

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

**MARCOS ROGÉRIO FORESTO**

**RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL  
E O ATIVISMO JUDICIAL**

**São Paulo**

**2012**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

**MARCOS ROGÉRIO FORESTO**

**RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL  
E O ATIVISMO JUDICIAL**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, em cumprimento parcial às exigências do Curso de Especialização em Direito Administrativo, sob a orientação do professor mestre Alexandre Levin.

**SÃO PAULO – SP**

**2012**

**MARCOS ROGÉRIO FORESTO**

**RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL E O ATIVISMO JUDICIAL**

**TERMO DE APROVAÇÃO**

Esta monografia apresentada no final do Curso de Especialização em Direito Administrativo, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, foi considerada suficiente como requisito parcial para obtenção do Certificado de Conclusão. O examinado foi aprovado com a nota \_\_\_\_\_.

<b>BANCA EXAMINADORA</b>	
<b>NOME</b>	<b>ASSINATURA</b>
1. Prof. MSc.Alexandre Levin	
2.	
3.	

São Paulo, 30 de Junho de 2.012.

*Aos meus queridos filhos Kemillyn,  
Kevin, Manuela e Marcos, sem os quais  
não conseguiria concluir este trabalho.*

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiro a Deus, por sempre estar presente em minha vida, não apenas nos momentos felizes, mas principalmente nos mais difíceis.

Aos meus pais, esposa, filhos, e amigos pelo incentivo, paciência, carinho e apoio que me foram dados no decorrer de todo o curso.

Ao professor Alexandre Levin pela paciência, orientação e dedicação.

Aos meus colegas da especialização, pelo agradável convívio, amizade e ajuda.

Muito obrigado a todos!

*“(...) se o Brasil veda expressamente a existência de penas cruéis e de morte (art. 5º, XLVII, “e” e “a”), como relegar à própria sorte e ao sofrimento o cidadão sem recursos? Como condenar à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de uma doença e não ter condições de pagar um tratamento adequado”.*

**Ingo Wolfgang Sarlet**

## RESUMO

A presente monografia refere-se à pesquisa sobre os direitos fundamentais, em especial ao que tange os direitos sociais, e o núcleo essencial destes direitos, também conhecido pela doutrina como o mínimo existencial. Estes direitos fundamentais representam garantias necessárias à defesa da dignidade da pessoa humana, e deste modo estão nesta toada dispostos no patamar mais alto de nossa Carta Constitucional. Em seguida analisa-se a cláusula da reserva do possível, se poderia ser uma forma de limitação dos direitos fundamentais e a celeuma existente entre as várias correntes da doutrina. Por fim aborda-se o papel do Poder Judiciário na garantia destes direitos fundamentais, em especial ao que se refere ao mínimo existencial e seus reflexos no orçamento público.

Palavras Chaves: Direitos fundamentais, direitos sociais, reserva do possível e mínimo existencial, efetividade.

## ABSTRACT

The present monograph mentions the research about the fundamental rights, in special regarding to social rights and the core of essentials rights, as well known by the fundamental principles as the existential minimum. Whereas, these fundamental rights bring necessary guarantees to protect human dignity, moreover it's all included in the highest level of baselines in the Constitutional of Brazil. In addition, analyzing a clause of the reserve of possible if it could be a way of limitation of the Fundamental rights, resulting as arguments between many lines of thinking about the fundamental principle theory. Therefore we have a close look to Judicial Power to guarantee all of these fundamental rights, in special the existential minimum and its reflections in Public contingency.

Key words: fundamental rights, social rights, reserve of possible, existential minimum, effectiveness.

# SUMÁRIO

## INTRODUÇÃO

<b>1 DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....</b>	<b>03</b>
1.1 Dos Direitos Fundamentais.....	12
1.2 Da Ordem Social.....	17
<b>2 DA RESERVA DO POSSÍVEL.....</b>	<b>26</b>
<b>3 DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....</b>	<b>38</b>
3.1 Do mínimo existencial <i>versus</i> reserva do possível.....	46
<b>4 DO ATIVISMO JUDICIAL PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS EFEITOS DIRETOS NO ORÇAMENTO PÚBLICO.....</b>	<b>55</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>73</b>
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	

## INTRODUÇÃO

O presente estudo visa contribuir para o debate atualmente existente na doutrina entre a estrita observância, pelo Poder Público, às leis orçamentárias e à Lei de Responsabilidade Fiscal, e a necessidade de atendimento ao piso mínimo vital, consistente no dever do Estado de garantir os direitos sociais básicos do cidadão previstos constitucionalmente, em especial pelo art. 6º da Carta de 1988.

O estudo se inicia com um breve histórico sobre a evolução dos direitos fundamentais e sociais, desde sua criação até sua previsão no texto da Constituição de 1988. Posteriormente uma narração sobre o “piso mínimo existencial” e sua efetivação na Carta Constitucional de 1988, bem como sua aplicabilidade em função do que prescreve o ordenamento jurídico pátrio.

Mais adiante, tecemos considerações sobre a origem da “Teoria da Reserva do Possível”, nascida em berço alemão, e sua aceitação pela doutrina e jurisprudência nacional.

Realizadas estas ponderações, passaremos a apontar as diferenças entre as duas correntes, e qual é a que mais se ajusta a ordenamento jurídico.

Exemplificaremos quais são as conseqüências oriundas do acatamento de cada uma das correntes e sua efetivação no campo prático.

Também será abordado o ativismo judicial como instrumento capaz de salvaguardar o “Piso Mínimo Vital”, os efeitos que causa sobre o orçamento público e a possibilidade de prejuízo ao equilíbrio das contas públicas.

Por fim, será apresentada, sem a intenção de se esgotar a matéria em comento, uma conclusão sobre quais seriam as saídas possíveis para a presente celeuma, e quais seriam suas conseqüências no campo prático, tudo isso sob a ótica da Lei de Responsabilidade fiscal e demais diplomas legais afetos à matéria.

# 1 DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

## 1.1 Dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são aqueles expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, bem como aqueles previstos em tratados internacionais, e, ainda, os direitos fundamentais atribuídos (não positivados), adotando-se, desse modo, um conceito material de direitos fundamentais, a teor da cláusula de abertura prevista no artigo 5º, § 2º da Carta Constitucional de 1988.

Bem frisa Solozábal Echavarría “embora apenas existam direitos fundamentais constitucionais nem todos os direitos constitucionais são fundamentais”.<sup>1</sup>

Diante de sua evolução histórica existem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades publicas e direitos fundamentais do homem.<sup>1</sup>

São divididos pela melhor doutrina em três gerações. Entretanto, para alguns doutrinadores o termo “dimensão” seria mais apropriado, já que “geração” representaria uma divisão entre as três fases enquanto que “dimensão” representaria, em tese, uma cumulação dos direitos existentes entre todas estas fases. Contudo, como o termo “geração” resta quase pacificado em nossa doutrina, será utilizado no presente estudo.

A afirmação dos direitos fundamentais ganhou projeção a partir da revolução francesa de 1789, onde era consignada de forma precisa a proclamação da liberdade, da igualdade, da propriedade e das garantias individuais liberais, muito embora não se reconheça seu real nascedouro. No entanto, muitos doutrinadores estabelecem como marco inicial dos direitos fundamentais a Magna Carta Inglesa de 1215.

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 175.

Como observa Del Veccio<sup>2</sup>, que acrescenta:

Más às suas exigências vitais era arrebatada qualquer possibilidade de fazer-se valer na legislação e na administração; enquanto toda a sua atividade era exposta à arbitrariedade e à opressão jurídica e econômica das classes privilegiadas. Essa contradição entre uma superestrutura atrofiada e uma sociedade progressista não poderia deixar de provocar uma crise muito grave na vida da nação; ela produziu-se e tornou-se tão forte que, em certo ponto, as autoridades estabelecidas se encontraram na impossibilidade de ir adiante no governo. A convocação dos Estados Gerais marca precisamente esse momento. A monarquia feudal, em convidando o Terceiro Estado para colaborar com o governo, cedia à necessidade histórica que lhe impunha o desaparecimento enquanto poder absoluto.

Os direitos fundamentais de 1ª geração, também conhecidos como individuais, dominaram o século XIX e são compostos dos direitos de liberdade, igualdade e propriedade, que correspondem aos direitos civis e políticos.

São oriundos do estado liberal, cuja criação nasce da necessidade de enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação na esfera da liberdade individual.

Inicia-se, então, o denominado Estado Liberal ou Estado Mínimo, no qual inexistia a intervenção estatal nos negócios particulares, senão na medida indispensável para impedir que a liberdade de uns interferisse na de outros, conforme bem explana a professora Carolina Zancaner Zochun.<sup>3</sup>

Bem esclarece a professora Ada Pellegrini Grinover quando afirma que *“era o período da primeira geração de direitos fundamentais, ou seja, das liberdades ditas negativas, em que o Estado só tinha o dever de abster-se, para que o cidadão fosse livre de fruir sua liberdade”*.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> VECCHIO, Giorgio del, La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dans la Révolution Française, p. 17.

<sup>3</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 18.

<sup>4</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 125.

Os direitos fundamentais da 1ª geração impunham ao Estado um *non facere*, onde preexistia a defesa de liberdades negativas, onde restou seu poder mitigado quando da interferência na esfera particular.

Nesta geração o juiz era considerado “*la bouche de la loi*”, o que já representava um avanço, pois eliminava o arbítrio, sujeitando o juiz ao império da lei, ou seja, à norma geral e abstrata proveniente do Poder Legislativo.<sup>5</sup>

Diante da evolução do papel do Poder Judiciário frente à defesa dos direitos fundamentais e da Constituição continua Ada Pellegrini Grinover:

[...] em 1981 os Estados Unidos da América haviam introduzido em seu sistema a *judicial review*, a partir do controle da constitucionalidade inaugurado pelo juiz Marshall no famoso caso Madison *versus* Marbury, em que se afirmou a supremacia da Constituição, a ser aferida em relação à lei, que poderia assim ser fulminada. E não será demasiado lembrar que o sistema constitucional brasileiro tem suas raízes no norte-americano.

O titular destes direitos de primeira geração é o indivíduo, portanto são oponíveis ao Estado, sendo traduzidos como faculdades ou atributos da pessoa humana, ostentando uma subjetividade que é seu traço marcante. São os direitos de resistência face ao Estado, e entram na categoria do *status negativus*.

Assim conforme bem ressalta o mestre Alexandre de Moraes “*os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgindo institucionalmente a partir da Magna Charta.*”<sup>6</sup>

Diante do fenômeno da Revolução Industrial nascida na Inglaterra no início do século XX, em que as massas operárias assumiram relevância social, aparecendo no cenário institucional o primeiro corpo intermediário, porta-voz de suas reivindicações: o sindicato.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 126.

<sup>6</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional – 20ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2006. p. 26.

<sup>7</sup> Op. Cit. p. 126.

O Estado Mínimo Liberal, no afã de cumprir seu papel de mero expectador da vida social, não assegurava condições dignas à maior parte da população, que foi percebendo a necessidade de mudança daquela conjuntura sócio-política.<sup>8</sup>

Nesta esteira observa-se que o Estado Liberal começa a ruir diante deste novo cenário criado e das novas necessidades daquela sociedade.

A revolução industrial acabou por aumentar as desigualdades sociais “gerando uma massa de desempregados, sem aparo, sem estudo, sem saúde e que, inserida em um sistema de capitalismo selvagem, não tinha a quem recorrer para garantir sua sobrevivência diante daquela constante situação de miserabilidade.”<sup>9</sup>

No conceito irrepreensível do mestre José Afonso da Silva:<sup>10</sup>

Todos esses fundamentos foram sendo superados pelo processo histórico-dialético das condições econômicas, que deram nascimento a novas relações objetivas com o desenvolvimento industrial e o aparecimento de um proletariado amplo sujeito ao domínio da burguesia capitalista. **Essas novas condições materiais da sociedade teriam que fundamentar a origem de outros direitos fundamentais – os direitos econômicos e sociais** – e concomitantemente a transformação do conteúdo dos que serviam à burguesia em sua luta contra o absolutismo. Daí também sobreviriam novas doutrinas sociais, postulando a transformação da sociedade no sentido na realização ampla e concreta desses direitos. Essas novas fontes de inspiração dos direitos fundamentais são: (1) o *Manifesto Comunista* e as *doutrinas marxistas*, com sua crítica ao capitalismo burguês e ao sentido puramente formal dos direitos do homem proclamados no século XVIII, postulando *liberdade e igualdade materiais* num regime socialista; (2) a *doutrina social da igreja*, a partir do Papa Leão XIII, que teve especialmente o sentido de fundamentar uma ordem mais justa, mas ainda dentro do regime capitalista, evoluindo, no entanto, mais recentemente, para uma igreja dos pobres que aceita os postulados sociais marxistas; (3) o *intervencionismo estatal*, que reconhece que o Estado deve atuar no meio econômico e social, a fim de cumprir uma missão protetora das

---

<sup>8</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 18

<sup>9</sup> Ob. Cit. pp. 18 e 19

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pp. 174 e 175.

classes menos favorecidas, mediante prestações positivas, o que é ainda manter-se no campo capitalista com sua inerente ideologia de desigualdades, injustiças e até crueldades.

Na evolução dos direitos de 1ª geração para os de 2ª geração percebe-se a necessidade clara e objetiva de romper a existência de uma igualdade meramente formal, evoluindo para um modelo de igualdade material.

A grande expansão da indústria e a produção massiva de bens de consumo, ao gerarem extrema concentração de riqueza, criaram, ao mesmo tempo, enormes bolsões de pobreza nas classes menos favorecidas. Gravíssima crise de desigualdade foi instaurada, gerando grandes movimentos sociais, mui especialmente nas classes trabalhadoras.

Diante deste cenário, a sociedade se vê obrigada a mobilizar-se, e, no final do século XIX e início do século XX, passou a exigir do Estado uma interferência positiva na ordem social, para garantia de condições mínimas existência digna do cidadão.<sup>11</sup>

Neste sentido afirma Ada Pellegrini Grinover:<sup>12</sup>

A transição entre o Estado Liberal e o Estado Social promove alteração substancial na concepção de Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômicos-sociais -, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos. E a função do Poder Judiciário se amplia.

Baseando-se nos ensinamentos da renomada professora observamos que da evolução dos direitos fundamentais de 1ª geração para os de 2ª geração ao Estado restou mudar sua postura de um *non facere* para um *facere*, ou suma, impondo-lhe além da observância dos direitos de 1ª geração a necessidade de realização de prestações positivas. Tais direitos visam

---

<sup>11</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 19

<sup>12</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 126.

salvaguardar diretamente à dignidade da pessoa humana de forma material e não meramente formal com outrora o era.

Nesta mesma toada, Cármen Lúcia Rocha ressalta que, “se os direitos individuais exigiam uma atuação negativa do Estado, impedindo sua interferência naquele espaço de liberdade constitucionalmente assegurada ao indivíduo, os direitos sociais, ao contrário, determinam que o Estado aja positivamente naquele espaço de igualdade constitucionalmente garantida a todos”.<sup>13</sup>

Referindo-se aos hoje chamados *direitos fundamentais de segunda geração*, que são que são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século, Themistocles Brandão Cavalcanti analisou que:<sup>14</sup>

O começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.

O século XX foi o palco da grande transição entre o Estado Liberal e o Estado Social. Esta transição é bem evidenciada pela promulgação das constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919) – esta última segundo Paulo Bonavides é paradigmática - em cujos textos foram assegurados, pela primeira vez na história, direitos com alcance nitidamente social.<sup>15</sup>

No Estado Social, o Poder Público deve ser intervencionista, realizando atos positivos, o que para alguns doutrinadores se intitulam prestações positivas, voltadas ao bem-estar social.

Então, podemos conceituar os *direitos sociais* como dimensão dos direitos fundamentais do homem. São prestações positivas proporcionadas pelo Estado diretamente ou mesmo indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores

---

<sup>13</sup> ROCHA, Carmen Lucia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos, São Paulo, Saraiva, 1999, p.58.

<sup>14</sup> Princípios gerais de direito público. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 202.

<sup>15</sup> JUNIOR, Osvaldo Canela. O Orçamento e a “Reserva do Possível”. In: O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 228.

condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.<sup>16</sup>

O Estado intervencionista pode ser denominado como o Estado do Bem Estar Social (Estado Social, *Welfare State*, *Wohlfahrtsstaat*, Estado Providência ou de Prestações).<sup>17</sup>

Os direitos fundamentais sociais em seu nascimento eram correlatos ao direito do trabalho, ou seja, ao campo do direito que passou a cobrir as relações entre empregados e empregadores. Abrangia também regras de seguro de acidentes e outras matérias conexas. Diziam respeito apenas a quem tivesse um emprego ou estivesse em uma relação de trabalho formalmente definida.<sup>18</sup>

Oportuno se evocar o magistério do professor José Reinaldo de Lima Lopes, que ressalta que com o passar do tempo foram considerados sociais os direitos prestados de forma universal na forma de bens coletivos, tais como educação e saúde, cujos beneficiários eram os próprios trabalhadores ou empregados.<sup>19</sup>

Neste ponto devemos destacar que no Brasil, atualmente, os direitos sociais foram desvinculados dos trabalhistas e foram chamados de universais. Atualmente, no Brasil são considerados direitos sociais: o direito à saúde, direito à educação, direito à moradia etc.

Destarte, mister se faz concluir, conforme bem ressalta Ernst-Wolfgang Böckenförde que o Estado social deve, pois, intervir na sociedade para garantir a Justiça social e reduzir as

---

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 287.

<sup>17</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 20.

<sup>18</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “Reserva do Possível”. In: Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, p. 156.

<sup>19</sup> Op. Cit p. 156

desigualdades sociais, fornecendo prestações positivas a toda a coletividade, especialmente a quem delas necessitar.<sup>20</sup>

Com isso não estamos a afirmar a completa aniquilação das ideias e conteúdos do Estado Liberal, quando muito estamos a afirmar que o Estado Social foi apenas uma evolução da sociedade.

Por fim, diante da complexidade da vida contemporânea nasce a 3ª geração dos direitos fundamentais, os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos ou coletivos.

