

CURSO DE DIREITO

Sabrina Santos Lima

**A INCIDÊNCIA DA RESERVA DO POSSÍVEL EM SEUS DIFERENTES
CONTEXTOS DE APLICAÇÃO: UMA ANÁLISE DOS JULGADOS DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Santa Cruz do Sul
2016

Sabrina Santos Lima

**A INCIDÊNCIA DA RESERVA DO POSSÍVEL EM SEUS DIFERENTES
CONTEXTOS DE APLICAÇÃO: UMA ANÁLISE DOS JULGADOS DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Dra. Caroline Müller Bitencourt
Orientadora

Santa Cruz do Sul

2016

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Sabrina Santos Lima, adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 22 de novembro de 2016.

Prof. Dra. Caroline Müller Bitencourt
Orientadora

*À minha família, que nos piores momentos me acolheu, e nos melhores vibrou
comigo: vocês são o sentido de tudo!*

AGRADECIMENTOS

Finalizar essa graduação é uma pequena conquista, diante dos infinitos anseios que me movem diariamente, mas a sua relevância não pode ser desmerecida, pois foi a partir dela que aprendi a amar o direito. Enfrentar essa caminhada, desafiadora em muitos momentos, foi mais fácil por ter algumas pessoas presentes, que em muito contribuíram não apenas para a realização desse trabalho, mas também para o meu crescimento pessoal, profissional, e principalmente como ser humano! Assim, da forma mais sincera, passo a agradecer a cada um!

Agradeço primeiramente a minha melhor amiga, meu porto-seguro, minha eterna guerreira, a você mãe, Isolande, que mesmo diante de todas as dificuldades, nunca se permitiu cair, que nas vezes em que pensei não ser capaz ou pensei em desistir, acreditou em mim e me tornou mais forte. Mãe, se cheguei até aqui hoje, é porque tu tornaste isso possível, agradeço por todo o apoio, incentivo, dedicação impecável, pelos inúmeros sacrifícios que fizeste, e não foram poucos, para que eu pudesse sonhar e realizar. Te retribuo assim, com todo o amor que cabe no meu peito, com todo o respeito e admiração! Ao meu pai, Silvio, pelo amor complicado, mas impossível de ser medido, por me ensinar a compreender a vida e todas as dificuldades que a acompanham, a sentir a dor dos outros como se fosse minha, por me tornar mais humana! Se hoje sou o que sou, se hoje acredito ser possível mudar mundo, e esse é um sonho audacioso, é porque tu esteve presente!

Ao meu namorado, meu parceiro de sempre, Henrique, por me acompanhar durante anos, da forma mais doce possível, por acreditar em mim mais do que eu mesma, por compreender minha sede de buscar sempre mais, por saber suportar e respeitar a minha ausência e mesmo assim permanecer ao meu lado! Essa jornada se tornou menos árdua, em razão da tua presença, nada disso teria sentido se não fosse por ti! Aos meus irmãos, Ana, Carol e Victor, por tornarem essa caminhada mais fácil, mais alegre e mais completa!

A minha orientadora Caroline Müller Bitencourt, ou simplesmente profe Carô, que é minha fonte de inspiração desde o primeiro semestre da faculdade. Esses cinco anos de curso não seriam os mesmos sem a oportunidade de aprender contigo, tu causas um certo desconforto, um desconforto bom que nos tira da zona de conforto e alimenta a nossa ânsia pelo conhecimento. A tua orientação durante esse trabalho não poderia ter sido melhor, agradeço por todos os ensinamentos,

pelos conselhos, por sanar as minhas dúvidas e por ter fornecido mais do que o necessário para que esse trabalho fosse concluído com sucesso. Além de toda a sabedoria, o que mais encanta é a tua humildade e a tua paixão em ensinar, tenho por ti um carinho muito grande, respeito e admiração!

A Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), principalmente aos professores do Curso de Direito, por todo o conhecimento transmitido ao longo desses cinco anos de faculdade. Ao professor Renato Nunes, em especial, pela a orientação dispensada na estrutura, organização e formatação desse trabalho.

Aos meus colegas e amigos que vivenciaram de perto essa trajetória, que compartilharam sentimentos semelhantes e que vibraram a cada etapa vencida. Especialmente, agradeço a Jô, minha irmã de coração que me incentiva sempre, que me faz enxergar o melhor em mim e que me entende e respeita, acima de tudo; a Grégora, a Paloma e a Luiza, pessoas incríveis que levarei para além da sala de aula, vocês são amigas pra vida; a Aline, minha amiga e colega de trabalho, por me apoiar e entender os meus momentos de ausência e o meu silêncio diante das leituras inquietantes. Por fim, a todos que de alguma forma contribuíram para que esse pequeno sonho se tornasse realidade!

RESUMO

A realidade contemporânea, principalmente em países que consideram-se e intitulam-se Estados sociais, traz consigo uma bagagem que transborda conteúdo, mostrando-nos a importância da luta contínua pela proteção e concretização dos direitos fundamentais sociais. Diante de tal conjuntura, e, tendo em vista a proteção larga conferida pela Constituição Federal de 1988 a esses direitos, que visam, acima de tudo, a garantia da dignidade humana, procura-se, através dessa pesquisa, analisar uma teoria que é muito debatida na doutrina, pouco aprofundada na jurisprudência, mas que acarreta consequências estrondosas no que toca à efetividade dos direitos sociais, estamos falando, pois, da Reserva do Possível. No que concerne ao tema, surge o seguinte questionamento: é possível que a natureza dos direitos em questão possibilite diferentes interpretações e aplicações da reserva do possível? Assim, pretendendo responder à problemática suscitada, o estudo objetiva a análise da positivação e contextualização dos direitos sociais nas Constituições brasileiras; o exame do argumento da reserva do possível como forma de limitar a concretização de direitos sociais, e do mínimo existencial, como forma de limitar a reserva do possível; assim como, a apreciação de diferentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que tratam de diferentes direitos, de diferentes contextos, no intuito de averiguar a aplicação da reserva do possível quando invocada nesses cenários. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, que possibilitou a ampla leitura e interpretação de produções científicas, como obras doutrinárias, artigos, materiais da internet, bem como a análise e denso exame de decisões do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, a partir da análise dos julgados, concluiu-se que houve uma mudança de postura por parte do STF, tendo em vista que antes diferentes “pesos” eram conferidos à reserva do possível, dependendo do direito que estava em jogo. Entretanto, não é o que vem ocorrendo nas últimas decisões, posto que o Supremo Tribunal Federal, atualmente, vem afastando a reserva do possível independentemente do direito que está em questão, isto é, o tratamento conferido à reserva do possível vem sendo o mesmo, não importando o contexto em que ela está inserida, muito embora seja possível perceber que alguns direitos sempre recebem maior proteção que outros.

Palavras-chave: dignidade humana; direitos sociais; reserva do possível; mínimo existencial.

ABSTRACT

The contemporary reality, especially in countries that consider and call themselves social states, carries a baggage that overflows itself with content, showing us the importance of a continuous struggle for the protection and achievement of fundamental social rights. Faced with this situation and in view of the broad protection granted to these rights by the Federal Constitution of 1988, which aims, above all, to guarantee human dignity, it is aimed, through this research, to analyze a much debated theory in the doctrine with little depth in the jurisprudence, but that entails thundering consequences regarding the effectiveness of social rights, which we are, therefore, talking about the Reserve of the Possible. Concerning the matter, the following question arises: Can the Theory of the Reserve of the Possible suffer variations and acquire different "weights" depending on the law that is in question? Thus, seeking to respond the problems raised, the study aims to analyze the positivization and contextualization of social rights in the Brazilian Constitutions; examining the argument of the reserve of the possible as a way to limit the realization of social rights, and the existential minimum, as a way of limiting the reserve of the possible; as well as the appreciation of different decisions handed down by the Federal Supreme Court (STF), which deal with different rights from different contexts, in order to ascertain the application of the reserve of the possible when invoked in these scenarios. For this purpose, the deductive method was used, which allowed a wide reading and interpretation of scientific productions, such as doctrinal works, articles, internet materials, as well as the analysis and dense examination of Federal Supreme Court decisions. Thus, from the analysis of the judgments, it was concluded that there was a change of attitude on behalf of the STF, considering that different "weights" were conferred to the reserve of the possible before, depending on the right that was at stake. However, this is not what has been happening in the last decisions, once the Federal Supreme Court is currently removing the reserve of the possible regardless of the law that is in question, that is, the treatment given to the reserve of the possible has been the same, no matter the context in which it is inserted, although it is possible to realize that some rights always receive greater protection than others.

Keywords: human dignity; social rights; reserve of the possible; existential minimum.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	A POSITIVAÇÃO E O CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	12
2.1	Origem e evolução dos direitos fundamentais sociais nas Constituições Brasileiras.....	13
2.2	Conceituando os direitos sociais como fundamentais.....	23
2.3	Os direitos sociais e a sua relação com a eficácia imediata dos direitos fundamentais.....	32
3	A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A SUA RELAÇÃO COM A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	40
3.1	Das diferentes origens históricas da reserva do possível à sua aplicação no direito brasileiro.....	40
3.2	A teoria do mínimo existencial no âmbito do constitucionalismo contemporâneo como limite à aplicação da reserva do possível.....	47
3.3	A teoria dos deveres de proteção do Estado e proibição de insuficiência.....	54
4	APLICABILIDADE DO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL EM DIFERENTES CONTEXTOS/DIREITOS PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	62
5	CONCLUSÃO.....	88
	REFERÊNCIAS.....	92

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual sucedeu a época conturbada do regime militar, uma nova perspectiva tomou a frente, qual seja, a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio esse que orienta todo o ordenamento jurídico vigente. Anos correram desde a sua promulgação, e ao longo deste período foi possível perceber conquistas e avanços no nosso Estado Democrático de Direito, que passou a se preocupar mais com a vida e com a dignidade, do que com a propriedade.

Tanto isso é verdade, que os direitos sociais detêm amplo espaço na Constituição e, de forma inovadora, foram incluídos no Título que prevê o rol dos direitos fundamentais, o que garante a sua proteção ampla e busca incansável pela sua máxima concretização. Dessa topografia constitucional, restou a interpretação que os direitos sociais, tal qual os direitos fundamentais, gozam de aplicação direta e imediata, não resultando em normas meramente programáticas. Sendo assim, é dever do Estado garantir a efetividade desses direitos.

Ocorre que, a grande maioria dos direitos sociais está ligada a uma prestação por parte do Poder Público, isto é, a uma posição ativa, fazendo-se necessária a utilização de recursos financeiros para garantir a sua efetividade. Entretanto, a realidade econômica do País é caótica, num sentido negativo, isto é, não é capaz de suportar todas as demandas sociais e concretizar os anseios da Constituição Federal. Diante desse contexto, surgiu o argumento da reserva do possível que, por diversas vezes, é utilizado como forma de limitar ou restringir a efetividade dos direitos sociais, aqui compreendidos como direitos fundamentais.

Ao analisar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, percebe-se que não são claros quais os critérios adotados para a aceitação e aplicação do argumento da reserva do possível, como limitador da concretização dos direitos sociais. Sendo assim, o questionamento que se faz é: é possível que a natureza dos direitos em questão possibilite diferentes interpretações e aplicações da reserva do possível? Dito de outra forma, tal argumento pode sofrer variações argumentativas dependendo do direito que está em pauta?

Desse modo, o presente trabalho tem como objetivo investigar a origem do princípio da reserva do possível, a sua repercussão no direito brasileiro, as suas peculiaridades e as suas diferentes nuances, bem como analisar decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em seus diferentes contextos, no intuito de verificar a

forma como esse princípio vem sendo enfrentado, se ele pode adquirir diferentes “pesos” dependendo do direito que está em questão no caso concreto.

A relevância desse estudo está na íntima ligação entre a reserva do possível com a proteção e efetivação dos direitos fundamentais sociais. Assim, na medida que esse argumento exsurge no direito brasileiro, como uma possível forma de limitar a concretização de direitos fundamentais, os quais garantem, em última análise, a própria dignidade da pessoa humana, *mister* se faz debruçar-se sobre ela, para compreender suas diferentes facetas e o modo como o Supremo Tribunal Federal vem utilizando-a.

Para tanto, no primeiro capítulo procurar-se-á abordar a contextualização e a evolução histórica dos direitos fundamentais, no intuito de verificar os porquês de terem eles se tornando uma das principais figuras do direito brasileiro. Não obstante, será visto neste mesmo capítulo a conceituação dos direitos sociais como direitos fundamentais, em razão da nova topografia constitucional trazida pela Carta Magna, e os objetivos traçados por ela. Por fim, será estudada a relação dos direitos sociais com a eficácia direta dos direitos fundamentais, ao passo que aí se encontra o cerne da justiciabilidade dos direitos sociais, que por vezes é questionada.

Indo além, no segundo capítulo buscar-se-á estudar as diferentes origens históricas da reserva do possível, que, conforme será visto, estão calcadas no direito alemão, através do julgado BVerfGE 33, 303, de 1972, do Tribunal Constitucional Alemão, bem como no direito norte-americano, através da Teoria dos Custos, abordada na obra *The Cost of Rights*, dos autores Stephen Holmes e Cass Sustein. Além disso, abordar-se-á a questão do mínimo existencial, como forma de limitar a aplicação da reserva do possível, vez que esse mínimo refere-se justamente ao núcleo essencial de cada direito, tendo íntima relação com a dignidade humana. Na mesma esteira, pretender-se-á aprofundar a teoria dos deveres de proteção do Estado e a proibição de insuficiência, a saber que essa abordagem detém importante influência quando se trata da garantia dos direitos fundamentais, tanto que são, não raras vezes, invocadas nas decisões jurisprudenciais.

No terceiro e último capítulo, analisar-se-á decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que tenham como tema o argumento da reserva do possível, objetivando, com isso, averiguar o âmbito de aplicabilidade dessa teoria no direito brasileiro, o modo como ela vem sido aceita pelo Tribunal, e o que determina essa forma de utilização. Assim, serão vistas decisões que tratam do direito à saúde, do direito à educação, do direito ao acesso à assistência judiciária, bem como do direito

à dignidade dos presos.

E, finalmente, ao término da presente pesquisa, serão apresentadas as conclusões finais, buscando-se responder o questionamento inicial, qual seja, como vem sendo enfrentada a teoria da reserva do possível pela jurisprudência brasileira, no que tange aos diferentes contextos/direitos em pauta no caso concreto. Isto é, buscar-se-á concluir se a aplicação da reserva do possível pode ou não variar, dependendo dos direitos que estão em questão, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2 A POSITIVAÇÃO E O CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em um primeiro momento será analisada a evolução histórica dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social, nas Constituições brasileiras, a fim de verificar o contexto político, histórico e social em que esses foram surgindo, ganhando força e se afirmando no Brasil. Seguidamente, passar-se-á para a análise quanto ao aspecto conceitual dos direitos fundamentais sociais, isto é, o que são eles, o que significam, e como são vistos pela doutrina e jurisprudência no que tange à sua fundamentalidade, assim, o principal tema do debate estará centrado na incorporação (ou não) do termo “fundamental” aos direitos sociais, bem como na repercussão que essa postura pode gerar no âmbito prático. Por fim, o presente capítulo abordará a eficácia das normas constitucionais de direitos sociais e a sua estrita relação com a eficácia imediata dos direitos fundamentais, objetivando, com isso, pensar com um olhar voltado para os ideais perseguidos pela Constituição Federal de 1988, para o atual momento histórico e para os objetivos do nosso Estado Democrático de Direito.

Cabe destacar, primeiramente, que a tradição constitucional no que tange aos direitos fundamentais sociais, era de mantê-los de forma dispersa ao longo do texto legislativo, em títulos ou capítulos de menor relevância, como por exemplo, no título da ordem econômica e social, sendo que, somente em 1988 houve uma radical mudança na topografia constitucional desses direitos, os quais passaram a integrar um dos títulos mais significativos: “Dos Direitos e Garantias Individuais” (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br), passando a ser regulados logo após os princípios básicos.

Portanto, os direitos sociais foram catalogados no Título II da CF/88, que prevê o rol de direitos fundamentais. Assim, em que pese parte da doutrina pense de forma diversa, a citar como exemplo o renomado autor José Afonso da Silva, pensa-se que os direitos sociais, previstos no artigo 6º, CF/88, por estarem contidos no título dos direitos fundamentais, possuem *status* de norma fundamental, tal qual os direitos individuais. Não obstante, ressalta-se que o artigo 6º trata-se de rol meramente exemplificativo, e, portanto, existem outros direitos fundamentais sociais previstos de forma esparsa no texto constitucional.

Neste contexto, passar-se-á a analisar a origem e a evolução dos direitos

fundamentais sociais no constitucionalismo brasileiro, com o fim de compreender, de fato, qual o caráter que se quis dar aos direitos aqui em pauta na Constituição Federal de 1988, bem como, como se construiu essa ideia ao longo dos anos.

2.1 Origem e evolução dos direitos fundamentais sociais nas Constituições brasileiras

Dentre as sete Constituições brasileiras, é inegável que a Constituição Federal de 1988 inovou, em grande escala, no que se refere à ampla proteção conferida aos direitos sociais, sendo a primeira Constituição na história do Brasil a incluir os direitos sociais no Título que prevê o rol de direitos fundamentais.

Nesse contexto, no tocante à evolução constitucional dos direitos fundamentais sociais, destaca-se que as Constituições anteriores eram extremamente sucintas, abarcando um rol reduzido de direitos sociais, os quais frequentemente encontravam-se dispersos no texto constitucional, previstos no rol de direitos individuais, ou ainda nos títulos da ordem econômica e social (SARLET, 2013). Assim sendo, é possível concluir que a ordem constitucional do Brasil nasceu com base nos princípios e ideais do Estado Liberal, evoluindo para um contexto de Estado Social, o qual apenas se afirmou, de fato, com a Constituição Federal de 1988, fato esse que será de suma relevância ao analisar a efetividade dos direitos fundamentais sociais frente às limitações encontradas, como a denominada “reserva do possível”.

Dessa maneira, atenta-se para o fato de que o espaço para os direitos fundamentais nas Constituições veio sendo ampliado ao longo dos anos, acompanhando as descobertas, as revoluções e as mudanças no cenário mundial (GROFF, 2008), tendo como suporte, principalmente, o desenrolar das dimensões de direitos fundamentais, o que será brevemente abordado neste trabalho em momento posterior. Dito isso, cabe aqui fazer um breve retrato histórico quanto às previsões dos referidos direitos fundamentais sociais no cenário constitucional brasileiro, abarcando as Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1964¹ e 1988.

Assim, inicialmente, a primeira Constituição do Brasil, intitulada Constituição

¹ Ressalta-se que no ano de 1969 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 1, a qual, para alguns autores, como José Afonso da Silva, é considerada uma nova Constituição. Tal posição, entretanto, é minoritária, não sendo a Emenda Constitucional nº 1 reconhecida pela ampla doutrina como uma Constituição brasileira.

Política do Império do Brasil, foi criada e influenciada com base nos ideais liberais que vigoravam na época, bem como pelo constitucionalismo presente na Europa (GROFF, 2008). Foi outorgada por D. Pedro I em 25 de março de 1824, implementou um governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo e foi a Carta Política que vigorou por mais tempo no Brasil (65 anos). (BRASIL, 2005, www2.camara.leg.br).

A Constituição de 1824 buscou inspiração na teoria de Benjamin Constant, e, com isso, adotou a ideia de um quarto poder, o Poder Moderador. Nesse sentido, à época o Brasil contava com quatro Poderes, sendo eles o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o já referido Poder Moderador. Esse último conferia ao Imperador amplos poderes, tornando-o sagrado e intocável e “era a chave de toda a organização política” (GROFF, 2008, p. 106). Nesse contexto, claro fica o desequilíbrio entre os Poderes, haja vista a sobreposição de um perante os demais, mantendo, de certa forma, um governo autoritário e absolutista, distanciando-se dos ideais liberais presentes nos países desenvolvidos. (GROFF, 2008).

No que tange aos direitos fundamentais, pode-se dizer que a Constituição de 1824 foi pobre, destinando a eles um pequeno espaço no último Título: Das Disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. O artigo 179 (último artigo da Constituição) trazia um rol de direitos civis, políticos e sociais e contava com 35 incisos. Dentre os direitos previstos, destaca-se a legalidade, a irretroatividade da lei, a igualdade, a liberdade de pensamento, a propriedade e o sigilo de correspondência. (BRASIL, 1824, www.planalto.gov.br).

Os direitos sociais também tiveram lugar na Constituição, embora em número bem reduzido justamente por serem “um evento próprio do século XX” (GROFF, 2008, p. 107). Nesta seara, aponta-se para

a disciplina dos direitos à educação e à saúde. Em relação ao primeiro a instrução primária e o ensino superior foram os assuntos mais previstos como responsabilidade do Estado, o mesmo tendo acontecido com a saúde. Embora o direito à vida não tenha sido objeto de previsão expressa, podemos verificar sua defesa na abolição de penas cruéis, como o açoite, a tortura e a marca de ferro quente e na defesa da privacidade, protegida pela regra da inviolabilidade do domicílio. (ZAMBONE; TEIXEIRA, 2012, p. 58-59).

Ademais, frisa-se que a Carta não previu instrumentos capazes de assegurar a defesa e concretização desses direitos, os chamados remédios constitucionais, sendo que o *habeas corpus* foi criado apenas no ano de 1832, pelo Código de

Processo Criminal do Império. Em relação aos direitos políticos, manteve-se o voto censitário, o qual permitia o direito ao voto apenas aos cidadãos com uma renda mínima e *status* social. Não podiam votar os analfabetos, as mulheres e os escravos alforriados. As eleições se davam na forma indireta, sendo que apenas com a Lei Saraiva, em 1881, foi permitido o voto ao analfabeto e as eleições passaram a ser diretas. (ROCHA, 1996).

Por fim, salienta-se que apesar da previsão de direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1824 prosseguiu com o regime escravocrata durante todo o Império, o qual foi abolido apenas no ano de 1888.

A Constituição seguinte (primeira constituição republicana) foi promulgada em 1891, após o fim da monarquia em 1889 e vigorou por 39 anos. A proclamação da república no Brasil inspirou-se na tradição dos Estados Unidos da América, entretanto, permaneceu vigorando uma política conservadora e autoritária, o que resultou na não concretização efetiva dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos. (BRASIL, 2005, www2.camara.leg.br).

Inovou ao introduzir o federalismo e o presidencialismo e ao extinguir o Poder Moderador, culminando na separação dos três Poderes, harmônicos e independentes entre si. Trata-se, pois, de uma Constituição calcada nos ideais republicanos e liberais, inspirada no modelo constitucional norte-americano. (ROCHA, 1996).

No que se refere aos direitos contemplados, a Constituição de 1891 abarcou o Título IV: Dos Cidadãos brasileiros, no qual estava inclusa a Seção II: Declaração de Direitos. A seção trouxe, em seu artigo 72, um “rol de direitos e garantias individuais, ou seja, direitos da primeira geração” (GROFF, 2008, p. 110), avançando muito pouco no que toca o âmbito social.

Como exemplo dos direitos e garantias elencados, aponta-se para as seguintes novidades: liberdade de culto, ensino leigo nos estabelecimentos públicos, casamento civil e gratuito, abolição da pena de morte, o *habeas corpus*, propriedade intelectual e de marcas, instituição do júri, direitos de reunião e associação, ampla defesa, entre outros. Nesse sentido, importante destacar que o rol de direitos supracitado trata-se de rol meramente exemplificativo, não taxativo. “Com isso, a Constituição de 1891, introduz no constitucionalismo brasileiro um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais”. (GROFF, 2008, p. 110).

Indo além, especificamente no que tange aos direitos de cunho social, a Carta republicana fez

menção expressa à educação superior e secundária. Quanto ao trabalho, foi mantida a liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e, quanto à previdência, foi estabelecida a aposentadoria para os servidores públicos, nos casos de invalidez. (ZAMBONE; TEIXEIRA, 2012, p. 60).

Em verdade, apenas na fase final da Primeira República os direitos sociais emergiram com maior força, embora apenas em legislação infraconstitucional, o que ocorreu em virtude dos ideais que surgiram após a Primeira Guerra Mundial.

