitada na materialização dos direitos emitidos no interior da Constituição Federal.

Dessa forma, as obrigações praticamente intermináveis forçam o Administrador a realizar escolhas, em relação ao que priorizar para atender os direitos fundamentais, não sendo praticável “dispor do orçamento público” para nenhum tipo de despesa. Por motivo dessas preferências, não é presumível determinar todo e qualquer pagamento. “Dentro de um imenso leque de opções, as escolhas políticas ganham espaço; contudo, isso não exige o Administrador de garantir as condições básicas já mencionadas, por isso a origem, na doutrina e na jurisprudência alemãs, da noção de mínimo existencial” (LEAL, 2014, p.207).

Hoje em dia, considerando a efetiva disposição destacada na jurisprudência, segundo defende Mânica (2010, p.12), “[...] a teoria da reserva do financeiramente possível tem sido afastada como panacéia apta a afastar a obrigatoriedade de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado.”

Na mesma ótica, Galdino (2009, p.235) menciona que: a concepção dos gastos como “meios de promoção dos direitos, e a observação empírica de que tais meios são insuficientes para atender a todas as demandas, leva necessariamente à conclusão de que não é propriamente a exaustão da capacidade orçamentária” que evita a efetivação de um decidido direito subjetivo fundamental “(embora isso também seja possível)”.

O mencionado argumento habitualmente proporciona ocultar as alternativas que ficaram de fora do mundo da possível tutela de um determinado bem chamado na categoria de “direito” fundamental. O Administrador não pode se desobrigar de seus ajustes alegando a inviabilidade econômica de forma descomprometida, como uma desculpa comum que a tudo convém como resposta, exigindo-se dele a demonstração de eficaz falta de recursos “(exaustão orçamentária)” (LEAL; ALVES, 2016, p.592).

Nessa questão, é imprescindível perceber que a insuficiência orçamentária é, sim, um obstáculo para a consolidação dos direitos, mas deve ser avaliada de forma razoável, discutindo-se quais os recursos materiais e para onde eles estão sendo direcionados, sobretudo se as aplicações estão sendo administrados de maneira competente e aceitável, que garanta ao menos as menores condições para a sociedade.

4 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Ao considerar o controle judicial no orçamento público, encontram-se opiniões doutrinárias de diferentes natureza considerando que os Poderes têm seus limites que devem ser respeitados, tornando assim a questão controversa.

4.1 Posição jurisprudencial

Tendo em vista a escassez de recursos, o Estado nem sempre consegue implementar as políticas públicas previstas na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, tem sido exigido mediante o Poder Judiciário, para que por deliberação judicial obedeça à Constituição.

Melo (2009) afirma que o Estado, por vezes, sustenta que essa posição contradiz o princípio da separação dos poderes, sobretudo porque a deliberação judicial força o Poder Executivo a cumprir as políticas públicas apontadas na Constituição Federal.

Observa-se também, em distintos acontecimentos embora a preferência sobre a fixação das políticas públicas passa do Executivo para o Judiciário, a transgressão do princípio da igualdade, considerando que o grupo social que procurou a assistência do Poder Judiciário se aplicará aqueles que não o praticaram. Segundo Gouvêa (2009, p.19) “em situações extremas, as despesas realizadas em função de direitos prestacionais judicialmente impostos inviabilizariam outros projetos estatais, eventualmente até projetos relacionados a outros direitos fundamentais”.

Melo (2009, p.14) explana nesse contexto que existem “relatos de que em alguns hospitais e escolas da rede pública só se consegue admissão mediante ordem judicial, fato que representa grave distorção no acesso aos bens e serviços públicos, que se espera seja feito sem discriminação entre os cidadãos e de acordo com critério bem definido [...]”.

Assim, a discricionariedade do Poder Executivo, restringida constitucionalmente, ao deliberar sobre as prioridades orçamentárias estabelece limites à interferência do Poder Judiciário quanto à fixação da política orçamentária.

Nessa perspectiva, em sede jurisprudencial, a demanda ainda é muito controversa, e passa por uma profunda mudança de interpretação frente à busca pela máxima concretização dos direitos fundamentais. Desse modo, verifica-se muitas decisões jurisprudenciais, conforme dispostas a seguir:

Esta posição pode ser constatada no seguinte trecho da decisão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, conforme ementa a seguir:

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento (STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070).