Afirma a professora Maria Tereza Sadek que, nas últimas décadas, aos direitos de primeira e segunda geração foram acrescentados os chamados direitos de terceira geração, referidos não mais a indivíduos, mas a grupos. São direitos do consumidor, de crianças, de idosos, de minorias etc.<sup>21</sup>

E continua a autora:

O maior ganho advindo da tutela dos direitos difusos e coletivos está na possibilidade de democratizar o acesso à justiça, uma vez que abrange grupos e coletividades. E ainda: trata-se do reconhecimento da existência de conflitos que não são de natureza individual, mas coletiva; não tem por objetivo o indivíduo abstrato ou genérico, mas o indivíduo em sua especificidade, isto é, como consumidor, como criança, como idoso, como negro, como deficiente físico, como portador de doença, como desprovido de habitação. Enfim, é instrumento legal para corrigir desigualdades, um instrumento da justiça distributiva.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> BÖECKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Estúdios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Madri, Trotta, 2000, p. 35.

<sup>21</sup> SADEK, Maria Tereza. *Judiciário e Arena Publica: Um Olhar a partir da Ciência Política*. In: *O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe*. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 9.

<sup>22</sup> *Op. Cit* p.16

Para Karel Vasak existem cinco direitos claros desta geração, quais sejam: o direito de desenvolvimento, o direito à paz, direito ao meio ambiente, o direito a propriedade sobre patrimônio comum da Humanidade e o direito de comunicação.<sup>23</sup>

Os direitos de 3ª geração chamados então de coletivos e difusos, passaram a ser integrados nas agendas constitucionais e forçaram uma nova revolução judicial. Sua configuração transcende os tradicionais direitos individuais de liberdade, bem como os direitos sociais, exigindo nova postura por parte do Estado.

Bem esclarece o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, e a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.”<sup>24</sup>

Neste diapasão, conclui Celso de Mello:<sup>25</sup>

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

Dessarte, podemos concluir a destacada importância dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, a começar pela sua colocação topográfica, que os positivou no início da Constituição, logo após o Preâmbulo e os princípios fundamentais. Isto, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, além de revelar mais rigor lógico, tendo em vista que “os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem

---

<sup>23</sup> Apud Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, 23ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 569.

<sup>24</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira, Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 57.

<sup>25</sup> STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

constitucional e jurídica, também prestigia melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos.<sup>26</sup>

Diante desta solar importância promana a tese de que tais direitos são *inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis*.<sup>27</sup>

Isto posto, cumpre acrescer que os direitos sociais na *Magna Charta de 1988*, são encontrados no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), Capítulo II (“Dos Direitos Sociais). Neste Capítulo há previsão dos direitos sociais no art. 6º e dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais nos arts. 7º a 11. Já a Ordem Social tem sua previsão no Título VIII da Constituição da República.

Apesar de ser vasta a seara dos direitos sociais dispostos na Constituição Federal de 1988, devemos salientar que o cunho do presente trabalho se reserva ao piso mínimo vital, cujo estudo específico será tratado em capítulo próprio, assim como a Ordem Social prevista no Título VIII do referido diploma legal.

## **1.2 Da Ordem Social**

A base constitucional da Ordem Social é o primado do trabalho, e o objetivo o bem estar e a justiça sociais.<sup>28</sup>

O Brasil, como já apontado no presente trabalho, adotou os preceitos do denominado Estado do Bem Estar Social (Estado Social, *Welfare State*, *Wohlfahrstaat*, Estado Providência ou de Prestações), demonstrando ser um Estado intervencionista.

Como prova do quanto alegado, da simples leitura do preâmbulo da Constituição Federal, concluímos que a afirmativa é real, já que dele consta ser objetivo do Estado democrático assegurar o exercício dos “direitos sociais e individuais” e o “bem estar”.

---

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 3ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, p. 73.

<sup>27</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p.181.

<sup>28</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional – 20ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2006. p. 756.

Bem esclarece Carolina Zancaner Zockun quando afirma que “apesar de os direitos sociais estarem afastados geograficamente (na Constituição Federal de 1988) da ordem social, não ocorre uma ruptura radical, como se os direitos sociais não estivessem inseridos na ordem social. O art. 6º demonstra claramente que aqueles são conteúdo desta quando diz que “são direitos sociais a educação, saúde, o trabalho, a moradia<sup>29</sup>, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.<sup>30</sup>

A ordem social, como a ordem econômica, adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição de Weimar (*Weimarer Verfassung*),<sup>31</sup> fato perpetuado nas constituições posteriores.

Magistralmente, esclarece o mestre maior José Afonso da Silva que do termo “*na forma desta Constituição*” que consta no final do art. 6º da Constituição Federal de 1988, extraímos que a suscitada “*forma*” é dada precisamente no Título da Ordem Social.<sup>32</sup>

Continua o Mestre José Afonso:

[...] o constituinte não atendeu aos melhores critérios metodológicos, mas dá ao jurista a possibilidade de extrair, daqui e de lá, aquilo que constitua o conteúdo dos direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais, deles tratando aqui (art. 6º, CF), deixando para, tratar, na *ordem social*, de seus mecanismos e aspectos organizacionais.

Nesta esteira, entende-se que no artigo 6º da Constituição o constituinte consagrou os direitos sociais, e, na *ordem social*, isto é, nos artigos 193 a 232, esclareceu seu conteúdo e estabeleceu sua organização.

---

<sup>29</sup> Destacamos que o art. 6º foi alterado pela Emenda Constitucional 26, de 14.2.2000, para fazer constar, dentre o rol dos direitos sociais, a moradia.

<sup>30</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 33.

<sup>31</sup> A Constituição de Weimar representa o auge da crise do Estado Liberal do séc. XVIII e a ascensão do Estado Social do séc. XX. Foi o marco do movimento constitucionalista que consagrou direitos sociais, de 2ª geração/dimensão (relativos às relações de produção e de trabalho, à educação, à cultura, à previdência) e reorganizou o Estado em função da Sociedade e não mais do indivíduo.

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 285.

De outra sorte, concordamos com Carolina Zancaner Zockun quando afirma que “a ordem social, tal como prevista na Constituição Federal, dispõe sobre inúmeros aspectos da sociedade, tratando de assuntos que não têm ligação direta com os direitos sociais, tais como ciência e tecnologia (arts. 218 e 219) e comunicação social (arts. 220 a 223)”. Porém, pedimos vênia para discordar da autora a respeito da manutenção deste mesmo entendimento com relação ao meio ambiente (art. 225) e aos índios (arts. 231 e 232), os quais entendemos ser direitos fundamentais de 3ª geração, situados, respectivamente, na classe dos direitos difusos e coletivos e que, portanto, devem ser caracterizados como direitos sociais em seu sentido amplo.<sup>33</sup>

Percebe-se nitidamente que o constituinte, ao tratar da ordem social, quis, em última análise, tratar da sociedade brasileira, e não tão somente dos mecanismos de implantação dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição.

Neste sentido, conclui-se que o título referente à “Ordem Social” na Constituição de 1988 refere-se à disposição interna do sistema constitucional tratando de diferentes aspectos da sociedade brasileira, portanto não é somente direcionado a formalizar e conformar os direitos sociais entabulados no artigo 6º da Constituição Federal.<sup>34</sup>

Observa-se que a Constituição Federal reservou o Título VIII à Ordem Social, dividindo-a em oito capítulos: disposição geral (CF, art. 193); seguridade social (CF, arts. 194 a 204); educação, cultura e desporto (CF, arts. 205 a 217); ciência e tecnologia (CF, arts. 218 e 219); comunicação social (CF, arts. 220 a 224); meio ambiente (CF, art. 225); família, criança adolescente e idoso (CF, arts. 226 a 230); índios (CF, arts. 231 e 232).

Bem aclara o Mestre José Afonso quando ressalta que a Constituição deu bastante realce à ordem social, uma vez que forma com o título dos direitos fundamentais o núcleo substancial do regime democrático instituído no Brasil.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 34.

<sup>34</sup> Op. Cit p. 34

<sup>35</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 828

Isto posto, mister se faz consignar que os direitos fundamentais sociais em sentido amplo, entendendo-se entre eles os de 1ª, 2ª e 3ª gerações, encontram-se regidos e dispostos em nosso diploma maior como cláusulas pétreas.

Com efeito, algumas prescrições veiculadas no direito positivo foram alcançadas à condição de cláusulas pétreas pelo art. 60, § 4º, da CF. Isso implica dizer que o conteúdo normativo de determinadas garantias constitucionais não pode ser alterado pelo Poder Constituído (Poder Constituinte Derivado). Isso atesta sua preponderância e superior valência sobre as demais.<sup>36</sup>

A Constituição de 1988 aumentou seu núcleo explicitamente imodificável na via da emenda, definindo no art. 60, § 4º, *que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto e universal e periódico; separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais.*<sup>37</sup>

O mestre José Afonso enfatiza que: “A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual.”<sup>38</sup>

Diante desta lição, podemos concluir então que os direitos e as garantias individuais não podem ser alterados em seu núcleo, seu objetivo basilar.

Acompanhamos o mestre Ingo Wolfgang Sarlet, quando afirma que todos os direitos sociais são fundamentais, pouco importando sua disposição na Constituição e se são expressa ou implicitamente positivados.<sup>39</sup>

Também afirma o mestre que, por se encontrarem sob a égide de direitos fundamentais, devem ser reconhecidos como protegidos contra uma supressão e erosão pelo

---

<sup>36</sup> Op. Cit p. 33

<sup>37</sup> Op. Cit p. 67

<sup>38</sup> Op. Cit p. 67

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 18.

poder de reforma constitucional (por força de uma exegese necessariamente inclusiva do artigo 60, 4º, inciso IV, da CF).<sup>40</sup>

Nesta deriva, a Constituição Federal reconhece aos direitos fundamentais em seu sentido amplo a aplicabilidade direta e imediata (art. 5º, § 1º), a abertura material (art. 5º § 2º) e a proteção contra a abolição ou supressão (art. 60, § 4º, IV, da CF/88).

Destarte, conclui-se que os direitos fundamentais sociais - onde se abriga todo o rol de direitos sociais, os quais se encontram, de forma expressa ou implícita, em nossa Constituição – gozam de posição de destaque sobre os demais preceitos do texto constitucional, não podendo ser abolidos ou suprimidos, e têm aplicabilidade direta e imediata, conforme veremos nos capítulos seguintes.

---

<sup>40</sup> Op. Cit p. 18

## 2 DA RESERVA DO POSSÍVEL

Partindo do pressuposto que os direitos sociais podem ser denominados como direitos prestacionais, ou seja, correlacionados a gama de direitos dentre os quais o Estado deve, ao menos em tese, garantir, neste mesmo raciocínio observamos, então, seu caráter econômico, do qual não poderemos desatrelar.

Neste sentido, aclara o Mestre Ingo Wolfgang Sarlet que “justamente pelo fato de os direitos sociais na sua condição (não exclusiva!) de direito a prestação terem por objeto prestações estatais vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante”, embora, diga-se, pequena parte da doutrina<sup>41</sup> afirma que existem direitos sociais dentre os quais não se possa atribuir um caráter econômico.<sup>42</sup>

Diante deste conceito nasce a “Teoria da Reserva do Possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*).

A construção teórica da “reserva do possível tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos 1970.<sup>43</sup>

Esta teoria nasce especialmente do julgamento de dois Controles Concretos, caso BverfGE nº 33, S. nº 333, apresentados pelos Tribunais Administrativos (*Bundesverwaltungsgericht*) de *Hamburg e da Baviera*, e realizado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*).

Trata-se de ação judicial que visava à obtenção de decisão que permitisse a um estudante cursar o ensino superior público, com fundamento no Art. 12 da Lei Fundamental

---

<sup>41</sup> TORRES, Ricardo Lobo, “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentaria” in: SARLET, Ingo Wolfgang, “Direitos fundamentais: Orçamento e “Reserva do possível” 2ª edição revisada e ampl., Porto Alegre, Livraria do advogado Editora, 2010, p. 74.

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 18.

<sup>43</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra, Livraria Almedina, 2003. p. 108.

alemã (*Grundgesetz*)<sup>44</sup>, que garantia livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, tendo em vista que não havia disponibilidade de vagas em número suficiente para todos os interessados em frequentar as universidades públicas.

Neste sentido, traz-se à pauta, em primeira linha, o direito de todos os alemães, outorgado pelo Art. 12 I GG, de livremente escolher os locais de ensino para sua formação.<sup>45</sup>

Quando da inserção desse direito na *Grundgesetz*, e igualmente quando de sua interpretação inicial, pensava-se que o Art. 12 I GG garantiria ao indivíduo um direito de resistência (*Abwehrrecht*) contra as limitações de liberdade junto à formação universitária.

Este julgamento foi denominado “*numerus clausus*”, que no latim significa “numero fechado”. Em muitos casos o objetivo do “*numerus clausus*” é simplesmente limitar o número de alunos para o “máximo possível de vagas”, já de forma expandida, em algumas áreas particularmente procuradas de estudo. Não podemos esquecer que as vagas eram universais, ou seja, deveriam ser de acesso a todos os estudantes, mas diante da limitação orçamentária era limitado ao máximo possível de alunos, porém não contemplar a todos. Em alguns casos históricos, as políticas “*numerus clausus*” eram utilizadas com cunho religioso<sup>46</sup> ou racial, tanto em sua forma quanto motivação.

---

<sup>44</sup> A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (em alemão: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) é a constituição da Alemanha. Ela foi formalmente aprovada em 8 de Maio de 1949 e, com a assinatura dos Aliados, entrou em vigor em 23 de Maio de 1949 como a constituição *de facto* da Alemanha Ocidental. A palavra alemã *Grundgesetz* pode ser traduzida tanto para *Lei Básica* ou *Lei Fundamental*. O termo *Verfassung* (constituição) não foi usado, pois os criadores viam o *Grundgesetz* como um documento provisório, que seria substituído pela constituição da Alemanha re-unida. Isso não foi possível no contexto da Guerra Fria e da orientação comunista do setor soviético da Alemanha, que depois em 1949 proclamou-se República Democrática da Alemanha, dividindo a Alemanha em dois estados. A *Grundgesetz* ainda encontra-se em vigor, mesmo após a reunificação das Alemanhas, sofrendo algumas emendas.

<sup>45</sup> Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Fortaleza, Fundação Konrad Adenauer, 2006, p. 659

<sup>46</sup> Nos séculos 19 e 20 alguns países tinham quotas em vários estabelecimentos educacionais de judeus que poderiam realizar o ensino superior, com um porcentagem que limitava seus acessos, fato este que se denominava “Quota judaica”, um caso especial de *numerus clausus*.

O objeto específico desses processos eram regulamentações de admissão [vestibular] para medicina humana nas universidades de Hamburg e da Baviera, dos anos de 1969 e 1970:<sup>47</sup>

O § 17 da Lei Universitária de Hamburg, de 25 de abril de 1969, determinava:

- (1) A admissão para alguns cursos pode ser restringida, se e enquanto isso for necessário, em vista da capacidade de absorção da universidade, para garantir a regular realização de um curso na respectiva área do conhecimento. Antes da introdução de uma limitação da admissão, deve-se, sobretudo, avaliar, se e em que extensão a universidade pode tomar medidas, principalmente na área da reforma do ensino, que sejam adequadas a evitar uma restrição da admissão.
- (2) Limitações da admissão serão regulamentadas por leis de admissão, nas quais devem ser estabelecidas regras sobre a escolha e o número dos candidatos a serem admitidos. A cada seis meses deve ser verificado se ainda está presente a condição do parágrafo 1º.
- (3) Leis de admissão serão estatuídas pelo Senado (Conselho) Acadêmico, depois da oitiva dos departamentos interessados.

Isto posto, o Conselho acadêmico da universidade estatuiu, para o semestre do verão de 1970, uma lei de admissão para o curso da medicina humana e odontologia. Segundo ela, as vagas disponíveis para candidatos alemães deviam ser distribuídas na proporção de 60%, segundo fatores de desempenho (currículo do candidato), e 40% segundo o princípio do ano de nascimento; pôde ainda uma parte das vagas a serem definidas a cada semestre ficar reservada a casos especialmente peculiares (difíceis). A escolha segundo os fatores de desempenho baseava-se fundamentalmente na nota média aferida do certificado de conclusão do curso secundário (Reifezeugnis). No caso da escolha segundo o princípio do ano de nascimento, eram admitidos prioritariamente candidatos que já tivessem prestado o serviço militar ou um serviço civil alternativo àquele.<sup>48</sup>

Diferentemente da Lei Universitária de Hamburg, a Lei de Admissão às Universidades Bávaras, de 8 de julho de 1970, continha, de um lado, o princípio de que os números de estudantes para algumas áreas do conhecimento somente poderiam ser limitadas se isso fosse estritamente essencial à manutenção do funcionamento regular de um curso, tendo em vista a

---

<sup>47</sup> Idem, p. 656

<sup>48</sup> Ibidem

capacidade das instalações das universidades (Art. 2 II da Lei de Admissão). Por outro lado, a lei fixava critérios para a distribuição de vagas universitárias (Art. 3) e continha, finalmente, uma autorização da edição de um decreto pelo Ministério da Educação Bávaro para a concretização desses requisitos.<sup>49</sup>

Com base na apresentação do Tribunal Administrativo de Hamburg, o TCF declarou o § 17 da Lei Universitária de Hamburg, no caso de um *Numerus Clausus* absoluto, como sendo incompatível com a Constituição Alemã (Grundgesetz). No caso da regulamentação Bávara da Lei de Admissão, o TCF afastou, com base na apresentação do Tribunal Administrativo Bávaro, somente a cláusula do “filho da terra”, encontrada no Art. 3º II da Lei de Admissão, a qual previa vantagens de candidatos bávaros às vagas estudantis nas universidades bávaras.