A primeira delas surgiu em 1919 e foi a primeira Lei de Acidentes do Trabalho. Depois, em 1924, apareceu a Lei Eloy Chaves, que criou o primeiro Instituto de Aposentadorias, o dos Ferroviários. Posteriormente, em 1926, surgiu a primeira Lei de Férias para trabalhadores. (GROFF, 2008, p. 111).

Por fim, em relação aos direitos políticos, cabe referir que as eleições passaram a ser na forma direta e não mais era exigida renda mínima para poder votar (extinção do voto censitário). Assim, o exercício da cidadania passou a se dar de forma mais abrangente, ficou estabelecido o voto universal e não-secreto para homens acima de 21 anos, sendo proibido o voto para mulheres, analfabetos, soldados e religiosos. (BRASIL, 2005, www2.camara.leg.br).

Neste contexto, ainda que houvesse previsão expressa na Constituição de direitos e garantias, na prática a realidade era outra, tendo em vista que a sociedade ainda não se mostrava organizada e as oligarquias, através dos coronéis, mantinham amplos poderes, o que representou “uma regressão do sistema de garantias das liberdades individuais que o Império havia começado a organizar”. (GROFF, 2008, p. 112).

Já a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, influenciada pela Constituição alemã da República de Weimar de 1919 (de caráter social), bem como pela Constituição mexicana de 1917, alargou a previsão de direitos sociais, trazendo matérias relacionadas à educação, à previdência social, à família, à cultura e uma forte legislação trabalhista. É considerada uma Constituição avançada para a época, inovando no constitucionalismo brasileiro ao sustentar como valor maior o bem comum e ao disciplinar, de forma mais adequada, os direitos fundamentais. Esse avanço na proteção dos direitos sociais se deu, principalmente, em razão do contexto histórico da época, qual seja, um contexto pós Revolução Industrial.

Tendo em vista a sobrecarga da classe trabalhadora/proletariado, a excessiva

e desumana jornada de trabalho a que eram submetidos, as precárias condições de trabalho, os salários irrisórios e a miséria, começaram a surgir na época movimentos que reivindicavam direitos mínimos aos trabalhadores. Desse modo, diante de tal conjuntura e da visível insustentabilidade do modelo vigente, quase todas as Constituições ocidentais passaram a incorporar um rol mais amplo de direitos sociais e, assim sendo, aos poucos os ideais liberais foram dando lugar para os ideais sociais, contexto em que o Estado se torna mais atuante, não devendo se abster, mas sim proporcionar e garantir direitos tidos como fundamentais. Nesse sentido, é possível concluir que o alargamento dos direitos sociais em 1934, foi fruto do cenário mundial da época, dos novos ideais que se propagavam e principalmente da influência da Constituição de Weimar de 1919 e demais Constituições do período, as quais, como já dito, também passaram a abordar os direitos fundamentais de segunda dimensão, como forma de construção de um Estado Social.

Voltando para a Constituição brasileira, refere-se que foi criada no início da Era Vargas, mas perdurou por apenas 3 anos, quando da promulgação de uma nova Constituição (1937), ao se instalar o Estado Novo. Manteve os mesmos fundamentos da Constituição anterior: república, federalismo e presidencialismo e também previu um capítulo que tratava de direitos e garantias.

No que se refere aos direitos individuais, a Constituição de 1934 trouxe novas garantias: previu expressamente o princípio da igualdade; impediu a extradição de estrangeiros por crime político ou de opinião, e, em qualquer caso, a de brasileiros; vedou a pena de caráter perpétuo; previu o direito de liberdade, propriedade, segurança e subsistência e, principalmente, criou o mandado de segurança, “inovando em nível de garantia dos direitos fundamentais”. (GROFF, 2008, p. 113).

Não obstante, conforme Zambone e Teixeira (2012), além dos tradicionais direitos individuais (de primeira dimensão), a Constituição abarcou também, em nível mais amplo, a previsão dos direitos sociais (de segunda dimensão), os quais estavam previstos no Título que tratava “Da Ordem Econômica e Social”, trazendo avanços significativos nesta seara. Dentre eles, cabe especial destaque para os direitos trabalhistas, como a proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; repouso semanal; limitação do trabalho a oito horas diárias; reconhecimento dos sindicatos e associações profissionais; salário mínimo suficiente para suprir as necessidades normais dos trabalhadores, entre outros. A garantia desses direitos, volto a dizer, esteve intimamente ligada com as reivindicações daquele momento histórico, que

tiveram início e se fortaleceram no período pós Revolução Industrial.

Quanto ao âmbito da cultura, educação e família, destaca-se o direito de todos à educação; obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário e ensino religioso facultativo. Outra inovação que cabe ressaltar, é a inclusão do voto feminino em igualdade com o masculino, o que já havia sido introduzido pelo primeiro Código Eleitoral Brasileiro, em 1932, sendo reafirmado pela Constituição de 1934. (BRASIL, 1934, www.planalto.gov.br).

Entretanto, haja vista o golpe promovido por Getúlio Vargas em 1937, em razão da suposta ameaça comunista, instaurou-se o chamado Estado Novo, governo ditatorial e autoritário. E, por conseguinte, promulgou-se uma nova Constituição, popularmente conhecida como “Polaca”, em razão da sua forte inspiração na Constituição Polonesa de 1935, de cunho essencialmente fascista. Assim, visível ficou o desamparo aos direitos fundamentais. (BRASIL, 2005, www2.camara.leg.br).

O novo regime centralizou o poder nas mãos do Presidente da República, restringindo os poderes e independência do Legislativo e Judiciário, bem como retirou a autonomia dos Estados-membros. Restaurou-se a pena de morte, extinguiu-se a liberdade de imprensa (censura) e os partidos políticos foram dissolvidos, características notórias em governos ditatoriais. (CARONE, 1976).

José Afonso da Silva (2000, p. 169) afirma que essa Constituição foi “ditatória na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem, especialmente os concernentes às relações políticas”. Diante deste contexto, salienta-se que muito embora a Carta Política tenha previsto direitos e garantias, não alcançaram a sua efetividade na prática.

Dentre esses direitos, contemplados no artigo 122 da Constituição, encontram-se, além dos direitos fundamentais tradicionais, a impossibilidade de aplicação de penas perpétuas e a guarda e o emprego da economia popular. Quanto aos direitos sociais, conforme ensinamentos de Zambone e Teixeira (2012, p. 63),

ficou sob a responsabilidade da União a edição de normas relativas à defesa e proteção da saúde, especialmente a das crianças. O trabalho foi definido como dever social submetido à proteção do Estado. Aos direitos conquistados na Constituição de 1934 foram acrescidos a remuneração maior para o trabalho noturno, a criação de seguros que protegessem o trabalhador nas situações de acidentes do trabalho, invalidez, velhice e morte. A Constituição de 1937 também estabeleceu disposições sobre família, educação e cultura. Em relação à primeira, manteve a proteção do Estado e lhe atribuiu o dever de educar como função primordial. Em relação à educação, possibilitou à iniciativa particular sua realização e tornou obrigatórios os ensinos primário e cívico, a educação física e a prática de trabalhos manuais.

Não obstante, o remédio constitucional do mandado de segurança foi revogado pela Constituição de 1937, mas em seguida voltou a ser previsto pelo Decreto nº 6/1937, embora não pudesse ser utilizado contra atos do Presidente da República. Ocorre que, em razão do fim da Segunda Guerra Mundial, tal regime se tornou insustentável, e Getúlio se viu obrigado a agir em prol de uma abertura política, o que o fez organizando as próximas eleições presidenciais, para os governadores de estado e para o Congresso Nacional. (GROFF, 2008).

Desta maneira, surgiu no panorama mundial uma onda de democratização, culminando, no Brasil, com a inauguração da Constituição de 1946, considerada uma Carta Democrática, promulgada por uma Assembleia Constituinte. Foi inspirada na Constituição de 1934, principalmente no que tange à proteção dos direitos fundamentais, ampliando também a previsão de direitos sociais. Vigorou por 21 anos. (BRASIL, 2005, www2.camara.leg.br).

Em relação aos direitos e garantias, a Constituição de 1946 abarcou o Título IV: Da Declaração de Direitos, onde encontravam-se previstos o Capítulo I: Nacionalidade e Cidadania, e o Capítulo II: Direitos e Garantias Individuais. Nesse sentido, ficou estabelecida a total liberdade de pensamento, abolindo-se a censura; foi introduzido o princípio da ubiquidade da justiça; aboliu-se a pena de morte, excetuados os casos de guerra; extinguiu-se a prisão perpétua; afirmou-se a soberania dos veredictos e a individualização das penas; reintroduziu-se o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o princípio da legalidade e o da irretroatividade da lei. (BRASIL, 1946, www.planalto.gov.br).

Notadamente quanto aos direitos sociais, salienta-se que além de serem reintroduzidos os direitos previstos na Constituição de 1934, a Constituição de 1946 alargou a sua previsão, inovando na ordem constitucional brasileira, introduzindo, por exemplo, a liberdade de associação profissional e sindical; o repouso semanal remunerado; a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa; a estabilidade para empregados urbanos e rurais; a indenização no caso de dispensa imotivada; a assistência à maternidade, à infância, à adolescência e às famílias de prole numerosa; a proibição de trabalho noturno aos menores de 18 anos e o direito de greve. (ZAMBONE; TEIXEIRA, 2012).

Deu-se mais relevância, também, aos direitos culturais, os quais foram ampliados. Ficou prevista

a gratuidade do ensino oficial ulterior ao primário para os jovens que

provassem falta ou insuficiência de recursos; a obrigatoriedade de manterem as empresas, em que trabalhassem mais de 100 pessoas, ensino primário para servidores e respectivos filhos; obrigatoriedade de ministrarem as empresas, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores; instituição de assistência educacional, em favor de alunos necessitados, para lhes assegurar condições de eficiência escolar. (GROFF, 2008, p. 119).

Ademais, no que se refere aos direitos políticos, Lima Sobrinho (2001), coloca que a Constituição de 1946 manteve o sufrágio universal, o voto direto e secreto, o sistema eleitoral proporcional, um regime de partidos nacionais e a Justiça Eleitoral. Também manteve o exercício ao direito de cidadania aos 18 anos e o veto do direito de voto pelo analfabeto. E, neste mesmo caminho, foi introduzido no sistema brasileiro, pela primeira vez, o pluripartidarismo.

Ocorre que, em 1964 se concretizou um golpe de Estado no Brasil, dando início ao período conhecido como Ditadura Militar. Extinguiu-se, assim, o regime constitucional e também a proteção e garantia dos direitos fundamentais, conforme se verá. Neste contexto, foi promulgada a Constituição de 1967, a qual teve como base principal a segurança nacional, vigorando pelo período de 21 anos. (BRASIL, 2005, www2.camara.leg.br).

Importante lembrar, portanto, que embora houvesse uma Constituição, essa não se mostrou a principal base jurídica durante o regime, mas sim os Atos Institucionais, que passaram a ocupar o lugar central. O Ato Institucional nº 01, por exemplo, trouxe a eleição indireta para Presidente da República; a possibilidade de supressão dos direitos políticos durante dez anos; e a possibilidade de decretação de estado de sítio pelo Presidente da República, sem necessidade de consulta prévio ao Congresso Nacional. (GROFF, 2008).

Os Atos Institucionais nº 02, 03 e 04, por sua vez, centralizaram ainda mais o poder nas mãos da União, principalmente, nas mãos do Poder Executivo, permitindo o crescimento, cada vez mais visível, de um regime altamente autoritário, violento e repressivo.

No que tange à previsão e proteção dos direitos fundamentais, é possível afirmar que foram altamente restringidos e afetados diante o regime ditatorial. A Constituição de 1967 contemplou um capítulo sobre os direitos e garantias individuais, bem como um rol de direitos sociais, os quais previam, principalmente, os direitos dos trabalhadores. Entretanto, apesar desta previsão, houve muito mais limitações, do que concessões.

No que toca os direitos de primeira dimensão, salienta-se que ficou limitado o

acesso ao Poder Judiciário; houve restrição à liberdade de expressão e pensamento (censura altamente rigorosa); restrição ao direito de reunião; previsão da pena de suspensão dos direitos políticos e manutenção de “todas as punições, exclusões e marginalizações políticas decretadas sob a égide dos Atos Institucionais” (GROFF, 2008, p. 122).

Já no que se refere aos direitos de segunda dimensão², a Constituição de 1967 retrocedeu nos seguintes aspectos: restrição ao direito de greve; supressão da estabilidade; redução da idade mínima para o trabalho para 12 anos, entre outros. Em contrapartida, também houveram alguns avanços, como por exemplo, a criação do direito ao salário-família; previsão da aposentadoria diferenciada para mulheres e professores e proibição de diferença de salários também por motivo de cor. (ZAMBONE; TEIXEIRA, 2012).

Não obstante, com a promulgação do Ato Institucional nº 05, o regime militar no Brasil chegou ao seu ápice de violência, repressão, autoritarismo, ofensa e dilaceração dos direitos fundamentais. Bonavides (1985, p. 87) coloca que “nunca tínhamos estado tão perto de institucionalizar o Leviatã de Hobbes, que nestes anos de incerteza e perplexidade”.

Assim, com o AI-5 os direitos fundamentais (individuais e sociais) sofreram ainda maiores restrições e foram duramente desrespeitados, sendo a época em que mais assassinatos políticos ocorreram, e desaparecimento de pessoas se operaram no Brasil, o que só veio a terminar após a Lei da Anistia, em 1979, que concedeu a anistia aos perseguidos políticos e àqueles que cometeram crimes, em prol da manutenção do regime ditatorial.

Diante de tal conjuntura, a ditadura foi sofrendo uma abertura gradual durante os anos de 1978 a 1985, em razão das cada vez mais presentes manifestações em favor da democracia, as quais reivindicavam o fim do regime. O multipartidarismo retornou em 1978 e as eleições diretas para governadores em 1982. Em 1984 surgiu o movimento conhecido como Diretas Já, que clamava pela eleição direta para Presidente da República. Entretanto, foi somente com a promulgação da Constituição de 1988 que a eleição passou a ser direta em todos os âmbitos: municipal, estadual e federal. (GROFF, 2008).

Foi através de uma Assembleia Nacional Constituinte que a Constituição de 1988 foi criada, sendo promulgada e publicada em 05 de outubro de 1988. Ulysses

² A opção pelo termo dimensão”, ao invés de “geração”, ao tratar da evolução dos direitos fundamentais, será abordada a partir da página 24 deste trabalho.

Guimarães, presidente da Assembleia Nacional, chamou-a de “Constituição Cidadã”, como é conhecida até os dias atuais. Logo no seu artigo primeiro, a Constituição “afirma que o Estado brasileiro é um Estado democrático de direito” (GROFF, 2008, p. 124), a forma de Estado é a federativa, a forma de governo é a República e o sistema é o presidencialista. (BRASIL, 2005, www2.camara.leg.br).

Em relação aos direitos fundamentais, é correto afirmar que a Constituição de 1988 trouxe grandes avanços, tanto que é considerada uma das Constituições mais evoluídas da atualidade, prevendo tanto direitos de primeira, como de segunda e terceira dimensão. Notadamente quanto a estes, ela fez previsão de diversos direitos sociais nunca antes contemplados nas Constituições brasileiras. De forma bastante inovadora, trouxe logo no Título I a previsão dos princípios fundamentais, e no Título II os direitos e garantias fundamentais. Diante disso, percebe-se a importância dada pela Constituição a esses direitos, haja vista ser um dos primeiros temas positivados.

Verifica-se que o Título II está dividido em cinco capítulos, sendo eles: Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), que traz direitos como a livre manifestação do pensamento, a liberdade de crença e de consciência, a inviolabilidade do domicílio, o livre exercício de profissão, o direito de propriedade, a vedação ao tribunal de exceção, dentre outros; Capítulo II (Dos Direitos Sociais), no qual estão previstos direitos como saúde, educação, moradia, segurança e diversos direitos trabalhistas; Capítulo III (Da Nacionalidade); Capítulo IV (Dos Direitos Políticos) e Capítulo V (Dos Partidos Políticos). Assim, tendo em vista que o Título II refere-se aos direitos fundamentais, é possível concluir que todos os direitos previstos nos seus capítulos devem ser assim considerados. Por outro lado, ressalva-se que esses são apenas exemplificativos, pois nada impede que demais direitos fundamentais estejam previstos de forma dispersa ao longo do texto constitucional, e de fato estão, ou até mesmo implicitamente, como será visto adiante. (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

Neste cenário, ressalta-se que não somente a topografia constitucional dos direitos sociais fundamentais foi revolucionada, mas também a essência da Carta Magna, que trouxe a Teoria da Constituição do Constitucionalismo pós-guerra, impondo o dever de proteção e concretização constitucional. Isto é, além da positivação diferenciada, a Constituição de 1988 abarcou a necessidade de proteção dos direitos fundamentais sociais e a busca pela sua concretização efetiva, dando ênfase, principalmente, na dignidade da pessoa humana, elemento que será de

extrema relevância quando se falar em um mínimo existencial, isto é, um mínimo que deve ser garantido pelo Estado, sem que esse possa alegar a reserva do possível como forma de limitar a concretização dos direitos sociais.

Destarte, passar-se-á agora para uma abordagem quanto a fundamentalidade dos direitos sociais, isto é, uma análise material e formal da conceituação dos direitos sociais como direitos fundamentais. Assim como, procurar-se-á verificar a intenção do Constituinte e dos princípios e objetivos constitucionais em conferir (ou não) tamanho grau a esses direitos, pois, somente assim será possível compreender o nível de proteção, o compromisso com a efetivação e concretização dos direitos sociais que o Estado brasileiro possui para com os seus cidadãos, enquanto sujeitos de direitos.

2.2 Conceituando os direitos sociais como fundamentais

Os direitos fundamentais não raramente são confundidos com os chamados direitos humanos, direitos do homem, liberdades fundamentais, dentre outros termos. Assim, em um primeiro momento cabe fazer uma breve distinção entre o que se intitula direitos fundamentais e direitos humanos, para melhor compreensão do tema, na medida em que o presente trabalho adota a corrente que distingue tais expressões.

Conforme ensinamentos de Sarlet (2013) e Coelho (2010), o conceito que abriga o termo direitos humanos pode ser visto com mais abrangência, pois refere-se, justamente, a todos os direitos do ser humano, direitos inerentes ao homem. Portanto, por óbvio, são também a grande maioria dos direitos fundamentais espécies de direitos humanos. Mas o que os diferencia, então?

A diferença consiste no plano em que cada um está inserido. Enquanto os direitos humanos são tratados na esfera internacional, estando previstos principalmente em Tratados e Convenções, os direitos fundamentais têm lugar num quadro mais particular, isto é, são os direitos com previsão constitucional, inseridos dentro de um ordenamento jurídico em específico. Nesse sentido, Pérez Luño (1999), citado por Coelho (2010, p. 60, grifos originais), coloca que

existe uma tendência a se empregar a denominação “direitos fundamentais” para designar os direitos humanos positivados em nível interno, enquanto a expressão “direitos humanos” é mais usual no plano das declarações e convenções internacionais.

Desta forma, conclui-se que, embora com conceitos muito semelhantes, haja vista ambos os termos referirem-se aos direitos mais relevantes do homem, não há como confundi-los ou trata-los como sinônimo. Portanto, considerando que os direitos humanos têm lugar num cenário universal, com “contornos mais amplos e imprecisos” (SARLET, 2012), sem vinculação com determinado Estado; e os direitos fundamentais têm lugar num âmbito interno, com previsão constitucional, reconhecidos por um determinado Estado, este trabalho utilizará o termo “direito fundamental” para tratar dos direitos e garantias protegidos e garantidos pelo Estado democrático de direito brasileiro, previstos tanto expressa, como implicitamente.

Finalizada esta primeira distinção, em um segundo momento se faz necessária a análise evolutiva histórica dos direitos fundamentais, no que se denomina dimensões, ou gerações. Os direitos fundamentais hoje conhecidos não são os mesmos desde a sua origem, passaram por transformações, mutações, evoluindo para a culminação de uma igualdade material.

Antes de tudo, é válido colocar a diferença terminológica entre “gerações” e “dimensões” de direitos. O primeiro termo traz uma ideia de substituição, de reposição, como se a segunda geração ocupasse o lugar da primeira e assim sucessivamente. O segundo termo, por outro lado, implica na noção de complementação, de reforço, como se a segunda dimensão acrescentasse direitos antes não abarcados pela primeira dimensão. Dito isso, ressalta-se que a evolução dos direitos fundamentais ocorre através de dimensões, posto que a segunda não substitui a primeira; e a terceira não substitui a segunda. As dimensões de direitos referem-se, por conseguinte, às épocas em que esses foram surgindo e se afirmando, culminando num acréscimo de direitos considerados como fundamentais. (SARLET, 2013).

Indo adiante, é possível dizer que as primeiras noções de direitos fundamentais nasceram diante de um Estado Liberal, colocando em pauta aquilo se conhece como igualdade formal, a qual se caracteriza pela ideia de igualdade entre os indivíduos apenas num sentido teórico, situando todos num mesmo nível de proteção. Com o passar dos anos, diante do surgimento de novos ideais, novos problemas econômicos e sociais, novas revoluções, surgiram no âmbito constitucional direitos que caminham no sentido de concretização de um Estado Social, que visa a igualdade material, e não apenas formal.

Assim, quando se trata de igualdade material, está se tratando, em verdade, de uma igualdade no sentido prático, real, que objetiva a nivelção dos indivíduos

considerando a desigualdade presente entre eles. Significa dizer, portanto, não tratar todos da mesma forma, pois, se assim o fosse, estar-se ia mantendo a desigualdade já existente. Igualdade material é procurar igualar os indivíduos considerando as diferenças, ou seja, é aplicar um tratamento diferenciado, justamente com o fim de se alcançar a paridade. (MENDES; BRANCO, 2012).

Dito isso, passa-se para a sucinta exposição das três dimensões de direitos fundamentais³. A primeira delas nasceu juntamente com os ideais liberais, que estavam se afirmando no contexto da assunção da burguesia, em meados do século XVIII. A partir das Revoluções Francesa e Americana, o Estado passou a operar como uma “mão invisível”, num sentido de abstenção. Os direitos de primeira dimensão, portanto, são direitos de cunho essencialmente individualista, garantindo apenas uma posição passiva por parte do ente estatal frente aos indivíduos⁴. (MÖLLER, 2005).

Tais direitos, pois, “são concebidos como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder” (SARLET, 2013, p. 272), são, assim, direitos de abstenção, de cunho negativo, que tem como titular o homem individualmente considerado. Referem-se às liberdades individuais, consubstanciando-se no direito à vida, à liberdade e à propriedade, em nenhum momento preocupando-se com as desigualdades sociais ou efetivação de uma igualdade material. (MENDES; BRANCO, 2012).

Neste contexto de omissão estatal, materializaram-se grandes níveis de desigualdade. Após o advento da Revolução Industrial, que culminou num processo de industrialização, condições precárias de trabalho e graves problemas sociais e econômicos, a sociedade começou a repensar os ideais liberais. A abstenção do Estado, frente a elevada insatisfação da maior parte da sociedade, não era mais possível de ser assegurada. Da mesma forma coloca Leal (2003, p. 14), de forma impecável:

diante de tal quadro, o Estado não pode mais ser tido como mero espectador, devendo intervir diretamente nas questões sociais e passando

³ A doutrina já fala em uma quarta e uma quinta dimensão, entretanto, essas não serão abordadas aqui, haja vista não ser este o objeto central do presente trabalho.