A presente determinação do Pretório Excelso, como se observa, pôs fim sobre a discussão acerca da segurança do direito fundamental à saúde não comprovado.

Nesse sentido, refletindo o entendimento o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que por sua vez, acompanha inteiramente aquele do STF, segundo ementas abaixo confrontadas:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE EXAMES E CIRURGIA. RESPONSABILIDADE PELO FORNECIMENTO. Comprovada a necessidade dos exames e a carência financeira para custeá-los, é dever dos entes públicos o fornecimento, garantindo as condições de saúde e sobrevivência dignas, com amparo nos artigos 196 e 197 da Constituição Federal. Independentemente da divisão de competências no âmbito do SUS, a responsabilidade é solidária na espécie entre os três níveis do Poder Executivo. Questões organizacionais não podem se sobrepor à Constituição Federal, sendo inoponíveis ao titular do direito. Jurisprudência desta Corte e do STF. Entendimento do Relator ressaltado. LIMITAÇÕES ESTRUTURAIS. A inexistência de dotação orçamentária, assim como o princípio da separação dos Poderes, não podem servir de escusa à negativa de prestação, por ter sido erigida a saúde a direito fundamental, constitucionalmente previsto. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS À DEFENSORIA PÚBLICA. São devidos honorários pelo Município ao FADEP. Precedente do STJ em recurso repetitivo (RESP nº 1.108.013/RJ, processado na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil) e verbete nº 421 da Súmula daquela Corte, a contrário senso. Redução da verba, considerando-se as peculiaridades do caso concreto. APELAÇÕES DO ESTADO DESPROVIDA E DO MUNICÍPIO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70055695498, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 18/12/2013.)

Demonstra-se desde a Ementa exposta acima que o Tribunal gaúcho já estabeleceu sua posição de que ao Estado não é possível declarar a falta de recursos ou

dotação orçamentária para não realizar seu dever constitucional. Todavia, como exposto anteriormente, existem limites a esse desempenho do Executivo, e nesse ponto jaz à competência do Judiciário.

Em tema de efetivação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos e lesivos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava uma inaceitável ofensa a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por inércia do órgão estatal.

O Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, reconheceu a omissão governamental e conferiu efetividade real a direitos essenciais, dando-lhes concretização, viabilizando, nessa ocasião, o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público.

Cabe mencionar que essa intervenção ou o denominado ativismo estatal, contudo, encontra severas críticas, por afrontar o princípio da separação dos poderes. Essas críticas não devem ser acolhidas na realidade brasileira, vez que o referido princípio não pode ser sustentado de forma absoluta e estagnado. Uma vez que os demais poderes não cumpram os objetivos e finalidades que a Constituição Federal os concedeu, caberá a atuação do Judiciário, legitimamente, em prol dos direitos fundamentais, da justiça e da paz social.

Pode-se proferir, por exemplo, que em relação ao direito à educação, a corte Suprema, no julgamento do ARE 639337 AgR (Relator Min. Celso de Mello), condenou o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida, por considerar o direito constitucional à educação como dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º).

Dessa forma, no julgamento em análise, decidiu-se que havia legitimidade constitucional da interferência do Poder Judiciário em caso de omissão estatal na realização de políticas públicas previstas na constituição, e que não havia transgressão ao postulado da separação de poderes, pois o que estava em discussão eram a proteção judicial de direitos sociais, a insuficiência de recursos e a questão das “escolhas trágicas”, ou seja, reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social

(RABELO, 2012, p.11). Portanto, entendeu o STF que há possibilidade constitucional a intervenção concretizadora do Poder Judiciário em tema de educação infantil, quando da omissão estatal injustificável.

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 consequência, 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 até 5 (cinco) 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.

Pelo exposto, revela-se possível ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, que sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

Do mesmo modo, observa-se também neste contexto, que o Estado não pode declarar falta de disponibilidade financeira, ou que não tem prognóstico orçamentário para o acolhimento de processos na área da saúde, pois se for demonstrada a hipossuficiência do paciente é dever do ente político o provimento do medicamento, ou cirurgia. Assim, o STF manifestou-se sobre a possibilidade de intervenção judicial no que se atém ao direito à saúde.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 642536 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26- 02-2013 PUBLIC 27-02-2013).