Ao que tange à inconstitucionalidade do § 17 da lei universitária de *Hamburg* de 25 de Abril de 1969, restou incompatível com a Grundgesetz, quando o legislador, de seu lado, não fixou, para o caso de limitações absolutas de admissão (*numerus clausus* absoluto), regras sobre o modo e a relação hierárquica dos critérios de escolha.<sup>50</sup>

Este julgamento, conforme exposto pelo Tribunal Constitucional Alemão, limitou-se a:

1 . Objeto do exame de constitucionalidade é tão somente o *Numerus Clausus* absoluto para calouros de determinada área de especialização, causado em virtude do exaurimento de toda a capacidade de ensino, podendo deixar de ser consideradas as limitações locais e estruturais, que dificultam somente a escolha por uma determinada universidade, ou as limitações que atinjam apenas aos estudantes de semestres mais avançados já admitidos. O *Numerus Clausus* absoluto diferencia-se dessas limitações por seu efeito extremamente incisivo, pois ele faz com que um número maior ou menor dos candidatos tenham que adiar o início do curso desejado por um tempo mais ou menos longo. Em caso de forte demanda e correspondentes longos períodos de espera, tais limitações de admissão afetam não só a escolha dos locais de formação, como também podem influenciar na escolha profissional, provocando até mesmo o abandono das intenções originais. Candidatos socialmente mais carentes não têm as mesmas possibilidades, como os mais abastados, de passar por

---

<sup>49</sup> Ibidem

<sup>50</sup> Ibidem, p. 658

períodos mais longos de espera ou de tentar a realização de um curso no exterior.<sup>51</sup>

Nesta toada, fundamentou o Tribunal que “descreve-se um aspecto parcial essencial da proteção do direito fundamental, o qual tem que ser respeitado ao máximo possível, se, em decorrência do exaurimento de toda a capacidade de ensino, se tornar inevitável uma distribuição planejada dos candidatos pelas diferentes instituições de ensino.”<sup>52</sup>

Notadamente ao que tange aos direitos fundamentais, o Tribunal também fundamentou naquela decisão que “por várias vezes este TCF asseverou estes direitos, como normas objetivas, estatuinto igualmente uma ordem axiológica que vale como decisão constitucional fundamental para todas as áreas do Direito, e que, por isso, os direitos fundamentais não são apenas direitos de resistência (*Abwehrrecht*) do cidadão contra o Estado.”<sup>53</sup>

Com relação ao direito de liberdade de escolha da profissão não ter sido considerado pelo Tribunal como um direito de resistência, asseverou Alexy:

É significativa a utilização de um direito de liberdade na fundamentação do tribunal, porque essa utilização pressupõe que o direito de liberdade não tenha sido interpretado apenas como direito de defesa. Apenas como direito de defesa, ele em nada teria como auxiliar a fundamentação. Ele se torna uma parte fundamental da fundamentação apenas quando passa a se referir aos “pressupostos necessários para a realização” do direito de liberdade, ou seja, quando interpretado como uma garantia de uma parte da liberdade fática, o que o tribunal fundamenta, entre outras, com as seguintes palavras: “o direito de liberdade não teria valor sem os pressupostos fáticos para o seu exercício”. Com isso, no entanto, abre-se uma nova dimensão na fundamentação de direitos atribuídos.

Assim, consubstanciado nos ensinamentos do Mestre Alexy, percebemos o entendimento do direito de liberdade em um contexto ampliativo, logo, não mais visto como um direito de resistência, ou seja, direito de primeira geração, e, sim, como um direito prestacional, um direito fundamental de segunda geração.

---

<sup>51</sup> Ibidem, p. 659

<sup>52</sup> Ibidem, p. 660

<sup>53</sup> Ibidem, p. 660

Mesmo percebendo estar na seara dos direitos fundamentais, o Tribunal ainda necessitou enfrentar a problemática das limitações absolutas de vagas que eram caracterizadas pelo fato de que a capacidade disponível não era suficiente para alocar todos os [alunos] devidamente qualificados ao ensino superior.

O Tribunal Constitucional alemão decidiu que:<sup>54</sup>

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. A ele compete também a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior, devendo se atentar para o fato de que ampliação e novas construções de instituições de ensino superior fazem parte, consoante o Art. 91a GG, das tarefas em prol da coletividade a serem cumpridas em atuação conjunta da União e dos Estados-membros.

Cumpra aclarar que a passagem do julgado que se refere “ao que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade” deriva de uma expressão consignada na *Grundgesetz* denominado *Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit*, onde resta subentendido que o indivíduo deve tolerar aqueles limites à sua liberdade de ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa. Essas considerações são válidas principalmente no campo da garantia de participação em benefícios estatais. Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.<sup>55</sup>

Afirma o Tribunal que “se a pretensão jurídica da admissão universitária for entendida como direito (social) de participação a prestações (benefícios) estatais, então sua

---

<sup>54</sup> Ibidem p. 663

<sup>55</sup> Ibidem p. 664

restringibilidade decorre do fato de os direitos de participação – como já mencionado – serem submetidos à **reserva do possível**, e necessariamente terem que ser regulamentados.”<sup>56</sup>

Assim, finalizou o Tribunal Constitucional Alemão, “**um *numerus clausus* absoluto para ingressantes na universidade somente será constitucional, segundo o estágio das experiências realizadas, quando ele for prescrito nos limites do estritamente necessário, sob utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes de formação e quando a escolha e a distribuição ocorrerem segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato em si qualificado ao ensino superior e com o maior atendimento possível à escolha individual do local de formação.**”<sup>57</sup>

Destarte, nota-se que a Corte Alemã concluiu existirem limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito. A hipótese em julgamento tratava de um estudante que exigia o acesso ao ensino superior, quando a Alemanha só contava com universidades públicas, as quais estipulavam limites de aluno por classe a fim de garantir a qualidade no ensino ministrado.<sup>58</sup>

Sumariando, restou demonstrado que o Tribunal concluiu que somente poderiam aceitar restrições (*numerus clausus*) ao direito ao ensino superior se observadas certas condicionantes: haver regulamentação legal prévia, ser provada a insuficiência material do Estado para atender a toda a demanda e ter-se comprovado o empenhamento de esforços legislativos e governamentais visando ao incremento das vagas mediante planos de governo e ações administrativas.<sup>59</sup>

Noutras palavras, conforme conceitua Ricardo Augusto Dias da Silva “depreende-se deste *leading case*, que restou estabelecido que somente se pode exigir do Estado o atendimento de um interesse, ou a execução de uma prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites da razoabilidade.”<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> Ibidem p. 665

<sup>57</sup> Ibidem p. 667

<sup>58</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 250.

<sup>59</sup> Ibidem

<sup>60</sup> SILVA, Ricardo Augusto Dias da. “Direito Fundamental à Saúde”, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2010, p. 188.

Assim, percebe-se que nos termos da “reserva do possível” a efetividade dos direitos sociais teriam seus limites pautados na existência de recursos materiais disponíveis para sua implementação, estabelecidos na lei orçamentária.<sup>61</sup>

Nesta toada, Andréas J. Krell bem cita que “a reserva do possível passou a traduzir a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.”<sup>62</sup>

Com relação ao Orçamento Público, não se pode olvidar que foi criado pela Constituição Federal de 1988 um sofisticado Sistema Orçamentário, que deve ser utilizado como uma ferramenta para organizar a vida financeira do país.<sup>63</sup>

Trata-se de um sistema que inclusive deve ser seguido por todos os entes Federativos, para planejar os gastos governamentais, inclusive os que decorrem de decisões judiciais.

Três são as leis principais, deste sistema, constantes em nossa Constituição: Plano Plurianual – PPA (art. 165, I, CF); Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (art. 165, II, CF) e, Lei Orçamentária Anual – LOA (art. 165, III, CF).

A Constituição Federal, em seu artigo 167, II, V e VI, proíbe a realização de despesa sem correspondente dotação orçamentária. Contudo, devemos pontuar que ela também assegura em plano superior – direitos fundamentais – a aplicação imediata dos direitos sociais (art. 5º, § 1º).

Logo, podemos definir que o cerne da questão gira em torno de qual preceito deve prevalecer: “o orçamento” ou “os direitos fundamentais sociais”? Questão que será devidamente enfrentada, porém, não com a intenção de ser esgotada, nos próximos capítulos.

---

<sup>61</sup> Ibidem

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 29

<sup>63</sup> Ibidem p. 137

No Brasil, hoje, a “reserva do possível” vem sendo usada como defesa do Estado principalmente após a Carta de 1988. De um modo geral, ao vasculhar a melhor doutrina e as decisões judiciais mais notórias, encontram-se três posições básicas adotadas a respeito; (1) os defensores do argumento, seja qual for o direito discutido, velando pelo cumprimento rigoroso dos orçamentos, (2) os que não aceitam tal alegação em hipótese alguma, por entenderem se tratar de questão de somenos importância diante da realização dos direitos humanos, e, por fim, (3) quem aceite o argumento com reservas, nos casos em que, por um exercício de ponderação de valores, o direito pleiteado não deva se sobrepor à necessidade de previsão orçamentária da despesa decorrente da sua concessão.<sup>64</sup>

Diante do exposto, podemos extrair como preceitos relevantes da “teoria da reserva do possível” que, mesmo encontrando-se na seara dos direitos fundamentais sociais - direitos prestacionais – estes direitos estarão sob o julgo do Orçamento Público, ou seja, somente serão concretizados na hipótese de existência de recursos, por decisões dos Poderes Executivo e Legislativo, fato este que flexibilizaria a fundamentalidade do próprio direito.

Neste sentido, para concluir, mister se faz recorrer aos ensinamentos de Carolina Zancaner Zockun comentando o magistério de Marcelo Figueiredo:<sup>65</sup>

Reserva do possível consiste, para muitos, em um argumento econômico; sendo assim, se ela sempre for considerada um limite objetivo à obtenção e fruição de quaisquer direitos, todas as questões estariam acacianamente solucionadas pela mera invocação deste argumento, trazidos nos seguintes termos: “ Há recurso, há direito; não há recurso, não há direito”. Isto, evidentemente – diz o professor -, não pode prosperar.

Isto posto, percebemos que a reserva do possível se impõe com limite a efetivação dos direitos fundamentais, contudo, existe um núcleo essencial intangível, que para muitos se denomina “mínimo existencial” que subsiste para a manutenção da “dignidade da pessoa humana” e que será estudado no próximo capítulo.

---

<sup>64</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 250.

<sup>65</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 33.

### 3 DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Iniciaremos este capítulo que tratará do “mínimo existencial”, lembrando a premissa da fundamentalidade dos direitos sociais, com amparo no quanto estabelecido na Constituição de 1988, onde, referidos direitos, além de expressamente reconhecidos, tiveram garantidos sua implementação e aplicabilidade imediata mediante comando constitucional, conforme se infere do disposto no § 1º, do artigo 5º, da Lei Maior: “As normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata”.

É também o que defende Luiz Roberto Barroso, com fulcro na efetividade máxima da Constituição, afastando a ideia de que os direitos sociais são normas programáticas que dependem do legislador e do administrador público para sua implementação.<sup>66</sup>

O “mínimo existencial”, também é denominado como mínimo vital, mínimo de sobrevivência, núcleo essencial, mínimo social, direitos constitucionais mínimos ou condições materiais mínimas de existência.

Conforme bem exemplifica Ingo Wolfgang Sarlet “não podemos confundir o “mínimo existencial” com o mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto de uma vida de certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome não é – e muitas vezes não o é sequer de longe - o suficiente.”<sup>67</sup>

Tal interpretação do conteúdo do mínimo existencial continua o autor, “(conjunto de garantias materiais para uma vida condigna) é a que tem – a despeito de divergências sobre a extensão do conteúdo da garantia – prevalecido não apenas na Alemanha, mas também na doutrina e na jurisprudência constitucional comparada, notadamente no plano europeu, como dá conta, em caráter ilustrativo, a recente contribuição do Tribunal Constitucional de Portugal

---

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto. “O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 5ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2001. p. 120.

<sup>67</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 23

na matéria, ao reconhecer tanto um direito negativo quanto um direito positivo a um mínimo de sobrevivência condigna, como algo que o Estado não apenas não pode subtrair ao indivíduo, mas também como algo que o Estado deve positivamente assegurar, mediante prestações de natureza material.”<sup>68</sup>

O professor Luís Roberto Barroso conceitua o “mínimo existencial” como sendo “locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não haverá dignidade.”<sup>69</sup>

Neste sentido Neumann pondera que “de qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta”. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.”<sup>70</sup>

Destarte destacamos que Sarlet divide o “mínimo existencial” em “mínimo existencial fisiológico” e “mínimo existencial sociocultural”, correspondendo aquele às condições materiais mínimas para uma vida condigna, no sentido da proteção contra necessidades de caráter existencial básico, enquanto que este objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção – em termos de tendencial igualdade – na vida social.<sup>71</sup>

Mister se faz evocar o ministério de Heinrich Scholler parafraseado por Sarlet, o qual bem ressalta que “a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível pleno desenvolvimento da personalidade.”<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> Cf. a decisão proferida no Acórdão nº 509 de 2002 (versando sobre o rendimento social de inserção), bem como os comentários tecidos por R. Medeiros, “Anotações ao art. 63 da Constituição da República Portuguesa”, in: J. Miranda e R. Medeiros, “Constituição Portuguesa anotada”, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 639-40.

<sup>69</sup> BARROSO, Luís Roberto. “A nova interpretação constitucional”, Rio de Janeiro. Renovar, 2005. p. 37.

<sup>70</sup> NEUMANN, Volker. “Menschenwurde und Existenzminimum”, in Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), 1995, p. 428-9.

<sup>71</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 22.

<sup>72</sup> Idem, p. 22.

Assim estamos a afirmar que não basta à existência da vida, ou a mera sobrevivência do ser, sendo também necessária uma existência digna, com um mínimo de qualidade, patamar este que não pode ser, de qualquer que seja a forma, reduzido!

Neste sentido utilizamos o magistério de Daniel Sarmento onde “considera que existe um núcleo mínimo destes direitos (direitos fundamentais sociais) que não pode ser amputada, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito.”<sup>73</sup>

Também neste diapasão é oportuno evocar o magistério de J.J. Gomes Canotilho que bem ressalta a proibição de retrocesso social referente aos direitos sociais atrelados à dignidade da pessoa humana no tocante a tentativa de sua anulação, revogação ou aniquilação.<sup>74</sup>

Deste entendimento também coaduna P. do C.V.A. Martins o qual afirma que o “mínimo existencial” tem um núcleo blindado contra medidas de cunho retrocessivo.<sup>75</sup>

Assim observamos que para subsistir o “mínimo existencial” sempre ele estará atrelado ao princípio da “dignidade da pessoa humana”, do qual também percebemos que ele nasce e se desdobra.

O conceito do “mínimo existencial”, assim como a “teoria da reserva do possível”, também nasceu em berço germânico.

Nesta toada assevera Ingo Wolfgang Sarlet que “é possível afirmar que a noção de um direito fundamental (e, portanto, também de uma garantia fundamental) às condições materiais que asseguram uma vida com dignidade (mínimo existencial) teve sua primeira importante elaboração dogmática na Alemanha, onde, de resto, obteve também um relativamente precoce reconhecimento jurisprudencial.”<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> SARMENTO, Daniel, “Os princípios constitucionais e a ponderação de bens”, in Ricardo Lobo Torres (org), “Teoria dos Direitos Fundamentais”, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 60.

<sup>74</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª Edição, Coimbra, Livraria Almedina, pp. 339/340.

<sup>75</sup> MARTINS, P. do C. V. A., “a Proibição do Retrocesso Social como Fenômeno Jurídico”, in: E. Garcia (coord.), “A Efetividade dos Direitos Sociais”, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004, p. 412 e ss.

<sup>76</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, “Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 20.

Com efeito, continua o autor, [em que pese não existirem, de um modo geral, direitos sociais típicos, notadamente de cunho prestacional, expressamente positivados na Lei Fundamental da Alemanha (1949) – excepcionando-se a previsão da proteção da maternidade e dos filhos, bem como a imposição de uma atuação positiva do Estado no campo da compensação de desigualdades fáticas no que diz com a discriminação das mulheres e dos portadores de necessidades especiais (para muitos não considerados direitos sociais) – a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos preparatórios no âmbito do processo constituinte, mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, onde foi desenvolvida pela doutrina, mas também no âmbito da práxis legislativa, administrativa e jurisprudencial].<sup>77</sup>

Na doutrina do pós-guerra, o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade de reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha na seqüência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida.<sup>78</sup>

Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (Bundesverwaltungsgericht), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo de um indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 20.

<sup>78</sup> Cf. BACHOF, Otto, “Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates”, in: *VVDStRL* n.º 12 (1954), p. 42-3.

<sup>79</sup> *Idem*

Ressalte-se que apenas alguns anos depois o legislador acabou regulamentando – em nível infraconstitucional – um direito a prestações no âmbito da assistência social (art. 4º, inc. I, da Lei Federal sobre Assistência Social [Bundessozialhilfegesetz]).

Transcorridas cerca de duas décadas da referida decisão do Tribunal Administrativo Federal, também o Tribunal Constitucional Federal acabou por consagrar o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Da argumentação desenvolvida ao longo desta primeira decisão, extrai-se o seguinte trecho:

“certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais”.<sup>80</sup>

Alexy sobre este paradigmático julgado comenta que “um claro passo foi dado pelo tribunal em uma decisão de 1975 [ BVerwGE 40, 121 (133)], na qual ele afirma: claro que a assistência aos necessitados é um dos deveres inquestionáveis do Estado Social. Isso necessariamente inclui o auxílio social aos cidadãos que, em virtude de fragilidades físicas ou psíquicas, enfrentam obstáculos para o seu desenvolvimento pessoal e social, e não estão em condições de se sustentar sozinhos. A comunidade estatal tem que lhe garantir no mínimo as condições básicas para uma existência humana digna (...). [...] não há dúvidas de que o Tribunal Constitucional Federal pressupõe um direito fundamental a um mínimo existencial.