⁴ *Mister* destacar que a doutrina moderna, como Flávio Galdino (2005) e Gustavo Amaral (2001), já vem apresentando críticas à ideia de que os direitos de primeira dimensão não geram custos. Essa posição defende que ainda que os direitos individuais não expressem, de plano, a necessidade de um gasto financeiro para a sua concretização, esse acaba sendo necessário, pois, por exemplo, não haveria como garantir direitos individuais sem despender gastos com a manutenção do Poder Judiciário, das polícias, entre outros órgãos, assunto que será abordado com mais detalhes em momento específico deste trabalho.

de ente de postura negativa (com o simples dever de não invadir a esfera dos direitos individuais constitucionalmente assegurados) a promotor de bens e serviços – devedor de uma prestação positiva – como forma de assegurá-los a uma parcela mais abrangente da sociedade, sendo que as categorias sociais desfavorecidas passam a ser beneficiárias de um tratamento diverso (discriminação positiva), de acordo com a idéia de que devem ser tratadas desigualmente situações desiguais.

Assim, passou-se a ser considerada uma nova forma de organização social, qual seja, o chamado Estado Social, onde o Estado é chamado a intervir na esfera privada, com o intuito de assegurar uma vida digna aos indivíduos, uma igualdade material. Diante de tal conjuntura, novos direitos surgiram, dominando o Século XX: os direitos de segunda dimensão. Da mesma forma, ensina Bonavides (2002, p. 518):

são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Tais direitos referem-se, por conseguinte, a direitos prestacionais, de cunho positivo, que exigem uma participação, atuação maior por parte do Estado. Desta forma, o indivíduo sofre limitações, haja vista que a liberdade, anteriormente conferida sem restrições, passa para um segundo plano. O indivíduo, agora, não é mais considerado de forma individual, mas sim dentro de um contexto mais amplo, ele é agora, um “indivíduo socialmente situado”. (MÖLLER, 2005, p. 34).

Nessa linha, o papel do Estado transmuta-se de um papel de abstenção, para um papel de forte atuação, onde seu fim centra-se na efetivação de uma igualdade material, na concretização dos direitos sociais, como saúde, educação, assistência social, trabalho, dentre outros, atuando através dos serviços públicos.

Não obstante, muito embora seja a atuação estatal positiva a maior característica dos direitos de segunda dimensão, importante colocar em pauta a ressalva trazida por Sarlet (2013), que atenta para que tais direitos não resumem-se somente ao viés prestacional. Eles referem-se, além disso, às chamadas liberdades sociais, que se consubstanciam, por exemplo, no direito de greve, liberdade de sindicalização, direitos dos trabalhadores, como férias e garantia do salário mínimo.

Por fim, os direitos de terceira dimensão tem como principal qualidade a transindividualidade, ou seja, a natureza difusa ou coletiva. Neste viés, a proteção ultrapassa o indivíduo em si, e ascende para um âmbito coletivo, para um grupo.

Conforme Bonavides (2002), são exemplos de direitos de terceira dimensão o direito à paz, ao meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural e à qualidade de vida.

Dito isso, é possível agora voltar-se para o aprofundamento do que se denomina direito fundamental. Isto é, como se define um direito fundamental? O que assim pode ser considerado? Qual(is) o(s) critério(s) utilizado(s) para se classificar um direito como fundamental?

A doutrina já teceu importantes estudos com o intuito de responder a esses questionamentos, sendo que o critério elegido por muitos, inclusive Canotilho (1992), para classificar um direito como fundamental, ou não, foi a análise da sua fundamentalidade tanto num sentido formal, como material.

A fundamentalidade formal se corporifica na previsão constitucional, ou seja, relaciona-se diretamente com o direito positivo, com a inserção, localização e proteção de determinado direito dentro do texto constitucional. Nesse sentido, Sarlet (2013), apresenta três elementos capazes de demonstrar a fundamentalidade formal de um direito, quais sejam: a) a situação dos direitos dentro da Constituição: os direitos fundamentais encontram-se positivados no vértice do ordenamento jurídico, no ponto mais alto, usufruindo de uma supremacia hierárquica; b) proteção qualificada no que tange à reforma constitucional (artigo 60, CF/88): previsão de limites formais (procedimento agravado), bem como de limites materiais (cláusulas pétreas); e c) aplicação imediata: os direitos fundamentais são diretamente aplicáveis (artigo 5º, §1º, CF/88).

Diante de tal perspectiva, há que se concluir que os direitos fundamentais estão abarcados por um regime jurídico qualificado, pois são fortemente protegidos pela Constituição. Assim, não há um amplo poder de ingerência e discricionariedade do Poder Público quando esses direitos estão em pauta. Existem limites constitucionalmente impostos, com o fim de assegurar a sua máxima proteção e efetivação, e, não só isso, existem meios pelos quais se faz possível essa concretização: os remédios constitucionais, como o *habeas corpus*, o *habeas data* e o mandado de segurança. (SARLET, 2013).

Ademais, tendo em vista a previsão de um catálogo aberto de direitos fundamentais, notadamente no artigo 5º, §2º, CF/88, indiscutível que apenas o critério formal de fundamentalidade não bastaria para assim se definir um direito. É preciso olhar além, e é aqui que surge a fundamentalidade material. Ela, por sua vez, relaciona-se com o conteúdo dos direitos, com a sua substância, sua essência.

Está ligada aos anseios, aspirações de cada sociedade em específico (SARLET, 2013). Nesse sentido, um direito não é tido como fundamental apenas pela sua localização topográfica, mas principalmente, arrisco a dizer, pelo conteúdo que carrega consigo.

Dessa maneira, a fundamentalidade material irá variar de Estado para Estado, pois, “aquilo que é considerado fundamental para um pode não sê-lo para outro” (COELHO, 2010, p. 61). Assim, por exemplo, conforme coloca Sarlet (2013), o direito à saúde é considerado um direito fundamental pela Constituição brasileira de 1988, mas não o é pela Constituição espanhola de 1978 e finaliza, inspirado nas ideias de Robert Alexy (1994):

é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas [...] que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal. (SARLET, 2013, p. 281).

Não obstante, outros autores, como Vieira de Andrade (1987), colocam em pauta diferente critério para definição de um direito como fundamental, estritamente ligado com a fundamentalidade material, qual seria, a sua relação com a concretização da dignidade da pessoa humana. De acordo com esse entendimento, um direito seria fundamental quando fosse capaz, justamente, de assegurar a dignidade humana.

Ocorre que, conforme críticas de Canotilho (1998), não seria possível ater-se somente a esse critério, a saber que demais direitos devem ser tidos como fundamentais, ainda que não estejam intimamente ligados com a dignidade humana. Concluiu-se, portanto, que muito embora um direito não precise ter uma relação estreita com o princípio supra para ser considerado fundamental, é inegável que de uma forma a ele estará relacionado. Nesse sentido, verifica-se a análise de Mendes e Branco (2012, p. 159, grifos originais):

não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentem ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda

fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir em que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Outrossim, finalmente passar-se-á a analisar aqui a fundamentalidade dos direitos sociais, direitos de segunda dimensão, ou ainda direitos de cunho positivo/prestacional. Embora haja discordância de parte da doutrina⁵, esses são direitos fundamentais, e essa afirmação resulta tanto da análise de um aspecto formal, no que se refere à localização desses direitos dentro da Constituição Federal de 1988, quanto de um aspecto material, no que toca à sua essência e ao seu alcance no mundo fático, como se verá demonstrado a seguir. Assim, pretender-se-á defender, nas próximas linhas, os motivos pelos quais os direitos sociais são considerados fundamentais.

A fundamentalidade formal encontra respaldo no modo como os direitos sociais foram abarcados pela Constituição Federal de 1988, ou seja, na própria topografia constitucional. Como já referido neste trabalho, a Constituição de 1988, diferente de todas as outras Constituições brasileiras, inseriu os direitos sociais dentro do título que prevê o rol de direitos fundamentais, qual seja, o Título II “Dos Direitos e Garantias Individuais”. (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

Nesse sentido, mostra-se clara a vontade do Constituinte em conferir o grau de direito fundamental aos direitos sociais, pois, do contrário, teria simplesmente mantido a forma como vinha sido feito até então, isto é, teria conservado os direitos sociais dentro das categorias de direitos econômicos e sociais ou, até mesmo, dentro da categoria de direitos individuais (KELBERT, 2011). Dito de outra forma, inserir os direitos sociais no Título II da Constituição, não foi mero acaso ou coincidência, mas a verdadeira intenção do Constituinte em outorgar o *status* fundamental aos direitos em questão. Além disso, note-se que os direitos fundamentais de participação política, os quais enquadram-se na primeira dimensão de direitos fundamentais, também estão em Capítulo próprio, dentro do Título II, da Constituição Federal de 1988. Entretanto, ao contrário do que ocorre com os direitos sociais, a fundamentalidade dos direitos de participação política não é questionada pela doutrina.

Repara-se pois, que esse desfecho resultou de uma longa caminhada de

⁵ Cita-se como exemplo de autor que discorda deste pensamento José Afonso da Silva. Por outro lado, tem-se o nobre escritor Jorge Miranda que disserta em defesa da fundamentalidade dos direitos sociais.

injustiças e desigualdades que até hoje permeiam este País. Assim, o objetivo percorrido pelo legislador ao remodelar a forma constitucional, foi a busca pela justiça social e pela proteção e concretização da dignidade da pessoa humana, haja vista que é sim através dos direitos sociais que se faz possível alcançar esses objetivos (KELBERT, 2011). Passa-se, agora, a adentrar na fundamentalidade material dos direitos sociais.

Em razão do conteúdo dos referidos direitos, isto é, da sua essência, é possível concluir pelo seu caráter fundamental. Digo isso, veja, pela tamanha importância que esses direitos possuem frente aos objetivos da nossa Constituição, posto que os direitos sociais são os instrumentos, os meios pelos quais se faz possível a efetivação de uma sociedade mais justa e igualitária (e aqui se destaca para a igualdade material, e não apenas formal).

Nessa senda, necessário apontar a aplicabilidade do artigo 5º, §1º, CF/88 aos direitos sociais, o qual confere aos direitos e garantias fundamentais aplicabilidade imediata, o que significa dizer que esses direitos não necessitam de regulamentação para produzirem efeitos. Assim, haja vista que aqui entende-se que os direitos sociais são fundamentais, isto é, direitos fundamentais sociais, aplica-se os ditames do §1º a esses direitos.

Ademais, em que pese este trabalho adote a corrente que defende a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, há que se atentar para a posição de José Afonso da Silva (2001), o qual entende que as normas de direitos sociais são programáticas, isto é, não tem aplicabilidade imediata. Tal entendimento sustenta, principalmente, que não haveria como conferir os ditames do §1º, do artigo 5º, da CF/88 aos direitos sociais, pois esses necessitam de recursos financeiros para serem efetivados, diferentemente do que ocorre com os direitos individuais, tema que será debatido no próximo item.

Seguindo, aplica-se aos direitos sociais o artigo 5º, §2º, CF/88. O dispositivo legal aponta que os direitos e garantias previstos no texto constitucional não se exaurem ali, isto é, o rol de direitos e garantias trazidos pela Constituição é meramente exemplificativo, e disso se pode concluir que os direitos sociais não estão previstos apenas no artigo 6º, CF/88, mas em dispositivos dispersos pela Carta Constitucional, em tratados internacionais e, indo além, podem resultar inclusive de uma interpretação principiológica, decorrente de direitos implícitos, não positivados. (SARLET, 2013).

Nesse contexto, importante ressaltar que no que toca aos tratados

internacionais, deve ser feita uma leitura conjunta com o artigo 5º, §3º, CF/88⁶, segundo o qual os tratados e convenções internacionais que tratam de direitos humanos apenas serão considerados equivalentes às emendas constitucionais, caso passem por uma votação qualificada, qual seja, aprovação “em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”. (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

Diante do exposto, temos que a referida cláusula de abertura material confere a aplicação do regime jurídico protetivo mais reforçado dos direitos fundamentais a todos os direitos e garantias que se encaixam no conceito de direito fundamental, previstos ou não na Constituição, ou seja, não se protege somente os direitos positivados no Título II, mas todos aqueles que guardam relação com os objetivos perseguidos pela atual conjuntura constitucional. (KELBERT, 2011).

Indo além, atenta-se para o alerta de Bitencourt (2013), ao colocar que os direitos sociais, em que pese terem surgido historicamente após os direitos individuais, constituem verdadeiro substrato material para a realização destes, isto é, os direitos sociais constituem o meio capaz e necessário para a concretização dos individuais, “tiram os direitos fundamentais do plano ideal para o plano real, do papel para a prática” (BITENCOURT, 2013, p. 125). Logo, por exemplo, a garantia do direito à saúde (direito social), é, em verdade, uma garantia ao próprio direito à vida (direito individual).

Nesse contexto, tendo em vista não somente a posição em que se encontram positivados os direitos sociais, mas principalmente a sua essencialidade e os resultados alcançados com a sua concretização, atribuir-lhes o caráter de fundamentalidade é mera consequência. Isto é, negar esse caráter é justamente caminhar em sentido contrário às perspectivas da Constituição de 1988, é ir de encontro com a finalidade da justiça social, é manter-se preso e enraizado nos sistemas anteriores, os quais já se mostraram falidos e incapazes de assegurar uma sociedade justa e igual.

Dito isso, conclui-se pela relevância em compreender a fundamentalidade dos direitos sociais, pois assim será possível analisar, em momento posterior, as bases argumentativas da jurisprudência brasileira no que tange à teoria da reserva do possível quando está se tratando de tais direitos, como o fornecimento de medicamentos (direito à saúde), vagas nas creches e escolas (direito à educação),

⁶ O parágrafo 3º do artigo 5º foi incluído no ano de 2004, através da Emenda Constitucional nº 45.

precariedade no sistema prisional (direito à dignidade), entre outros. Isso pois, ao dizer que os direitos sociais são também direitos fundamentais, estar-se-á dizendo que devem ser protegidos ao máximo, e a sua limitação e restrição deve se operar em grau mínimo, somente quando necessário para garantir a efetividade de outros direitos.

Sucessivamente, passa-se agora a analisar a eficácia das normas constitucionais, com ênfase na eficácia atribuída aos direitos sociais e a sua relação íntima com a eficácia imediata conferida aos direitos fundamentais pela própria Constituição Federal de 1988.

2.3 Os direitos sociais e a sua relação com a eficácia imediata dos direitos fundamentais

Estudar a eficácia nas normas constitucionais significa estudar também o grau de justiciabilidade dos direitos previstos nessas normas. Assim, ao conferir determinada eficácia a uma norma constitucional, estar-se-á determinando o seu nível de aplicabilidade, de concretude. Dessa forma, se faz imprescindível analisar a eficácia conferida às normas de direitos fundamentais sociais, tendo em vista que dependendo da conclusão obtida, se verificará diferentes repercussões quando esses direitos forem pleiteados judicialmente e, principalmente, quando encarados sob o panorama da reserva do possível.

Isso posto, primeiramente cabe aqui fazer uma breve distinção no que se refere à eficácia das normas, para que melhor se torne a compreensão no que tange, especificamente, à eficácia dos direitos fundamentais sociais, importando colocar que essa conceituação se baseará principalmente nos ensinamentos de Silva (2001) e Silva (2009). A doutrina traz diversas classificações quanto à aplicabilidade das normas constitucionais, entretanto este trabalho optou pela classificação de José Afonso da Silva⁷, por entender ser mais completa e didática, quais sejam: eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada.

Antes de tudo, salienta-se que que todas as normas constitucionais possuem eficácia. Elas nascem no ordenamento jurídico já capazes de produzir algum efeito jurídico, por menor que seja. A diferença entre a eficácia das normas consiste, pois,

⁷ No que tange à conceituação da eficácia das normas constitucionais, optou-se pelos ensinamentos de José Afonso da Silva. Em contrapartida, salienta-se que este trabalho discorda do entendimento do autor quanto à eficácia conferida aos direitos sociais, o que será criticado em momento propício.

no grau, na capacidade de essas produzirem efeitos. Assim, enquanto algumas normas constitucionais nascem com a aptidão para produção de todos os efeitos jurídicos competentes, outras não possuem essa plenitude, necessitando de complementação por meio de lei infraconstitucional. (SILVA, 2001).

Adentrando no estudo quanto a classificação supra, passa-se a analisar o conceito de cada uma. No que se refere às normas de eficácia plena, diz-se que são “normas não restringíveis e não regulamentáveis” (SILVA, 2009, p. 247), capazes de produzir efeitos imediatos, isto é, são normas que não podem sofrer restrição por meio de lei. Tais normas já nascem com uma alta densidade normativa, pois o constituinte conferiu-lhes o necessário para a produção de efeitos imediatos. Se enquadram nesse conceito, por exemplo, as normas definidoras de competência (artigos 21, e 25 a 30, da Constituição Federal) e as normas que definem as regras básicas e objetivos do Estado brasileiro (artigos 1º e 2º, da Constituição Federal). (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

As normas de eficácia contida, por sua vez, são normas também capazes de produzir efeitos imediatos, sem necessidade de regulamentação. Entretanto, são passíveis de sofrer restrições por meio de lei, as quais dependem sempre de fundamentação (SILVA, 2009). Desse modo, verifica-se que a legislação futura não é condição para a produção de efeitos plenos da norma, mas sim é o que será capaz de restringir esses efeitos, “a legislação futura, antes de completar-lhes a eficácia, irá impedir a expansão da integridade de seu comando jurídico”. (SILVA, 2001, p. 103).

Por conseguinte, verifica-se que as normas de eficácia contida são, em verdade, normas de eficácia imediata, pois o constituinte concedeu-lhes normatividade suficiente para tanto, e isso irá se operar até a entrada em vigor de norma infraconstitucional capaz de restringir os seus efeitos. Como exemplo é possível citar o direito ao livre exercício de profissão, previsto no artigo 5º, inciso XIII, CF/88, que assim prevê: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br). Assim, o exercício de qualquer profissão poderá ser exercido sem qualquer restrição, até que surja uma norma que traga requisitos necessários para tanto.

Já no tocante às normas de eficácia limitada, temos que tais normas dependem, necessariamente, de regulamentação para surtirem efeitos, isto é, são normas programáticas, dependentes do legislador para serem aplicáveis. Nessa

esteira, tais normas são as que

não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. (SILVA, 2001, p. 82-83).

Sendo assim, pode-se dizer que as normas de eficácia plena são normas de ampla proteção, que não podem sofrer restrições e tem aplicabilidade imediata; as normas de eficácia contida, por outro lado, apesar de surtirem efeitos imediatos, podem sofrer restrições; e, por último, as normas de eficácia limitada não são capazes de surtirem efeitos sem que haja lei regulamentadora, isto é, dependem necessariamente de lei para serem aplicáveis. (TAVARES, 2012).

Nesse contexto surgem diferentes posições doutrinárias⁸ no que toca à eficácia dos direitos fundamentais sociais, sendo de extrema relevância um olhar apurado para essa questão, haja vista a estreita relação da concretização dos direitos fundamentais sociais com a eficácia conferida a eles. Ou seja, dependendo de qual for a classificação atribuída aos direitos fundamentais sociais, no que tange à sua eficácia, diferente será o modo como esses poderão ser exigidos judicialmente, quando descumpridos pelo Poder Público, diferente será o modo como se encara a possível alegação do argumento da reserva do possível, como limitador à concretização de direitos sociais, e diferente será o nível de proteção e de amparo, no que toca à garantia desses direitos.

Prosseguindo, os direitos fundamentais, previstos ou não na Constituição Federal, detém eficácia imediata conforme os ditames do artigo 5º, §1º, CF/88, o que nos permite concluir, portanto, que tais direitos podem ter tanto eficácia plena, como eficácia contida, mas nunca limitada. Desse modo, a maioria da doutrina e da jurisprudência reconhece que a aplicação imediata dos direitos fundamentais se refere tanto aos direitos individuais, quanto aos direitos sociais, haja vista o dispositivo legal supra não apontar qualquer diferenciação entre as duas categorias de direitos. Esse também é o entendimento de Sarlet (2013, p. 326), ao colocar que “a Constituição Federal não estabeleceu, neste ponto, distinção expressa entre os direitos de liberdade (os assim chamados direitos civis e políticos) e os direitos sociais”.

⁸ José Afonso da Silva, por exemplo, defende que os direitos sociais detém eficácia programática, ao passo que autores como Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Bonavides sustentam a aplicabilidade imediata desses direitos.

Percebe-se, diante de tal conjuntura, que a verdadeira intenção do constituinte ao determinar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, é conferir-lhes um regime jurídico reforçado, uma proteção ampla, garantir a sua máxima efetividade e concretização. E isso se deu, como já visto, justamente pelos objetivos traçados pela Constituição Cidadã, que são a busca pela igualdade material e pela justiça social. Na mesma linha afirma Krell (2002, p. 38): “o artigo 5º, §1º, impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais e criar as condições materiais para a sua realização”.

Por conseguinte, tendo em vista que os direitos sociais, são, em verdade, direitos fundamentais, conforme explanado no item anterior, inegável é a aplicabilidade do §1º, do artigo 5º, da CF/88 a esses direitos, conferindo-lhes eficácia imediata (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br). Não obstante, muito embora seja essa a posição que aqui se defende, existem opiniões, como as do renomado autor José Afonso da Silva, que argumentam em sentido contrário, sustentado a eficácia limitada dos direitos sociais. Referida linha de pensamento embasa-se na ideia de que as normas de direitos sociais só teriam eficácia, isto é, só seriam capazes de produzir efeitos, após a regulamentação do direito. Em outras palavras, a concretização dos direitos sociais, segundo essa posição, ficaria à mercê da vontade do legislador. (KELBERT, 2011).

Explicando melhor, dizer que os direitos sociais são normas programáticas, é dizer que esses direitos não podem ser exercidos sem a atuação daquele que legisla, posto que, para tanto, dependeriam de lei. Portanto, atribuir o caráter de eficácia limitada aos direitos sociais, equivale a impor uma relação de dependência desses direitos para com a atuação do legislador infraconstitucional. O que, em verdade, é incabível frente aos objetivos da Constituição Federal de 1988, que prima pela justiça social, pela dignidade da pessoa humana e por um verdadeiro Estado Social (fático, e não apenas teórico). Nesse sentido, importante destacar os ensinamentos de Canotilho (1998, p. 436, grifos originais):

não obstante se falar aqui da efectivação dentro de uma ‘reserva possível’, para significar a dependência dos direitos económicos, sociais e culturais dos ‘recursos económicos’, a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não se reduz a um simples ‘apelo’ ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações económicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efectivação desses direitos.

Ademais, a doutrina que sustenta a eficácia programática dos direitos sociais

argumenta que a necessidade de regulamentação se dá em razão dos custos inerentes à sua concretização. Ou seja, alegam que não seria possível estar diante de uma eficácia plena ou mesmo contida, quando se trata desses direitos, em virtude da imprescindibilidade de prestações positivas por parte do ente estatal, o qual deverá despender recursos financeiros para efetivar direitos prestacionais. (SARLET, 2013).

Ocorre que, esse argumento é raso e equivocado na medida que não somente direitos sociais dependem de orçamento disponível para se concretizarem, mas todos os direitos fundamentais, tanto os de defesa como os prestacionais, conforme bem explana Sarlet (2013, p. 573, grifos originais):

conquanto se reconheça que todos os direitos sempre acarretam 'custos' para sua efetivação e proteção, sejam direitos civis, sejam direitos políticos ou sociais, o fato é que, em termos de exigibilidade social, o apontado 'fator custo' nunca constituiu elemento impeditivo de efetivação da dimensão negativa (função de defesa) dos direitos sociais, pelo menos não no sentido de se advogar a impossibilidade de provimento judicial com base nos direitos civis e políticos, pelo menos quando não em causa pretensões de objeto positivo, ou seja, implicando prestações estatais.

Dessa maneira, ainda que a concretização dos direitos sociais encontre limitações fáticas, não seria possível retirar-lhes a abrangência do parágrafo §1º, do artigo 5º, da CF/88, em razão do caráter fundamental conferido a esses direitos. Repara-se então, que a previsão do artigo supracitado objetiva justamente a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, não cabendo ao Estado contrariar o dispositivo constitucional e fundamentar a sua inércia com base na suposta necessidade de regulamentação de determinado direito (social). Nessa senda, cabe a leitura dos ensinamentos de Bonavides (2000, p. 518) sobre os direitos fundamentais da segunda dimensão:

[...] foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto aos da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.