Assim, observa-se do exposto que o Supremo Tribunal Federal já sinaliza, de modo bastante claro, pela possibilidade de o Judiciário intervir na consolidação dos direitos fundamentais, notoriamente no que se atém aos direitos sociais, por ainda serem considerados como dispendiosos e carecedores de uma atuação estatal, um fazer, através de políticas públicas, exigindo uma decisão embasada na responsabilidade e, na medida do possível, levando em conta o contexto global da atuação estatal.

Assim sendo, sob a designação de reserva do possível não permaneceriam contidos apenas as discussões que envolvem casuais restrições financeiras do Estado. A cláusula da reserva do possível, na forma em que foi instituída originalmente, é muito mais extensa, não cuidando somente da perspectiva financeira das questões impetradas junto ao Estado.

O Ministro Celso de Mello, em ação na qual foi impetrada a criação de vagas para acolhimento de crianças em creches e em pré-escola assim, deixou determinado:

[...] A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer,

também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

Constata-se que para o STF a reserva do possível é compreendida como uma demanda que abrange a “insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária” e que segundo Leal e Alves (2016, p.593) “não pode ser chamada com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a realização de políticas públicas definidas na própria Constituição”. Além disso, a reserva do possível, também na ótica do STF, não pode servir de alegação para não efetivação dos direitos que unificam o mínimo existencial.

Entretanto, no ajuizamento de pedidos de intervenção federal, em casos que abrangiam a justificação da reserva do possível para explicar o não pagamento de precatórios, o STF percebeu admissível o argumento, conforme se averigua, por exemplo, no pedido de reconhece a existência de repercussão geral em recurso extraordinário, o STF se refere à “cláusula da reserva financeira do possível”. No caso se cogitava da reserva do possível tendo em vista o pedido de indenização por dano moral, decorrente da excessiva população carcerária.

Para Oliveira (2006) é certo que não se abrange na trajetória da competência do Poder Judiciário a estipulação nem a definição de políticas públicas. No entanto, não se pode negligenciar quando o governo deixa de exercer a deliberação constitucional na forma estabelecida. “A omissão do governo atenta contra os direitos fundamentais e, em tal caso, cabe a interferência do Judiciário, não para ditar política pública, mas para preservar e garantir os direitos constitucionais lesados” (OLIVEIRA, 2006, p.405).

Atuando desta forma, não se atribui ao Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas sim o de obrigar que sejam executadas aquelas que já são objeto de legislação.

O Ministro Encinas Manfré, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim se manifestou no julgamento da Apelação nº 9152889-05.2008.8.26.0000:

“Inocorrência de violação ao princípio da separação dos poderes. Cabível determinação judicial para que assegurados direitos fundamentais de crianças e adolescentes, os quais disciplinados na Constituição da República, em Convenção Internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, assim como na Lei 8.060/1990. Possibilidade jurídica dos pedidos formulados pelo autor. Arguições preliminares rejeitadas.”

No mesmo sentido, o Ministro Vicente de Abreu Amadei, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu no julgamento da Apelação nº 0006359-60.2010.8.26.0019:

APELAÇÃO - Ação ordinária de obrigação de fazer - Pessoa hipossuficiente, portadora de “tumor neuroendócrino” (carcinoma endócrino pouco diferenciado do corpo de pâncreas – CID C 25 - com metástases) Medicamento prescrito por médico (177-LU Dota Try Octreotato Lutécio) Obrigação do Município.

Legitimidade passiva e solidariedade dos entes públicos - Direito fundamental ao fornecimento gratuito de medicamentos, insumos e ao custeio de tratamento - Aplicação dos arts. 1º, III, e 6º da CF - Princípios da isonomia, da tripartição de funções estatais e da discricionariedade da Administração não violados - Falta de padronização dos bens pretendidos, limitação orçamentária e teoria da reserva do possível - Teses afastadas - Cominação de multa, em obrigação imposta a ente público – Viabilidade Honorários de advogado Valor excessivo para a natureza da ação Redução - Apelação e Recurso de ofício parcialmente providos.

Solidária a responsabilidade dos entes públicos (art. 196 da CF), há legitimidade passiva do demandado isoladamente ou em conjunto, ainda que não se inclua todos os entes responsáveis, observados o litisconsórcio facultativo (não necessário). Os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da preservação da saúde dos cidadãos em geral (art. 6º da CF) impõem ao Município a obrigação de fornecer, prontamente, medicamento e insumo necessitados, em favor de pessoa hipossuficiente, sob responsabilidade solidária dos entes públicos (art. 196 da CF). Havendo direito subjetivo fundamental violado, não há ofensa aos princípios da isonomia, da tripartição de funções estatais e da discricionariedade da Administração, e, no quadro da tutela do mínimo existencial, não se justifica inibição à efetividade do direito ofendido sob os escudos de falta de padronização ou de inclusão dos bens em lista oficial, de limitações orçamentárias e de aplicação da teoria da reserva do possível.