---

<sup>80</sup> Cf. BVerfGE 40, 121 (133)

Nesse sentido, ele acompanha a jurisprudência reiterada do Tribunal Administrativo<sup>81</sup> e a opinião majoritária da literatura jurídica.”<sup>82</sup>

Em que pesem algumas modificações no que tange à fundamentação, bem quanto ao objeto da demanda, tal decisão veio a ser chancelada, em sua essência, em outros arestos da Corte Constitucional alemã, resultando no reconhecimento definitivo do status constitucional da garantia estatal do mínimo existencial.<sup>83</sup>

Atualmente a doutrina alemã entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações.<sup>84</sup>

Tal orientação, de resto, é a que aparentemente tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência supranacionais e nacionais (constitucional) Européias, e, de algum modo, parece ter sido assumida como substancialmente correta também por expressiva doutrina e jurisprudência sul-americanas, como dão conta importantes contribuições oriundas da Argentina e da Colômbia. Entre nós, basta, por ora, lembrar o crescente número de publicações e de decisões jurisdicionais, inclusive proferidas por Tribunais Superiores.<sup>85</sup>

As teorias que justificam e fundamentam o “mínimo existencial” chegaram ao Brasil, no final da década de 90, elaboradas principalmente no ambiente do neokantismo que vem predominando no campo da filosofia política e do direito. Dignas de registro, pela influência exercida, as obras de Rawlss, Habermas e Alexy.<sup>86</sup>

Resta por oportuno acentuar que mesmo diante da importância e grandeza do “mínimo existencial”, o qual sempre se situa no mais alto patamar dos ordenamentos jurídicos pátrios, ele não se encontra expressamente entabulado em nossa Constituição Federal, deste

---

<sup>81</sup> Cf. BVerfGE 1, 159 (161-162); 5, 27 (31); 27, 58 (63); 52, 339 (346).

<sup>82</sup> ALEXY, Robert, “Teoria dos direitos fundamentais”, 2ª ed. Editora Malheiros p. 436.

<sup>83</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 21.

<sup>84</sup> ZACHER, “Das soziale Staatsziel”, in: Isensee-Kirchhof (org), “Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland”, vol. I, Heidelberg, CF Muller, 1987, 9. 1.062 e ss.

<sup>85</sup> Op. Cit. p. 23/24.

<sup>86</sup> TORRES, Ricardo Lobo, “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”, in: SARLET, Ingo Wolfgang, “Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 69.

modo sua conceituação ainda padece de maior robustez, portanto, partindo do pressuposto que o “mínimo existencial” trata-se de conceito vago, portanto de difícil conceituação, e, ainda não pacificado em nossa doutrina e jurisprudência, mister se faz uma tentativa de uma ínfima conceituação:

Destarte, cumpre iniciarmos, preliminarmente, sobre a afirmação da conceituação vaga do “mínimo existencial”, como bem explana o Mestre maior Celso Antônio Bandeira de Mello:<sup>87</sup>

“os conceitos vagos (tal como o “mínimo existencial”) padecem de indeterminação nas previsões abstratas, mas no caso concreto assumem muito mais consistência.”

Destarte, por tratar-se de um conceito vago, que no caso concreto se incorpora, conforme ensinamentos do professor Celso Antônio, mantém uma zona de certeza negativa e positiva, bem como, uma zona de penumbra, porém cumpre atentar que manteremos assim o presente estudo nas zonas de certeza negativa e positiva do “mínimo existencial”.

Também cumpre aclarar, conforme bem explana Fernando Facury Scaff, que o mínimo existencial não é uma categoria universal, podendo variar de lugar para lugar, inclusive dentro de um mesmo país.<sup>88</sup>

Gustavo Amaral entende que a determinação concreta do “mínimo existencial” seria fugidia e variável histórica e geograficamente. Haveria, portanto uma ampla zona de transição entre o “mínimo existencial” e o não mínimo.<sup>89</sup>

O mestre Kazuo Watanabe acrescenta que “o “mínimo existencial”, além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição de retrocesso, ampliando sua abrangência na medida em que melhorem as condições sociais e econômicas do país”.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, “Discrecionabilidade e Controle Judicial” 2ª ed., 9ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 2008, pp. 22-26.

<sup>88</sup> SCAFF, Fernando Facury, “Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos”, Revista Interesse Público 32/217, Porto Alegre, Notadez, Julho-agosto/2005.

<sup>89</sup> AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha. Renovar, 2001. p. 213-216.

<sup>90</sup> WATANABE, Kazuo. “Controle Jurisdicional da Políticas Públicas – Mínimo Existencial e demais direitos Fundamentais imediatamente judicializáveis”, in: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de*

Logo, podemos utilizar como exemplo o uso de vestimentas na Região Sul do Brasil e pelos índios do Amazonas, onde sabemos que para estes o não uso é mero caso de costume, enquanto que para aqueles o não uso de vestimentas representaria grandes problemas diante das baixas temperaturas que assolam aquela região. Assim percebemos, diante do exemplo, que com relação aos índios não haveria qualquer prejuízo referente à dignidade, contudo, em relação aos sulistas não há como se negar que não haveria afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Também no intuito de contribuir com melhor conceituação do mínimo existencial, conclamamos à baila os ensinamentos de Robert Alexy, acrescentando que se trata o mínimo existencial de um direito subjetivo vinculante.<sup>91</sup>

Nesta toada Konrad Hesse bem acrescenta que “da compreensão dos direitos fundamentais (neles incluídos o mínimo existencial) como normas objetivas supremas, resulta para o legislador uma obrigação positiva de fazer de tudo para realizar os direitos fundamentais, mesmo que haja para tanto um direito subjetivo do cidadão”.<sup>92</sup>

Isto posto, considerando-se, pois, os direitos sociais como Direitos Fundamentais e exigíveis, é de se aludir também nessa direção o vínculo desses direitos com a dignidade da pessoa humana, e, por conseguinte, seu alcance ao patamar das necessidades existenciais de todo e qualquer indivíduo, para que se estabeleça o que se denomina de “mínimo existencial”.<sup>93</sup>

Neste sentido, Sarlet, defende haver consenso em denominar o núcleo essencial da nossa Constituição formal e material, o reconhecimento, no âmbito do direito constitucional positivo, da dignidade da pessoa humana, como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988).<sup>94</sup>

---

políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 218

<sup>91</sup> Op. Cit. p. 502

<sup>92</sup> HESSE, Konrad, “Grundrechte: Bestand Und Bedeutung”. In Ernest Benda et al. (Orgs.), Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin: de Gruyter, 1983, p. 95.

<sup>93</sup> Op. Cit. p. 177.

<sup>94</sup> Op. Cit. p. 61.

No Brasil, a Carta Política de 1988, além do fundamento da República (art. 1º, III), recepciona a “dignidade da pessoa humana” para assegurar o exercício da atividade econômica (artigo 170, caput), como princípio essencial da família (art. 226, § 7º) e como direito fundamental da criança e do adolescente (art. 227, caput).

Para Ada Pellegrini Grinover o artigo 3º da Constituição Federal, cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado, e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central, ou núcleo duro, que assegura o “mínimo existencial” necessário a garantir a dignidade humana.<sup>95</sup>

Continua a renomada autora parafraseando Ricardo Lobo Torres, “inclui no mínimo existencial, entre outros, o direito à educação fundamental, o direito a saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente, o acesso a Justiça.”<sup>96</sup>

Nesta deriva acrescenta Ana Carolina Lopes Olsen sobre o “mínimo existencial” afirmando que “preocupou-se o constituinte com a dignidade da pessoa humana, com o valor social do trabalho, com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalidade e finalmente com a promoção do bem de todos.”<sup>97</sup>

Para Osvaldo Canela Junior o artigo 3º da Carta Magna é emblemático e os objetivos nele traçados podem ser sintetizados como a expressão do princípio da igualdade substancial. Ressalta que para atingir esta igualdade substancial - e não meramente formal -, é indispensável que o Estado garanta aos cidadãos oportunidades de desenvolvimento, assegurando-lhes, ainda, o mínimo de dignidade.<sup>98</sup>

Continua o autor aclarando que a concessão espontânea dos direitos sociais pelo Estado é condição obrigatória para a satisfação dos fins inscritos no art. 3º da Constituição

---

<sup>95</sup> Op. Cit. p. 132

<sup>96</sup> Idem

<sup>97</sup> Op. Cit. p. 219

<sup>98</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. “O orçamento e a “Reserva do Possível”: Dimensionamento no Controle Judicial de Políticas Públicas”, in: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas* / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 230.

Federal, porquanto os bens jurídicos por eles tutelados (art. 6º, em especial) efetivamente criam condições de igualdade substancial entre os cidadãos.<sup>99</sup>

Afirma Cezar Augusto Alckmin Jacob que “a Constituição Federal de 1988 (artigos 5º, 6º e 7º) trouxe um extenso rol de direitos e previu tantos remédios constitucionais, quantos, supunha o constituinte, fossem necessários à efetivação daqueles direitos sociais, o que explica as razões do apelido de “Constituição cidadã. Tratou-se, portanto de se instituir um novo Estado, responsável por prover o “mínimo existencial” indispensável à condição humana para, numa quimera mais distante, transformar essa massa de humanos em uma sociedade de cidadãos.<sup>100</sup>

Necessário se faz evocar o magistério do Mestre Ingo Wolfgang Sarlet, para maior elucidação sobre a conceituação constitucional do “mínimo existencial”:<sup>101</sup>

“Assim, verifica-se que mesmo não tendo um conteúdo que possa ser diretamente reconduzido à dignidade da pessoa humana ou, de modo geral, a um mínimo existencial, os direitos fundamentais em geral e os direitos sociais em particular nem por isso deixam de ter um núcleo essencial. Que este núcleo essencial, em muitos casos, até por ser identificado com o conteúdo em dignidade destes direitos e que, especialmente em se tratando de direitos sociais de cunho prestacional (positivo) este conteúdo essencial possa ser compreendido como constituindo justamente a garantia do mínimo existencial, resulta evidente.” (destacamos)

Ana Paula de Barcellos sustenta que o “princípio da dignidade da pessoa humana”, que assegura, em termos gerais, que todas as pessoas tenham uma vida digna, embora seja de efeito um tanto indeterminado, tem um conteúdo básico – aqui encontramos o nascimento do “mínimo existencial” – sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio. Esse núcleo, no tocante aos

---

<sup>99</sup> Idem

<sup>100</sup> JACOB, César Augusto Alckmin, A “Reserva do Possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba, in: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas* / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 239.

<sup>101</sup> Op. Cit. p. 26.

elementos materiais da dignidade, é composto pelo “mínimo existencial”, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade.<sup>102</sup>

Para a autora o “mínimo existencial” compõe-se de quatro pontos, sendo três deles materiais e um instrumental, quais sejam: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.<sup>103</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet vislumbra como integrantes do “mínimo existencial” os próprios direitos sociais específicos, tais como, a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, dentre outros.<sup>104</sup>

Já o mestre Kazuo Watanabe amplia este rol salientando que o “mínimo existencial” diz respeito ao núcleo básico do princípio da dignidade humana assegurado por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais, tais como direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência social, ao acesso à Justiça, à moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância.<sup>105</sup>

Conceituação que nos parece mais acertada parte do magistério de Carolina Zancaner Zockun, onde entende que todos os direitos sociais – aqui entendido o artigo 6º da Constituição Federal – têm um “núcleo mínimo essencial” atrelado à dignidade da pessoa humana, que deve ser assegurado pelo Estado, na medida em que se trata de dever constitucional.”<sup>106</sup>

Este também é o entendimento de Robert Alexy para o qual cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma.<sup>107</sup>

---

<sup>102</sup> BARCELLOS, Ana Paula. “Eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Renovar, 2002. p. 304-305.

<sup>103</sup> Idem

<sup>104</sup> Op. Cit. p. 25

<sup>105</sup> WATANABE, Kazuo. “Controle Jurisdicional da Políticas Públicas – Mínimo Existencial e demais direitos Fundamentais imediatamente judicializáveis”, in: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe.* – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 213-224

<sup>106</sup> Op. Cit. p. 60.

<sup>107</sup> Op. Cit. p. 298.

Assim podemos concluir que o princípio mor do Estado Democrático e Social de Direito é a “dignidade da pessoa humana”, entabulado no art. 1º, inc. III da Constituição Federal, o qual se desdobra nos objetivos previstos no artigo 3º da CF, que por seu turno é materializado especialmente pelos direitos fundamentais sociais previstos no artigo 6º, também da Constituição Federal de 1988, onde se encontram concretamente aqueles direitos sem os quais não haveria de se falar em uma existência digna.

Oportuno registrar aqui que não está a se falar que o artigo 6º da Constituição se refere a um rol taxativo, quando no máximo estamos a afirmar que se trata de um rol exemplificativo e que os direitos sociais sempre poderão ser alvo de ampliação, porém nunca de retrocesso!

Dessarte citamos os ensinamentos de Antonio Enrique Pérez Luño sobre a dignidade da pessoa humana onde defende que “uma concepção geracional dos direitos humanos implica, em suma, reconhecer que o catálogo das liberdades nunca será uma obra fechada e acabada. Uma sociedade livre e democrática deverá mostrar-se sempre sensível e aberta à aparição de novas necessidades, que fundamentem novos direitos.”<sup>108</sup>

Neste sentido, finalizando, cumpre evocar o que bem ressalta o professor Clémerson Merlin Cléve parafraseado pela professora Ana Carolina Lopes Olsen, onde pondera que “os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do compromisso da sociedade, do governo e da riqueza produzida no país. Aponta, a Constituição, portanto, para a ideia de máximo, mas de máximo possível.”<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos y constitucionalismo em la actualidad: “continuidad o cambio de paradigma”. In: Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 21.

<sup>109</sup> Op. Cit. 219.

### 3.1 Do mínimo existencial *versus* reserva do possível

Em que pese à utilização de parte da doutrina da chamada “reserva do possível” como defesa do Estado frente a sua inércia à garantia do “mínimo existencial”, devemos aqui fixar entendimento de que a adoção de soluções estrangeiras nem sempre se compatibiliza com a realidade jurídica e material do Estado Brasileiro.

Assim, a chamada “reserva do possível”, como já dito, foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-concreta brasileira. Nestas diferentes ordens jurídicas concretas, não variam apenas as formas de lutas, conquistas e realização e satisfação dos direitos, mas também os próprios paradigmas jurídicos aos quais se sujeitam.<sup>110</sup>

No dizer de Maquiavel, trata-se de analisar a *verità effettuale*, a verdade das coisas, as “coisas como elas são” e “ não como deveriam ser”.<sup>111</sup> Logo, nossa realidade, nossa condição de vida e as características próprias de nosso país devem ser levadas a efeito, para, assim, não incorrerem em erro.

Partindo deste pressuposto, conforme ensinamentos do professor Dirley Cunha Junior, “não podemos concordar com aqueles que sustentam, com base na doutrina estrangeira, encontrar-se a eficácia dos direitos fundamentais dependente do limite fático da “reserva do possível”, porque sempre haverá um meio de remanejar os recursos disponíveis, retirando-os de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida, etc.), onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem, como a vida, a integridade física, a saúde e a educação, por exemplo.”<sup>112</sup>

Compartilha deste entendimento Andreas J. Krell e acrescenta que “fica claro que uma transferência mal-refletida do conceito da “reserva do possível” constituiria uma adoção de

---

<sup>110</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 203.

<sup>111</sup> MAQUIÁVEL, Nicolau. “O Príncipe, capítulo XV, obra escrita em 1513, pág. 280.

<sup>112</sup> 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, 2004, p. 308.

soluções estrangeiras, nem sempre coerentes com as verdadeiras necessidades materiais do país, que, há muitas décadas, pode ser observada na elaboração judiciária brasileira.”<sup>113</sup>

Renomado Autor é contrário à admissão da “reserva do possível” em um país desigual como o Brasil, uma vez que segundo ele poria em sério risco a efetividade dos direitos fundamentais, além de levar a relativização de direitos invioláveis.<sup>114</sup>

Neste ponto, uma ínfima digressão histórica se faz necessária:

Ao que tange a desigualdade, é oportuno salientar que em 2006 o Brasil, segundo o IBGE, contava com 26% da população de 15 ou mais anos de idade com apenas 04 anos de estudo completo,<sup>115</sup> e, de acordo com a Associação Brasileira de Tecnologia Educacional, 75% por cento da população de 15 a 64 anos não conseguiam ler e escrever plenamente.<sup>116</sup>

Já a precariedade do país na saúde já é bastante conhecida, chegando ao ponto da 10ª Vara da Fazenda Pública do RJ proferir decisão determinando que as pessoas que não pudessem ser atendidas no hospital público municipal deveriam ser encaminhadas às instituições privadas de saúde, devidamente cadastradas.<sup>117</sup>

Outro dado preocupante, também extraído o IBGE em 2006, estimava que 40% da população se encontravam em situação de insegurança alimentar, sem garantia de acesso à comida, e com 33 milhões de pessoas vivendo na pobreza extrema.<sup>118</sup>

Assim notamos que a desigualdade é imensa, já que se trata de uma das maiores economias mundiais, possuindo inúmeros “milionários”, numero que cresce a cada dia. Contudo, maciça parcela da população vive em condições de pobreza extrema, em condições indignas, motivo pelo qual a cláusula da “reserva do possível” não pode ser aceita, já que a

---

<sup>113</sup> KRELL, Andréas J., Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e Alemanha – Os (Dês) Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002 p.56.

<sup>114</sup> Ibidem.

<sup>115</sup>Fonte:<[www.ibge.gov.br/ibgeteen/pesquisas/educacao.html](http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/pesquisas/educacao.html)> (acesso em 20.05.2006)

<sup>116</sup>Fonte:<[www.abt-br.org.br/index.php?option=com\\_content&tas=view&id=287&itemid=2](http://www.abt-br.org.br/index.php?option=com_content&tas=view&id=287&itemid=2)> (acesso em 20.05.2006)

<sup>117</sup> Processo nº 2004.001.035455-0, 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, Juiz Ricardo Couto de Castro, DJ 15.03.05, colocar como rodapé

<sup>118</sup>Fonte:<[www.ibge.gov.br/home/presidência/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=600&\\_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidência/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=600&_pagina=1)> (acesso em 17.06.2006)

defesa do “mínimo existencial”, conforme já fora dito, busca a igualdade material, o fim das desigualdades, e a garantia de que as pessoas vivam com um mínimo de conforto, com um mínimo de dignidade!