Nesse contexto, é possível concluir que não seria compatível com a vontade

do Constituinte e com os propósitos trazidos pela Constituição de 1988, conferir uma eficácia meramente programática aos direitos sociais, haja vista dois principais fundamentos: o grau de norma fundamental conferido a esses direitos, culminando na sua essencialidade e pilar do próprio Estado Democrático de Direito, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana; e também pelo mandamento do artigo 5º, §1º, CF/88, que não deixa dúvidas quanto à plena eficácia dos direitos fundamentais, e conseqüentemente dos direitos fundamentais sociais.

Posto isso, reafirmando o que já foi dito, não há norma constitucional sem eficácia, o que há, pois, é um diferente grau de justiciabilidade, normas com diferentes densidades normativas. Isto é, enquanto algumas normas permitem aplicação direta, sem maiores reforços, outras dependem de complementação para surtirem efeitos completos. É nesta esteira que se encontram diferenças entre a aplicabilidade dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. (KRELL, 2002).

O que se quer dizer aqui, é que enquanto verifica-se uma maior facilidade em reconhecer a aplicabilidade imediata aos direitos de liberdade, posto que esses direitos são, de plano, tidos como direitos de cunho negativo (o que nem sempre é verdade), também verifica-se uma resistência por certa parte da doutrina em reconhecer essa mesma aplicabilidade imediata aos direitos sociais, pois também a eles já foi atribuído um juízo prévio de valor, que se resume na necessidade de disponibilidade orçamentária, na necessidade de um gasto de valores por parte do Estado para concretizar o direito social em pauta.

Ocorre que, parece um equívoco acreditar que os direitos sociais resumem-se em normas programáticas por necessitarem, por vezes, de recursos financeiros. O que pode-se admitir, em contrapartida, é que o grau de aplicabilidade dos direitos sociais, muitas vezes é mais reduzido ao se comparar com o grau dos direitos de liberdade (BITENCOURT, 2013). Portanto, o mais viável seria crer que a aplicabilidade, ou melhor, a justiciabilidade de cada direito deve ser analisada de acordo com o caso concreto.

Assim, por exemplo, quando trata-se do direito à educação ou do direito à saúde, a aplicabilidade imediata não é tão discutida, pois não seria possível exigir uma norma infraconstitucional para que um sujeito pleiteasse tal direito judicialmente. De outra banda, quando trata-se do direito à cultura, do direito à moradia ou do direito ao lazer, a justiciabilidade individual é mais questionável, na medida em que tais direitos, de regra, se realizam mediante ações estatais. Logo, se verifica uma disparidade dentro do próprio catálogo de direitos sociais, isto é,

diferentes direitos sociais possuem diferentes níveis de concretude.

Muito embora se reconheça que alguns direitos sociais são mais modestos do que outros, no que tange à sua efetividade, a ideia defendida por este trabalho não aprova a negação da aplicabilidade imediata a esses direitos. Nesse sentido, vale o magistério de Sarlet (2013, p. 327):

com efeito, crucial revelar que a aplicabilidade imediata não significa em hipótese alguma irrelevância da legislação infraconstitucional, que, aliás, dá vida e concretude aos direitos fundamentais, mas sim, como já frisado, que a ausência eventual de lei não pode servir de obstáculo absoluto à aplicação da norma de direito fundamental e da extração de efeitos úteis, cuja extensão, sobretudo no que diz com a dedução de posições subjetivas, irá depender de qual é o direito em causa e de seus limites fáticos e jurídicos.

Nessa linha, conforme expõe Kelbert (2011, p. 44), “a não realização dos direitos sociais que dimanam das aludidas normas programáticas pela falta de regulamentação desmerece o próprio direito”, visto que, a omissão por parte do Estado em virtude de falta de norma regulamentadora viola toda a ordem constitucional, a qual, como visto anteriormente, caminha num sentido protetivo amplo.

Por fim, em última análise, cabe atentar que o não reconhecimento da eficácia imediata dos direitos sociais configuraria um retrocesso e uma violação à Constituição, pois retiraria a própria fundamentalidade desses direitos conferida pela Constituição de 1988 (KELBERT, 2011). Por conseguinte, não se faz possível negar a efetividade de um determinado direito social por falta de lei regulamentadora; não se faz possível retirar a proteção robusta dos direitos prestacionais, a qual foi conferida pela Constituição a todos os direitos fundamentais, simplesmente por esses direitos despenderem um gasto financeiro; não se mostra condizente com a atual conjuntura constitucional dizer que a concretização dos direitos sociais está condicionada à atuação legislativa. Verifica-se, assim, que dependendo da eficácia conferida às normas de direitos sociais, estar-se-á ampliando ou reduzindo a sua efetividade, estar-se-á facilitando ou limitando o acesso a esses direitos.

Posto isso, a saber que já foi debatido neste trabalho a evolução dos direitos fundamentais sociais no cenário constitucional brasileiro, bem como o grau de fundamentalidade conferido aos direitos sociais e a eficácia a eles atribuída, conclui-se os seguintes pontos: a) os direitos fundamentais sociais foram ganhando força ao longo do tempo, na medida em que foi se tornando claro que a igualdade formal não

bastaria para garantir justiça e dignidade a todos os indivíduos; b) os direitos sociais, são, na verdade, direitos fundamentais sociais; e c) os direitos fundamentais sociais detêm um regime jurídico reforçado, tal qual os direitos individuais, e, sendo assim, possuem eficácia plena e/ou contida, mas não limitada.

Diante dessa construção, agora se faz possível a análise da teoria da reserva do possível, na medida em que ela está intimamente relacionada com a concretização dos direitos sociais. Assim, a tarefa de refletir sobre a incidência desse argumento quando invocado como forma de minimizar a efetividade dos direitos sociais, se torna menos árdua após o estudo realizado e as conclusões obtidas pelo Capítulo 2 deste trabalho.

3 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A SUA RELAÇÃO COM A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Como visto, a Constituição Federal de 1988 conferiu uma proteção diferenciada aos direitos fundamentais, culminando em um sistema que procura assegurar a sua máxima efetividade. E, não só isso, também previu um amplo rol de direitos sociais, o qual foi incluso no Título que prevê o rol de direitos e garantias fundamentais. Ocorre que, tendo em vista a discussão acerca da eficácia das normas de direitos sociais, bem como o caráter prestacional desses direitos, o que acarreta na necessária atuação positiva por parte do Estado, que, muitas vezes (mas não sempre) precisa despender recursos para concretizá-los, surge a problemática da escassez de recursos, trazendo à tona a teoria da reserva do possível, como forma de limitar a efetividade dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos prestacionais. Além disso, cabe atentar para as muitas limitações fáticas que envolvem a teoria, como por exemplo, a grande quantidade de pessoas que aguardam um transplante de órgão. Percebe-se, portanto, que a reserva do possível relaciona-se tanto com a falta de recursos, como com os limitadores fáticos.

Dessa forma, o presente Capítulo cuidará da análise e estudo da teoria da reserva do possível e a sua implicação na concretização dos direitos sociais. Assim, se verá a conceituação dessa teoria/base argumentativa, as suas diferentes origens históricas, a forma como foi recepcionada pela doutrina e jurisprudência brasileira, assim como a relação do que se entende por mínimo existencial como forma de limitação a essa teoria, e, por fim, se abordará a teoria dos deveres de proteção do estado e proibição de insuficiência, com um olhar voltado para os direitos fundamentais. Salienta-se, pois, que todas essas abordagens serão construídas no intuito de se compreender a forma como a reserva do possível tem sido aplicada em se tratando de diferentes contextos, de diferentes direitos, na jurisprudência brasileira, o que será feito no Capítulo 4 deste trabalho.

3.1 Das diferentes origens históricas da reserva do possível à sua aplicação no direito brasileiro

Partindo-se da ideia de que a jurisprudência brasileira, quando se trata da efetividade dos direitos sociais, centra-se principalmente na Teoria da Reserva do Possível abordada pelo direito alemão, e de igual maneira, na Teoria dos Custos

abordada por Holmes e Sustain, oriunda do direito norte-americano, far-se-á aqui uma análise quanto a essas duas abordagens, com o intuito de verificar a aplicabilidade dessas teorias no cenário brasileiro, a forma como esse argumento vem sendo utilizado pela jurisprudência, e como vem sendo debatido pela doutrina. Assim, procurar-se-á verificar a diferença entre os contextos alemão, norte-americano e brasileiro, considerando as disparidades entre as formas de Estado, de previsão de direitos sociais, e garantia dos mesmos.

Primeiramente ressalta-se que, diferentemente da Carta Constitucional brasileira, a Lei Fundamental da Alemanha (1949) não elenca um rol de direitos fundamentais sociais, o que não significa que esses não estejam garantidos. Tendo em vista que a Alemanha se considera um Estado Social, e que o seu próprio texto constitucional se refere à dignidade da pessoa humana como princípio norte e objetivo do Estado, os direitos sociais implicitamente encontram-se amparados na Lei Fundamental, pois são o meio pelo qual se faz possível a concretização da dignidade humana. (BITENCOURT, 2013).

Ao analisar o artigo 1º da Lei Fundamental, pois, fica clara a proteção conferida à dignidade da pessoa humana e, não só isso, mas toda a teoria de proteção dos direitos fundamentais e garantia a um mínimo existencial em que se debruça a doutrina alemã, permite concluir que o Estado alemão, na condição de Estado social que é, tem o dever de garantir a efetividade dos direitos sociais. Isso, frisa-se, porque a garantia desses direitos é que faz possível a própria garantia da dignidade humana, como já mencionado. Veja-se, por conseguinte, que dignidade teria um cidadão, se a ele não fosse garantido o direito à saúde, à educação e à assistência social, por exemplo? Dito de outra forma, o caminho para se garantir a dignidade humana é trilhado através da proteção desses direitos fundamentais. (FIGUEIREDO; SARLET, 2010).

Voltando às origens, cabe lembrar que a construção em volta da proteção da dignidade humana no contexto do Estado alemão, esteve intimamente ligada com o período pós-guerra, onde começou a se pensar na garantia de direitos mínimos. Ao evoluir, passou-se a reconhecer aos poucos a necessidade de se garantir além do mínimo, isto é, garantir não somente a existência do indivíduo, mas sim uma existência digna, vide ensinamentos de Figueiredo e Sarlet (2010, p. 21), ao referir que “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”.

Agora, no que tange à reserva do possível, infere-se que tal teoria, no que toca o direito alemão, teve origem na análise do artigo 12, §1º, da Lei Fundamental, segundo o qual todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar do trabalho e o lugar de formação. Isso se deu no julgado n. 33 do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE 33, 303), em 18 de julho de 1972.

Referido julgado, conhecido como *Numerus Clausus*, tratou de dois controles concretos, anunciados por dois Tribunais Administrativos da Alemanha: *Hamburg* e *Baviera*, onde o objeto dos processos teve como enfoque as regulamentações das admissões (vestibulares) para medicina humana nas universidades de *Hamburg* e *Baviera*, nos anos de 1969 e 1970 (MARTINS, 2005). Discutiu-se ali, conforme Kelbert (2011, p. 69), “os diversos critérios de admissão ao ensino superior, bem como a situação dos candidatos que se inscreveram em mais de uma universidade ou em mais de um curso de graduação”.

Nesse sentido, os debates giraram em torno da quantidade de vagas para um curso em específico, comparado ao número de pessoas que pretendiam cursar esse mesmo curso, numa determinada universidade. Tendo em vista o número elevado de candidatos para o curso de medicina e o número de vagas que não correspondia ao esperado, passou-se a analisar quais seriam as obrigações do Estado para com os seus cidadãos em garantir o direito previsto no artigo 12, §1º, da Lei Fundamental, que trata, especificamente, do direito ao livre exercício profissional. Dessa forma, surgiu no referido julgado, a expressão “*Vorbehalt des Möglichen*”, traduzida pela doutrina brasileira como reserva do possível, conforme se vê em trecho extraído da decisão em pauta (MARTINS, 2005, p. 663):

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.

Nesse contexto, salienta-se que a deliberação centrou-se no motivo que deveria determinar a prestação estatal, isto é, se seria a questão orçamentária, os limites financeiros ou, por outro lado, se seria a análise do que é razoável exigir do Estado alemão. O julgado, por derradeiro, trouxe que todos os alemães têm esse direito garantido (livre exercício profissional), entretanto, não poderia o Estado garantir vagas para todos aqueles que pleiteassem o ingresso em determinado curso (dando ênfase para o curso de medicina), na medida em que não seria

razoável exigir do mesmo algo que comprometesse a concretização de outros direitos, também importantes para a sociedade. Concluiu-se, portanto, que o que deveria guiar a prestação estatal não seria somente a reserva orçamentária, mas principalmente questões de proporcionalidade e razoabilidade, com um olhar voltado para a coletividade. (BITENCOURT, 2013).

É possível dizer, pois, que ainda que o Estado contasse com um orçamento ilimitado, podendo aumentar o número de vagas de determinado curso, não seria exigível que ele assim o fizesse, pois o argumento da reserva do possível, aqui, não se resume ao aspecto financeiro, ele cuida principalmente, nas palavras de Bitencourt (2013, p. 145), da

relação entre Estado e cidadão e dos seus compromissos, deveres que um terá para com o outro, ou seja, não se pode impor ao Estado o dever de realizar todos os desejos de seus cidadãos, aí, existe um juízo de proporcionalidade e razoabilidade como corolário para essa pretensão. Logo, não se trata de uma reserva financeira, orçamentária, da disposição ou não de recursos para prover o acesso ao ensino superior, mas sim do comprometimento do Estado com as pretensões dos sujeitos.

Dito isso, verifica-se que, muito embora a Lei Fundamental não preveja expressamente, como no caso brasileiro, um rol de direitos sociais, o Estado alemão caminha num sentido de proteção máxima a esses direitos. E no que tange à obrigação de prestar, entende-se que ainda que o Estado detenha recursos financeiros, o seu dever está limitado àquilo que se considera razoável, não devendo prosperar a ideia de exigências exageradas e desproporcionais por parte dos cidadãos, e isso, portanto, seria a ideia do que hoje se intitula “reserva do possível” no contexto do Estado alemão.

De outra banda, quando se trata da Teoria dos Custos, abordada por Holmes e Sustain, na obra *The cost of rights*, temos um ângulo oposto no que toca à proteção dos direitos sociais. Aponta-se que o sistema norte-americano é pautado nos princípios de um estado liberal, que visa garantir liberdades individuais, não fazendo previsões e nem mesmo garantindo direitos essencialmente sociais.

Veja-se, entretanto, que ainda que o Estado americano não esteja diretamente preocupado em garantir direitos de cunho prestacional, não significa que não o faça. As escolas públicas, por exemplo, são uma forma pela qual o Estado garante o direito à educação. A diferença consiste nos motivos que determinam a prestação estatal, tendo em vista que, enquanto Estados sociais (como a Alemanha e o Brasil) preocupam-se com a efetividade dos direitos fundamentais sociais, principalmente como forma de garantir a dignidade da pessoa humana, Estados liberais (como os

Estados Unidos da América) voltam-se para a garantia desses direitos apenas como forma de manutenção do seu próprio modelo de Estado. Dessa maneira, garantir a efetividade de determinados direitos sociais torna-se uma forma de diminuir as disparidades, a desigualdade social, sem, contudo, aboli-las, justamente porque sem isso não há como prosperar um modelo liberal de Estado. (BITENCOURT, 2013).

Nessa senda, frisa-se, embora os direitos sociais não sejam um dos objetivos do modelo norte-americano, a sua efetivação, por vezes, se mostra essencial para garantir o próprio estado liberal, como se depreende dos ensinamentos de Bitencourt (2013, p. 147):

indiscutivelmente, poderão, sim, os Estados Liberais preocupar-se em garantir direitos sociais, mas não propriamente como um dever constitucionalmente imposto, mas como uma política estatal para garantir o funcionamento do Estado e a garantia das liberdades. Para Holmes e Sustain, os governos liberais também devem evitar grandes disparidades sociais entre seus cidadãos, haja vista que, se muito acentuadas as diferenças, o ódio entre as classes começa a ameaçar a estabilidade social e o regime da propriedade privada em si.

Assim sendo, para esse modelo a questão central, quando se trata de direitos prestacionais, está pautada principalmente, ao contrário do modelo alemão, nos limites financeiros e orçamentários do Estado, e também “no retorno que financiar esses direitos sociais trará em longo prazo à sociedade” (BITENCOURT, 2013, p. 148). Desse modo, temos que, enquanto a reserva do possível abordada na conjuntura do direito alemão tem como cerne os limites do que seria razoável exigir do Estado, no âmbito da proporcionalidade e razoabilidade, a teoria dos custos calcada no direito norte-americano aborda um aspecto essencialmente econômico, haja vista que nesse modelo, a garantia dos direitos sociais não é um dever imposto ao Estado liberal.

Diante do exposto, cabe destacar um ponto importante abordado na obra de Holmes e Sustain, qual seja, os custos dos direitos no que tange aos direitos sociais, bem como aos direitos individuais. Por anos predominou na doutrina o entendimento de que apenas os direitos de cunho prestacional, ou seja, direitos da segunda dimensão, geram custos e necessitam de reserva orçamentária. Ocorre que, muito embora isso seja verdade, também o é que os direitos negativos, de primeira dimensão, exigem recursos financeiros para se concretizarem, sendo essa a posição defendida pelos autores supra. (GALDINO, 2005).

Nesse sentido, resta pacificado atualmente que todos os direitos têm custos, e não apenas os direitos fundamentais sociais, como se pensava. Assim também

entende Mânica (2011, www.direitodoestado.com):

a garantia e proteção de todos os direitos individuais, por óbvio, necessitam de recursos para que sejam efetivadas. Veja-se a atuação das polícias, do corpo de bombeiros e do próprio Poder Judiciário; a realização de eleições e todas as atividades administrativas de controle e fiscalização. Todos os direitos demandam custos para sua efetivação; os direitos de defesa, indiretamente; e os direitos sociais, diretamente.

Na mesma linha ensina Wang (2010, p. 351), ao afirmar que “a escassez de recursos e o custo dos direitos não são limites fáticos apenas para os direitos sociais, pois podem aparecer em qualquer obrigação de fazer ou dar do Estado”. Assim, não há mais como sustentar a ideia de que devem prevalecer os direitos e garantias individuais por não gerarem custos ao Estado, mas sim que ambas as dimensões de direitos caminham juntas, no que tange à necessidade de reserva orçamentária, não podendo uma se sobressair sobre a outra.

A partir disso, é possível concluir, pelos ensinamentos de Kelbert (2011, p. 66), que “o mero reconhecimento dos custos de todos os direitos não configura uma questão problemática. Os problemas começam a surgir, por outro lado, quando se admite a escassez de recursos estatais para a promoção dos direitos fundamentais”. Nesse contexto, inicia-se a caminhada no sentido de que, não raras vezes, os custos dos direitos tornam-se verdadeira limitação à concretização dos direitos fundamentais sociais.

Nesse contexto, partindo para uma conotação voltada ao direito brasileiro, a reserva do possível vem apresentando diferentes facetas, no que se refere à concretização dos direitos fundamentais sociais. Alguns autores, como Barreto (2003), acreditam que essa teoria é invocada, muitas vezes, como forma de limitar a efetividade dos direitos sociais, funcionando como verdadeira “desculpa” para o descumprimento de obrigações impostas ao Estado brasileiro pela Constituição Federal de 1988.

Outros autores, como Olsen (2008), voltam-se muito mais para a problemática orçamentária, entendendo, dessa forma, que a reserva do possível estaria ligada diretamente com a questão financeira e disponibilidade de recursos. E, por outro ângulo, há autores, como Figueiredo e Sarlet (2010), que analisam o tema através de uma perspectiva mais ampla, dissertando que a reserva do possível, embora muitas vezes invocada pela Poder Público como forma de se desvencilhar de seus compromissos, também é utilizada como meio garantidor da efetividade de outros

direitos fundamentais. Isto é, tendo em vista que estamos sempre diante de recursos limitados, há que se pensar de uma forma conjunta, pois na medida que se concede determinado direito para um indivíduo, sem atentar para o que é razoável e economicamente possível, estar-se-á inviabilizando a realização de outros direitos, que também devem ser protegidos, devendo prosperar, nesse caso, o princípio da proporcionalidade, sem deixar de lado a incansável busca pela garantia da dignidade da pessoa humana.

Diante de tal conjuntura, verifica-se que a reserva do possível, no direito brasileiro, não encontra um conceito fechado. Ela, ainda que invocada constantemente, não foi analisada pela jurisprudência de forma profunda. As decisões, pelo contrário, trazem a teoria de forma superficial, como será visto no próximo Capítulo. Todavia, ainda que não se possa extrair uma concepção cabal, é possível traçar alguns pontos que já não restam dúvidas, veja-se.

Em razão da necessidade de recursos financeiros disponíveis, os direitos sociais não podem ser tidos como absolutos, o que significa, portanto, que não seria viável o Poder Judiciário enfrentar a questão supra sem levar em conta o orçamento público. Dito de outra forma, os juízes, ao analisarem as demandas que pleiteiam a concretização de direitos sociais, deveriam ater-se não somente à análise teórica e jurídica, mas também à questão fática, melhor dizendo, à limitação fática centrada na escassez dos recursos, bem como nos problemas práticos, como já citado anteriormente. É possível dizer, assim, que no contexto brasileiro, assume maior relevo a questão dos custos.

Em contrapartida, muito embora admita-se que todos os direitos têm custos, que os recursos financeiros são limitados, e que, portanto, deverão ser feitas escolhas por não ser possível a efetivação de todos os direitos, de todos os indivíduos, de forma ilimitada, salienta-se, acima de tudo, a fundamentalidade dos direitos sociais, como já explanado neste trabalho, e, por conseguinte, a regra é que a sua concretização deve ser perseguida ao máximo, o que implica na invocação mínima do argumento da reserva do possível, somente admitindo-a quando estritamente necessário, importando não somente a comprovação robusta da insuficiência financeira para garantir o direito constitucionalmente previsto, como também o exercício de ponderação entre os princípios conflitantes, pautado na proporcionalidade e razoabilidade. Nesse sentido:

a escassez de recursos não pode ser o único motivo alegado para a não

realização dos direitos prestacionais, como se infere: “Essa ‘reserva’ evidentemente não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivaleria – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica”. Assim, há que se ter um cuidado especial ao adotar a reserva do possível e a escassez de recursos econômicos como fundamento para a não concretização dos direitos sociais, para que não se torne um argumento mágico que inviabilize a efetivação daqueles direitos. (KELBERT, 2011, p. 77-78, grifos originais).

Ademais, cabe salientar que a Teoria dos Custos é de origem norte-americana. Sendo assim, a saber que os Estados Unidos constituem um Estado liberal e possuem uma Constituição liberal, não é dever do Estado a concretização de um extenso rol de direitos sociais, como no caso brasileiro. Ou seja, voltam-se muito mais para a proteção dos direitos individuais, de liberdade, do que para a proteção dos direitos sociais, que, em verdade, caracterizam justamente uma restrição de liberdades, em prol da concretização do coletivo. (BITENCOURT, 2013).

Por sua vez, no contexto do direito brasileiro, ainda que a jurisprudência venha baseando-se com mais frequência na teoria dos custos ao analisar as demandas com um olhar voltado para as questões orçamentárias, certo é que torna-se inviável a importação de uma ou outra teoria estrangeira sem modificação, em razão das peculiaridades e diferenças que circundam o modelo pátrio. Isto é, não seria propício que a jurisprudência brasileira adotasse uma teoria sem fazer as devidas adequações, posto que tratam-se de realidades, de cenários e necessidades distintos.

Assim, há que se pensar na reserva do possível não apenas com um olhar voltado para a questão orçamentária, pois ela vai além disso. E, não obstante, ainda que se concorde que os recursos são limitados e que, portanto, os direitos não são absolutos, é preciso querer garantir o máximo possível no que tange aos direitos fundamentais sociais e, somente quando isso não for possível, é preciso garantir, de fato, o que se entende hoje por “mínimo existencial”.