Logo, não há invasão do Judiciário na seara administrativa nestes casos, mas tão somente controle judicial acerca de inadimplência de norma legal. Os direitos previstos na legislação por si só são vazios quando não dotados de efetividade. Neste sentido, em virtude da prevalência dos direitos fundamentais, cabe ao Judiciário como intérprete e aplicador do direito, assegurar efetividade às normas constitucionais, conforme dispõe o julgado a seguir:

E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - 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 inconseqüente, 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. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (STF – RE 271.286/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/11/2000).

Pelo exposto é possível perceber que a jurisprudência brasileira é tranquila no sentido de preservar a efetividade do mínimo existencial, entendendo que, por se enquadrarem nos direitos fundamentais sociais, não se expõe à avaliação discricionária da Administração Pública.

Muito embora exista um extenso ambiente para o debate acerca das questões afetas à existência de recursos estatais regulares para a efetivação dos direitos fundamentais, principalmente em períodos de crises financeiras, defende-se aqui que a reserva do possível

necessita incluir, nos termos da sua formulação originária, a verificação daquilo que o indivíduo pode exigir de forma admissível do Estado e da sociedade.

Não há o que se questionar nesse sentido, pois mais uma vez confirma-se a posição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e posição consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça segundo dispõe a Ementa:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. PROVIMENTO LIMINAR SATISFATIVO. LEI Nº 9.494/97. De acordo com a posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, a vedação constante do art. 1º, Lei nº 9.494/97, admite relativização, de modo a possibilitar a concessão de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública como instrumento de efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, tal qual ocorre na hipótese dos autos. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DA FEDERAÇÃO. ARTIGOS 23, II E 196, CF/88. FÁRMACOS E PREVISÃO EM LISTA. IRRELEVÂNCIA. O direito à saúde é dever do Estado, lato sensu considerado, a ser garantido modo indistinto por todos os entes da federação - União, Estados, Distrito Federal e Municípios -, solidariamente, como decorre dos artigos 6º, 23, II e 196, da Constituição Federal, na leitura feita pela doutrina e jurisprudência, a começar pelo Supremo Tribunal Federal. A previsão do medicamento pleiteado nas listas do SUS, ou especificamente na lista correspondente ao ente demandado, não elimina a solidariedade estatal, como igualmente assentado pela jurisprudência. INSUFICIÊNCIA DE VERBA ORÇAMENTÁRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). A alegada insuficiência de verba orçamentária, a par de ceder ante a prevalência do direito à saúde, assegurado pelo art. 196, CF/88, não restou comprovada nos autos. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. É inegável a preponderância do direito à saúde, assegurado pela Constituição Federal, frente ao princípio da reserva do possível, cuja aplicação, tem sido relativizada pelo Supremo Tribunal Federal, em situações como a dos autos. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSORIA PÚBLICA. CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO. CABIMENTO. REDUÇÃO DA VERBA FIXADA. Perfeitamente possível a condenação do Município a pagar honorários advocatícios à parte autora, representada pela Defensoria Pública, não configurada a confusão jurídica relativamente às pessoas jurídicas e seus órgãos, cumprindo reduzir o quantum fixado na sentença, adequando-o aos vetores do art. 20, §§ 3º e 4º, CPC, notadamente diante da singeleza e da repetitividade da demanda. (Apelação Cível Nº 70059678763, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 28/05/2014).

Deste modo, extrai-se que o Judiciário não está ao judicializar os direitos prestacionais, indo contra a separação dos poderes, pois somente está dando validade ao que é constitucionalmente garantido pela Constituição Federal.

Leal e Alves (2016, p.602) enfatizam que, "segundo a teoria da Reserva do Possível, a efetividade dos direitos fundamentais, em especial os sociais estaria condicionada às possibilidades financeiras dos cofres públicos".