A não conformação da “teoria da reserva do possível” no Estado Social e Democrático Brasileiro também é corroborada por Osvaldo Canela Junior:<sup>119</sup>

Assim é que se condiciona a concessão de direitos sociais à prévia dotação orçamentária do erário público, invocando-se como argumento de referência a teoria da “reserva do possível”.

Entretanto, a reconstrução histórica do conceito orçamento demonstra que há um enorme descompasso entre a “teoria da reserva do possível” e os ideais do Estado Social, francamente assumidos pela Constituição Federal de 1988.

Continua o autor: “se o ventusco orçamento clássico pressupunha a atuação mínima do Estado na economia, o orçamento programa,<sup>120</sup> conceito derivado do Estado Social, reserva-lhe conduta eminentemente pró-ativa na satisfação dos direitos fundamentais. **Logo, a “teoria da reserva do possível” revela-se inconsistente com a realidade do Estado Social, ideologia em relação a qual o Brasil encontra-se alinhado por força da Constituição Federal de 1988.**”<sup>121</sup>

O postulado de estabilidade e de inação, carga ideológica flagrantemente extraída da “teoria da reserva do possível”, é característico do Estado Liberal. Não se coaduna, nesta perspectiva, com os ideais de programação e intervenção estatal, ínsitos ao Estado Social.<sup>122</sup>

Para Ada Pellegrini Grinover, nosso modelo constitucional é baseado na *judicial review* norte-americana.

Neste sentido, ressalta Hermes Zaneti Junior que “A encetar esse engano comum, está a indevida adoção simplista, por parte da doutrina, no Brasil do modelo puro de separação de

---

<sup>119</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 225

<sup>120</sup> Orçamento programa é conceituado como aquele destinado à formação de receita no futuro, com previsão das despesas necessárias, em um sentido claro de prospecção de recursos.

<sup>121</sup> Idem, p. 203.

<sup>122</sup> Idem, p. 232

poderes. Nosso modelo é outro, quer por razões históricas, a exemplo da adoção do modelo constitucional da *judicial review* norte-americana, desde 1981, quer por razões teóricas, a consolidação do neoconstitucionalismo, com a Constituição de 1988.”<sup>123</sup>

Também afirma o autor que “a Constituição brasileira prevê um modelo de Estado, Constituição e democracia ativista e compartilhado, no qual o poder Judiciário contemporâneo, dentro das suas funções atribuídas aos poderes da República, funciona como o responsável pela *judicial review* através de uma justiça de autoridade coordenada (paritária) para a implementação de políticas públicas definidas pelos direitos fundamentais.”<sup>124</sup>

Ada Pellegrini Grinover também disserta sobre a questão:

Mas em 1891 os Estados Unidos da América haviam introduzido em seu sistema a *judicial review*, a partir do controle de constitucionalidade inaugurado pelo juiz Marshall no famoso caso *Madison versus Marbury*, em que se afirmou a supremacia da Constituição, a ser aferida em relação à lei, que poderia assim ser fulminada. **E não será demasiado lembrar que o sistema constitucional brasileiro tem suas raízes no norte-americano.** <sup>125</sup>

Logo, é salutar ponderar que a “teoria da reserva do possível” não se coaduna com nosso sistema constitucional, haja vista que detém premissas do Estado Liberal e não do Estado Social, modelo no qual se insere nosso sistema.

Conforme entendimento de Carolina Zancaner Zockun, parafraseando Andreas J, Krell, em questão hipotética que envolveria uma celeuma sobre o Poder Executivo escolher tratar milhares de pessoas vítimas de doenças comuns à pobreza (doenças de cura onerosamente ínfima) ou um pequeno número de doentes terminais vitimados por doenças raras ou de cura improvável (custosas ao Estado), bem salientou que “equivoca-se parte da doutrina, a qual entende que cabe ao Poder Executivo esta “escolha de Sofia” – aqui entendendo-se a escolha realizada entre a observância do “mínimo existencial” ou da reserva

---

<sup>123</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes, “ A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático”, in: Ada Pellegrini Grinover, “O controle jurisdicional de políticas públicas” / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 34/35.

<sup>124</sup> Idem.

<sup>125</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 126

do possível - , uma vez que o Texto Maior já forneceu a solução a de ser adotada – qual seja, a de conceder o tratamento a todas as pessoas.<sup>126</sup>

Isto posto, cumpre ressaltar que parte da doutrina aceita a utilização da “reserva do possível”, vislumbrando a possível correlação dela em nosso sistema constitucional, em especial como relação às peças orçamentárias da União, Estados e Municípios, restando em muitos casos como forma de defesa do Estado frente às questões referentes à judicialização de direitos fundamentais.

Gustavo Amaral e Danielle Mello sintetizam a utilização da “reserva do possível” no ordenamento jurídico brasileiro da seguinte forma:

(...) a escassez [dos direitos sociais], em maior ou menor grau, não é um acidente ou um defeito, mas uma característica implacável. Também por isto nos permitimos ousar divergir de Sarlet, para entender que ante o caráter expansionista do chamado “direito à vida”, a escassez faz parte da definição, da delimitação em concreto do próprio direito, ou, como preferimos, da densificação e decisão quanto ao atendimento da pretensão pelo que a chamada “reserva do possível” é elemento integrante<sup>127</sup>

Nesta toada, ressalta Cesar Augusto Alckmin Jacob que “a exceção da “reserva do possível”, assim, por representar defesa calcada nas reais possibilidades, quer fáticas, quer jurídicas da Administração Pública, desde que devidamente fundamentadas, erige-se como instrumento plenamente legítimo de limitação do controle judicial das políticas públicas. Não se tolera mais o lugar-comum de tratar o Estado como ente à parte da sociedade, que dela e de suas opções esteja dissociado por completo, um ente que tudo a todos deve prover, apesar de não se ignorar que o próprio Estado tem parcela de culpa nesse conceito à medida que a eficiência sentida no recolher tributos não é mesma vista no gastar os recursos recolhidos.”<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 59.

<sup>127</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 91.

<sup>128</sup> JACOB, Cesar Augusto Alckmin. “A “Reserva do Possível”: Obrigação de Previsão Orçamentária e de Aplicação de Verba”. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 279.

Com a devida *vênia*, ousamos discordar destes renomados doutrinadores que aceitam o limite orçamentário como barreira apta a mitigar a concretização dos direitos fundamentais, em especial ao “mínimo existencial”, capaz de conceder a pessoa humana aquela dignidade necessária para que assim não seja colocada em situação de indignidade.

A professora Ada Pellegrini Grinover também compartilha deste entendimento, e acrescenta que “nos casos de urgência e violação ao “mínimo existencial”, o princípio da reserva do possível **não deverá constituir obstáculo para a imediata satisfação do direito**”. (*grifo nosso*)<sup>129</sup>

O “mínimo existencial” corresponde, assim, à imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou atuação administrativa, constituindo, mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei.<sup>130</sup>

Nesta deriva, bem acentua o mestre Kazuo Watanabe, quando em seu magistério afirma que “a adoção do conceito de “mínimo existencial” é feita para possibilitar a tutela jurisdicional imediata, sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica, e sem a possibilidade de questionamento, em juízo, das condições práticas de sua efetivação, vale dizer, sem sujeição à cláusula da “reserva do possível”.<sup>131</sup>

Continua o autor: “admitir-se que em relação ao “mínimo existencial” possa o Estado alegar qualquer espécie de obstáculo ou dificuldade de ordem material, invocando a cláusula da “reserva do possível”, será o mesmo que admitir que alguém possa continuar vivendo em estado de indignidade, o que afrontaria um dos fundamentos da nossa Constituição, que é a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inciso III CF).

---

<sup>129</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 139.

<sup>130</sup> Idem, p. 133.

<sup>131</sup> WATANABE, Kazuo. “Controle Jurisdicional da Políticas Públicas – Mínimo Existencial e demais direitos Fundamentais imediatamente judicializáveis”, in: GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 218

A professora Carolina Zancaner Zockun parafraseando o professor Vidal Serrano explica que a teoria da reserva do possível só pode ser invocada, quando a matéria em pauta não tenha relação com o mínimo existencial.<sup>132</sup>

Não é outro o entendimento de Osvaldo Canela Junior, que bem acentua que o “orçamento, no Estado Social, há de servir como instrumento para realização dos fins estatais e não como anteparo à concessão dos direitos sociais.”<sup>133</sup>

E continua ressaltando que a compreensão do Orçamento permite concluir que eventual insuficiência de recursos não pode constituir elemento de estagnação da concessão de direitos fundamentais, mas vetor de conduta das formas de expressão do poder estatal para a prospecção futura de recursos.<sup>134</sup>

Juliana Maia Daniel bem observa que “toda e qualquer discussão de omissão administrativa na implementação de políticas públicas recai sobre o orçamento, sobretudo à luz de limite da “reserva do possível”, tão invocado pela administração para afastar o controle pelo Judiciário de sua conduta omissiva. Deve-se coibir, pois, as atitudes irresponsáveis, as omissões arbitrárias que coloquem em xeque a própria efetividade do sistema.”<sup>135</sup>

E acrescenta: “a doutrina e jurisprudência falam em um núcleo de direitos fundamentais inafastável pelo poder público, porque indispensáveis para a garantia do primado constitucional da dignidade humana. A partir dessa ideia, haveria um “mínimo existencial” a ser garantido pelo Estado em toda e qualquer hipótese, cuja omissão seria inarredavelmente arbitrária.”<sup>136</sup>

Também compartilha do entendimento em comento Sérgio Cruz Arenhart que acrescenta que “não se pode autorizar que, sob o pretexto da indisponibilidade financeira do

---

<sup>132</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 53.

<sup>133</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. “O orçamento e a “Reserva do Possível”: Dimensionamento no Controle Judicial de Políticas Públicas”, in: GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 230.

<sup>134</sup> Idem.

<sup>135</sup> DANIEL, Juliana Maia. “Discrecionabilidade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas”, in: GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 218

<sup>136</sup> Idem

Estado, possa este furtar-se de realizar o mínimo cabível, dentro da exigência razoável que suas condições autorizariam.<sup>137</sup>

Carolina Zancaner Zockun entende que inúmeras questões que são submetidas aos magistrados deste país encontram-se na ideia do “mínimo existencial” e que ele representa, pois, um limite claro a postulação da “reserva do possível” pelo Estado.<sup>138</sup>

Nesta seara, utilizamos o entendimento de Flávio Dino de Castro e Costa para quem “os juízes têm o dever de fornecer àqueles que pleiteiam os direitos sociais que garantam um “padrão mínimo social”, não podendo a “reserva do possível” obstaculizar tais direitos.”<sup>139</sup>

Para Marco Antonio da Costa Sabino o “mínimo existencial” constitui o núcleo básico de bens que devem ser entregues a cada pessoa para garantir sua existência digna. Quanto a esses bens, constitucionalmente assegurados pela Constituição, justamente, para fazer valer o seu princípio maior, a dignidade da pessoa humana, não se pode alegar a reserva do possível. Daí se tira uma conclusão: o provimento jurisdicional que ultrapassa o prestígio ao “mínimo existencial” do paciente é excessivo e prejudicial à sociedade.<sup>140</sup>

Não podemos olvidar que um os objetivos entabulados no inciso III, do Artigo 3º da Constituição Cidadã, que, inclusive, para Ada Pellegrini, representa os objetivos a serem perquiridos pelos direitos sociais referenciados no artigo 6º do mesmo diploma legal e, em especial da defesa de um “mínimo existencial”, refere-se ao combate da pobreza, visando assim reduzir as desigualdades sociais.

Nesta esteira, firma posição Maria Tereza Sadek: “os direitos sociais, por sua vez, têm por objetivo um padrão mínimo de igualdade no que se refere ao usufruto dos bens coletivos. Incluem-se nesse patamar, dentre outros, o direito à educação, à saúde, à moradia etc.”

---

<sup>137</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. “As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder judiciário. Disponível em:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em 08 de novembro de 2008

<sup>138</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 53.

<sup>139</sup> COSTA, Flávio Dino de Castro. “A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil”, revista interesse público 28/64-900, Porto Alegre, Notadez, novembro-Dezembro/2004.

<sup>140</sup> SABINO, Marco Antônio da Costa. “Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da Saúde”, in: Ada Pellegrini Grinover, “O controle jurisdicional de políticas públicas” / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 381.

Finaliza a autora acrescentando que “a igualdade prevista na lei tem condições de reduzir as desigualdades econômica e social e suas conseqüências.”<sup>141</sup>

Logo, denota-se que o Poder Administrativo deve ater-se à observância da lei. Isto também é o que nos ensina Hermes Zaneti Junior:<sup>142</sup>

Como é sabido, não são os direitos fundamentais que devem andar no quadro determinado pela lei e pelo administrador, mas a lei e o administrador público que devem ser conformados pelos direitos fundamentais.

Destarte, cumpre aqui firmar entendimento de que diante da observância [pelos Poderes Executivo e Legislativo] dos direitos sociais, em especial, quanto ao seu núcleo essencial - aqui se referindo ao “mínimo existencial” – estaremos a erradicar a pobreza, combater a própria desigualdade social, e a garantir o desenvolvimento nacional, em pura observância aos princípios básicos entabulados na Carta Política de 1988, os quais por seu turno visam a total observância a um princípio absoluto<sup>143</sup> nela consagrado, qual seja “a dignidade da pessoa humana”.

Devemos bem observar que um dos objetivos fundamentais da Constituição Federal é o da “garantia do desenvolvimento nacional”, fato este que, devidamente observado, obviamente, deverá assegurar aos brasileiros e estrangeiros que aqui residem o alcance, bem como o oferecimento do “mínimo existencial” – aqui, sem a necessidade constante de defesa via Poder Judiciário -, que comumente observamos nos ensinamentos dos mestres Luis Roberto Barroso<sup>144</sup> e Clémerson Merlin Cléve.<sup>145</sup>

---

<sup>141</sup> SADEK, Maria Tereza. “Judiciário e arena pública: Um olhar a partir da ciência política” in: Ada Pellegrini Grinover, “O controle jurisdicional de políticas públicas” / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, pp. 08 e 09.

<sup>142</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes, “A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático”, in: Ada Pellegrini Grinover, “O controle jurisdicional de políticas públicas” / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 34.

<sup>143</sup> Com relação à terminologia “princípio absoluto” necessário se faz evocar os ensinamentos de Alexy, o qual bem assevera que seria possível sustentar apenas um princípio absoluto, “a dignidade da pessoa humana”, e finaliza, sustentando que há uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade humana prevalecerá – com grande grau de certeza – em face de todos os outros princípios.”

<sup>144</sup> BARROS, Luis Roberto. “O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro, Renovar, 1990, p. 260.

<sup>145</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin. “Temas de Direito Constitucional. São Paulo, Editora Acadêmica, 1993, p. 126.

Para Luís Roberto Barros viabilidade dos direitos sociais, em especial, ao que tange ao “mínimo existencial, representa a posição progressista, onde cuida-se de produzir um conhecimento e uma prática asseguradoras das grandes conquistas históricas, mas igualmente comprometidos com a transformação das estruturas vigentes. O esboço de uma dogmática autocrítica e progressista, que ajude a ordenar um país capaz de gerar riquezas e distribuí-las adequadamente.<sup>146</sup>

Corroborando com o acima exposto, encontramos amparo em Alexy que brilhantemente ressalta que “decorre que uma teoria absoluta do “conteúdo essencial” não pode afirmar que razões mais importantes não prevalecem, mas apenas que **não existem razões mais importantes.**”<sup>147</sup> (grifo nosso)

Assim, é oportuno trazer à baila o magistério de Robert Alexy parafraseando Friedrich Klen para quem “é proibido que a validade de um direito fundamental seja de tal forma reduzida **que se torne insignificante para todos os indivíduos ou para a maior parte deles ou para a vida social.**”<sup>148</sup>

Para o Professor Ingo Wolfgang Sarlet, o qual diga-se, com a devida vênia dos demais autores já citados, é um dos maiores estudiosos e conhecedores sobre o tema, “em todas as situações em que o argumento da reserva do legislativo (assim como o da separação dos poderes e demais objeções aos direitos sociais na condição de direito subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, havemos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação.<sup>149</sup>

Em tempo, é oportuno ressaltar que este entendimento segue na esteira de Alexy e Canotilho, conforme bem pondera Ricardo Lobo Torres, um dos mais antigos doutrinadores a debruçar-se sobre o tema, e que fixa entendimento sob o prisma de que a proteção positiva do “mínimo existencial” não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende de orçamento nem de políticas públicas. Em outras palavras, continua o autor, o

---

<sup>146</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 65.

<sup>147</sup> ALEXY, Robert, “Teoria dos direitos fundamentais”, 2ª ed. Editora Malheiros p. 300.

<sup>148</sup> Idem p. 297.

<sup>149</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 72.

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 compreende nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.).<sup>150</sup>

Em suma, percebe-se que a doutrina majoritária entende que a teoria da “reserva do possível” não poderá ser utilizada como óbice à concretização do “mínimo existencial” apto a proporcionar a cada indivíduo uma vida com o mínimo aceitável de dignidade, mínimo este que entendemos ser aquele exposto no artigo 6º da Lei Maior, sem prejuízo de outros direitos sociais que sejam criados no intuito de maximizá-lo. Nesta direção, também firma entendimento o STF e o STJ, cujos julgados ressaltam que diante do “mínimo existencial” não há de se falar na reserva do possível.<sup>151</sup>

Logo, a doutrina minoritária firma entendimento que gira em torno da flexibilização dos direitos fundamentais, e até mesmo do “mínimo existencial”, doutrina esta defendida por alguns autores aqui acima citados.

Nesta toada, acompanhamos a professora Ada Pellegrini Grinover que afirma que o “mínimo existencial” só pode ser relativizado por outro “mínimo existencial” e assim pedimos vênua para utilizar o exemplo da renomada autora:

Imagine-se que uma determinada prefeitura decida construir um hospital num bairro pobre, que não tem saneamento básico, sendo que em bairro próximo existe outro hospital. Qual o “mínimo existencial” que deve prevalecer?<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> Idem, p. 74.