3.2 A teoria do mínimo existencial no âmbito do constitucionalismo contemporâneo como limite à aplicação da reserva do possível

Quando se fala em custos do direito, automaticamente remete-se para a ideia de reserva do possível, tendo em vista a conotação financeira dada à essa teoria na jurisprudência brasileira. Assim, juntamente com a ideia de reserva do possível, como limitação à concretização dos direitos fundamentais sociais, sobressai-se o

argumento do mínimo existencial. Muito embora reconheça-se que o exercício dos direitos fundamentais tem limites, e, portanto, não é absoluto, há que se admitir que a “sua restrição e sua restringibilidade têm limites” também, o que configura justamente a ideia de limite dos limites, isto é, há um limite imposto à própria restrição dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 296).

A origem do termo mínimo existencial, assim como a reserva do possível, desenvolveu-se na Alemanha. Com o Pós-Guerra, Otto Bachof iniciou a sua análise nas questões que demandavam a necessidade de recursos mínimos para a garantia da dignidade humana, princípio esse consolidado na Lei Fundamental. Nesse sentido, o autor passou a defender não somente a garantia da liberdade, mas também a garantia de uma segurança social mínima, na medida que a inexistência de recursos materiais capazes de assegurar uma existência digna, ofenderiam a própria dignidade humana. (FIGUEIREDO; SARLET, 2010).

Assim, posteriormente passou o Tribunal Constitucional alemão a reconhecer a necessidade de garantias e condições mínimas a serem ofertadas pelo Estado alemão, como forma de se garantir e preservar a dignidade da pessoa humana, culminando, como refere Figueiredo e Sarlet (2010, p. 21), “no reconhecimento definitivo do *status* constitucional da garantia estatal do mínimo existencial”. Nessa linha, conforme os autores, tendo em vista que a Alemanha, muito embora não faça previsão expressa de direitos sociais na sua Lei Fundamental, intitula-se um Estado social, e, diante dessa concepção, a garantia de condições mínimas para uma existência digna acaba por ser um dos principais fins a ser alcançado.

A doutrina alemã, prosseguindo, passou a argumentar que a concepção de dignidade humana não poderia ser encarada como um conceito fixo e pré-determinado. Assim, não seria possível prever qual o grau e valor da prestação assistencial que deveria ser ofertada aos indivíduos, capaz de garantir o mínimo existencial. Concluiu-se, pois, que essa quantificação dependeria de vários fatores, como o padrão socioeconômico vigente, as expectativas do momento e o contexto histórico, social e financeiro. (FIGUEIREDO; SARLET, 2010).

Dessa maneira, ainda que não tenha se chegado a um conceito, a uma ideia pronta, ficou claro, no contexto do direito alemão, que a compreensão do que seria o mínimo existencial está muito além da mera existência e sobrevivência (KELBERT, 2011). Dito de outra forma, a ideia do que se entende por mínimo existencial não está centrada no mínimo necessário para garantir a existência de um indivíduo, mas sim no mínimo necessário para garantir uma existência digna.

Autores brasileiros, por sua vez, ao tecerem estudos sobre o tema, firmaram diferentes entendimentos do que seria o mínimo existencial. Bitencourt Neto (2010), por exemplo, sustenta a ideia de um mínimo para uma existência digna, e fundamenta que essa conclusão tem por base os ideais de um Estado de direito social e democrático, a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como pilar desse Estado, assim como a previsão expressa no texto constitucional de direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, o autor defende que o Brasil, na condição de Estado social, deve buscar garantir além do necessário para a sobrevivência dos seus cidadãos, deve buscar garantir uma vida digna e um bem-estar social, através da redução das desigualdades.

Krell (2002, p. 63, grifos originais), mais específico, refere que o

“padrão mínimo social” para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia; o conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país.

Lobo Torres (2003), de cunho mais liberal, coloca em pauta a relação dos direitos sociais com o mínimo existencial. Para ele, não haveria que se falar em jusfundamentalidade de um direito social, quando esse estivesse desvinculado do mínimo existencial. Isto é, a fundamentalidade dos direitos sociais estaria reduzida ao mínimo existencial, e para esse fenômeno o autor cria a expressão “metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial”.⁹ Adotando tendência diversa, Sarlet (2011) deixa claro que não haveria como pensar em mínimo existencial, sem pensar em garantia da dignidade da pessoa humana. Nessa esteira, o autor defende que o mínimo existencial seria justamente o mínimo necessário para se garantir uma vida digna, uma vida saudável.

Dito isso, veja-se, ainda que não haja consenso entre a doutrina, tendo em vista a relevante inspiração no direito alemão, bem como a previsão na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, tem-se aqui o principal radical que forma o conceito de mínimo existencial: a preservação e concretização da dignidade da pessoa humana. É o que também entende Kelbert (2011, p. 103) ao colocar que “a fundamentação do mínimo existencial no direito brasileiro aderiu à tradição alemã

⁹ Lembra-se que o presente trabalho vai de encontro a essa ideia, na medida que se entende que a fundamentalidade é característica intrínseca aos direitos sociais, pelos motivos já explanados no Capítulo anterior, não havendo relação de dependência com o mínimo existencial.

e respalda essa ideia no direito à vida e especialmente na dignidade da pessoa humana”.

Não obstante, muito discute-se na doutrina quais seriam os núcleos essenciais dos direitos fundamentais que poderiam estar contidos no conceito de mínimo existencial. Alexy (2008, p. 298), em verdade, trouxe a ideia do núcleo essencial, e aponta que “cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma”. Entretanto, não chegou-se a uma conclusão absoluta que definisse exatamente quais direitos, ou melhor, qual núcleo essencial de cada direito fundamental poderia ser definido como mínimo existencial. Foi possível apenas concluir que um núcleo essencial será assim considerado quando for indispensável para a efetivação da dignidade humana.

Nesse contexto, haja vista que essa definição depende muito mais de uma análise prática do caso em concreto, do que jurídica, entrou-se no consenso apenas no que se refere às consequências geradas ao se definir que tal prestação trata-se, em verdade, de um mínimo a ser garantido.

Nessa senda, temos que, de acordo com Potrich (2013, www.agu.gov.br):

a noção de mínimo existencial vincula-se a um nível mínimo de satisfação das necessidades básicas do cidadão ao qual o Estado está obrigado, a fim de lhe proporcionar uma sobrevivência digna, e em relação ao qual os agentes públicos não teriam poder de disposição. Reside nesse aspecto a importância do instituto para o estudo da reserva do possível, pois além de servir como parâmetro de definição de um conteúdo normativo mínimo a ser observado em sede de direitos fundamentais, apresenta-se também como importante elemento de demarcação da área de discricionariedade das autoridades encarregadas da distribuição e aplicação dos recursos orçamentários.

Isso posto, extrai-se que o mínimo existencial trata-se justamente do mínimo que o Estado deve garantir ao seu cidadão, sem que possa invocar o argumento da reserva do possível como limitador. Isto é, como afirma Kelbert (2011, p. 101-102) “a questão do mínimo existencial diz respeito a um mínimo em conteúdo que deve ser realizado ou protegido, de modo que sobre ele não recaiam os limites impostos pela reserva do possível”.

Sarlet (2011), na mesma esteira, entende que embora admita-se restrições a direitos fundamentais, haja vista que nenhum direito pode ser considerado absoluto, essas restrições não podem afetar o núcleo essencial do direito em questão (limite dos limites), isto é, não podem afetar aquilo que aqui se denomina um mínimo existencial. Desse modo, existe uma barreira, um limite às restrições impostas aos

direitos fundamentais, e, na concepção do autor, esse limite encontra respaldo justamente na dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, destaca-se para a noção de que, não raras vezes, o princípio da dignidade da pessoa humana configura o próprio núcleo essencial do direito fundamental, ou seja, um núcleo duro que, por estar vinculado à concretização da dignidade, não pode ser relativizado, veja-se:

o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ocupar um lugar de destaque, notadamente pelo fato de que, ao menos para alguns, o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos (e sempre) o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições. (SARLET, 2011, p. 142).

Há que se admitir que, muito embora sejam claras as consequências ao se reconhecer determinado “núcleo” como sendo “essencial”, essa conceituação é uma tarefa atribuída à jurisprudência, cabe a ela definir o que integra esse núcleo e, desse modo, determinar a sua máxima proteção.

Diante de tal conjuntura, temos que, ao sopesar o que deve o Estado ofertar, sem arguir as desculpas de uma *quantum* financeiro limitado, concluímos pela preponderância do mínimo existencial sobre a reserva do possível, ou seja, não pode a reserva do possível ser utilizada para justificar a inércia, omissão ou até mesmo objeção estatal, quando trata-se de direitos mínimos a serem garantidos, pois, do contrário, estar-se-ia ferindo o próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Dito de outro modo, conforme se extrai da lição de Bitencourt (2013), quando postos frente a frente reserva do possível x mínimo existencial, o último deve sempre prevalecer, pois é o que coaduna com a ordem constitucional brasileira e com o fim a que este Estado Democrático e Social se destina.

Nessa mesma linha leciona Leal e Bolesina (2012, p. 16), que ao questionar “por que a jurisdição deve priorizar o mínimo existencial?”, responde:

simplesmente porque toca parte elementar dos direitos fundamentais, que representam o respeito à dignidade da pessoa humana e o meio pelo qual ela será concretizada. Não bastasse isso, também porque os direitos fundamentais, dada a sua importância singular para a integridade humana, representam a máxima instância de direitos a serem tutelados e protegidos, sendo instituídos, por tal razão, em nível constitucional, com méritos de superconstitucionalidade, no sentido de serem tidos como os principais direitos de um ordenamento jurídico.

Nessa esteira, importante deixar claro, também, que o tão debatido mínimo existencial não pode ser confundido com um mínimo vital, ou seja, há que se distinguir o mínimo sociocultural do mínimo fisiológico. Para tanto, veja-se os ensinamentos de Figueiredo e Sarlet (2010, p. 23-24):

a primeira diz como próprio conteúdo do assim designado mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital, ou um 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 com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos de garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes o é sequer de longe – o suficiente.

O que quer-se dizer, pois, é que o mínimo existencial não está ligado a meramente uma questão de garantir a sobrevivência, de garantir condições para o sujeito manter-se vivo, mas que deve ser olhado e pensado num sentido ampliativo, num sentido de se garantir, além de um mínimo vital, mas um mínimo essencial para assegurar uma vida digna, que, para Figueiredo e Sarlet (2010) significa uma vida saudável. Dito de outra forma, há que garantir não somente uma quantidade mínima de água, alimento, oxigênio e suporte calorífico, que seria o suficiente para conservar a vida (LEAL; BOLESINA, 2012), mas principalmente uma assistência material e imaterial capaz de assegurar uma certa qualidade de vida, e uma existência digna.

Desse modo, veja-se:

há que se distinguir, portanto, pelo menos três níveis de satisfação dessas necessidades: um nível vital, onde haverá vida, sobrevivência, mas com nenhuma dignidade; um nível essencial (existencial ou básico), onde o indivíduo pode conduzir sua vida com certa dignidade, ainda que não plena, suportando algumas limitações; e um nível ideal, no qual há integral satisfação das necessidades e inteira dignidade humana, pelo menos em um nível de generalização abstrata. (LEAL; BOLESINA, 2012, p. 18).

Verifica-se que muito embora esteja-se longe de alcançar o nível ideal, no que tange ao cenário brasileiro, haja vista os poucos recursos disponíveis comparados à tamanha gama de direitos fundamentais a serem assegurados, certo é que não se faz possível aceitar ou implementar apenas um nível de proteção vital, capaz de garantir unicamente a sobrevivência dos indivíduos, pois isso equivaleria ao abandono dos fundamentos do nosso Estado de Direito, ao abandono aos preceitos constitucionais básicos, e a uma regressão inimaginável em sede de proteção e garantia de direitos fundamentais. Assim, ainda que difícil seja, deve o Estado

garantir o nível essencial, isto é, garantir um mínimo existencial, o qual representa a viabilidade de existir com dignidade.

Partindo desse pressuposto, portanto, ainda que seja inegável a existência da reserva do possível, é preciso sopesar as medidas ao se negar o cumprimento de determinado direito fundamental social. É preciso exercitar a ponderação quando se trata de recursos limitados, o que significa dizer que o Estado, na condição de gestor, deve priorizar o cumprimento dos direitos fundamentais sociais, ou, caso não seja possível fazê-lo na sua plenitude, deve ao menos garantir o cumprimento do que convencionou-se chamar mínimo existencial. (KELBERT, 2011).

Deve o legislador observar as exigências constitucionais ao definir uma lei orçamentária, de modo que se garanta recursos mínimos para áreas essenciais, como saúde e educação. Não obstante, deve também o administrador observar o cumprimento dessas garantias, proporcionando políticas públicas eficientes, destinando recursos satisfatórios para as áreas essenciais e investindo nas mesmas sempre que possível. Por fim, o judiciário poderá, ou melhor, deverá também atuar na defesa dos direitos fundamentais sociais, ainda que tenha que interferir na gestão dos recursos, ainda que tenha que ultrapassar o seu âmbito de atuação e intervir na esfera de outro Poder, determinando a realização de políticas públicas ou obrigando o Estado a cumprir determinada prestação. (KELBERT, 2011).

Veja, se não é possível concretizar determinado direito almejado, deve-se atentar para um remanejamento, para uma possível alocação de recursos, retirando de rubricas que não abarcam conteúdos tão essenciais, para áreas que não poderiam sofrer limitações ou restrições em razão da sua fundamentalidade. Esse, pois, é o entendimento de Krell (2002), citado por Zanitelli (2010, p. 188-189, grifos originais):

comentando sobre a dúvida entre usar os recursos disponíveis para tratar de milhares de pessoas vítimas de doenças associadas à pobreza ou de alguns poucos acometidos por doenças raras com remota chance de cura, o autor afirma: a resposta coerente na base principiológica da Carta de 1988 seria: tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a 'ponderações' perigosas e anti-humanistas do tipo 'por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais', etc.

No mesmo sentido Kelbert (2011, p. 100), "cogita-se na doutrina a possibilidade de realocar verbas orçamentárias de caráter secundário para cobrir gastos com direitos fundamentais". Entende-se, cada vez mais, que deve ser utilizado o método

da ponderação para definir a destinação dos recursos disponíveis, que sabemos ser escassos. Há que se preservar, pois, acima de tudo, a existência digna dos indivíduos, para depois se pensar em investimentos de menor relevância.

Indo além, frente a essa perspectiva, poder-se-ia concluir, erroneamente, que os direitos sociais confundem-se com a própria ideia de mínimo existencial, o que não é verdade, posto que o mínimo existencial é justamente o que a palavra quer dizer: o mínimo, o indispensável, o salutar para garantir a vida e a dignidade humana, ao passo que, os direitos sociais caminham num sentido muito mais amplo, eles são, em verdade, a busca para além do mínimo, aquilo que seria o ideal, e não apenas o crucial. Nesta linha são as palavras de Bitencourt (2013, p. 175):

sendo assim, o que rege os direitos sociais é a ampliação e não a garantia mínima. Portanto, os direitos sociais e as políticas públicas não estão vinculados ao mínimo existencial. Pelo contrário, o que está vinculado ao mínimo existencial é a possibilidade de restrição aos direitos em face de não haver condições econômicas para sua maior concretização, ou seja, ao menos o mínimo deve estar garantido. Isso é bem diferente da afirmação de que o gestor está comprometido apenas à garantia do mínimo se não houver qualquer disponibilidade econômica e financeira para uma maior realização, pois o que vincula os poderes é sempre a máxima concretização dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, pode-se afirmar que mínimo existencial, nem de longe, pode ser confundido com direito social, e, portanto, não pode o administrador invocar a obrigação de garantir apenas o mínimo e não mais do que isso. Paira sobre o Estado brasileiro, que se afirma na Constituição Federal de 1988 como um Estado Social e Democrático, a ideia de ampliação de direitos, que com muita luta foram conquistados, caminhando no sentido de se evitar restrições, no sentido de uma vedação ao retrocesso e de busca pela máxima concretização dos direitos fundamentais sociais.

3.3 A teoria dos deveres de proteção do Estado e proibição de insuficiência

Ao apontar a vedação ao retrocesso, oportuno falar sobre o que hoje se intitula Teoria dos Deveres de Proteção do Estado, bem como Proibição de Insuficiência, que é o que se pretende tratar aqui, em razão da íntima ligação desses temas com a concretização dos direitos fundamentais sociais. Entretanto, antes de tudo cabe analisar a dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, haja vista a vinculação da última com o tema em pauta.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais relaciona-se com ideia de que esses direitos são direitos individuais. Isto é, são direitos que pertencem aos indivíduos e que, portanto, podem ser exigíveis judicialmente, conforme se depreende dos ensinamentos de Canotilho (1991), citado por Kelbert (2011, p. 57):

a tese da subjectivação dos direitos fundamentais considera, por conseguinte, que os direitos são, em primeira linha, direitos individuais. Daqui resulta um segundo corolário: se um direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual, então esta protecção efectua-se sob a forma de direito subjectivo.

Nessa senda, há que se referir que é recente o entendimento que admite a exigibilidade judicial dos direitos sociais, tendo em vista que, até pouco tempo, acreditava-se que as normas de direitos fundamentais sociais eram programáticas, e portanto, não poderiam ser objeto de demanda judicial. Ocorre que, na medida em que os direitos fundamentais foram ganhando especial importância no cenário constitucional brasileiro, o que se verifica através da própria topografia constitucional diferenciada com relação a esses direitos, que passou a prevê-los no topo do ordenamento jurídico, bem como pelo Estado Social e Democrático de Direito implementado pela Constituição Federal de 1988, ficou muito difícil sustentar a eficácia limitada dos direitos fundamentais sociais. (KELBERT, 2011).

Assim, tendo em vista o grau de fundamentalidade conferido aos direitos sociais, bem como a aplicação do artigo 5º, §1º, CF/88 a eles, consoante já abordado neste trabalho, não restam dúvidas de que tais direitos são passíveis de serem exigíveis via judicial, sendo essa a sua dimensão subjetiva. Dito de outra forma,

quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). (SARLET, 2013, p. 305).

Não obstante, em que pese o indivíduo titular de um direito fundamental social esteja habilitado para demandar tal direito não cumprido pelo Estado, sempre deve-se atentar, como já visto, para as limitações fáticas encontradas na busca pela concretização de direitos. Isto é, há que se pensar no que é razoável e proporcional exigir do Estado, levando em conta a reserva do possível, sem deixar de se garantir, no mínimo, a proteção da dignidade da pessoa humana.

De outra banda, quando trata-se da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, está se falando de uma dimensão mais abrangente, que vem

justamente para reforçar o regime jurídico dos direitos fundamentais. A doutrina e a jurisprudência vêm tecendo importantes considerações no que tange a esse nível de proteção, sendo que, os direitos fundamentais não são mais encarados, hoje, como direitos pertencentes aos indivíduos apenas. O olhar que se tem abarca uma ideia de transcendência, e, assim sendo, os direitos fundamentais devem ser pensados de forma coletiva, devem ser pensados através do ordenamento jurídico como um todo, e, devem ser pensados em todas as esferas, inclusive na esfera privada, haja vista que a sua garantia e proteção não é dever apenas do Estado, mas sim de todos os indivíduos. (BITENCOURT, 2013).

Na mesma linha ensina Leal (2007, p. 68):

a dimensão objetiva atribuída aos direitos fundamentais, decorrente da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, traz consigo a constatação de que eles – mesmo os clássicos direitos de defesa – devem ter a sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, não com base apenas em sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista social, da comunidade em sua totalidade.

Nesse sentido, significa dizer que os direitos fundamentais não se limitam a sua condição de direitos subjetivos, pois projetam, em verdade, todo o fim a ser alcançado pela Constituição Federal de 1988. Ou seja, os direitos fundamentais são justamente aquilo que se almeja alcançar e concretizar nessa nova ordem constitucional vivenciada no atual momento histórico. Partindo-se disso, portanto, diversos desdobramentos são aferíveis a partir da dimensão objetiva, cabendo especial destaque para a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, na medida em que passam a fornecer “impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional” (SARLET, 2013, p. 308); para a eficácia horizontal, que implica na incidência da proteção e garantia dos direitos fundamentais na esfera privada, nas relações entre particulares; bem como para os deveres de proteção do Estado, como bem coloca Mendes e Branco (2012, p. 191):

importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, provindas de particulares ou de outros Estados.

Dessa forma, importante referir que essa dimensão objetiva passou a ser conferida aos direitos fundamentais a partir do caso *Lüth*, julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, o qual reconheceu que o dever de proteção dos direitos

e garantias fundamentais não cabia somente ao Estado, mas a todos os indivíduos, originando uma verdadeira ordem objetiva de valores. (LEAL, 2007).

Nesse caso, *Veit Harlan*, diretor de cinema do período nazista, juntamente com outras companhias cinematográficas, moveram ação judicial contra *Erich Luth*, “líder do clube de imprensa de Hamburgo e ativista engajado no esforço de reconciliação entre alemães e judeus” (FELDENS, 2008, p. 61), tendo em vista que o último estava comprometido em “boicotar” o lançamento de um novo filme antisemita, incitando os donos das companhias a não reproduzirem o filme, e a população a não assisti-lo. Em um primeiro momento *Harlan* obteve êxito, entretanto, *Luth* ajuizou um recurso alegando violação ao seu direito à liberdade de expressão, previsto no artigo 5º, da *Grundgesetz* (Lei Fundamental/Constituição da Alemanha).

Em sede de contestação, *Harlan* e as demais companhias sustentaram que os direitos fundamentais eram oponíveis apenas contra o Estado, isto é, só poderiam ser invocados nas relações entre Estado e indivíduo, e não nas relações entre particulares (indivíduo e indivíduo). A partir disso, o Tribunal Constitucional da Alemanha manifestou-se no sentido de que os direitos fundamentais não estão limitados à sua dimensão subjetiva, isto é, não são direitos subjetivos do indivíduo oponíveis apenas contra o Estado, eles, em verdade, expressam valores objetivos, irradiando deveres para todos os campos do direito, inclusive no direito privado. (FELDENS, 2008).

Assim sendo, concluiu-se que todos os âmbitos devem mostrar-se compatíveis com essa dimensão objetiva, e, portanto, todos devem respeitar e garantir a proteção dos direitos fundamentais. Por fim, voltando-se para o princípio da proporcionalidade, o Tribunal Constitucional acordou que a decisão do Tribunal de Hamburgo havia violado o direito à liberdade de expressão de *Luth*. Com isso, passou-se a verificar que, além de uma eficácia vertical dos direitos fundamentais, existe uma eficácia horizontal, que se corporifica na possibilidade de invocar os direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. (FELDENS, 2008).

Ademais, além do reconhecimento dessa eficácia irradiante e horizontal, reconheceu-se os deveres de proteção do Estado, no que tange à garantia dos direitos fundamentais,

impondo aos órgãos estatais a obrigação permanente de, inclusive preventivamente, zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões por parte de particulares e até mesmo por parte de outros Estados. [...] Por força dos deveres de proteção, aos órgãos estatais incumbe assegurar níveis eficientes de proteção para os diversos bens

fundamentais, o que implica não apenas a vedação de omissões, mas também a proibição de uma proteção manifestamente insuficiente. (SARLET, 2013, p. 309).

Assim, pode-se dizer que a Teoria dos Deveres de Proteção do Estado se consubstancia na ideia de uma constante e eficiente proteção aos direitos fundamentais, por parte de todos os Poderes estatais, quais sejam, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Isso significa, pois, que cabe ao Poder Público não somente respeitar tais direitos, evitando a violação por ação, mas também cabe protegê-los e defendê-los, inclusive contra ataques de terceiros, evitando uma violação por omissão. (MACÊDO, 2014). Nesse sentido, verifica-se importante magistério de Freitas (2007, p. 45).

em decorrência do dever de proteção, estabelece-se uma dupla vinculação dos poderes públicos: no sentido negativo, a vinculação se dá em termos de vedar toda e qualquer atuação dos poderes constituídos que importe afronta aos direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade por ação; no sentido positivo, a vinculação obriga os poderes constituídos a realizarem tarefas de concretização e efetivação dos direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade por omissão.