Ainda na ótica de Ávila (2016, p.37) o Estado não pode se isentar de seu dever:

[...] é necessário eleger as políticas públicas a serem perseguidas, tarefa a ser realizada pelos órgãos de representação dos cidadãos e não pelo Judiciário, via de regra. Ou seja, cabe aos governantes e aos parlamentares – numa expressão do poder discricionário – a decisão acerca da disponibilidade dos recursos financeiros do Estado, por meio da escolha das políticas públicas a serem implementadas na sociedade.

Observa-se do exposto que o administrador público está ligado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas referentes à ordem social constitucional, isto é, própria a finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

Nesse sentido, as dúvidas sobre esse extremo de discricionariedade devem ser extinguidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional (LEAL; ALVES, 2016).

Deste modo, a Teoria da Reserva do Possível só pode ser empregada como estrutura de um marco para a concretização dos direitos fundamentais, com a constatação de carência de recursos financeiros para este fim.

Segundo esclarece Melo (2009, p.92) “Reserva do possível não é presunção absoluta (ou mesmo relativa) de inexistência de dinheiro, nem fundamento autônomo de discricionariedade administrativa e/ou legislativa capaz de justificar a omissão ou adimplemento defeituoso de direitos fundamentais.”

Desse modo o sentido fundamental da Teoria da Reserva do Possível precisa ser entendida sob a ótica dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade entre a vontade diminuída, qual seja a realidade dos direitos constitucionais, e as probabilidades financeiras do Estado, se tornando indispensável um interesse detalhado que explique o não acolhimento das necessidades fundamentais das pessoas, com sua concernente constatação objetiva a ser desempenhada pelo Estado, mas continuamente com garantia de importância ao mínimo existencial.

Assevera-se, assim, que o Judiciário ao judicializar os direitos prestacionais, não está atentando contra a separação dos poderes, isto porque, apenas está dando validade ao que

é constitucionalmente garantido pela Constituição Federal e, desta forma o controle judicial acontece por conta desta situação.

Deste modo, quando tiver uma decisão que trata sobre a aplicabilidade da teoria da reserva do possível, para enunciar uma decisão procedente ou improcedente, compete ao magistrado não apenas avaliar os aspectos que essa teoria desenvolve, mas também fundamentar a sua resolução. Ao realizar tal tarefa, cabe a ele comprovar o processo empregado quando da ponderação dos argumentos pró e contra a condenação do Estado, como, por exemplo, no caso de uma condenação à prestação de uma política pública para a segurança de um direito fundamental.

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para determinar sobre a oportunidade e conveniência de implementação das políticas públicas distintas na ordem social constitucional, pois tal restou determinado pelo constituinte e pelo legislador que organizou as normas de integração.

Perante todo o exposto, verifica-se que a Teoria da Reserva do Possível do discurso colabora de forma objetiva para a produção de decisões judiciais, uma vez que não apenas estabelece determinadas regras para a sua conclusão como concede maior racionalidade para o resultado prático. Outrossim, restou comprovado como a argumentação jurídica e o procedimento da ponderação, quando devidamente demonstrados pela sentença/acórdão, são capazes de afastar as críticas de subjetividade e a sensação de insegurança jurídica nos casos que tratam dos mencionados espaços semânticos ou textura aberta.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo demonstra-se a importância da teoria da reserva do possível, fundamentada em seus princípios e regras adquiridos ao longo do tempo.

Observou-se em relação aos direitos fundamentais que são de grande valor no ordenamento jurídico, visando assim, a perpetuidade de suas garantias sem que haja prejuízo algum ao direito social com o mínimo existencial sustentado pela Constituição Federal. Também foi citada a atuação do Estado em razão ao princípio da reserva do possível, que de forma incompatível com a norma, exime-se de fazer o social alegando incapacidade financeira.

Visualizou-se também as grande normas e princípios sendo conferidas pelo executivo, legislativo e judiciário, finalizando com o chamado controle judicial de políticas públicas, no qual o judiciário na observância dos princípios do mínimo existencial, que faz parte a reserva do possível, fez-se uma análise objetiva acerca dos recursos financeiros do estado, objetivando a dignidade mínima de se viver pelo provedor que a Constituição garante.

Conforme a Teoria da Reserva do Possível, a determinação por uma ou outra probabilidade precisa ser adotada mediante a cautela dos benefícios e interesses em demanda, de acordo com o critério da proporcionalidade.