<sup>151</sup> No STF citem-se como exemplos de casos que se põe em pauta a teoria da “reserva do possível: ADPF nº 45 – DF, rel. Ministro Celso de Mello, suspensão de liminar (SL) 109-MS, rela. Ministra Ellen Gracie; AgR no RE 410.715-5-SP, rel. Ministro Celso de Mello; No STJ destacam-se: REsp 790.715-SP, rel. Ministro José Delgado; REsp 811.608-RS, rel. Ministro Luiz Fux.

<sup>152</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle jurisdicional de políticas públicas” , in: O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 133.

Para a autora, tal situação deve ser solucionada pela utilização do princípio da razoabilidade. A razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio da proporcionalidade. E finaliza asseverando que tal princípio pode corrigir uma política pública equivocada.<sup>153</sup>

Neste caso específico, pedimos vênia para discordar da autora, pois acreditamos que o Estado poderá evocar a própria teoria da “reserva do possível” – alegar qual destas obras estão em seu orçamento - como forma de defesa, e utilizar-se de seu poder discricionário para escolher qual “mínimo existencial” será cumprido. Poderia até intervir o Judiciário, retirando verba do orçamento já destinado ao “mínimo existencial”, a nosso ver, em um único caso, para proteger a vida em casos concretos.

Entendemos que caso haja conflito entre o “mínimo existencial”, desde que o estado esteja cumprindo um destes “mínimos existenciais”<sup>154</sup> não poderá ocorrer a correção judicial desta situação, uma vez que assim estará o Judiciário a entrar no mérito da atuação administrativa, ou seja, estará substituindo o Administrador, ferindo, assim, o princípio da separação dos poderes.

Com relação à celeuma existente entre a observância da “reserva do possível” ou do “mínimo existencial”, algumas ponderações finais se fazem necessárias.

Devemos não olvidar que a questão principal do presente estudo deve em um primeiro olhar ser observada de forma principiológica e de hierarquia, já que sabemos que no bojo de nossa Constituição encontram-se expressos diversos mandamentos, uns de valor fundamental, outros não fundamentais, e mesmo os fundamentais devem ser flexibilizados, dependendo do caso concreto. Em suma, compartilhamos do entendimento de Robert Alexy quando afirma que “a força do princípio da competência orçamentária do legislador (*die Kraft des Prinzips des Haushaltskompetenz des Gesetzgebers*) não é ilimitada, nem é um princípio absoluto (*es ist kein absolutes prinzip*),<sup>155</sup> direitos individuais podem ter mais peso do que fundamentos de política financeira (*finanzpolitische grunde*)<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> Idem.

<sup>154</sup> Vide *numerus clausus*, capítulo da “Reserva do possível”.

<sup>155</sup> Vide nota 29.

<sup>156</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 75.

Nos moldes destes ensinamentos, oportuno se faz evocar Américo Bedê Freire Jr., o qual questiona: “será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existe, no mesmo orçamento, recurso com propaganda de governo? E assim afirma: “antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não-prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder.”<sup>157</sup>

Partindo deste brilhante ensinamento e bastante sólido do ponto de vista constitucional, nunca ou muito dificilmente haveremos de falar e aceitar a “reserva do possível” como forma de defesa do Estado, como forma negativa de garantir o “mínimo existencial”. Pois, como aceitar que um ser humano morra, uma criança não tenha educação, ou mesmo que um indivíduo não tenha sequer os primeiros socorros, porque os Poderes Executivo e legislativos mantêm, mesmo diante deste cenário, o entendimento de que devem gastar a verba pública com propaganda de governo, ou de outras formas não essenciais perante a Constituição?

Neste diapasão, discordamos de Fernando Facury Scaff, quando em seu estudo, na intenção de defender o uso da “reserva do possível” afirma que “proferir sentenças aditivas sob impacto da pressão dos fatos, mesmo que dos fatos sociais mais tristes, **como possibilidade de perda de uma vida** ou de falta de recursos para a compra de remédios, não é papel do judiciário.”<sup>158</sup>

Em resposta, trazemos à baila os ensinamentos do grande mestre Ingo Wolfgang Sarlet que, com brilhantismo, afirma que “se o Brasil veda expressamente a existência de penas cruéis e de morte (art. 5º, XLVII, “e” e “a”), como relegar à própria sorte e ao sofrimento o cidadão sem recursos? Como condenar à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de uma doença e não ter condições de pagar um tratamento adequado?”<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup> FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. “Reserva do possível para quem?”, Revista da Escola da Magistratura Regional Federal 8/288, nº 1, Rio de Janeiro, Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal: 2ª Região, 2007.

<sup>158</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças Aditivas, direitos sociais e reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 152.

<sup>159</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, “Algumas considerações em torno considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”, Revista Interesse Público 12/103-104, Sapucaia do Sul, Notadez, Outubro-Dezembro/2001.

Afinal, conforme a doutrina já pacificou, o bem maior a ser protegido não é a própria vida? Assim entendemos que se não há sequer a vida a ser protegida, logo, não há mais nada a ser protegido!

Assim, firmamos entendimento de que se os direitos fundamentais, entabulados da Lei Maior, em especial seu núcleo essencial, que corresponde ao “mínimo existencial”, não podem ser limitados frente a restrições orçamentárias, portanto de menor peso. Conforme conceitua Alexy, todo o trabalho do constituinte ficaria em xeque, correndo o risco, de nossa Lei Maior se transformar em “letra morta”.

Não é outro o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, que por seu turno ressalta que “o que se verifica, em muitos casos, é uma inversão hierárquica tanto em termos jurídico-normativos quanto em termos axiológicos, quando se pretende bloquear qualquer possibilidade de intervenção neste plano, a ponto de se privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais e, o que é mais grave, prioridades em matéria de efetividade de direitos fundamentais.”<sup>160</sup>

Ou os direitos fundamentais são fundamentais ou não o são – aqui novamente evocamos Maquiavel sobre a *verità effettuale*, a verdade efetiva das coisas, as coisas como elas são. Ou prevalecem sobre os fatores de menor envergadura, ou não representam nada.

Todo nosso sistema jurídico resta prejudicado, fomentando a “insegurança jurídica”, quando um direito que deveria ser fundamental, e seu núcleo essencial, o que também podemos conceituar em outras palavras como o “fundamental do fundamental”, “o mínimo do mínimo” é violado. Nesses casos, todo o arcabouço legal de um país fica vulnerabilizado.

Contudo, não estamos a negar que a Constituição, em seu artigo 167, II, V e VI, proíba a realização de receita sem a correspondente dotação orçamentária, mas sim a destacar que a mesma Constituição assegura a aplicação imediata dos direitos sociais (art. 5º, § 1º).<sup>161</sup>

---

<sup>160</sup> SILVA, Ricardo Augusto Dias da. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. “Direito Fundamental à Saúde”, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2010, p. 194.

<sup>161</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 53.

Diante deste dilema acompanhamos Sandoval Alves da Silva, que afirma que “se houver escassez de recurso, deve o Poder Público retirá-los de outras áreas que não resguardam o “mínimo existencial”<sup>162</sup>

Devemos, porém, fixar entendimento de que se o orçamento não consegue ao menos salvaguardar o “mínimo” ele deve ser vislumbrado como “inefcaz”, devendo assim ser todo repensado, inclusive com a ajuda maciça da população (orçamento participativo), deixando assim de ser realizado pela decisão única dos membros dos poderes Legislativo e Executivo com se Deuses fossem.

Andreas J. Krell ressalta que “a dependência da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa restringir sua eficácia a zero; a subordinação aos ‘condicionantes econômicos’ relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados ‘direitos de segunda categoria’<sup>163</sup>.

Isto posto, segue os ensinamentos do mestre Eros Grau:

A assim designada reserva do possível ‘não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica’. Importa, portanto, que se tenha em mente, que quem ‘governa’ – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicional. [...] As objeções atreladas à reserva do possível não poderão prevalecer nesta hipótese, exigíveis, portanto, providências que assegurem, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa, inclusive o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos, pois é disso que no fundo se está a tratar.<sup>164</sup>

---

<sup>162</sup> SILVA, Sandoval Alves da. “Direitos Sociais – Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação, Curitiba, Juruá, 2007, p. 192.

<sup>163</sup> KRELL, Andréas J., Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e Alemanha – Os (Dês) Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002 p. 54.

<sup>164</sup> SILVA, Ricardo Augusto Dias da. “Direito Fundamental à Saúde”, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2010, p. 195.

Em suma, não há como se sustentar o uso da teoria da “reserva do possível” frente ao “mínimo existencial” no Brasil:

Primeiramente, por ter sido criada em um país com situação totalmente diversa da nossa – Alemanha, país altamente desenvolvido, com baixo índice de desigualdades sociais.

Também porque os direitos sociais obtêm patamar constitucional de cunho fundamental, não podendo sob qualquer pretexto deixar de ser observado ou ser subjugado por outro valor.

A “reserva do possível” aqui é representada pelo Orçamento, o qual para muitos doutrinadores, trata-se de uma mera peça de ficção.

Em 2003 o Brasil arrecadou R\$ 553,18 bilhões, em 2004 R\$ 650,15, em 2005 aproximadamente R\$ 733 bilhões e dados comprovam que a arrecadação sempre continuou crescente, e, recentemente ultrapassou o Reino Unido entre as maiores economias do planeta – logo observamos que o problema a ser solucionado não é a escassez de dinheiro e sim a desigualdade social, a má distribuição de renda, o Brasil não deve ser considerado como um país pobre, pode até o ser subdesenvolvido, contudo trata-se de um país economicamente forte, porém com uma das piores distribuições de renda do planeta. Somada a colossal arrecadação, nunca é demais lembrar que o Brasil está entre os países com as maiores cargas tributárias, quiçá, se não for a maior, fato que, por conseguinte, também concede ao Estado Brasileiro uma das maiores arrecadações por intermédio de tributos, logo como poderíamos aceitar passivamente a tese de falta de recurso para que se garanta um “mínimo existencial” às pessoas carentes (importante ponderar que nem todos os brasileiros necessitam do subsídio do Estado para prover este mínimo – princípio da auto-responsabilidade)

Por fim, tendo em vista as ingerências do Poder executivo e do não compromisso com a peça orçamentária, bem como, com o princípio da eficiência não há de se falar em obstar a concessão do “mínimo existencial” pela cláusula da “reserva do possível”. A peça orçamentária deve ser enxergada sob dois pilares, o primeiro referindo-se sobre as verbas destinadas as áreas que englobam o “mínimo existencial”, como a educação, saúde, moradia, Assistência Social, as quais por estarem observando este mínimo seriam “quase intocáveis” –

aqui entendemos que, como já dito, que este núcleo poderia ser tocado, para defesa do bem maior que sempre será a vida humana, assim, se após gastos com o “mínimo existencial” sobrasse apenas e tão somente verba destinada à educação infantil (integrante também do mínimo existencial), e existisse um caso concreto, em que o Estado estivesse em um dilema de necessidade de tratamento urgente ou a morte de um cidadão, este “mínimo existencial” referente à educação deveria ser remanejado à saúde, para que o bem maior, que é a vida, prevalecesse. Pois sem a vida não estamos a falar de mais nada.

Falam em controle social do orçamento, contudo, com bem salienta Ana Paula de Barcellos, o dialogo democrático não tem como funcionar já que os indivíduos não dispõem de condições básicas de existência digna, ou seja, a eles há muito já é negado o “mínimo existencial”.<sup>165</sup>

Assim finalizamos este capítulo parafraseando Sérgio Buarque de Holanda: “As Constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômeno corrente em toda a história da América do Sul”.

---

<sup>165</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 109.

## 4 DO ATIVISMO JUDICIAL PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS EFEITOS DIRETOS NO ORÇAMENTO PÚBLICO

Tendo em vista que, no presente estudo, fixamos entendimento no sentido de que os direitos fundamentais representam o ponto crucial da Carta Constitucional de 1988; que estão dispostos por meio de cláusulas pétreas, com aplicabilidade imediata e superioridade sobre norma de qualquer teor de nosso sistema jurídico; que os direitos sociais foram, por nossa Constituição, alçados a este grau de fundamentalidade, sendo, portanto denominados direitos fundamentais sociais; que estes direitos possuem um núcleo essencial, denominado “mínimo existencial”, o qual deve ser intocável, devendo o Estado sempre, e aqui ressaltamos sempre, operar no sentido de sua concretização, não podendo contrapor a este “mínimo existencial” a chamada “reserva do possível”, nos resta saber como então seria a instrumentalidade e a concretização deste mínimo existencial destinado a manter a dignidade da pessoa humana, e qual o efeito desta instrumentalidade sob o orçamento público. Será este o objeto do presente capítulo.

Antes de chegarmos à situação atual sobre o ativismo judicial, oportuno se faz uma ínfima digressão sobre a evolução do papel do Poder Judiciário na história:

O Estado de Direito surgiu para confrontar a total insegurança que existia no Estado Absolutista, onde o monarca ditava e retirava as regras a seu talante. Na França imperava o brocardo *Le roi ne peut mal faire*, equivalente ao *The King can do not wrong* da Inglaterra, que confirmavam a concentração integral dos poderes estatais nas mãos de uma única pessoa.<sup>166</sup>

Neste cenário o Barão de Montesquieu cria a teoria da separação dos poderes, condicionada à separação entre as funções judicial, legislativa e executiva, afirmando que a

---

<sup>166</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 15.

reunião dos poderes permite o surgimento de leis tirânicas,<sup>167</sup> igualmente exeqüíveis de forma tirânica.<sup>168</sup>

Assim, a teoria da separação de poderes de Montesquieu baseia-se em sistema de freio e contrapesos - *checks and balances*. Cumpre neste tópico trazer à baila os ensinamentos do mestre maior Celso Antônio Bandeira de Mello, que esclarece que a tripartição de funções estatais “não reflete uma verdade, uma essência, algo inexorável proveniente da natureza das coisas. É pura e simplesmente uma construção política invulgarmente notável e muito bem sucedida.”<sup>169</sup>

Vale, contudo, lembrar, com Dalmo Dallari, que a teoria foi consagrada em um momento histórico – o do liberalismo – em que se objetivava o enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação à esfera da liberdade individual.<sup>170</sup>

De toda a sorte, a tripartição de funções e a submissão do Estado deflagaram avanços gigantescos para a época, especialmente porque a superioridade da lei, como pregava Rousseau, impedia favoritismos e perseguições, além de constituir a legítima expressão da vontade geral.<sup>171</sup>

Conforme nos ensina Ada Pellegrini Grinover, “na teoria clássica da separação dos poderes, o juiz era considerado *“la bouche de da loi”* – a boca da lei. Isto já representava um notável avanço, pois eliminava o arbítrio, sujeitando o juiz ao império da lei, ou seja, à norma geral e abstrata proveniente do Poder Legislativo.”<sup>172</sup>

---

<sup>167</sup> Com relação à tirania resta oportuno salientar que, há séculos, Teseu, em passagem das Suplicantes de Eurípedes (422 a. C), caracterizou a tirania como o pior dos males políticos, afirmando: “Nada para um Estado é mais perigoso do que um tirano. Em primeiro lugar, com ele, as leis não são comuns a todos: um só homem governa, detendo a lei em suas próprias mãos, e já não há então igualdade. Ao contrário, quando as leis são escritas, fraco e o rico gozam de um direito igual”.

<sup>168</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle jurisdicional de políticas públicas”, in: O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 125.

<sup>169</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Curso de Direito Administrativo, 26ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p.31.

<sup>170</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. “Elementos de Teoria Geral do Estado. 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

<sup>171</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, pp. 17/18.

<sup>172</sup> Op. Cit. 126

E continua a autora; “mas já em 1891 os Estados Unidos da América haviam introduzido em seu sistema o *judicial review*, a partir do controle da constitucionalidade inaugurado pelo juiz Marshal, como já citado anteriormente no presente estudo”<sup>173</sup>

Nesta seara, anteriormente, já havia observado o francês Tocqueville em uma viagem realizada em 1831, aos Estados Unidos da América:<sup>174</sup>

Não creio que, até agora, nenhuma nação do mundo tenha constituído o Poder Judiciário da mesma maneira que os americanos. O mais difícil para um estrangeiro compreender no EUA é a organização judiciária. Não há, por assim dizer, acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos EUA o juiz é uma das primeiras forças políticas (...) A causa está neste simples fato: os americanos reconhecem aos juizes o direito de fundar suas decisões na Constituição em vez de nas leis. Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar leis que lhes parecerem inconstitucionais.

Nunca é demais lembrar, conforme bem nos ensina a professora Ada Pellegrini, que o sistema constitucional brasileiro tem suas raízes no norte-americano.<sup>175</sup>

Um dado importante que alterou o enfoque do juiz como apenas sendo “a boca da lei” foi o fenômeno da revolução industrial ocorrida no início do século XX, nascendo assim o conhecido Estado Social. Com esta transição, o Estado evolui de seu dever de abster-se para um dever de *dare, facere, praestare*, nascendo assim a categoria dos direitos fundamentais sociais. Assim a função do Poder Judiciário se amplia.

No Brasil, durante muito tempo os tribunais auto limitaram-se, entendendo não poder adentrar o mérito do ato administrativo. Diversas manifestações do Poder Judiciário, anteriores a Constituição de 1988, assumiram esta posição.<sup>176</sup>

---

<sup>173</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle jurisdicional de políticas públicas”, in: O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 126.

<sup>174</sup> SADEK, Maria Tereza. “Judiciário e arena pública: Um olhar a partir da ciência política” in: Ada Pellegrini Grinover, “O controle jurisdicional de políticas públicas” / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, pp. 12.

<sup>175</sup> Op. Cit. 126.

<sup>176</sup> Vejam-se, exemplificativamente, STJ, RMS n. 15.959/MT, Sexta Turma, Julgado em 07.03.2006, DJ, 10.04.2006 p. 299. O STF, na década de 60, aprovou em Sessão Plenária a Súmula nº 339, com a seguinte enunciado: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob o fundamento da isonomia”.