Dessa maneira, cabe ao Estado abster-se no sentido de evitar restrições na esfera dos direitos fundamentais, bem como agir, através de criações normativas, implementações de políticas públicas e decisões judiciais, por exemplo, com o intuito de assegurar a garantia desses direitos, bem como organizar todo o ordenamento jurídico e a conjuntura social e política para que caminhem num sentido de proteção ampla. Por conseguinte, como já dito, deve o Poder Público agir dessa forma não somente nas relações Estado-indivíduo, mas também nas relações indivíduo-indivíduo, pois só assim será possível conferir uma proteção plena aos direitos fundamentais. (MACÊDO, 2014).

Agora, no que toca especialmente o Poder Legislativo, refere-se que ele tem o dever de legislar a fim de garantir esses direitos, sendo a omissão aqui vista como uma afronta, como uma tentativa de podar a busca por esses direitos, seja via administrativa, seja via judicial. Por outro lado, o órgão legiferante tem o dever também de não agir, no sentido de evitar qualquer retrocesso no âmbito dos direitos fundamentais. Isto é, na medida em que esses direitos foram conquistados, não poderia o legislador prever uma norma que os revogasse, ou até mesmo que os restringisse, que afetasse o seu núcleo essencial, sem ao menos criar esquemas alternativos ou compensatórios, pois, se assim fizesse, estaria afrontando tanto a

Constituição de 1988, como os princípios e fundamentos que regem o nosso Estado de Direito. (SAMPAIO, 2013).

O âmbito de proteção de um direito fundamental centra-se tanto na questão da atuação dos Poderes com o fim de garantir a realização desses direitos, como também na questão da vedação a uma atuação que restringe, que limita a efetividade dos direitos em pauta. Assim, salienta-se que o ponto principal é aquilo que circunda o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Ou seja, o que se pretende proteger, acima de tudo, é o conteúdo essencial dos direitos, que, repetindo, no máximo podem ser mantidos como estão, não sendo cabível o retrocesso, apenas o progresso.

Não obstante, é possível dizer que o Estado não cumpre com o seu dever de proteção quando atua de forma insuficiente, “agindo aquém dos níveis essenciais de direitos fundamentais sociais” (SAMPAIO, 2013, p. 202). Canotilho (1998), no mesmo sentido, entende que há um defeito de proteção quando o Poder Público, que tem o dever de proteger, utiliza medidas insuficientes para garantir uma proteção adequada aos direitos fundamentais.

Os deveres de proteção do estado determinam uma “atuação mínima de proteção jurídica constitucionalmente exigida, não sendo possível descer abaixo desse liminar mínimo” (MACÊDO, 2014, p. 7032), enquanto que o princípio da proteção da insuficiência exige justamente um certo grau de eficiência na proteção estatal. Dito de outra forma, não bastaria que o Poder Público se empenhasse na proteção dos direitos fundamentais, se no fim eles não fossem protegidos de maneira eficaz.

O princípio da proibição da insuficiência

também é tratado como princípio da proibição por defeito, dizendo respeito ao déficit no cumprimento do dever de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais, haja vista caber ao Poder Público adotar medidas suficientes de natureza normativa e de natureza material, possibilitando uma proteção eficiente e adequada dos direitos fundamentais. (MACÊDO, 2014, p. 7032).

Conclui-se, portanto, que haverá uma proteção insuficiente quando os padrões mínimos não forem alcançados, o que se verificará, na maior parte das vezes, quando a dignidade humana for afetada, prejudicada. Diante disso, é possível dizer que será muito mais fácil verificar essa insuficiência quando houver clara omissão estatal, capaz de gerar ou proporcionar a violação do direito fundamental de um

indivíduo.

Veja-se, o Poder Público tem o dever de agir e se omitir, dependendo do contexto prático, com o intuito de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, inclusive contra terceiros. Ocorre que, a Constituição não determina, em todos os momentos, de que forma deverá o Poder Público exercer essa tarefa, cabendo a ele, nesses casos, discricionariamente traçar um plano capaz de garantir uma proteção eficiente, através da edição de normas, no caso do Poder Legislativo, por exemplo. Atenta-se para o fato de que a Constituição Federal de 1988 é uma constituição dirigente, que traça diretrizes a serem seguidas pelos governantes e que vincula, de certa forma, o Poder Legislativo. Isto é, as normas trazidas pela Constituição, são uma verdadeira imposição constitucional, e portanto devem ser cumpridas em prol da efetivação dos direitos fundamentais sociais, tanto que a inércia estatal quanto à criação de condições para a efetivação desses direitos pode ensejar, inclusive, uma inconstitucionalidade por omissão. (KRELL, 2002).

Diante de tal conjuntura, o principal eixo a ser protegido são os núcleos essenciais de cada direito fundamental, o qual, no seu conjunto, será capaz de garantir a dignidade humana. Portanto, pode-se dizer que será insuficiente o dever de proteção quando nem ao menos isso for garantido, pois é o mínimo que se espera do Estado, ainda que se admita a existência de limites fáticos (reserva do possível). (MACÊDO, 2014).

Nesse cenário, conclui-se que a atuação, ou não, dos Poderes, deve ser suficiente para assegurar, pelo menos, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais. Frisa-se, pois, que “haverá insuficiência de concretização dos direitos fundamentais sociais toda vez que estes não forem configurados no seu núcleo essencial” (SAMPAIO, 2013, p. 205). Mas, como coloca o autor, não é apenas nestes casos que haverá a insuficiência, sendo certo, somente, que ela sempre estará presente quando o núcleo essencial for desrespeitado.

Dito isso, tem-se que através da dimensão objetiva conferida aos direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência passaram a analisá-los de forma mais ampla, reconhecendo os deveres de proteção do estado, no sentido de que cabe ao Poder Público, através dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, garantir a efetividade desses direitos, não somente quando invocados no plano individual (dimensão subjetiva). Assim, portanto, se verificará uma insuficiência quando houver omissão estatal, bem como quando houver ação estatal não suficiente para assegurar um mínimo de proteção exigido constitucionalmente, o que deve ser

constantemente repellido por todas as esferas de Poder.

Adiante, o presente trabalho passará a se preocupar com a análise jurisprudencial envolvendo o tema da reserva do possível, no que tange à concretização dos direitos fundamentais sociais, procurando relatar as diferentes maneiras que essa teoria é invocada e utilizada, dependendo dos diferentes direitos que estão em jogo.

4 APLICABILIDADE DO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL EM DIFERENTES CONTEXTOS/DIREITOS PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Diante do exposto, o presente Capítulo se propõe a analisar decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no que toca à aplicabilidade do argumento da reserva do possível como limite à concretização de diferentes direitos fundamentais sociais. Nessa esteira, procurar-se-á descobrir como é enfrentada, pela Corte Suprema, a questão da reserva do possível, se o argumento tem ênfase na escassez dos recursos, ou se depende muito mais dos direitos fundamentais envolvidos no caso concreto.

A pesquisa foi realizada no site oficial do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br), na seção “Jurisprudência”, a partir do termo “reserva do possível” (sem as aspas). Selecionou-se decisões monocráticas, acórdãos, repercussão geral, e todos os órgãos julgadores (Plenário; Plenário Eletrônico; 1º Turma e 2º Turma), abarcando todas as decisões proferidas no período de 29 de agosto de 2009 a 29 de agosto de 2016 (7 anos). Foram encontradas 15 decisões, entretanto serão analisadas aqui apenas as que envolvem a temática da reserva do possível de forma mais abrangente (12 julgados). Além disso, serão tomadas como exemplos cinco jurisprudências citadas no livro de autoria de Fabiana Kelbert (2011).

A primeira decisão a ser analisada merece considerações significativas, muito embora não esteja inserida dentro do período de pesquisa supramencionado, haja vista tratar-se de uma das decisões mais importantes – se não a mais - no que tange ao tema da reserva do possível, tanto o é que tornou-se paradigmática, sendo frequentemente citada por outros julgados. Trata-se da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 do Distrito Federal (BRASIL, 2004, www.stf.jus.br), abordada também na obra de Fabiana Kelbert (2011).

A ação constitucional foi ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), contra veto do Presidente da República, incidente sobre o artigo 55, §2º (posteriormente remunerado para artigo 59), de proposição legislativa convertida posteriormente na Lei nº 10.707/2003 (LDO), a qual tinha como objetivo determinar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O parágrafo vetado pelo Presidente assim dizia (BRASIL, 2004, www.stf.jus.br):

§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da

dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

Veja-se, portanto, que o verdadeiro cerne da decisão centra-se na omissão legislativa. O autor da ação argumentou no sentido de que o veto presidencial estaria indo contra o preceito fundamental decorrente da EC nº 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Ocorre que, o próprio Senhor Presidente remeteu ao Congresso Nacional um projeto de lei, convertido na Lei nº 10.777/2003, que restaurou a integralidade do texto previsto no artigo 59, §2º, da LDO. Sendo assim, o objeto da ADPF restou prejudicado, pois com a publicação da Lei nº 10.777/2003, o objetivo perseguido pelo autor da ação foi inteiramente alcançado. (BRASIL, 2004, www.stf.jus.br).

Entretanto, ainda que o objeto da ação tenha restado prejudicado, o relator, Ministro Celso de Mello, não poupou palavras no que tange à análise de temas como a reserva do possível, a efetividade dos direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade e a separação dos poderes. Especificamente quanto à reserva do possível, tema central do presente trabalho, o Ministro teceu importantes considerações, inovando na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), as quais serão apresentadas nas próximas linhas. (BRASIL, 2004, www.stf.jus.br).

O Ministro, primeiramente, colocou que a afronta à Constituição Federal pode se dar de duas formas: através de ação estatal, como por exemplo quando o Estado edita normas que ofendem os princípios trazidos pela Constituição, bem como através de omissão estatal, que se opera quando o Estado não cumpre com o seu dever prestacional imposto pela Constituição, ou ainda, quando cumpre, mas de forma insuficiente. Após, partindo para uma abordagem focada na reserva do possível, o Ministro aponta que os direitos de segunda geração, isto é, os direitos econômicos, sociais e culturais, na maioria das vezes, necessitam de recursos financeiros para se concretizarem, o que, inevitavelmente, está subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado. (BRASIL, 2004, www.stf.jus.br).

Desse modo, o Ministro ressalta que diante da comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira do Estado, não será razoavelmente exigível a imediata efetivação do direito pleiteado, previsto na Constituição. Por outro lado, de forma precisa, frisa que o Estado não poderá invocar, de forma vazia, a reserva do possível para eximir-se das suas obrigações previstas constitucionalmente, ele deverá, para tanto, comprovar objetivamente a sua incapacidade financeira, veja-se:

não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, e tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, desta conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2004, www.stf.jus.br).

Isso significa, portanto, que o Estado somente poderá invocar a cláusula da reserva do possível quando objetivamente comprovar não possuir recursos financeiros suficientes para garantir, de imediato, determinado direito fundamental social. O argumento da reserva do possível, dessa forma, não poderá ser alegado como simples desculpa para o Poder Público se escusar de prestar suas obrigações. (BRASIL, 2004, www.stf.jus.br).

Indo além, o Ministro relator elenca dois condicionamentos impostos pela reserva do possível ao processo de concretização dos direitos de segunda geração, que seriam: a) a razoabilidade da prestação; e b) a disponibilidade financeira do Estado, devendo esses dois quesitos estarem cumulativamente presentes para caracterizar a possibilidade estatal de realização prática de referidos direitos. Ressalta-se também, a relação do tema com a imposição constitucional de verbas obrigatórias no orçamento, ou seja, há uma determinação constitucional de aplicação de um percentual mínimo de verbas em determinadas rubricas, como saúde e educação, que não pode ser objeto de discricionariedade administrativa. (BRASIL, 2004, www.stf.jus.br).

Isso posto, verifica-se que tal julgado se mostra muito relevante, pois aborda, de forma inovadora, o tema da reserva do possível. Em contrapartida, conforme críticas de Kelbert (2011, p. 110), ainda que a decisão traga essa abordagem, “o cerne da problemática não foi enfrentado”. Ou seja, a decisão teceu importantes reflexões teóricas, mas não explicou de que forma a reserva do possível seria aplicada a um caso concreto, não definiu o que seria uma “comprovação objetiva” de insuficiência financeira, deixando, mais uma vez, em aberto essa discussão.

O julgado seguinte trata-se de Agravo Regimental interposto pelo Estado do Amapá contra decisão em sede de Recurso Extraordinário (RE 642.536 AgR/AP). O Ministério Público do Estado do Amapá ajuizou ação civil pública, com pedido de

antecipação de tutela, contra o Estado do Amapá, bem como contra o Município do Amapá, objetivando a condenação das partes em obrigações de fazer que culminassem na melhoria da qualidade do sistema público de saúde local, especificamente do único hospital referência no município. (BRASIL, 2013, www.stf.jus.br).

O Ministério Público listou uma série de problemas que estavam causando a falência progressiva do hospital, como a falta de pessoal, a não reposição e falta de manutenção nos equipamentos médico-hospitalares e a não contratação de profissionais técnicos. Em razão disso, diariamente se via violado o direito universal à saúde de diversos pacientes que necessitavam e ainda necessitam de melhores cuidados e de um atendimento médico decente e eficiente. (BRASIL, 2013, www.stf.jus.br).

A decisão de primeiro grau decidiu pela condenação do Estado a providenciar diversas medidas, como por exemplo, a reforma e a manutenção geral da UMSA (Unidade Mista de Saúde); pintura de toda a unidade; aquisição de condicionadores de ar; reativação das salas de cirurgia e de parto e reforma na rede elétrica. Em sede de apelação, por conseguinte, o Estado alegou a inviabilidade do cumprimento da obrigação imposta pelo juízo de primeiro grau, em razão da cláusula da reserva do possível. Justificou, assim, não existirem recursos materiais e financeiros suficientes para se fazer cumprir tal obrigação. O Tribunal de Justiça do Amapá deu provimento à remessa oficial, julgando prejudicada a apelação do Estado. (BRASIL, 2013, www.stf.jus.br).

O Ministério Público, então, em sede de recurso extraordinário, além de trazer importantes considerações no que toca o princípio da separação dos poderes e a competência dos entes federados, temas que não serão analisados aqui, ressaltou que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado quando não há comprovação objetiva, por parte da Administração Pública, da incapacidade econômico-financeira do Estado, assim como, tal princípio não pode ser utilizado como obstáculo à garantia da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2013, www.stf.jus.br).

Nesse sentido, no que tange à reserva do possível alegada pelo Estado do Amapá, o Supremo Tribunal Federal colocou em pauta a necessidade de proteção do mínimo existencial, quando colocado frente a reserva do possível. Ademais, o Ministro Relator, Gilmar Mendes, trouxe considerações de Stephen Holmes e Cass Sustein, sustentando que todas as dimensões de direitos fundamentais requerem

custos públicos. Nesse sentido, veja-se parte da decisão:

[...] defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o 'mínimo existencial' de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. (BRASIL, 2013, www.stf.jus.br).

Diante disso, o Supremo negou provimento ao Agravo Regimental, mantendo a decisão agravada, tendo em vista não ser cabível, no caso em comento, a aplicação da cláusula da reserva do possível, por estar-se tratando de direito fundamental à saúde, que, inevitavelmente, tem importante ligação com a garantia da própria dignidade humana, bem como não haver ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois o Judiciário não estaria inovando na ordem jurídica, mas apenas condenando o Estado a cumprir políticas públicas já existentes. (BRASIL, 2013, www.stf.jus.br).

O próximo julgado não se refere detalhadamente ao tema da reserva do possível, entretanto relevante abordá-lo aqui, tendo em vista a referência feita à cláusula supra no decorrer da decisão. Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo Estado do Amazonas contra Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Amazonas (RE 581.352 AgR/AM), o qual foi interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Amazonas. (BRASIL, 2013, www.stf.jus.br).

O Ministério Público (MP) do Amazonas ajuizou Ação Civil Pública com o intuito de impor obrigações de fazer, para ampliar e melhorar o atendimento de gestantes em maternidades estaduais. O acórdão que julgou a presente demanda decidiu que não caberia ao MP ou ao próprio Poder Judiciário, impor as necessidades sociais que o Poder Executivo deve prioritariamente atender, pois isso implicaria em ofensa ao princípio da separação dos poderes. (BRASIL, 2013, www.stf.jus.br).

Ao decidir o Agravo Regimental em questão, o Ministro Celso de Mello argumentou que o Ministério Público tem sim legitimidade ativa para propor a Ação Civil Pública, e que essa é meio adequado para pleitear a defesa e concretização de direitos fundamentais. Argumentou ainda, que o Poder Judiciário pode enfrentar essa questão e determinar a implementação de políticas públicas quando estiverem em jogo a concretização de direitos fundamentais, e isso não significa violação ao princípio da separação dos poderes, principalmente quando tratar-se de assegurar o

direito ao acesso à saúde, um dos bens jurídicos mais relevantes do homem. (BRASIL, 2013, www.stf.jus.br).

Indo além, o Ministro, reportando-se para a ADPF nº 45/DF, passou a discorrer sobre a reserva do possível. Sustenta ele que os direitos econômicos, sociais e culturais, na maior parte dos casos, dependem de recursos financeiros, os quais estão subordinados aos limites orçamentários do Estado. Entretanto, o Poder Público somente poderia valer-se da cláusula da reserva do possível quando objetivamente comprovasse a insuficiência financeira, e não como desculpa rasa capaz de justificar a sua omissão. Nessa mesma linha o Ministro se manifesta: (BRASIL, 2013, www.stf.jus.br, grifos originais):

tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Assim, ainda que não haja inovação nesse julgado quanto ao tema da reserva do possível, se verifica uma tendência da Suprema Corte em manifestar-se a favor da concretização dos direitos sociais, quer dizer, do direito à saúde, ainda quando posto frente à limitação fática financeira. Verifica-se uma tendência em frisar que a reserva do possível não pode ser alegada irrestritamente, sem fundamentação robusta.

O julgado seguinte diz respeito ao Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada (STA 175 AgR/CE), interposto pela União contra decisão que indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada, por não haver constatado grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública. O caso cuida de uma jovem de 21 anos, Clarice, portadora de uma doença neurodegenerativa rara, denominada Niemann-Pick tipo C, a qual pleiteia judicialmente o fornecimento do único medicamento capaz de alargar a sua sobrevivência e lhe proporcionar melhor qualidade de vida, o que ficou comprovado nos autos através de pareceres e laudos médicos. Trata-se do medicamento Zavesca (miglustat), sendo que o custo do tratamento foi orçado em R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) mensais. (BRASIL, 2010, www.stf.jus.br).

Em seu voto, o Ministro Relator Gilmar Mendes, além de outros pontos importantes, traçou análise profunda quanto ao tema da concretização do direito fundamental à saúde. Iniciou relatando que a doutrina brasileira tem se dedicado à interpretação do artigo 196, CF/88, procurando responder “se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial” (BRASIL, 2010, www.stf.jus.br). Concluiu que as divergências resumem-se na necessidade de compatibilização entre a reserva do possível e o mínimo existencial, tema esse que procurou-se esclarecer ao decorrer do presente trabalho. (BRASIL, 2010, www.stf.jus.br).

Primeiramente o Ministro esclarece que todos os direitos, individuais e sociais, têm custos. Além disso, esclarece que os direitos sociais possuem tanto uma conotação negativa, como positiva, entretanto, é a dimensão prestacional (positiva) desses direitos, o principal argumento contrário a sua judicialização. Em razão da dependência de recursos financeiros para a efetivação de determinados direitos sociais, parte da doutrina defende o caráter programático dessas normas, o que, como analisado em Capítulo específico deste trabalho, implicaria na necessária formulação de políticas públicas para torna-los exigíveis. Diante disso, defende-se que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal, violaria o princípio da separação dos poderes, bem como o princípio da reserva do possível. (BRASIL, 2010, www.stf.jus.br).

Em contraponto a isso, como bem coloca o Ministro Relator, surge o entendimento em defesa da atuação do Judiciário em determinados casos, principalmente quando estiver em jogo o direito de acesso à saúde, considerando que tal direito afigura-se indispensável para a concretização da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, conclui-se que ao menos o mínimo existencial de cada direito não poderia deixar de ser objeto de análise judicial. (BRASIL, 2010, www.stf.jus.br).

Adiante, o Ministro atenta que dizer que a norma prevista no artigo 196, CF/88 trata-se de norma programática por se referir a um direito social, incapaz, portanto, de produzir efeitos, significaria justamente negar a força normativa da Constituição. Tal norma não trata-se de promessa insequente, mas sim de uma imposição constitucional, a saber, também, que a Constituição não faz diferenciação entre direitos individuais e sociais, pois conferiu a ambos aplicação imediata. (BRASIL, 2010, www.stf.jus.br).

Por fim, o Ministro destaca que, muito embora se reconheça o alto custo do

tratamento, e se reconheça também a existência de limites financeiros e orçamentários, isso não é fundamento suficiente para impedir o fornecimento do medicamento pelo Poder Público, isto é, não é aplicável ao caso a reserva do possível. Desse modo, votou pelo indeferimento do agravo, haja vista que, se fosse admitida a suspensão da decisão, estar-se-ia ocasionando grave lesão em sentido inverso (dano inverso). (BRASIL, 2010, www.stf.jus.br).

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, trouxe no seu voto a mesma fundamentação abarcada pela ADPF nº 45/DF, no que tange ao princípio da separação dos poderes, bem como à reserva do possível, concluindo por negar provimento ao recurso de agravo interposto pela União, em defesa do direito à saúde, o qual é um importante desdobramento do próprio direito à vida. Os demais Ministros, em unanimidade, votaram pelo não provimento do recurso, seguindo o voto do Ministro Relator. (BRASIL, 2010, www.stf.jus.br).

O próximo julgado (ARE 727.864 AgR/PR), consiste em um Recurso Extraordinário com Agravo, em que o Estado do Paraná, inconformado com a decisão do Tribunal de Justiça que o condenou a custear serviços hospitalares prestados por instituição privada para pacientes do SUS, em casos de urgência e inexistência de leitos na rede pública, resolveu interpor o apelo extremo. (BRASIL, 2014, www.stf.jus.br).

A primeira análise do Ministro relator Celso de Mello foi quanto à legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em favor do direito à saúde. Ressaltou o Ministro que o Ministério Público, na condição de “defensor do povo”, tem legitimidade para atuar na defesa dos direitos fundamentais sociais, com o intuito de promover o adimplemento das referidas garantias, na medida em que está se tratando de direitos de grande relevância social e que estão revestidos de uma transindividualidade. (BRASIL, 2014, www.stf.jus.br).

Em seguida, o Ministro passou a analisar a possibilidade do Poder Judiciário determinar aos estados, a adoção de medidas necessárias capazes de satisfazer direitos previstos constitucionalmente, sem que com isso venha a ferir o princípio da separação dos poderes. Para tanto, utilizou-se dos argumentos proferidos na ADPF nº 45/DF, não sendo necessário repeti-los aqui. (BRASIL, 2014, www.stf.jus.br).

No que se refere à alegação do Estado de que o pleito deveria ser indeferido em razão da ausência de previsão orçamentária e em observação à cláusula da reserva do possível, o acórdão do Tribunal de Justiça assim refere:

não pode o ente federativo utilizar como argumento a reserva do possível ou a ausência de previsão orçamentária quando a questão trata do direito à saúde do cidadão. O Poder Público deve proporcionar aos cidadãos o acesso à saúde, através de atendimento médico, internamentos, exames, tratamentos de caráter essencial e medicamentos, uma vez que são indispensáveis à dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2014, www.stf.jus.br).

No mesmo sentido, o STF manteve o referido posicionamento ao entender que não pode o direito fundamental à saúde ser aniquilado, em virtude da reserva do possível, a partir do momento em que não garantir esse direito signifique ferir o mínimo existencial, o qual se consubstancia na própria dignidade da pessoa humana. Desse modo, claro fica a limitação da utilização da cláusula da reserva do possível quando em contraponto com o mínimo existencial. O STF, como já visto, reiteradamente se manifesta nesse sentido quando o direito violado em questão trata-se do direito à saúde. (BRASIL, 2014, www.stf.jus.br).

