

A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE À TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO CENÁRIO NACIONAL E INTERNACIONAL / THEORY OF LIKELY RESERVATION FRONT TO THEORY OF MINIMUM EXISTENCIAL IN NATIONAL AND INTERNATIONAL SCENE

Maurício Testoni

Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Advogado.

RESUMO

Na presente pesquisa pretende-se elucidar a questão da inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana no direito constitucional moderno como direito fundamental e estruturante na organização do Estado. Para tanto, será abordada a teoria da reserva do possível frente à teoria do mínimo existencial, percorrendo sobre as questões principiológicas que norteiam essas teorias. Em seguida, será abordada a aplicação prática das teorias frente a realidade prática, uma vez que a reserva do possível, por tratar-se de baliza constitucional do Estado para garantias essenciais, é pressuposto do mínimo existencial, que por sua vez visa descrever quais as necessidades mínimas que norteiam a existência e subsistência do ser humano.

Palavras-chave: Reserva do Possível, Mínimo Existencial, Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The present article study aims to elucidate the question of the inclusion of the principle of human dignity in modern constitutional law as fundamental and structural organization of the State. To do so will be dealt with the theory of reserve can forward the theory of existential minimum, discussing issues principiológicas that guide these theories. Then be addressed to the practical application of the theories against practical reality, since the reserve as possible, because it is the goal of the state constitutional guarantees for essential assumption is the existential minimum, which in turn aims to describe what minimum requirements that govern the existence and survival of the human being.

Keywords: Reserve Possible Minimum Existential, Fundamental Rights.

DISTINÇÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

Inicialmente importante frisar a ausência de garantia legal acerca da proteção dos direitos humanos, para tanto, Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Roscasolano¹ discorrem nesse sentido:

No entanto, em que pese já existir preocupação com tais direitos, eles não possuíam “garantia legal” e eram bastante precários em sua estrutura política, já que respeitá-los dependia da sabedoria dos governantes.

Os primeiros, ou seja, os direitos humanos são aqueles direitos assegurados no plano internacional, assegurados a qualquer pessoa independentemente de seu vínculo com um determinado Estado, além do fato de serem oponíveis ao próprio Estado perante as instâncias supranacionais de tutela.

Como exemplos destes direitos podem citar a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e a Declaração Européia de Direitos do Homem (1951).

Os direitos fundamentais são aqueles consagrados no plano do Direito Constitucional de cada Estado.

No caso do Brasil, os direitos fundamentais estão arrolados expressamente nos artigos 5º a 7º da CF/88, salientando-se que na realidade eles estão previstos em toda ordem jurídica brasileira desde que decorrentes do regime e dos princípios adotados pela República Federativa do Brasil (art.5º§2º), além dos tratados internacionais que o Brasil seja parte, nesses casos, desde que aprovados em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros para serem equivalentes às emendas constitucionais (art.5º §3º).

Segundo Ingo Sarlet o constituinte brasileiro se utilizou desta expressão inspirado da Lei fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976. No entanto, não há dúvidas de que os direitos fundamentais também serão direitos humanos no sentido de se dirigirem a pessoa humana. A distinção, entretanto, é importante devido às consequências de ordem prática, tanto em sua interpretação como em sua aplicação.

¹ *Direitos humanos: conceitos, significações e funções.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 114.

A CONSTRUÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Segundo Robert Alexy a construção do mínimo existencial ocorreu na Alemanha. A jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha proferiu três decisões particularmente importantes no que toca aos direitos sociais prestacionais que acabou gerando o fundamento do mínimo existencial.

A primeira decisão ocorreu no ano de 1951 acerca da assistência social, entendendo que a constituição Alemã não obriga o Estado a proteger o individuo de suas necessidades materiais e que também não outorga ao individuo um direito fundamental a uma assistência por meio do Estado.

Após esta decisão, o Tribunal declara que com isso não se pretende dizer que o individuo não tenha nenhum direito constitucionalmente garantido a assistência. Em 1975, o Tribunal proferiu uma decisão onde afirma que a assistência aos necessitados é um dos deveres inquestionáveis do Estado Social.

A Comunidade Estatal há de garantir lhes, no mínimo, condições básicas para uma existência humana digna. Pressupôs assim, um direito fundamental a um mínimo existencial.

A segunda decisão diz respeito à *númerus clausus* onde se diferenciou o direito a participação nas instituições de ensino existentes e um direito a criação de novas vagas universitárias. Declarou que todo cidadão que tenha concluído o Ensino Médio possui um direito a admissão em um curso superior de sua escolha. Já em relação ao segundo direito, o Tribunal deixou aberta a questão para o exame do caso concreto.