Para Manoel Ferreira Gonçalves Filho, foi a Lei de Ação Popular que abriu ao Judiciário brasileiro a apreciação do mérito do ato administrativo, ao menos nos casos dos arts. 4º, II, *b*, e V, *b*, da lei n.º 4.717/65, elevando a lesão à condição de causa de nulidade do ato, sem necessidade do requisito da ilegalidade.<sup>177</sup>

José Afonso da Silva preconiza que sempre se deve possibilitar a anulabilidade do ato por simples lesividade.<sup>178</sup>

Para Ada Pellegrini foi a Constituição Federal de 1988 que trouxe a verdadeira guinada: em termos de ação popular, o art. 5º, inc. LXXIII introduziu seguinte redação:<sup>179</sup>

Art. 5º, inc. LXXIII: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (destacamos)

Afirma a autora que “o controle, por via de ação popular, da moralidade administrativa não pode ser feito sem o exame do mérito do ato guerreado. Trata-se, aqui de mera lesividade, sem o requisito da ilegalidade. Mas a Constituição fez mais: no art. 3º fixou os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Contudo, dúvidas ainda pairavam no ar, referentes a como se atingir estes objetivos fundamentais e como operacionalizá-los.

Oswaldo Canela Junior afirma que “por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com as metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder

---

<sup>177</sup> *Apud* GONÇALVES FILHO, Manoel Ferreira; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “Liberdades públicas”, parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1978. p.478.

<sup>178</sup> *Apud* SILVA, José Afonso da. In: Ada Pellegrini Grinover, “O controle jurisdicional de políticas públicas” / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, pp. 12.

<sup>179</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle jurisdicional de políticas públicas”, in: O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 127.

Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado.”<sup>180</sup>

Conclui o autor: “Como toda atividade política (políticas públicas exercidas pelo Legislativo e pelo Executivo) deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação, e desde que provocado, o que se convencionou chamar de ‘atos de governo’ ou ‘questões políticas’, **sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF).**”<sup>181</sup> (destacamos)

Logo, o controle de constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado.<sup>182</sup>

Podemos sintetizar que esta intervenção do Poder Judiciário sobre os demais poderes, com a intenção de salvaguardar os direitos fundamentais sociais, criados com foco na observância dos objetivos fundamentais, ambos consagrados pela Constituição Federal de 1988, é denominada “ativismo judicial”,<sup>183</sup> que se concretiza através de sentenças aditivas<sup>184</sup>, ou seja, aquelas que cobrem as lacunas deixadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, ao que tange a concessão destes direitos sociais.<sup>185</sup>

Com relação à intervenção do Judiciário para efetivar os direitos sociais existem três teorias, com bem aponta George Marmelstein Lima: teoria da eficácia zero (Judiciário não pode implementar os direitos sociais); teoria da eficácia mínima (judiciário só pode agir

---

<sup>180</sup> Op. Cit. 129.

<sup>181</sup> Idem

<sup>182</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle jurisdicional de políticas públicas”, in: O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 129.

<sup>183</sup> Conforme nos ensina Hermes Zaneti Junior, op. Cit. 51, parte da doutrina denomina o “ativismo judicial de outras formas, tais como, politização do judiciário, governo dos juizes, judiciarismo, judicialização da política, judiciocracia, judicização do fato político. Porém, tendo em vista que aquele primeiro termo é corriqueiramente utilizado pela doutrina, será o utilizado no presente estudo.

<sup>184</sup> SCAFF, Fernando Facury. “Sentenças Aditivas, direitos sociais e reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 152.

<sup>185</sup> Luis Roberto Barroso difere o termo “judicialização” do “ativismo”, ressaltando que o primeiro se refere à circunstância de que muitas questões que antes eram próprias da política passaram a ser decididas pelo Judiciário, enquanto que o segundo diz respeito a uma interpretação expansiva da Constituição, incluindo em seu âmbito de alcance questões que não foram nela expressamente contempladas.

somente para efetivar o mínimo existencial); e a teoria efetividade máxima (Judiciário pode e deve agir para efetivar normas de direitos fundamentais sociais).<sup>186</sup>

Nesta seara, parte da doutrina entende que não é papel do Judiciário intervir nos demais poderes [teoria da eficácia zero], proferindo sentenças aditivas, tendo como exemplo o posicionamento, já citado neste estudo, de Fernando Facury Scaff,<sup>187</sup> o qual ressalta a separação dos poderes, ressaltando também a discricionariedade do administrador e do legislador.

Contudo, não compartilhamos deste entendimento, já que se os direitos sociais, fundamentais que o são, se não forem concretizados pelo Poder Público – aqui entendido os três poderes, já que são unos e harmônicos entre si – por quem mais serão?

Aqui, é de salutar importância evocarmos os ensinamentos do Mestre Robert Alexy, que ressalta que “torna-se indispensável, portanto, trazer à baila um novo conceito de discricionariedade, adequados aos fins previstos na Carta Política, sob pena de transformá-la em mero papel destituído de vinculação – “lógica constitucional””.<sup>188</sup>

Quanto à discricionariedade, bem ressalta o mestre Celso Antônio, afirmando que o próprio Estado de Direito, com se sabe, deve encontrar-se, em qualquer de suas feições, totalmente assujeitado aos parâmetros da legalidade. **Inicialmente, submisso aos termos constitucionais, em seguida aos próprios termos propostos pelas leis** e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público. **Deste esquema, obviamente, não poderá fugir agente estatal algum, esteja ou não no exercício de ‘poder’ discricionário**<sup>189</sup> (destacamos)

Continua o autor: “discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um,

---

<sup>186</sup> LIMA, George Marmelstein. “Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais”. Dissertação apresentada perante a Universidade Federal do Ceará, em 17 de Out. 2005.

<sup>187</sup> SCAFF, Fernando Facury. “Sentenças Aditivas, direitos sociais e reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 152.

<sup>188</sup> ALEXY, Robert, BERGHOLTZ, Gunnar (eds.). Justice, morality and Society: A tribute to Aleksander Peczenik, Lund: Juristforlaget, 1997. p. 29.

<sup>189</sup> MELLO, Celso Antônio Banderia de. “Discricionariedade e controle jurisdicional, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p.10-1.

dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente”.<sup>190</sup>

Desse raciocínio extrai-se que, se o agente estatal, no momento de decisão ante a situação concreta, realizar uma escolha que não se coadune com os princípios estabelecidos na Constituição, sua conduta não estará pautada pela discricionariedade, e sim pela arbitrariedade - o que não pode ser tolerado. Então sempre que o administrador ultrapassar os limites da discricionariedade o Poder Judiciário, uma vez provocado, está autorizado a intervir.<sup>191</sup>

Conforme bem observa Juliana Maia Daniel “é necessário evitar que, na prática, a discricionariedade torne-se um “cheque em branco” ao agente estatal para desenvolver as políticas públicas”. Também afirma a autora que sempre que a conduta dos agentes estatais não estiver em consonância com a Carta Constitucional, deflagrar-se-á como uma arbitrariedade a ser combatida pelo Poder Judiciário. A discricionariedade administrativa jamais poderá se converter em inércia do Estado.<sup>192</sup>

Para Eurico Ferraresi “no momento em que o ordenamento jurídico permite ao agente público atuar com determinado campo de independência, permite-se, discricionariamente, a revisão judicial apenas nos casos em que a escolha feita seja desarrazoada ...”<sup>193</sup>

Cabe esclarecer que da censura judicial não implicaria invasão do mérito do ato, conforme bem saliente o professor Celso Antônio.<sup>194</sup>

Dirley da Cunha Junior parafraseando Jorge Hage afirma que “as decisões sobre prioridade de aplicação e distribuição de recursos públicos deixam de ser questões de

---

<sup>190</sup> MELLO, Celso Antônio Banderia de. Op. Cit. p.48.

<sup>191</sup> DANIEL, Juliana Maia. “Discricionariedade Administrativa em matéria de políticas públicas”. in: O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 107.

<sup>192</sup> Op. Cit. p. 116.

<sup>193</sup> FERRARESI, Eurico. “Modelos processuais coletivos: comparação entre ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo, tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da USP (orientadora Ada Pellegrini Grinover), no prelo, p. 19/20.

<sup>194</sup> Op. Cit. 777.

discricionariedade política, para serem uma questão de observância de direitos fundamentais, de modo que a competência para tomá-las passaria do Legislativo para o Judiciário.”<sup>195</sup>

Uma crítica à discricionariedade do agente público parte de Eduardo Santos Carvalho, segundo o qual a autonomia para o Executivo decidir unilateralmente sobre a oportunidade e conveniência da implementação dos direitos sociais cessou a partir do momento em que a Constituição 1988 passou a vigorar.<sup>196</sup>

Então devemos nos valer dos ensinamentos de Celso Antônio, quem bem explana sobre a questão:<sup>197</sup>

Então trata-se de firmar a premissa teórica de que não é necessariamente invasão da discricionariedade a apreciação, pelo juiz, sobre a procedência de um comportamento administrativo (comissivo ou omissivo) nos casos em que a lei confere à Administração possibilidade de agir ou não agir, deferir ou não deferir, optar por este ou aquele ato. Haverá indevida intromissão judicial na discricionariedade administrativa se o juiz se propuser a sobrepor seu critério pessoal a outro critério, igualmente admissível e razoável, adotado pelo administrador. Não haverá indevida intromissão judicial na correção do ato administrativo se o critério ou opção do administrador houver sido logicamente insustentáveis, desarrazoados, manifestamente impróprios ante o plexo de circunstâncias reais envolvidas, resultando por isso na eleição de providência desencontrada com a finalidade legal que o ato deveria servir.

Assim, dos ensinamentos do renomado mestre, concluímos que o ato será ou não objeto de invalidação ou convalidação diante do princípio da razoabilidade. Desse modo, desde que a decisão do gestor mantenha coerência com o objetivo legal, não será alvo de modificação. Contudo, se for manifestamente contrário aos objetivos propostos, será tido como arbitrário e objeto de revogação.

Também podemos aqui concluir que por serem os poderes uno e harmônicos entre si, na verdade perfazem um único poder, o Poder Público. Logo, percebe-se que quando o Poder

---

<sup>195</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. Op. Cit. 311/312

<sup>196</sup> CARVALHO, Eduardo Santos. “Ação civil pública: Instrumento para a implementação de prestações estatais positivas”. Revista do Ministério Público. Estado do Rio de Janeiro, nº 20, 2004, p. 80.

<sup>197</sup> Controle judicial dos atos administrativos. P. 37. in: Revista de Direito Público. São Paulo: ano 16, v. 65, p. 27-38, jan./mar. 1983. *apud* GALATI, Lana lígia.

Judiciário anula este ou aquele ato apenas está a colaborar com os Poderes legislativo e Executivo, com o próprio Judiciário e com o Estado Brasileiro, pois assim auxilia os demais poderes no direcionamento das prioridades contempladas pela Lei Maior.

Neste sentido, consigna Maria Tereza Sadek, ao ressaltar que “a intervenção judicial tem provocado efeitos em várias direções, além da garantia de direitos consagrados na Constituição e de firmar a presença pública do Judiciário.” Para a autora, na materialização de todos os direitos, sejam eles individuais ou supra-individuais, o acesso à justiça é requisito fundamental. E finaliza ressaltando que um dos resultados é o de natureza pedagógica, no sentido de forçar a Administração Pública a alocar mais recursos em áreas sociais específicas, tais como a saúde.<sup>198</sup>

Assim, podemos concluir que os efeitos provocados no orçamento público oriundos do “ativismo judicial” demonstram-se ser mais benéficos do que maléficos, como alguns desejam fazer acreditar. O “ativismo judicial” serve de guia concreto para que assim o Poder Executivo possa pautar sua área de atuação referente às políticas públicas, necessárias à defesa dos direitos fundamentais, em especial dos sociais, e por seu turno do princípio [absoluto] da “dignidade da pessoa humana”.

Nessa esteira, cumpre ressaltar que se o orçamento programa, como nos ensina Osvaldo Canela, visando ao planejamento, não consegue, sequer, salvaguardar o “mínimo existencial”, não é um orçamento digno de ser levado a sério, ou seja, se ele não consegue assegurar o “mínimo do mínimo”, nunca será objeto de qualquer tipo de avanço, logo deixará de cumprir um dos objetivos da Constituição, qual seja, “o desenvolvimento nacional”

Destarte, uma vez superados os questionamentos sobre a possibilidade do Poder Judiciário intervir nos atos administrativos, inclusive nos discricionários, bem como os esclarecimentos básicos de que não existe intervenção de um poder sobre os demais, resta oportuno acrescentar que grande parte da doutrina reconhece a necessidade do Judiciário agir de um modo ativo [ativismo judicial], em especial no que tange aos direitos sociais, ao seu “mínimo existencial”, que criam direitos subjetivos aos cidadãos.

---

<sup>198</sup> SADEK, Maria Tereza. “Judiciário e arena pública: Um olhar a partir da ciência política” in: Ada Pellegrini Grinover, “O controle jurisdicional de políticas públicas” / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, pp. 26.

Para Alexy “enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestação são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Se o titular do direito fundamental “a” tem um direito em face do Estado “s”, a que o Estado realize a ação positiva “h”, então o Estado tem, em relação a “a”, o dever de realizar “h”.” Sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, **o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito.**<sup>199</sup> (destacamos)

Este também é o entendimento de Carolina Zancaner Zockun para quem “os direitos sociais, quando efetivados, constituem instrumentos da mais fundamental importância para a concretização dos objetivos do Estado Brasileiro; e, sendo assim, a realização do “mínimo existencial” é direito subjetivo público do cidadão”. E conclui, “logo, como o direito é de fruição imediata, qualquer embaraço ou omissão em sua prestação confere ao cidadão o direito de exigir, **via judicial, sua prestação instantânea.**”<sup>200</sup> (destacamos)

Diferente não é o entendimento do mestre Ingo Wolfgang Sarlet, o qual ressalta que “todos os direitos sociais têm um custo, apesar disso, seguimos convictos de que, para o efeito de admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o corretamente apontado ‘fator custo’ de todos os direitos fundamentais nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional.”<sup>201</sup>

Acreditamos que neste ensinamento encontra-se o cerne do presente estudo, já que entendemos que todos os direitos têm um custo. Contudo, nossa Constituição Federal bem estipulou quais deles são fundamentais, e que para estes direitos o fator custo será de somenos importância.

Favorável ao “ativismo judicial” para efetivar os direitos sociais, acentua José Reinaldo de Lima Lopes:<sup>202</sup>

---

<sup>199</sup> ALEXY, Robert, “Teoria dos direitos fundamentais”, 2ª ed. Editora Malheiros p. 445.

<sup>200</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, pp. 49 e 60.

<sup>201</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, “Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 28.

<sup>202</sup> LOPES, Reinaldo de Lima. “ Em torno da “reserva do possível” in: SARLET, Ingo Wolfgang, “Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 168.

A judicialização de tais questões, ainda que problemática, não deve ser descartada em princípio a meu ver. Pela judicialização de uma questão como esta dos direitos sociais, traz-se o Estado a prestar explicações convincentes de suas escolhas e de suas prioridades.

Para Ana Paula de Barcellos, o controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas parece bastante simples. Basta notar que a impossibilidade de controle em tais hipóteses acabaria por esvaziar a normatividade de boa parte dos comandos constitucionais relacionados com os direitos fundamentais, cuja garantia e promoção dependem, em larga escala, das políticas públicas.<sup>203</sup>

Corroborando com este entendimento o mestre Sérgio Cruz Arenhart bem esclarece que “(...) o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário não deve ser tido como uma exceção, mas antes como uma regra. Diante da concepção do sistema de ‘freios e contrapesos’ – acolhida pelo direito nacional – não há dúvida de que o controle dos demais ‘poderes’ do Estado somente poderá ser realizado, em última instância, pelo Poder Judiciário.”<sup>204</sup>

Sumariando o quanto exposto pelos doutrinadores que o precederam, conclamamos à baila os ensinamentos colossais do mestre Kazuo Watanabe, parafraseado por Ada Pellegrini Grinover:<sup>205</sup>

Não se trata de mera enunciação de um princípio vazio e inócuo, de um programa a ser posto em prática por meio de outras normas legais. Cuida-se, ao revés, de norma auto-aplicável, no sentido de que dela se podem extrair desde logo várias conseqüências. A primeira delas, certamente, é a realização processual dos direitos na exata conformidade do clássico princípio chiovendiano, segundo o qual ‘o processo deve dar quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir’. A segunda é consectária de qualquer tipo de ação – coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente

---

<sup>203</sup> BARCELLOS, Ana Paula. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”, in: SARLET, Ingo Wolfgang, “Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 107.

<sup>204</sup> ARENHART, Sergio Cruz. “Ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário” *apud* ANTONIO, Nilva M. Leonardi, “O controle jurisdicional e Políticas Públicas como controle de constitucionalidade e seus limites”, in: Ada Pellegrini Grinover, “O controle jurisdicional de políticas públicas” / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, pp. 26.

<sup>205</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. – Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 144.

individual – **pode ser utilizada para provocar o Poder Judiciário a exercer controle das políticas públicas.** E não importa a espécie de demanda: meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*.

Conseqüência importante é o encorajamento da linha doutrinária, que vem se empenhando no sentido de mudança da visão de mundo, fundamentalmente economicista, impregnada no sistema processual pátrio, que se procura privilegiar o ‘ter’ mais que o ‘ser’, fazendo com que todos os direitos, inclusive os não patrimoniais, principalmente os pertinentes à vida, à saúde, à integridade física e mental, e à personalidade (imagem, intimidade, honra, etc.) tenham uma tutela processual mais efetiva e adequada.

Nesse sentido, entende Hermes Zaneti Junior: “vivemos em uma democracia de direitos, na qual a regra da maioria deve ceder aos direitos fundamentais, atuando o judiciário como poder contra majoritário, sempre que o legislador e o executivo, por uma disfunção política, ultrapassarem sua margem de discricionariedade.”<sup>206</sup>

Os direitos fundamentais são plenamente judicializáveis. A discricionariedade instrumental do Poder Legislativo e do Poder Executivo não inibe a sindicabilidade judicial, já que não há discricionariedade em face da lesão a direitos fundamentais.<sup>207</sup>

Continua o autor referindo-se que “uma primeira premissa para este controle da “sindicabilidade judicial” das políticas públicas é a identificação de uma “disfunção política” da administração ou do Legislador, ou seja, um desvio do natural curso do interesse público, uma fuga do dever-poder<sup>208</sup> que está na base do plexo de competências atribuído a cada um dos órgãos estatais como (re)presentantes do povo brasileiro e do projeto constitucional de sociedade”.<sup>209</sup>

Isto posto, fixamos aqui entendimento de que o “ativismo judicial” é plenamente justificável, como também necessário à proteção dos direitos fundamentais, dentre eles os sociais, em especial, seu conteúdo mínimo (mínimo existencial). Atuando assim de forma positiva, pode o Poder Judiciário, por meio de sentenças aditivas, determinar ao Executivo

---

<sup>206</sup> Op. Cit. p. 67

<sup>207</sup> idem

<sup>208</sup> Para o professor Celso Antônio os poderes que a administração desfruta justificam-se única e exclusivamente como meios necessários ao cumprimento de certas finalidades legalmente estabelecidas. Portanto são *deveres-poderes*, antes que *poderes-deveres*.