Assim, sobre o tema o Ministro utiliza, em um primeiro momento, a mesma construção teórica desenvolvida na ADPF nº 45/DF, a qual se resume na inaplicabilidade da reserva do possível, quando utilizada pelo Estado no intuito de fraudar ou frustrar a efetividade de um direito previsto constitucionalmente; quando o Estado não comprovar, de forma objetiva, a sua insuficiência econômico-financeira, bem como quando a aplicação da reserva do possível ferir o mínimo existencial. (BRASIL, 2014, www.stf.jus.br).

Indo adiante, o Ministro salienta a relevância do direito à saúde, que tem previsão no artigo 196, CF/88, e impõe a todos os níveis institucionais (União, Estados e Municípios), o dever de concretizá-lo e garantir a todos os brasileiros o seu acesso. Nesse sentido, ele sustenta, de forma brilhante, que entre a proteção do direito à vida ou à saúde, direitos subjetivos dos indivíduos, ou prevalecer um interesse financeiro e secundário do Poder Público, ao julgador só resta uma única saída, qual seja, “aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas”. (BRASIL, 2014, www.stf.jus.br).

Ademais, também refere o relator que muito embora se reconheça a escassez dos recursos, não seria admissível o Poder Judiciário se calar diante da omissão estatal quando em jogo direito de tamanha importância e relevância jurídica. Que ainda que a norma prevista no artigo 196, CF/88 seja programática, não poderia a organização federativa convertê-la em promessa constitucional inconsequente, e, assim sendo, incumbe ao Poder Público o dever de concretizar e efetivar medidas capazes de viabilizar o direito à saúde. Não basta, portanto, que o Estado proclame

um direito formal, é preciso que ele, de fato, seja integralmente garantido e respeitado. (BRASIL, 2014, www.stf.jus.br).

Por fim, o Ministro relator discorre sobre o importante papel do Supremo Tribunal Federal frente ao fenômeno do desprestígio da Constituição, que decorre das omissões das instituições governamentais em relação aos ditames constitucionais; discorre também sobre o princípio da proibição ao retrocesso, bem como sobre a responsabilidade solidária das pessoas políticas que integram o Estado brasileiro. Assim, diante dos fundamentos elencados, decide pela inviabilidade do recurso extraordinário deduzido pelo Estado do Paraná, e mantém a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça, a qual se coaduna com a jurisprudência atual e se mostra favorável aos preceitos constitucionais. (BRASIL, 2014, www.stf.jus.br).

O próximo julgado consiste em Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 745.745 AgR/MG), em que o Município de Belo Horizonte se vê irresignado com a decisão que conheceu do agravo para negar seguimento a recurso extraordinário, haja vista o acórdão recorrido estar em plena consonância com o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de caso em que o Poder Judiciário, em primeiro grau de jurisdição confirmado pelo segundo grau, e, também, pelo STF, determinou a adoção de políticas públicas pelo município de Belo Horizonte no sentido de manter rede de assistência à saúde da criança e do adolescente, principalmente no que concerne às pessoas portadoras de deficiências física, visual, auditiva, com paralisia cerebral entre outros. (BRASIL, 2014, www.stf.jus.br).

No presente caso, o Ministro Relator, Celso de Mello, acompanhado por unanimidade, afastou a alegação da reserva do possível, utilizando o mesmo discurso abordado na ADPF nº 45/DF, haja vista tratar-se de direito fundamental à saúde. (BRASIL, 2014, www.stf.jus.br).

A decisão seguinte, por sua vez, refere-se a um Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com agravo (ARE 639.337 AgR/SP), onde atuou como agravante o Município de São Paulo, e como agravado o Ministério Público do Estado de São Paulo. O acórdão trata da proteção do direito ao acesso à educação infantil, o qual compreende atendimento em creche e em pré-escola, para crianças de até 5 (cinco) anos de idade, direito esse assegurado pela Constituição Federal, em seu artigo 208, inciso IV (BRASIL, 2011, www.stf.jus.br). Destaca-se que trata-se de novo conteúdo (direito à educação), tema que será relatado nas próximas

decisões.

A decisão recorrida obrigou o Município a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de suas responsáveis legais, sob pena de multa diária (*astreintes*) por criança não atendida. Dentre as teses levantadas pelo ente federado para se desobrigar do seu encargo, ressaltam-se a violação ao princípio da separação dos poderes e a cláusula da reserva do possível. (BRASIL, 2011, www.stf.jus.br).

O Ministro Relator, Celso de Mello, foi minucioso ao apresentar de forma didática, mas não inovadora, considerações sobre os temas da separação dos poderes, reserva do possível, mínimo existencial, fixação da *astreintes* e princípio da proibição ao retrocesso. Primeiramente ele coloca a real relevância do direito à educação, o qual “qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos” (BRASIL, 2011, www.stf.jus.br), sustenta a íntima relação de tal direito com a própria garantia da dignidade da pessoa humana, e, não obstante, aponta também a relevância no cenário social da repercussão do acesso a tal direito, veja-se:

o alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de atendimento, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV) – não podem ser menosprezados pelo Estado, “obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência” sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípua destinatário. (BRASIL, 2011, www.stf.jus.br, grifos originais).

Nessa linha, o Ministro adentra na fundamentação no que se refere a interferência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas e concretização de direitos sociais. O relator admite que, de regra, cabe ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo a criação e implementação de políticas públicas, entretanto, de forma excepcional, tem o Poder Judiciário legitimidade para tanto, principalmente quando estiverem em jogo políticas públicas previstas constitucionalmente e direitos sociais assegurados pela Constituição. Nesse sentido, o Poder Judiciário surge justamente para dar efetividade ao texto constitucional, que não sairia do papel, muitas vezes, se dependesse apenas do Legislativo e Executivo. (BRASIL, 2011, www.stf.jus.br).

Na mesma esteira, sustenta ele que de nada adiantaria a Constituição prever um amplo rol de direitos e garantias, com o intuito de assegurar, acima de tudo, a

dignidade da pessoa humana, se os Poderes não atuassem de forma a colocar em prática essas garantias. Assim, veja, o Ministro salienta que a omissão estatal, em determinados casos, configura um gesto de desprezo e desrespeito à própria Constituição Federal. Atenta-se para a leitura do seguinte trecho:

nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. (BRASIL, 2011, www.stf.jus.br).

Nesse contexto, não poderiam os Municípios, ou qualquer ente federado, desincumbir-se de mandamentos constitucionais, principalmente no que se refere ao direito de acesso à educação infantil, previsto no artigo 208, CF/88, com base em critérios de mera conveniência e oportunidade. Ao tratar da proteção à criança e ao adolescente, não poderia o Poder Público utilizar-se de discricionariedade política de forma a comprometer a plena eficácia de referidos direitos básicos de índole social. (BRASIL, 2011, www.stf.jus.br).

Indo além, o Ministro confere caráter programático à norma que prevê o direito em questão, esquecendo-se de mencionar, veja, a eficácia imediata conferida a todos os direitos fundamentais, pela própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, §1º. Entretanto, ainda assim, ele coloca que as normas programáticas não se confundem com meras promessas, elas detêm, pois, caráter cogente, vinculando os entes federados ao seu cumprimento. (BRASIL, 2011, www.stf.jus.br).

No que tange à reserva do possível, o Ministro utilizou a mesma base argumentativa da ADPF nº 45/DF. Primeiramente ele reconheceu a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais sociais frente a comprovação objetiva de insuficiência econômico-financeira do Estado, tendo em vista que, na maior parte dos casos, direitos econômicos, sociais e culturais, dependem de um vínculo financeiro, o qual está limitado ao orçamento estatal. Por outro lado, ainda que isso seja verdade, não poderia o Poder Público utilizar-se desse argumento de forma a fraudar, frustrar ou inviabilizar a efetividade de direitos constitucionalmente previstos, não fornecendo condições mínimas capazes de garantir uma existência digna. (BRASIL, 2011, www.stf.jus.br).

Nessa esteira, tendo em vista que os recursos disponíveis não são suficientes para assegurar o cumprimento de todos os direitos fundamentais em seu máximo

nível de concretude, surge uma situação de conflito, onde determinados direitos deverão ser sacrificados para que outros possam ser efetivados, evento esse conhecido como “escolhas trágicas”. Diante disso, o Ministro salienta que o que deverá ser levado em conta nas decisões políticas, é a busca incessante pela garantia do mínimo existencial de cada direito, isto é, o núcleo que está atrelado à dignidade da pessoa humana. Assim, leia-se:

embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2011, www.stf.jus.br).

Dessa forma, o Ministro relator não deixa dúvidas quanto ao seu posicionamento no que toca à possibilidade de aplicação da cláusula da reserva do possível: ele admite a possibilidade de aplicação, entretanto, apenas quando o Estado comprovar, de forma objetiva, a sua incapacidade financeira de custear determinado direito e, principalmente, quando a omissão estatal não ferir a dignidade humana, princípio esse que deve sempre ser preservado, haja vista ele inspirar todo o ordenamento constitucional vigente no País. Portanto, o Poder Público não pode invocar a cláusula em questão, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, principalmente quando isso resultar em aniquilação de direitos fundamentais. (BRASIL, 2011, www.stf.jus.br).

Dito isso, toda essa sustentação no sentido de proteger o direito de acesso à educação, culminou na negação ao provimento do agravo e na consequente manutenção da decisão que condenou o Município a fornecer atendimento adequado (próximo das residências ou local de trabalho dos responsáveis) em creche e em pré-escola. (BRASIL, 2011, www.stf.jus.br).

A próxima decisão, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, cuida de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 860.979 AgR/DF), no qual tem-se como agravante o Distrito Federal e como agravado o Ministério Público Federal do Distrito Federal e Territórios, e está ementada da seguinte forma:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Libras. 3. Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário.

Possibilidade. Precedentes. 4. Cláusula da reserva do possível. Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Precedentes. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

No que se refere ao argumento da reserva do possível, alegado muitas vezes como forma do Estado se desobrigar de imposições constitucionais, o Ministro Relator sustentou ser inviável “a oposição da cláusula da reserva do possível nessas hipóteses, tendo em conta o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados” (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br). Nessa esteira, o Ministro expôs diversas ementas de outros julgados, as quais argumentavam no mesmo sentido.

Uma das ementas citadas, por exemplo, trouxe que a cláusula da reserva do possível não poderia ser invocada pelo Estado com o intuito de fraudar, frustrar ou inviabilizar a concretização de políticas públicas previstas no texto constitucional. Assim, a cláusula teria como limite o próprio mínimo existencial, entendido esse como garantidor do núcleo dos direitos, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o mínimo existencial funcionaria como um complexo de prerrogativas capaz de garantir condições a uma existência digna, assim como de assegurar o efetivo acesso aos direitos de liberdade e a plena fruição de direitos sociais básicos, como o direito à saúde, à educação, à moradia e à alimentação. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

A próxima decisão trata-se de Embargos de Declaração interpostos pelo Estado do Rio Grande do Sul (ARE 875.333 ED/RS), contra decisão monocrática de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a qual negou seguimento a Recurso Extraordinário. Os Embargos visam a apreciação da Corte no que se refere ao princípio da separação dos poderes e da cláusula da reserva do possível, cabendo lembrar que foram recebidos como se fossem Agravo Regimental, em observância ao princípio da fungibilidade. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

O caso gira em torno do pleito judicial que requer o acesso à educação infantil especializada, garantida pelo artigo 208, inciso III, CF/88. Insatisfeito com a decisão judicial, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs Recurso Extraordinário, alegando que a determinação judicial de fornecimento ao acesso à educação infantil violaria o princípio da separação dos poderes, pois tal medida cabe ao Poder Executivo, e não ao Judiciário. Da mesma forma, alegou que a prestação postulada não poderia ser exitosa, em razão da insuficiência orçamentária do estado (reserva do possível).

(BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Ao analisar os Embargos de Declaração (recebidos como Agravo Regimental), o Ministro Gilmar Mendes sustentou que o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento da Corte Suprema, que por diversas vezes já firmou entendimento de que a determinação por parte do Poder Judiciário, de forma excepcional, para que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente garantidos, não viola o princípio da separação dos poderes. Ademais, sustentou ainda que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público com o intuito de exonerar-se das suas obrigações constitucionalmente impostas, a saber que tal argumento só poderá ser utilizado em casos excepcionais, quando o estado objetivamente comprovar justo motivo. Veja-se:

por outras palavras, a parte recorrente cinge-se a afirmar suposta prerrogativa de avaliação da viabilidade material do pedido, de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade. Portanto, não logrou demonstrar, de forma objetiva, ou seja, mediante detalhamento orçamentário, a impossibilidade de assegurar à parte recorrida o acesso à educação infantil especializada garantida pelo art. 208, III, da Constituição Federal. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Percebe-se assim, novamente, uma argumentação repetitiva no que tange à reserva do possível.

O próximo julgado trata-se de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (RE 763.667 AgR/CE), interposto pelo Estado do Ceará contra recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Ceará. O caso se refere à pretensão ministerial, suscitada por meio de ação civil pública, em obrigar o ente estatal a nomear defensor público para a comarca de Goraíras, haja vista o município não contar com defensoria pública adequada, culminando no desamparo das pessoas necessitadas, o que, indiscutivelmente, fere direitos fundamentais. (BRASIL, 2013, www.stf.jus.br). Percebe-se, portanto, que novo conteúdo passará a ser abordado, qual seja, o direito de acesso à defensoria pública.

A sentença de primeiro grau havia deferido o pleito do autor, entretanto a decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça, o qual alegou violação ao princípio da separação dos poderes. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, na pessoa do Ministro Relator Celso de Mello, primeiramente ressaltou o importante papel da defensoria pública na defesa dos necessitados, a saber que ela atua como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades. Dito de outra forma, sem a defensoria pública, em muitos casos, não seria possível exigir judicialmente a

efetividade dos direitos, sem a defensoria pública as pessoas desamparadas teriam ferido o seu “direito de ter direitos”. (BRASIL, 2013, www.stf.jus.br).

Dessa forma, haja vista a Constituição Federal prever o direito à orientação jurídica e à assistência judiciária, inadmissível tolerar o desrespeito ao acesso à defensoria pública. Em seu voto, o Ministro Relator primeiramente desenvolveu argumentos no sentido de não reconhecer a violação ao princípio da separação dos poderes, no sentido de que o STF deve atuar para dar efetividade aos direitos fundamentais e impedir o desprestígio da Constituição. No que toca à reserva do possível, o Ministro reportou-se para a ADPF nº 45/DF, referindo que a cláusula não pode ser utilizada de forma irrestrita capaz de inviabilizar direitos, isto é, não é lícito ao Poder Público invocar a reserva do possível como argumento supremo capaz de desobrigá-lo a concretizar políticas públicas determinadas pela Constituição Federal. E continua o Ministro, dizendo que pode sim a reserva do possível ser utilizada como base argumentativa, haja vista a escassez dos recursos e os limites financeiros e orçamentários, entretanto, tal cláusula somente se mostrará relevante quando objetivamente ficar comprovado o justo motivo capaz de impedir a imediata concretização do direito em pauta. (BRASIL, 2013, www.stf.jus.br).

Nessa esteira, a Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de Agravo interposto pelo Estado do Ceará, entendendo pela não aplicação da reserva do possível ao caso concreto e pela legitimidade de atuação do Poder Judiciário para se fazer concretizar políticas públicas estabelecidas pela Constituição. (BRASIL, 2013, www.stf.jus.br).

A próxima decisão se refere aos Embargos de Declaração (convertidos em Agravo Regimental) interpostos pelo Estado do Paraná, contra Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Paraná (AI 598.212 ED/PR). Trata-se de caso muito semelhante ao analisado acima, no qual o Ministério Público ajuizou ação com o intuito de condenar o Estado a criar, a implantar e a estruturar Defensoria Pública na comarca de Acuparana. O juízo de primeiro grau assistiu razão ao autor, determinando a implantação da defensoria pública do estado do Paraná, no prazo de 6 (seis) meses. Em decisão monocrática, o STF restabeleceu referida sentença na sua integralidade, que culminou na interposição dos Embargos ora analisados. (BRASIL, 2014, www.stf.jus.br).

O Ministro Relator, Celso de Mello, em seu voto deu parcial provimento aos Embargos. Aduz ele que a decisão recorrida, a qual restabeleceu a sentença emanada do magistrado de primeira instância, resultou em julgamento *ultra petita*,

na medida que o Ministério Público havia requerido, na petição inicial, apenas a implementação de Defensoria Pública na comarca de Acuparana, ao passo que a decisão recorrida impôs a implementação da defensoria em todo o território do estado. Em contrapartida, o Ministro não acolheu a tese de superveniente perda de interesse processual, tendo em vista que, apesar de já ter sido criada a Defensoria Pública, não restou comprovado o seu regular funcionamento. (BRASIL, 2014, www.stf.jus.br).

Assim, o Ministro, na mesma forma do julgado anterior, ressaltou a relevância da Defensoria Pública como meio de concretização de direitos, não sendo necessário repetir aqui referidas observações. Adiante, reiterou que é lícito ao Poder Judiciário adotar medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, não sendo caso de violação ao princípio da separação dos poderes. E, relativamente à reserva do possível, utilizou idêntico fundamento adotado na decisão supra, qual seja, a inaplicabilidade da referida cláusula, haja vista a não comprovação de justo motivo, bem como a impossibilidade de sua utilização como válvula de escape para o Poder Público descumprir as imposições constitucionais. Tudo isso, veja-se, levando em consideração que o acesso à Defensoria Pública trata-se de direito fundamental, levando em consideração temas como o mínimo existencial (derivado do princípio da dignidade da pessoa humana), a vedação da proteção insuficiente, a proibição do excesso e a proibição do retrocesso social. (BRASIL, 2014, www.stf.jus.br).

A próxima decisão cuida de Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (RE 592.581/RS), contra acórdão que, ao reformar a sentença de primeiro grau, concluiu não competir ao Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional, sob pena de indevida invasão no campo decisório reservado à Administração Pública. Refere-se que outra temática passará a ser analisada agora, e que tal decisão tornou-se paradigmática, pela profundidade e maestria com que o tema foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, a qual surpreendeu pela decisão inovadora e pela defesa bem fundamentada em favor da dignidade dos encarcerados. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Muito embora o Tribunal de Justiça tenha reconhecido a precariedade das condições prisionais, o que de fato viola a integridade moral e física dos presos, decidiu pela inadmissibilidade do Poder Judiciário determinar a realização de obras no presídio (Albergue Estadual de Uruguaiana), haja vista os seguintes

fundamentos, resumidamente: a) a obrigação imposta ao estado trata-se de norma programática, portanto, não é auto executável; b) a aplicação da cláusula da reserva do possível, a qual abrange um aspecto material (econômico), bem como o poder de discricionariedade do Administrador; e c) a impossibilidade do Poder Judiciário obrigar o Poder Executivo a realizar obras, sob pena de invadir seara reservada à Administração. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

O Ministério Público gaúcho, em contrapartida, em Recurso Extraordinário aqui analisado, sustentou que houve ofensa à Constituição Federal, bem como que o acórdão recorrido desconsiderou a aplicabilidade imediata conferida aos direitos fundamentais e a impossibilidade da preponderância de questões orçamentárias frente à garantia de um direito fundamental. Assim, requereu o *parquet* a condenação do Estado a realizar obras de reforma geral, no prazo de 6 (seis) meses, no estabelecimento prisional em questão, na forma da decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

O Ministro Presidente e Relator, Ricardo Lewandowski, ao votar, deu uma verdadeira aula quanto à situação das instalações carcerárias brasileiras, bem como quanto ao importante papel do Judiciário, principalmente da Corte Suprema, em atuar em defesa dos direitos fundamentais. Primeiramente, expôs o Ministro que em nenhum momento questionou-se a efetiva ofensa à integridade física e psíquica dos presos, em nenhum momento rebateu-se que os detentos estão constantemente expostos a risco de morte, em razão da precariedade das instalações elétricas, sanitárias e condições de higiene, sendo que, inclusive, foi noticiada a morte de um deles, em virtude de eletrocussão. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Nessa esteira, relatou o Ministro que as condições precárias das prisões brasileiras constituem um problema histórico, que se concretizou na medida em que não há interesse político e social na melhoria dessas condições. O que ocorre, dessa forma, é a impossibilidade de se operar a ressocialização do preso, que de forma incontestada irá retornar ao convívio social. Além disso, se opera uma verdadeira abusividade na aplicação da pena, a partir do momento em que a pena imposta ultrapassa a mera privação de liberdade, acresce a ela um sofrimento físico, psíquico e moral. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Indo além, o Ministro colocou em pauta a existência de ratazanas, infestação de insetos, falta de serviços básicos de saúde, superlotação carcerária, péssimas condições das instalações elétricas e sanitárias, lixo excessivo, a não separação dos presos provisórios dos definitivos, dos primários dos reincidentes, das facções

criminosas, dentre outros problemas graves que acarretaram a violação da dignidade da pessoa humana dos detentos. Tendo tudo isso em mente, o Ministro relator levantou a questão da inafastabilidade da jurisdição, bem como sustentou a eficácia plena dos direitos fundamentais, contestando o acórdão recorrido, que havia conferido caráter programático aos direitos em pauta, veja-se:

assim, contrariamente ao sustentado pelo acórdão recorrido, penso que não se está diante de normas meramente programáticas. Tampouco é possível cogitar de hipótese na qual o Judiciário estaria ingressando indevidamente em seara reservada à Administração Pública. No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Nesse contexto, importante colocação foi feita, qual seja, que o Judiciário não estaria ingressando indevidamente em seara da Administração Pública, não estaria violando o princípio da separação dos poderes, e muito menos estaria impondo a implementação direta de políticas públicas, amparadas por normas de caráter programático. Pelo contrário, estaria o Judiciário amparado em diversas normas, constitucionais, infraconstitucionais e internacionais, estaria ele agindo com o intuito de concretizar direitos fundamentais. Nesse sentido, importante trecho merece leitura:

a reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Não bastando isso, refutando a alegação da cláusula da reserva do possível, o Ministro demonstrou que existem sim verbas capazes de ao menos amenizar a precariedade das instalações carcerárias, posto que o Fundo Penitenciário Nacional havia arrecadado, até junho de 2015, R\$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos), entretanto, somente foi empregada a importância de aproximadamente R\$ 357.200.572,00 (trezentos e cinquenta e sete milhões, duzentos mil e quinhentos e setenta e dois reais). Conclui-se, portanto, que o que se opera é verdadeira falta de vontade política em empregar recursos na melhoria desse sistema, e não a falta deles. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Diante de tal conjuntura, o Ministro votou pela cassação do acórdão recorrido

e provimento do recurso extraordinário, com o fim de dar efetividade à dignidade da pessoa humana e assegurar aos presos a sua integridade física e moral, não sendo oponível ao caso a cláusula da reserva do possível e o princípio da separação dos poderes. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Seguindo a votação, o Ministro Edson Fachin fez importante ressalva, colocando que a cláusula da reserva do possível pode ser suscitada, entretanto, apenas quando objetivamente comprovado o justo motivo. Adiante, no que toca à referida cláusula, o Ministro, seguindo o entendimento do Ministro Presidente e Relator, esclarece que o Poder Público não poderia invocar a reserva do possível como forma de furtar-se a garantir, minimamente, o conteúdo normativo previsto na Constituição Federal, o qual já foi também regulamentado pela legislação infraconstitucional, sob pena de incorrer em ilegitimidade. Nesse aspecto, atenta-se para o trecho abaixo retirado do voto do Ministro Fachin:

a reserva do possível não pode servir de argumento para escusar o Estado de cumprir os comandos constitucionais, sobretudo aqueles expressamente nomeados e caracterizados como direitos fundamentais. Eventual objeção orçamentária deveria ser acompanhada de prova expressa, documental, que justifique adequadamente e demonstre a impossibilidade financeira do Estado, bem como porque as escolhas político-governamentais deixaram de atender demanda tão fundamental. A invocação da reserva do possível não pode consistir em mera alegação que isenta, por si só, o Estado de suas obrigações. Somente justo motivo, objetivamente aferido, tem tal valia. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, ao iniciar o seu voto, trouxe importantes desdobramentos do princípio da separação dos poderes e da questão do ativismo judicial no que toca a questão em pauta, qual seja, a intervenção do Poder Judiciário ao determinar a reforma em estabelecimentos prisionais, com o fim de garantir a integridade física e moral dos presos. Muito embora não seja esse o tema central do presente trabalho, necessário se faz referir o excelente magistério do Ministro, que diz que apesar das escolhas políticas serem de competência, por excelência, dos Poderes Legislativo e Executivo, isto é, de quem tem o voto, é legítima a intervenção do Poder Judiciário neste caso, na medida que essa intervenção surge em defesa de uma minoria invisível, uma minoria que não tem voto, que não tem representatividade. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Ao abordar o papel da reserva do possível nessas situações, o Ministro Barroso reiterou que não pode o Estado utilizar tal argumento como válvula de escape para deixar de cumprir com suas obrigações, entretanto, tendo em vista que

o Poder Público lida constantemente com a escassez de recursos, a reserva do possível assume papel importante. De acordo com o Ministro, o Estado deve observar as prioridades elencadas pela Constituição, assim, pois, a reserva do possível pode ser aplicada às escolhas políticas, mas não às escolhas já feitas pela Constituição. Nesse sentido, na mesma linha do voto do Ministro Presidente Relator, conclui que preservar a dignidade humana não é uma escolha política, mas sim uma escolha imposta pela Constituição e, portanto, não se sujeita à reserva do possível. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Na mesma esteira, todos os demais Ministros seguiram o voto do Presidente Relator e, portanto, o recurso extraordinário restou provido, por unanimidade. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