Na terceira decisão, o Tribunal declarou que a Lei provisória sobre o Ensino Superior seria exigível, onde houvesse um titular individual de direito fundamental e contra os poderes públicos, no que respeita às suas decisões axiológicas gerando direitos a prestações normativas.

Para Ingo Sarlet não existem direitos sociais típicos de cunho prestacional na lei fundamental da Alemanha (1949), excepcionalmente existe a previsão da proteção da maternidade e dos filhos, compensação de desigualdades fáticas no que diz com a discriminação das mulheres e dos portadores de necessidades especiais.

Assim, a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna ocupou uma posição destacada não apenas nos trabalhos preparatórios do processo constituinte, mas também com a entrada em vigor da lei fundamental de Bonn de 1949.

Esta teoria engenhosa do mínimo social aos direitos fundamentais é fruto da doutrina alemã que tinha de superar a ausência de qualquer direito social na Carta de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional.

A teoria do mínimo existencial tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação de serviços sociais básicos que garantam a sua existência digna, significando o direito de requerer um mínimo dos meios de sobrevivência ou subsistência, de tal forma que sem o mínimo necessário a existência, cessaria a possibilidade da própria sobrevivência. Esse mínimo estaria baseado no próprio conceito de dignidade humana.

Na doutrina do pós-guerra, o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo a garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que já no início da década de 1950 considerou que o princípio da dignidade humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também a um mínimo de segurança social, já que sem os recursos materiais, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.

Por essa razão, o direito à vida e à integridade física não pode ser concebido apenas como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, mas também exige uma postura ativa no sentido de garantir a vida.

Cerca de um ano depois, o Tribunal Federal administrativo da Alemanha, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado argumentando como postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida que o indivíduo na qualidade de pessoa autônoma e responsável deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica na manutenção de suas condições de existência.

Tal decisão veio a ser cancelada em sua essência em outros arestos da Corte Constitucional alemã resultando no reconhecimento definitivo do *status* constitucional da garantia estatal do mínimo existencial.

Ingo Sarlet adverte que em que pese a viabilidade de se proteger e promover a dignidade da pessoa humana, esta proteção está condicionada espacial e temporalmente do padrão socioeconômico vigente em cada Estado.

Declara, ainda, que na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui um valor guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem

constitucional, razão pela qual se qualifica como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica.

No direito constitucional pátrio também tem sido acolhida tal fundamentação embora haja controvérsias sobre seu conteúdo podendo desta forma resultar consequências jurídicas diversas.

Na Alemanha o conteúdo essencial do mínimo existencial abrange prestações básicas em termos de alimentação, vestimenta, abrigo, saúde, e outros meios indispensáveis para sua satisfação.

No entanto, no próprio direito constitucional alemão há uma divergência quanto ao seu conteúdo e alcance, que tem sido desdobrado no mínimo fisiológico, no sentido de proteção contra necessidades de caráter existencial básico (ou ainda a sobrevivência) e o mínimo existencial sociocultural que para além da proteção básica, objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social, encontrando seu fundamento no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade.

Diante destas posturas doutrinárias e jurisprudenciais, Ingo Sarlet faz críticas sobre o conteúdo do mínimo existencial que não poderia ser confundido com o mínimo vital ou mínimo de sobrevivência de vez que este último diz com a garantia do direito à vida sem necessariamente abranger às condições para uma sobrevivência física em condições dignas ou ainda de uma vida com qualidade.

Esta interpretação é a que tem, no entanto, prevalecido tanto na Alemanha como na doutrina e jurisprudência constitucional comparada, especialmente no plano europeu.

A doutrina e a jurisprudência alemãs partem da premissa de que existem diversas maneiras de realizar esta obrigação, incumbindo ao legislador à função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição etc, podendo os tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes.

O autor ressalta a importância da garantia do mínimo existencial que independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana.

A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO CENÁRIO NACIONAL E INTERNACIONAL

Ingo Sarlet ressalta a importância da garantia do mínimo existencial que independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana.

No caso do Brasil embora não seja expressa esta garantia não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco do art. 170 da CF visando assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social.

O autor conceitua o mínimo existencial como:

“O conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida digna, saudável, e que este tem sido identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, que estaria blindado contra qualquer intervenção do Estado e da sociedade.”

Revela a impossibilidade de se estabelecer de forma apriorística e taxativa um elenco de elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial, notadamente quando não prevista uma possibilidade de adequação as exigências concretas da pessoa beneficiada e se cuidar de um benefício único substitutivo da renda mensal, reclamando uma análise à luz de cada pessoa e de seu núcleo familiar.