<sup>209</sup> Op. Cit. p. 65.

que promova as políticas públicas necessárias à defesa destes direitos fundamentais consagrados em nossa Lei Maior.

Assim, denota-se que não podemos, por qualquer modo, abandonar a defesa dos direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição Federal, sob o pretexto de que isso significaria a intervenção indevida de um poder sobre o outro. Em especial, não se deve evocar a questão do “limite orçamentário” como defesa para impedir que o Judiciário determine ao Executivo o cumprimento das normas constitucionais relativas à promoção dos direitos sociais. Como já ressaltado, a limitação orçamentária, a qual para muitos é denominada também cláusula da “reserva do possível”, é o maior obstáculo à defesa do “mínimo existencial”.

Neste sentido, vale ressaltar que Ricardo Augusto Dias da Silva entende o Orçamento Público, como uma peça de ficção.<sup>210</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet bem ressaltava que a “reserva do possível” muitas das vezes tem sido utilizada de forma ‘falaciosa’, como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal, no campo dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.<sup>211</sup>

Não há se falar em “cláusula da reserva do possível”, já que na forma genuína em que foi construída esta teoria, no julgamento *numerus clausus* indicado neste trabalho, assentou-se que “O Estado para evocar a “reserva do possível deve comprovar o empenhamento de esforços legislativos e governamentais visando ao incremento das políticas públicas mediante planos de governo e ações administrativas.”

O Estado, quando em juízo, utiliza-se da “reserva do possível” de forma diversa de sua criação original, já que quer que seja aceito como limitação um mero orçamento, e não um orçamento dedicado às políticas públicas, aos direitos fundamentais, ao mínimo existencial. A teoria da reserva do possível em sua essência estabelece um ônus ao Estado, que comprove que se esforçou ao máximo para consagrar os direitos fundamentais. Contudo, não é desta forma que é usada no Brasil, pois ele [Estado] informa ao Poder Judiciário que o orçamento

---

<sup>210</sup> Op. Cit. p. 194.

<sup>211</sup> Idem

foi aprovado para todos os casos e programas de governo, correlatos aos direitos fundamentais ou não, e quer que seja respeitado e seguido, fato que não pode prosperar neste Estado Democrático de Direito.

Sob este prisma, a reserva do possível na condição de limite fático e jurídico à efetivação judicial e política de Direitos Fundamentais recebe ácida crítica da doutrina abalizada, na medida em que é utilizada para afastar a intervenção do Judiciário ou ainda como justificativa na omissão do Estado na efetivação de direitos Fundamentais.<sup>212</sup>

Também acresce Ricardo Augusto que “é temerário decidir-se de maneira conveniente pela aplicação pura e simples do princípio da “reserva do possível” diante de flagrantes desvios de finalidade de agentes públicos.” Na verdade, a não comprovação de esforços no sentido de garantir os direitos fundamentais por si só já é motivo mais do que capaz para afastar o uso da reserva do possível, ao menos na forma em que fora gerada em seu berço germânico.<sup>213</sup>

Neste tópico, é de salutar importância citar a constatação da professora Ana Paulo de Barcellos.<sup>214</sup>

Na ausência de controle social, a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo, este último em suas variadas manifestações: seja nas relações entre Executivo e parlamentarismo – frequentemente norteadas pela troca de favores –, seja nas relações entre os agentes públicos e a população. Nesse contexto, manipulado em suas necessidades básicas, o povo acaba por perder a autonomia crítica em face de seus representantes. É fácil perceber que corrupção, ineficiência e clientelismo minam a capacidade das políticas públicas de atingirem sua finalidade: garantir e promover os direitos fundamentais. Os recursos públicos são gastos, mas o *status* geral dos direitos fundamentais na sociedade sofre pouca melhora – ou apenas melhoras transitórias – e, *a fortiori*, as condições da população de participar adequadamente do processo democrático permanecem inalteradas. O ciclo então se renova: sem

---

<sup>212</sup> Idem

<sup>213</sup> Op. Cit. p. 199.

<sup>214</sup> BARCELLOS, Ana Paula. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”, in: SARLET, Ingo Wolfgang, “Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 100.

controle social, persistem a corrupção, a ineficácia e o clientelismo. Mas os recursos públicos são desperdiçados e muito pouco se produz em favor da promoção dos direitos fundamentais.”

Verifica-se diuturnamente a não observância pelos administradores da peça orçamentária, desperdiçando recursos públicos sem qualquer tipo de controle. Logo, percebemos que um dos limites a estas arbitrariedades é o próprio “ativismo judicial”.

Comprovando que diante da falta de amadurecimento democrático de nosso país não é chegada a hora de darmos um “cheque em branco” para o gestor público, devemos, sempre que necessário for, procurarmos a defesa dos direitos fundamentais às portas do judiciário.

Como prova das negligências do Poder Executivo, citamos como exemplo ação ajuizada perante a 4ª Vara Cível da Comarca de Campos de Goytacazes pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro por improbidade administrativa, em face de autoridades municipais de Campos de Goytacazes, por conta de excesso de gastos públicos, haja vista ter a Prefeitura da cidade realizado mais de 150 eventos, com mais de 03 shows por final de semana, com acusações de superfaturamento e com gastos milionários.<sup>215</sup>

Diante de tais arbitrariedades, o Desembargador Francisco Wildo, do TRF da 5ª Região, concedeu liminar, a pedido do Ministério Público da Paraíba, determinando que o Governo do Estado deveria empregar 17,6% da verba destinada à publicidade para regularização do fornecimento de medicamentos gratuitos e indispensáveis ao tratamento de pacientes portadores de mal de Parkinson.<sup>216</sup>

Corroborando com o entendimento acima, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu o seguinte acórdão:<sup>217</sup>

[a reserva do possível] argumento tão ao gosto dos burocratas de que o reconhecimento desse direito essencial ao cidadão do acesso à saúde, pode implicar em comprometimento de outras políticas públicas de saúde não prevalece. **Basta que proceda uma gestão racional, eficiente e honesta da coisa pública.** Que não se socorra

---

<sup>215</sup> Op. Cit. p. 119.

<sup>216</sup> Idem

<sup>217</sup> TJSP, 3ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 412.973-5/7-00, Rel. Des. Magalhães Coelho, São Paulo, 24.05.2005, p. 09.

com dinheiro público grandes conglomerados econômicos, que não se venda dólares a preços subsidiados à banqueiros falidos, em afronta ao princípio da legalidade e da moralidade administrativa. Que se faça enfim, a devida aplicação da contribuição tributária (...) destinada aos programas de saúde.

Destarte, percebemos por que já é entendimento quase pacificado em nossa jurisprudência o não reconhecimento da “reserva do possível” quando estiver em jogo o “mínimo existencial”. Assim, não se deve olvidar que o STF e o STJ também compartilham do mesmo entendimento, sendo paradigmático o julgamento da ADPF n.º 45-9, nos termos da decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, a seguir reproduzida:

(...) o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política, não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente (...) Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecidos os alvos prioritários dos gastos públicos (...)

Logo, percebemos que o Poder Judiciário já firmou entendimento a respeito do dilema existente entre a “reserva do possível” – conhecido como limite orçamentário, e o ‘mínimo existencial’, no sentido de consagração dos direitos fundamentais, deixando em segundo plano o orçamento público, já que para muitos é uma mera peça de planejamento, sem qualquer compromisso do Administrador.

Aqui vale lembrar que em proposta de mudança constitucional do então deputado Gustavo Krause, ressaltou-se que “a vinculação de receitas era como que uma confissão antecipada da **incapacidade política** de dar ao orçamento as finalidades públicas que ele deveria ter”. (destacamos)

Aqui, dessarte, devemos nos valer dos ensinamentos do mestre Alexy, que bem registra que “mesmo os direitos sociais mínimos têm, enorme efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada, ele não é um principio absoluto.”<sup>218</sup>

---

<sup>218</sup> Op. Cit. p. 512.

Diante de todo o exposto, percebemos que são maiores os problemas observados no cumprimento do orçamento público, e até mesmo seus desdobramentos, como é o caso do mau uso da reserva do possível para acobertar os desacertos dos gestores, se comparados a própria proteção do “mínimo existencial”, mesmo com seu sabido “fator custo”.

Conforme bem salienta Luis Francisco Aguilar Cortez:

O planejamento de ações estatais, embora previsto na CF, não tem merecido a devida atenção, restando o absoluto descompromisso dos partidos e candidatos com propostas eleitorais e programas de ação.

O crescimento da intervenção jurisdicional em políticas públicas reflete, ao menos em parte, tal descaso, pois para muitos setores de atividade e segmentos populacionais, resta apenas buscar a via judicial para exercício de seus direitos.

Compreensível, portanto, que a alegação de falta de disponibilidade financeira (reserva do possível) não impressione ao julgador, porque é notório a ausência de compromisso com as peças orçamentárias (...)

Devemos tomar como exemplo básico do descaso com o orçamento o Estado do Rio Grande do Sul no ano de 2008 dedicou em seu orçamento apenas 4,37% à saúde, ou seja quase três vezes menos que o mínimo constitucional estabelece.<sup>219</sup>

Por seu turno neste mesmo ano foram impetradas 4,5 mil novas ações forçando um gasto para o Estado de 6,5 milhões, referentes à saúde.<sup>220</sup>

Nesta seara, é oportuno salientar que, no Brasil, o gasto público por habitante com saúde é inferior à Argentina, Uruguai e Chile.<sup>221</sup>

Deste modo, percebemos que não existe uma mudança do perfil do Administrador no sentido de reverter à situação colocada, motivo pelo qual o “ativismo judicial” se demonstra como uma das formas hábeis, senão a melhor, a salvar vidas, dar educação a quem dela precisar, assistência aos necessitados, em suma, um mínimo de dignidade àqueles que precisam socorrer-se do estado.

---

<sup>219</sup> Op. Cit. p. 27

<sup>220</sup> Op. Cit. p. 24

<sup>221</sup> Op. Cit. 26

Por fim, bem cabe finalizar com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, parafraseados por Carolina Zancaner Zockun, que afirma que “os direitos sociais fazem parte do acervo histórico, jurídico, ético e cultural, integrando, pois, o patrimônio do povo brasileiro”,<sup>222</sup> somado ao que nos ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro Público para quem “o patrimônio público é o patrimônio de quem não têm patrimônio”<sup>223</sup>

---

<sup>222</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, pp. 49/50.

<sup>223</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Em palestra proferida em 16/09/2010, no XXIV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, organizado pelo IBDA, em Belo Horizonte-MG.

## 5 CONCLUSÃO

No presente trabalho examinou-se, inicialmente, a evolução histórica dos direitos fundamentais, os quais, sejam eles de 1ª geração (direitos individuais ou de defesa), de 2ª geração (direitos sociais) ou mesmo de 3ª geração (direitos difusos ou coletivos), estão todos positivados na Constituição Federal de 1988.

Esta mesma Constituição, em seu artigo 60, § 4º, IV, erigiu-os ao *status* jurídico máximo, quando os colocou como “cláusulas pétreas”, para alguns “garantia de eternidade”, e entabulou em seu artigo 5º, § 1º, que devem ter aplicabilidade imediata.

Dentre estes direitos, que visam assegurar a “dignidade da pessoa humana”, reconhecida e consagrada no artigo 1º, inc. III, da Carta Política de 1988, encontram-se os de cunho social, expostos principalmente no seu artigo 6º, que por seu turno compõem o “mínimo existencial”, sem o qual qualquer indivíduo estará vivendo em situação de indignidade.

Isto posto, abordou-se neste estudo a não aplicação das limitações orçamentárias, limitações estas também conhecidas como cláusula da “reserva do possível”, com relação a este “mínimo existencial”.

Logo, concluímos que a reserva do possível não pode servir como obstáculo ao cumprimento das obrigações constitucionais na concretização dos direitos fundamentais. Os Poderes Executivo e Legislativo devem, ao realizar a dotação orçamentária, levar em conta as escolhas da sociedade, concretizadas pelo poder constituinte originário e reformador.

Esta teoria não deve ser cogitada e utilizada pelo Estado Brasileiro como forma de defesa pelo não cumprimento dos direitos fundamentais, uma vez que, conforme exposto neste trabalho, refere-se à situação jurídica totalmente distinta de nosso país, de nossas lutas e anseios.

Também é oportuno asseverar que a própria teoria da “reserva do possível”, em seu caráter genuíno, dado pelo julgamento “*numerus clausus*”, citado no capítulo II do presente

estudo, estabelece que ela seja prescrita nos limites do estritamente necessário, sob utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes.

Deste modo, percebemos que a “Reserva do possível” não se coaduna ao modelo de Estado Brasileiro, tendo em vista que, como afirma parte da doutrina, não existe qualquer compromisso do administrador público em cumprir a peça orçamentária, e fomentar o crescimento das políticas públicas necessárias ao desenvolvimento do país.

Com efeito, a aceitação da cláusula da “reserva do possível” no Brasil significa apenas uma forma leviana do Estado deixar de observar os preceitos constitucionais e a *mens legislatoris* pretendida pelo constituinte, quando da elaboração de nosso texto constitucional, o qual consagrou ao patamar mais significativo os direitos sociais, estando em seu núcleo essencial o “mínimo existencial”, apto a garantir a dignidade humana.

Em suma, se não existe qualquer compromisso com o orçamento por nossos gestores, não podemos afirmar que foi feito o máximo possível a fim de viabilizar a concretização dos direitos sociais. Logo, a “reserva do possível” nunca poderá ser evocada.

Os direitos fundamentais não podem ser subjugados por normas hierarquicamente inferiores, sob pena de se tornarem “letra morta”, uma utopia, e nossa Constituição Federal, conforme disse Alexy, uma “lírica constitucional”.

Superadas estas considerações iniciais, restou tratar da questão correlata à efetivação, em caso concreto, destes direitos fundamentais, ou seja, de 1ª grandeza, em especial do “mínimo existencial”.

Destarte, no Brasil, após a entrada em vigor da Constituição Cidadã de 1988, e diante da evolução do Poder Judiciário, uma nova postura passou a ser adotada por este poder, denominada “ativismo judicial”, que podemos conceituar como sendo a forma ativa em que o Poder Judiciário garante de forma atípica ao indivíduo, diante da omissão dos demais poderes, a efetivação dos direitos sociais, em especial, assegura-se a observância por parte do estado do “mínimo existencial”, consagrado na constituição.

Percebe-se que no Brasil vigora, de forma contrária aos preceitos da Lei Maior, uma inversão dos valores: para os poderes executivo e legislativo o orçamento deve prevalecer sobre ao “mínimo existencial”.

Tal entendimento não é corroborado pelo Poder Judiciário, que de forma concreta, deve intervir nesta seara pelo que chamamos de “ativismo judicial”. Restando assim o Poder Judiciário como a última forma socorro para a sociedade, à salvaguarda deste mínimo necessário para que todos os indivíduos não sejam lançados à situação indigna.

O Poder Executivo, nesta inversão de valores, questiona a legitimidade do Judiciário, alegando que há interferência indevida em outros poderes, e afirma que as sentenças aditivas colocam o orçamento público diante de sérias dificuldades. Contudo, constata-se que ele [Estado] deveria salvaguardar os direitos fundamentais, assim não seria alvo desta maciça quantidade de demandas bem com, seu valor vultoso que está intimamente ligado à má gestão do orçamento, sobretudo, seu descaso com as políticas públicas.

Necessário se faz uma mudança de postura por parte do Estado: o gestor deve levar a sério os direitos fundamentais entabulados na Constituição, reservando no orçamento público parcela significativa de valores para a elaboração das políticas públicas necessárias ao desenvolvimento nacional, à efetivação dos direitos fundamentais e, por conseguinte, à consagração do princípio da “dignidade da pessoa humana”.

Caso não haja esta mudança de comportamento, o conflito persistirá, e o orçamento público elaborado em conjunto entre os Poderes Legislativo e Executivo sempre se encontrará em dificuldades e descrédito por parte da sociedade. Desse modo, não haverá planejamento, e a maximização da verba pública não ocorrerá, deixando assim de ser observado o próprio princípio da eficiência, consagrado na Lei Maior.

O que se deseja fazer notar é que bem explana Ingo Wolfgang Sarlet quando ressalta o Poder Executivo encontra-se diante de problemas de planejamento diante de sua própria inércia, e procura evocar a “reserva do possível” como forma de embuste, no intuito de neblinar sua atuação.

Ao contrário do que pensam seus críticos, o “ativismo Judicial”, conforme ressalta Maria Tereza Sadek, têm-se configurado como forma de apoio e direcionamento ao orçamento público, restando como orientador nato dos gastos públicos.

Diante do exposto, resta ao Poder Judiciário a concreta realização e proteção dos direitos fundamentais, - aqui em especial do mínimo existencial - e das políticas públicas necessárias a sua efetivação, de forma atípica, contudo constitucional e necessária, haja vista a omissão dos demais poderes frente à Constituição Federal de 1988, demonstrando-se o “ativismo judicial” como a última forma de socorro ao cidadão para que possa ainda viver de forma sofrida porém digna.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert, “**Teoria dos direitos fundamentais**”, 2ª ed. Editora Malheiros, 2011.

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

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica e por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe**. – Rio de Janeiro, Ed. Forense.

KRELL, Andréas Joachim. **Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** – 20ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª.Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

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

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **“Direito Fundamental à Saúde”**, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo (org.).**Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo, Malheiros Editores.