Dessa forma, a teoria da Reserva do Possível, a realidade dos direitos sociais estaria condicionada às possibilidades financeiras dos cofres públicos. Como não há recursos disponíveis para suprir todas as demandas sociais existentes, é necessário eleger as políticas públicas a serem perseguidas, tarefa a ser realizada pelos órgãos de representação dos cidadãos e não pelo Judiciário, via de regra. Dessa forma, caberia aos governantes e aos parlamentares, numa expressão do poder discricionário, a decisão acerca da disponibilidade dos recursos financeiros do Estado.

Entretanto, o sentido essencial da Teoria da Reserva do Possível deve ser compreendido sob a visão dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade entre a pretensão deduzida, qual seja a realidade dos direitos constitucionais, e as possibilidades financeiras do Estado, se fazendo imprescindível uma motivação pormenorizada que justifique o não atendimento das necessidades essenciais do ser humano, com sua respectiva comprovação objetiva a ser realizada pelo Estado, mas sempre com garantia de respeito ao mínimo existencial.

De um percurso esquematizado a começar pelo descrédito da aplicação instantânea dos direitos fundamentais sociais, a interpretação jurisprudencial dos tribunais superiores pátrios atravessou um tempo de absolutização destes direitos e atualmente com uma tendência a pesquisar uma disposição de harmonia e racionalidade, a começar pela oportuna bom uso da Teoria da Reserva do Possível.

Nessa perspectiva, não se ampara aqui a argumentação da reserva do possível pelo Estado para que ele possa facilmente se esquivar ao implemento de suas obrigações, em especial aquelas presumidas em nível constitucional. O que se defende, entretanto, é que, ainda que exista disponibilidade financeira, nem tudo é razoável ao indivíduo requerer do Estado. Apenas será admissível acolher aquilo que se insira nos limites do razoável. Somente o que se acolha, razoavelmente, como requisitado do Estado e, em última instância, da própria coletividade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. Judicialização dos direitos sociais: dever constitucional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3700, 18 ago. 2016. Disponível em: www.jus.com.br/artigos. Acesso em: 16 set. 2017.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso:** estudos para a filosofia do direito. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O Direito ao mínimo para uma existência digna.** São Paulo. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais.** São Paulo: Renovar, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição, economia e desenvolvimento:** uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org). **Políticas Públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao. Acesso em: 05 set. 2017.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público:** em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2008.

FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 165, jan-mar. 2005, p. 47.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GALDINO, Flávio. **O Custo dos Direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 480, 30 out. 2009.

Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina. Acesso em: 25/08/2017.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2008.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. ALVES, Fernando Roberto Schnorr. Razoabilidade e teoria da reserva do possível como fundamentos para o controle jurisdicional de políticas públicas: uma análise a partir da teoria do discurso. **Joçaba**, v. 17, n. 2, p. 587-606, maio/ago. 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A dignidade humana como critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 53.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2011.

PETRY, Geder Tadeu Nunes. **Políticas públicas e sociais e a teoria da reserva do possível**. 34 fls. Monografia da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 70055695498**, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 18/12/2013. Disponível em: www1.tjrs.jus.br/site_php. Acesso em 8 set 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível N° 70059678763**, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 28/05/2014.

Disponível em: www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php. Acesso em 16 set 2017.

RABELO, Janaina da Silva. **A cláusula da reserva do possível e a efetivação dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro**: o papel do poder judiciário na defesa de direitos fundamentais. 56 fls. Monografia de Especialização em Direitos Humanos. UNIFOR, Fortaleza, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse Público**. v. 7, nr. 32, jul./ ago 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudências**. Disponível em: www.stf.jus.br/jurisprudencias. Acesso em 14 set 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudências**. Disponível em: www.stf.jus.br/jurisprudencias. Acesso em 15 set 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 81-82

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ministro Encinas Manfré. **Apelação nº 9152889-05.2008.8.26.0000**, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ministro Vicente de Abreu Amadei. **Apelação nº 0006359-60.2010.8.26.0019**, 2010.

Pessoa Costa de Moraes, Luis Fernando.

A teoria da reserva do possível e sua aplicação nas políticas públicas./
Luis Fernando Pessoa Costa de Moraes. – 2017.

43 f.

Orientadora: Maria da Conceição Meirelles Mendes.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do
Maranhão, São Luis, 2017.

1. Mínimo Existencial. 2. Políticas Públicas. 3. Reserva do Possível. I.
Meirelles Mendes, Maria da Conceição. II. Título.