Argumenta-se que às prestações necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais dependem sempre de disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las, condicionando-os à reserva do possível, à separação dos poderes, às competências constitucionais sobre a reserva da lei orçamentária e ao princípio federativo.

Dessa forma, apesar da efetivação dos direitos sociais estar vinculada à reserva do possível, a parcela mínima necessária à garantia da dignidade humana jamais poderá ser esquivada, cabendo ao Judiciário, em casos de inadimplemento e mediante provocação, corrigir eventuais distorções que atentem contra a razoabilidade e a proporcionalidade.

Cabe ressaltar, por outro lado, que esta prática resguarda às margens de atuação do legislador e do administrador público, tendo em vista que o juiz não dirigirá a política pública a ser desenvolvida, mas apenas indicará a prioridade constitucional que merece atenção.

Há um espaço normativo da dignidade que diz respeito a um consenso mínimo e que poderá ser objeto de controle judicial. Dito controle judicial visa impedir que os enunciados normativos em questão, sejam violados e assegurar que a produção dos efeitos por eles pretendidos sejam respeitados.

Esse controle, entretanto, deve restringir-se ao mínimo existencial da dignidade humana no que toca a políticas públicas, pois o campo reservado ao legislativo de decidir suas formas concretas de implementação, referente à sua esfera política e ao Executivo de como administrar da melhor forma possível o bem-estar social, não pode deixar de existir sob pena de extinguir o princípio constitucional da separação dos poderes.

A jurisprudência brasileira tem se posicionado no sentido de tutelar o mínimo existencial. Decidem segundo o entendimento de que por enquadrarem-se nos direitos fundamentais não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

“Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas sempre que os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.” (STF. Agravo de Instrumento nº 677274, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 18/09/2008, DJE-185).

Assim, constata-se que o Supremo Tribunal Federal em suas decisões, vem reiteradamente declarando que o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental.

A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (ação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional.

Desse *non facere ou non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público, a omissão do Estado, que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

Segundo Ingo Sarlet (2008, p.29) de acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A disponibilidade financeira se localizaria no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

Na ADPF 45/DF o Ministro Celso de Mello se pronunciou da seguinte forma:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência³⁰. Desta forma, entende reiteradamente que a proteção contra aquelas situações compõe o mínimo existencial, de atendimento obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais, posto que tais condutas ilícitas afrontam o direito universal à vida com dignidade, à liberdade e à segurança. Cumpre-se 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações

constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Ainda segundo jurisprudência do STF:

“As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirigidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional. O STJ decidindo sobre a problemática envolvendo de um lado a escassez de recursos e de outro as responsabilidades estatais no cumprimento do dever prestacional do Poder Público afirma: A escassez de recursos públicos, em oposição a gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais em se considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais.” (STJRecurso Especial nº 811608, Primeira Turma).

A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Falar de reserva do possível é também tratar de direitos humanos, sobretudo os de segunda geração/dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais).

Após a revolução industrial (século XVIII), começou-se a pensar em instrumentos de proteção do cidadão contra o arbítrio do Estado. Queriam a inação do Estado para assegurar liberdades.

Trata-se dos chamados direitos civis e políticos – Direitos de Primeira Geração.

Partindo-se desta premissa, para que o Estado implementasse os chamados direitos de primeira geração, bastava uma inação, não necessitando de prestações positivas (ex. não

entrar na casa de alguém sem consentimento do morador, em flagrante delito etc.). Nasceu o Estado Liberal.

Ocorre que se percebeu que a simples inação do Estado, garantindo direitos civis e políticos, não bastou para implementação da “justiça social”. Para isso, se viram necessárias prestações estatais no campo econômico, social e cultural (direitos de segunda geração). Nascia aí o chamado Estado Social, inaugurado pelas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919.

Para tanto, para que se implemente política pública no Estado Liberal, basta que o Estado não intervenha nas relações sociais; no entanto, para implementá-la no Estado Social, necessária atuação positiva (agir), v.g, Previdência Social, Direito do Trabalho etc.

A reserva do possível tem relação umbilical com os direitos fundamentais de segunda geração que, em regra, são de cunho programático.

Isso quer dizer que estes direitos se traduzem num verdadeiro “programa político estatal”, uma vez que, na maior medida possível, deve ser alcançado.

Falar-se em implementação de políticas voltadas aos comandos dos direitos sociais, é garantir o mínimo existencial do ser humano.

A Constituição Federal, de forma expressa, prevendo os direitos fundamentais de segunda geração, impôs ao Estado um dever de agir, na medida do financeira e materialmente possível.