A próxima decisão, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, refere-se à Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347 MC/DF), interposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), o qual aponta uma diversidade de afrontas aos direitos fundamentais dos presos (superlotação carcerária, acomodações insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, tortura, violência sexual, falta de acesso a direitos básicos como saúde, educação, trabalho e assistência jurídica), e requer o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do sistema carcerário brasileiro caracterizar-se como verdadeiro “estado de coisas inconstitucional”, resultado de ações e omissões estatais. Requer, também, sejam determinadas uma série de providências com o fim de sanar, ou ao menos amenizar, a situação degradante a que estão submetidos os detentos brasileiros hoje, citando-se como exemplo: o dever do Poder Público em promover melhorias nos presídios, de reduzir o déficit de vagas, de liberar os recursos do Fundo Penitenciário Nacional, de versar a interpretação das leis penais e processuais penais para minimizar a crise carcerária, de elaborar planos voltados com o fim de aniquilar a violação dos direitos fundamentais, dentre outros. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Em um primeiro momento, o Ministro Relator Marco Aurélio discorreu sobre a situação atual dos presídios, relatando as violações que ali ocorrem e o tratamento desumano, degradante e indigno a que os presos estão submetidos. Além disso, citou diversos dispositivos constitucionais, normas de direitos fundamentais, que não estão sendo cumpridos, assim como normas de direito internacional, e dispositivos infraconstitucionais. Em síntese, concluiu que essa situação resulta não apenas em violação ao direito dos presos, mas também em violência contra a própria sociedade

livre: “dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social”. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Tudo isso, ressalta o Ministro, é resultado de uma falha institucional, do mau funcionamento estrutural e histórico da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em seus três âmbitos de Poder (Legislativo, Executivo e até mesmo o Judiciário). Paira sobre o Estado brasileiro uma “cultura do encarceramento”, e nada é feito para mudar essa conjuntura, não há interesse político para mudar. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Indo além, o Ministro reconhece o sistema carcerário brasileiro como um “estado de coisas inconstitucional”, o que significa dizer que o sistema carcerário encontra-se em um dos níveis mais elevados de inconstitucionalidade. Diante disso, haja vista a transgressão à dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, reportando-se para o Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, conclui pela possibilidade de interferência do Supremo Tribunal Federal, no intuito de determinar a implementação e efetivação de políticas públicas, por parte de todos os entes federados. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Ao votar para as medidas cautelares pleiteadas, resumidamente, o Tribunal decidiu pelo deferimento das seguintes providências: a) determinar aos juízes e Tribunais que realizem, no prazo de 90 (noventa) dias, as audiências de custódia e b) determinar que a União libere o saldo acumulado no Fundo Penitenciário Nacional, e se abstenha de realizar novos contingenciamentos. Especialmente quanto ao último ponto, esclareceu-se, ao longo da votação, que o Fundo arrecada valores elevados, mas que muito pouco é investido na melhora das condições carcerárias, portanto, há verba disponível para ser investida, não pode ser alegada insuficiência financeira, não pode prevalecer o argumento da reserva do possível. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Ao longo das votações dos Ministros larga foi a discussão sobre importantes temas que circundam a falência do sistema carcerário brasileiro, dentre eles discutiu-se sobre a importância do Supremo ordenar medidas que efetivamente possam ser cumpridas, que não fiquem apenas no plano teórico; sobre os mutirões carcerários que estão em constante concretização, promovidos principalmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ); sobre ideias inovadoras, como a informatização do sistema, para controle da aplicação das penas; sobre a licitude na intervenção do Poder Judiciário para ordenar a implementação de políticas públicas; sobre a falta de representatividade dos presos, minoria marginalizada, sem apoio

político; dentre muitos outros, que não serão analisados de forma detalhada aqui. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

No que se refere a temática da reserva do possível, há que se admitir não ter sido ele o objeto central da decisão, ao passo que o Fundo Penitenciário Nacional conta com recursos disponíveis que podem ser investidos na melhoria do sistema carcerário. Em contrapartida, mais uma vez a ADPF nº 45/DF foi abordada, em voto do Ministro Celso de Mello, no intuito de elucidar referida cláusula. Repetiu-se, portanto, a mesma fundamentação versada na ADPF nº 45/DF, qual seja, que não pode o Poder Público utilizar-se do princípio da reserva do possível como forma de se desvencilhar das obrigações impostas a ele, principalmente em situações em que há uma ofensividade extrema aos direitos fundamentais, que é o que ocorre no caso em questão, haja vista, inclusive, o sistema prisional ter sido reconhecido como um “estado de coisas inconstitucional”. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Agora, exemplificativamente, com o intuito de ilustrar, agregar e extrair o máximo de conteúdo, passar-se-á a análise de quatro decisões, as quais foram abordadas na obra de Fabiana Kelbert (2011), embora não encontrem-se dentro do período de pesquisa objeto deste trabalho.

A primeira a ser analisada trata-se de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (RE 410.715 AgR/SP), que teve como pauta o direito fundamental à educação, referente ao atendimento em creche e em pré-escola no âmbito municipal. O Ministro Celso de Mello fundamentou principalmente que o argumento da reserva do possível não poderia ser invocado como forma de limitar, de restringir direitos constitucionalmente previstos, em razão da essencial fundamentalidade desses direitos. Para corroborar a sua convicção, reportou-se para a ADPF nº 45/DF e, não obstante, deixou claro que o direito à educação é um direito de alto significado social e irrecusável valor constitucional, e, portanto, merece ser protegido pelo Poder Judiciário, diante de omissão do Poder Público. (BRASIL, 2005, www.stf.jus.br).

O próximo julgado, em que foi relator o Ministro Gilmar Mendes, trata do pedido de Suspensão de Segurança (SS 3741/CE), em razão da decisão liminar proferida pelo Tribunal de Justiça do Ceará que determinou o fornecimento de medicamentos de alto custo. O município de Fortaleza entrou com o pedido de suspensão alegando o risco de grave lesão à ordem e à economia pública. Neste contexto, o Ministro primeiramente desenvolveu uma abordagem teórica e doutrinária acerca dos custos dos direitos, do mínimo existencial, da reserva do possível e da eficácia das normas,

e então decidiu pela manutenção da oferta dos medicamentos. Neste caso, ressalta-se que a reserva do possível aparece, como em muitos outros julgados, apenas como possível limite à concretização dos direitos sociais, dando-se ênfase para a questão financeira, mas, apesar disso, ao final mantém-se à condenação do Poder Público a realizar, implementar ou custear medidas que tornem os direitos em pauta, de fato, efetivados. (BRASIL, 2009, www.stf.jus.br).

Também referente ao fornecimento de medicamento, o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 198 (STA 198/MG) enfrenta a decisão proferida pelo Tribunal Federal da 1ª Região, a qual deferiu parcialmente a tutela requerida para fornecimento do medicamento “Elapraxe”, que geraria um custo anual aproximado de R\$ 2.600.000,00 (dois milhões e seiscentos mil reais). No pedido de suspensão, o Estado de Minas Gerais alegou, dentre outras coisas, a violação ao princípio da reserva do possível, haja vista o alto custo no fornecimento do medicamento. A decisão sobre o caso abarcou temas interessantes como o possível comprometimento de todo o sistema, inviabilizando outros direitos de se concretizarem, em razão do grande volume de recursos que deveriam ser despendidos para garantir a referida prestação. Assim, o julgado trouxe a reserva do possível para além de uma análise meramente econômica, abordando também o aspecto jurídico. Por fim, muito embora tenha sido feita a análise supracitada, decidiu-se pela obrigação do ente estatal em fornecer o medicamento, pois, do contrário estar-se-ia ferindo os direitos à saúde e à vida da paciente, que talvez nunca mais pudessem ser reparados. (BRASIL, 2008, www.stf.jus.br).

Agora, em sentido totalmente contrário, vale a análise do Agravo de Instrumento nº 723.773 (AI 723773/MS), ante decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que condenou o Estado à indenização por dano moral em razão da violação ao princípio da dignidade da pessoa humana do preso, em face da superlotação carcerária. A decisão do Supremo reformou o acórdão colocando que:

em face do princípio da ‘reserva do possível’, não se pode impor ao Estado a obrigação de melhorar as condições mínimas de sobrevivência garantidas aos presidiários, visto que é lícito ao Poder Público cumprir suas obrigações legais dentro dos limites da razoabilidade e disponibilidade financeira e orçamentária. Tratando-se de dano decorrente de suposto ato omissivo de o Estado garantir a dignidade humana do preso, a responsabilidade é subjetiva, exigindo-se, para sua configuração, a presença de dolo ou culpa. (BRASIL, 2009, www.stf.jus.br).

Ou seja, neste último caso o STF trouxe a reserva do possível como forma de

indeferir o direito requerido, como limite fático à concessão do pleito. (BRASIL, 2009, www.stf.jus.br).

Sendo assim, verifica-se que a Teoria da Reserva do Possível tem sido utilizada apenas a título meramente argumentativo quando trata-se de direitos relacionados à saúde, à vida, à educação e ao acesso à defensoria pública, a saber que as decisões que tem como pauta esses temas, de modo geral, alertam para a escassez dos recursos, para os limites financeiros e orçamentários, para a existência da cláusula da reserva do possível como possível limitadora de direitos, entretanto, deixam claro que tal cláusula não merece prevalecer quando em jogo com o mínimo existencial (o qual está ligado com a dignidade da pessoa humana), deixam claro que a reserva do possível não é argumento suficiente para afastar a responsabilidade do Estado em concretizar direitos elencados como fundamentais pela Constituição Federal.

Já no que toca ao direito à dignidade dos presos, há que se observar outro ponto, qual seja, o diferente modo como vem sendo enfrentado o tema da falência do sistema carcerário brasileiro, que resulta, diariamente, em uma ofensa e violação exorbitante de diversos direitos fundamentais. Veja-se que havia uma postura negativa por parte do Supremo Tribunal Federal ao indeferir pleitos relacionados à responsabilização do Estado, em razão de ofensa à dignidade dos presos, na medida em que se sobressaia o argumento da reserva do possível. Ocorre que, recentemente, a partir da decisão paradigmática RE 592.581/RS, mudou-se o entendimento quanto à isso. Nesse julgado, como visto neste Capítulo, o STF aprofundou o tema e afastou a aplicabilidade da reserva do possível, para determinar ao Poder Público que tome medidas efetivas no sentido de melhorar as condições prisionais.

Portanto, em verdade, o Supremo Tribunal Federal aponta a reserva do possível em suas decisões, mas não extrai todas as suas peculiaridades e não afirma quais os critérios a serem utilizados para invocá-la com propriedade, apenas diz, de forma genérica, que os limites financeiros e orçamentários devem ser comprovados de forma objetiva. Assim, através da leitura das decisões, fica clara a conotação financeira atribuída à reserva do possível, pois refletem sempre uma discussão quanto aos recursos públicos. Conclui-se, com isso, que em todos os casos o debate centra-se mais na ordem financeira, sobressaindo-se a teoria dos custos do direito norte-americano.

Por fim, apura-se que a teoria da reserva do possível adquiria diferentes

“pesos” dependendo do direito que estava em questão, mas, atualmente, não é o que vem ocorrendo. Hoje a reserva do possível não sofre mais diferentes variações de acordo com o direito fundamental que está em pauta no caso concreto, entretanto, apesar disso, inegavelmente alguns direitos recebem sempre maior proteção.

5 CONCLUSÃO

Nesta parte do trabalho serão feitas as análises conclusivas, obtidas através da leitura minuciosa desta pesquisa, com o fim desmistificar a problemática abordada inicialmente, que é: é possível que a natureza dos direitos em questão possibilite diferentes interpretações e aplicações da reserva do possível?

Tendo em mente que para se chegar a uma provável resposta para a pergunta suscitada, é necessário uma visão ampla do que são, do que significam hoje os direitos sociais perante o nosso Estado Democrático de Direito. Portanto, inicialmente foi abordado o contexto histórico-evolutivo dos direitos fundamentais ao decorrer das Constituições brasileiras. Concluiu-se, pois, que com o passar dos anos os direitos fundamentais sociais foram ganhando força, na medida em que se verificou a necessidade da sua proteção para se garantir uma sociedade justa e igual.

Diante de tal conjuntura, não foi diferente com a Constituição Federal de 1988, a qual apresentou uma topografia diferenciada no que tange à previsão dos direitos sociais, a saber que eles passaram a ser previstos no Título que prevê o rol de direitos fundamentais. E, não só a positivação desses direitos foi diferenciada, mas também a amplo nível de proteção conferido a eles, e o regime jurídico qualificado, demonstrando a preocupação do constituinte em dar efetividade e proteger esses direitos, os quais, como visto ao decorrer deste trabalho, garantem a própria dignidade da pessoa humana.

Em seguida, o trabalho discorreu sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, com o fim de averiguar se eles são ou não considerados fundamentais. Na medida em que se verificou que o que define se um direito é fundamental é a análise da fundamentalidade formal (positivação diferenciada) e da fundamentalidade material (essência do direito, relação com a dignidade humana), foi possível concluir que os direitos sociais encaixam-se nesse conceito. Dessa forma, ao definir que os direitos sociais são direitos fundamentais, definiu-se também que os direitos sociais são dotados de uma proteção reforçada, possuem aplicabilidade imediata e são um dos fins máximos a ser alcançado pelo Estado, o que irá repercutir, significativamente, quando a reserva do possível for suscitada.

Nessa linha, ainda no Capítulo 1, a pesquisa teceu considerações sobre a questão da relação da eficácia imediata dos direitos fundamentais com os direitos

sociais. Pontuou-se que há divergência doutrinária quando a isso, vez que há doutrinadores, como o citado José Afonso da Silva que defendem que os direitos sociais são normas programáticas, entretanto, esse trabalho chegou a conclusão diversa, pois defendeu que os direitos sociais detêm aplicabilidade imediata, tal qual os direitos individuais, ao passo que, ambos tratam-se de direitos fundamentais, e ambos estão abarcados pelo artigo 5º, § 1º, CF/88. Sendo assim, foi possível concluir que a justiciabilidade dos direitos sociais não pode ser condicionada à promulgação de uma norma regulamentadora, esses direitos, veja, podem ser exigidos judicialmente, sem que haja lei, pois a própria Constituição os prevê, e os garante no mais amplo nível de proteção.

No segundo Capítulo, primeiramente abordou-se a origem da cláusula da reserva do possível, onde ficou demonstrado o relevante papel do julgado BVerfGE 33, 303, de 1972, do Tribunal Constitucional Alemão, bem como da obra *The cost of rights*, de Stephan Holmes e Cass Sustein. Tanto o direito alemão como o norte-americano, portanto, foram cruciais na construção dessa teoria, cada qual de acordo com o seu âmbito de aplicação. O direito brasileiro, por sua vez, inspirado nessas duas abordagens, não chegou sedimentar um conceito aprofundado da reserva do possível, entretanto, vem utilizando-a frequentemente quando surgem conflitos em relação à efetividade de direitos sociais e a problemática da escassez dos recursos. Nesse sentido, pode-se concluir que a reserva do possível, na maioria dos casos, é invocada como forma de limitar o exercício dos direitos prestacionais.

Indo adiante, passou-se a tratar da questão do mínimo existencial, como forma de limitar a aplicação da teoria da reserva do possível. Verificou-se, ao longo do trabalho, que o mínimo existencial trata-se do núcleo essencial do direito que está em questão. Esse núcleo, pois, está intimamente ligado com a dignidade da pessoa humana, na grande parte dos casos. Assim, concluiu-se que, ainda que admita-se que os recursos financeiros são limitados, e que, portanto, o exercício dos direitos não é absoluto, sofre limitações, ao menos o mínimo existencial deve ser garantido, ao menos a dignidade humana deve ser protegida. Outro ponto que foi averiguado, trata-se de que o mínimo existencial não confunde-se com o próprio direito social.

O último item do Capítulo 2 desenvolveu considerações no que concerne a Teoria de proteção do Estado e proibição de insuficiência, as quais resumem-se na ideia de que o Estado deve proteger os direitos fundamentais, devendo respeitá-los, evitando a violação por ação, bem como protege-los e defende-los, inclusive contra ataques de terceiros, evitando a violação por omissão, isso, frisa-se, em todos os

âmbitos de Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Ademais, concluiu-se que essa proteção não pode ser insuficiente, ela deve ser eficaz, o que significa dizer que ao menos as condições mínimas devem ser alcançadas, ao menos a dignidade humana deve ser assegurada.

No último Capítulo, este trabalho pesquisou, no site do Supremo Tribunal Federal, jurisprudências que abarcam o tema da reserva do possível, com o intuito de verificar, após traçados os principais apontamentos no que toca os direitos sociais, como é aplicada a teoria da reserva do possível em diferentes contextos. Foram examinadas, ao todo, 17 (dezesete) decisões, sendo que 12 (doze) foram abarcadas pelo período pesquisado no site do STF, e 5 (cinco) foram extraídas, a título exemplificativo, da obra de Kelbert (2011). Elas foram proferidas nos anos de 2004, 2005, 2008, 2009, 2011, 2013, 2014 e 2015, e abordaram os seguintes direitos: acesso à saúde, acesso à educação, acesso à assistência judiciária (defensoria pública), e a dignidade dos presos.

Através da análise dos julgados, concluiu-se que, atualmente, após decisões recentes da Corte Suprema, a reserva do possível não vem sendo acolhida como forma de indeferir direitos pleiteados judicialmente. Em grande parte das decisões, essa teoria é invocada pelo Poder Público, o qual alega não possuir recursos financeiros suficientes para conceder o direito, entretanto, por tratar-se de direitos fundamentais, os quais garantem a dignidade da pessoa humana, e, bem como, por não haver comprovação objetiva da insuficiência de recursos por parte do Estado, o Tribunal vem se manifestando no sentido de afastar a aplicação da reserva do possível.

Analisando de forma profunda, principalmente quando trata-se do direito à educação (vagas em pré-escola, creches, educação especial aos portadores de deficiências) e do direito à saúde (fornecimento de medicamentos, melhoria e reformas em hospitais), o Supremo já afirmou sua posição no que tange à reserva do possível, qual seja, a sua inaplicabilidade, na medida em que a omissão estatal, nesses casos, fere a Constituição Federal e a própria dignidade da pessoa humana. Em sentido diverso, quando trata-se da ofensa de direitos fundamentais dos presos em razão da superlotação carcerária, o Supremo caminhava num sentido de indeferir os pleitos que buscavam a condenação estatal em decorrência da ofensa desses direitos, em razão da escassez dos recursos, ou seja, aplicava-se, nesses casos, a reserva do possível. Ocorre que, decisões recentes vêm afirmando posicionamento diverso, vêm afastando a reserva do possível também nos casos de

ofensa aos direitos fundamentais dos presos, condenando o Estado a tomar medidas que melhorem as condições carcerárias e minimizem os danos sofridos.

Diante desse cenário, conclui-se que a reserva do possível, hoje, não é argumento válido para afastar o exercício de direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais, sendo possível dizer que diferentes “pesos” eram atribuídos à cláusula da reserva do possível quando em jogo diferentes direitos fundamentais (direito à saúde x direito à dignidade do preso, por exemplo), entretanto, não é o que vem ocorrendo recentemente, vez que a atual jurisprudência do STF não vem mais dando esse tratamento diferenciado. O que se percebe, portanto, é o afastamento da teoria da reserva do possível, que era invocada como forma de desobrigar o Estado a prestar direitos incumbidos a ele, independente do direito fundamental que está em questão, muito embora alguns sempre recebam maior proteção e garantia, como é o caso do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, I. W. *Direitos Fundamentais Sociais. Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-134.

BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Política e constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2016.

_____. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1824. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1946. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. *Constituições Brasileiras*. Brasília: Câmara dos Deputados. Série Cadernos do Museu n. 4. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/acamara/conheca/museu/publicacoes/arquivos-pdf/Constituicoes%20Brasileiras-PDF.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581/RS*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 02 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 02 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 875.333/RS*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8428052>>. Acesso em: 04 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 598.212/PR*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>>. Acesso em: 04 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 04 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 860.979/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8362463>>. Acesso em: 08 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 763.667/CE*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5034270>>. Acesso em: 08 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745/MG*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 727.864/PR*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218726>>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 642.536/AP*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337/SP*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581.352/AM*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904100>>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 21 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº*

410.715-5/SP. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 21 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 198/MG*. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19137159/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-198-mg-stf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Segurança nº 3741/CE*. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135909/suspensao-de-seguranca-ss-3741-ce-stf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 723.773/MS*. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5350574/agravo-de-instrumento-ai-723773-ms-stf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: TIMM, L. B.; SARLET, I. W. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 175-186.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARONE, Edgard. *O estado novo (1937-1945)*. Rio de Janeiro: Difel, 1976.

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. *Políticas públicas e controle de juridicidade: vinculação às normas constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FIGUEIREDO, M. F.; SARLET, I. W. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: TIMM, L. B.; SARLET, I. W. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-50.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 45, p. 105-130, jun. 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496910/RIL178.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

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

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Três "porquês" a jurisdição constitucional brasileira diante do (aparente) conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível na garantia dos direitos fundamentais sociais e no controle de políticas públicas: há mesmo escolhas trágicas? *Revista do Direito Unisc*, Santa Cruz do Sul, n. 38, p. 6-25, dez. 2012. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/2686/2265>>. Acesso em: 11 set. 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003.

_____. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. O direito eleitoral e a constituição de 1946. In: BALEEIRO, A.; LIMA SOBRINHO, B. *Constituições brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 25-41.

MACÊDO, Fabrício Meira. *O princípio da proibição da insuficiência no Supremo Tribunal Federal*. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Pernambuco*, n. 9, p. 7029-7072, 2012-2013. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07029_07072.pdf>. Acesso em: 19 out. 2016.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, Salvador, n. 25, p. 1-17, abr. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2016.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÖLLER, Max. *A aplicabilidade das normas de direitos sociais prestacionais: o direito de acesso à saúde no Brasil*. 2005. 134 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional - Mestrado e Doutorado) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2005.

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

POTRICH, Felipe Bittencourt. Efetividade dos direitos sociais, reserva do possível e seus limites. *Revista Virtual da AGU*, Brasília, n. 140, p. 3-22, out. 2013. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/265573>. Acesso em: 20 maio 2016.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: TIMM, L. B.; SARLET, I. W. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 349-372.

ZAMBONE, A. M. S.; TEIXEIRA, M. C. Os direitos fundamentais nas constituições brasileiras. *Revista do Curso de Direito*, São Paulo, n. 9, p. 51-69, abr. 2012. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/3542/3199>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: TIMM, L. B.; SARLET, I. W. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 187-192.