Assim, para que se implemente essas políticas públicas mínimas, não basta a boa vontade estatal, sendo imprescindível recursos suficientes para tanto. Nisso se resume a denominada “reserva do financeiramente possível”.

O artigo 196, da Constituição Federal, por exemplo, trata da saúde como um direito de todos e um dever do Estado. A priori tal direito poderia ser taxado de programático, porém, não é essa a interpretação dada pelo STF.

Esta corte tem emprestado aplicabilidade imediata ao comentado direito fundamental, mormente por se relacionar, diretamente, com o direito à vida (direito de 1ª geração). Assim, neste ponto, difícil ao Estado se defender sob o argumento da cláusula da reserva do possível.

Nesse sentido, dentre os direitos sociais, culturais e econômicos, existem aqueles de plena aplicabilidade, os quais convivem harmonicamente com os outros de caráter programático, necessitando de atuação estatal, notadamente do Poder Executivo ou do Poder Legislativo para que sejam concretizados.

O STF, tendo em vista a força normativa da Constituição, teoria esta encabeçada por Konrad Hesse (*in A Força Normativa da Constituição*) tem conferido concretude às normas constitucionais, no sentido de fazer valer, com máxima efetividade, os preceitos assegurados pelo Poder Constituinte Originário aos cidadãos, conforme podemos observar da ementa abaixo:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples

conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.(RE-AgR 410715 / SP - SÃO PAULO AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 22/11/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma).

Nessas questões (de intromissão excepcional do Poder Judiciário em temas referentes às políticas públicas), ante a necessidade de concretização desses direitos, o poder público vem utilizando como tese defensiva a teoria da reserva do financeiramente possível.

Esta teoria segue a lógica da falta de receita para implementação do dever de concretização da prestação pública (saúde, educação). Ademais, fala-se que a implementação de políticas públicas é matéria afeta a discricionariedade e conveniência do executivo e do legislativo, o que tornaria inviável o pleito judicial desse objeto.

O Poder Judiciário traz como requisito para aceitar a tese da reserva do possível, a necessidade da comprovação objetiva e séria da inexistência de receita para tal despesa (ônus da Fazenda Pública).

Conforme decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, veiculada no Informativo n. 141:

**DECISÃO ADMINISTRATIVA DE
DESATIVAÇÃO DE BERÇÁRIO PÚBLICO -
LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE E DA
RESERVA DO POSSÍVEL.**

A decisão administrativa de desativação de berçário público, sem data prevista para reinício do programa ou mesmo estudo que atentasse a idoneidade das instituições escolhidas para realocação das crianças,

extrapola o aspecto da discricionariedade do administrador, porquanto desrespeita não só a garantia fundamental assegurada constitucionalmente à criança e ao adolescente, prevista nos arts. 208, IV, e 227, da Carta Magna, como também a finalidade do ato administrativo, permitindo-lhe o controle pelo Poder Judiciário. Desse modo, havendo Relatório de Fiscalização de Entidades, apresentado pela Promotoria de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude, informando que as instituições para as quais os menores seriam encaminhados não possuem condições de dar continuidade ao serviço de berçário, incabível se mostra tal decisão. Assim sendo, não pode ser invocada pelo Estado a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais.

(20010130014723APE, Rel. Des. OTÁVIO AUGUSTO. Data do Julgamento 13/02/2008 - 6ª TURMA CÍVEL).

Confira-se que o poder público, para invocar a tese da reserva do financeiramente possível, deve fazê-lo comprovando objetivamente a insuficiência de receita, bem como a repercussão orçamentária que a medida poderia ocasionar.

Essa tese tem como contra ponto a preservação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que muitas vezes fundamenta o pedido de interferência do Poder Judiciário para concretização de políticas públicas, notadamente quando se refere ao direito constitucional à saúde, conforme referido no art. 196, da CF, *verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Para análise do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a tese da Reserva do Financeiramente Possível, vejamos situação relativa ao direito de segunda geração, que tem como objeto a prestação estatal quanto à saúde da população; segue a ementa:

E M E N T A: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM

EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA

SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (RE - AgR 393175 / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 12/12/2006 Órgão
Julgador: Segunda Turma).

RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE AO MÍNIMO EXISTENCIAL NO ÂMBITO NACIONAL

A justificação amparada na reserva do possível deve observar os limites fáticos e jurídicos.

O cenário Nacional contemporâneo demonstra-se financeiramente seguro, sendo uma das maiores economias mundiais, possibilitando o oferecimento de condições mínimas existenciais, o que não transgride o limite financeiro no plano fático.

A questão a ser resolvida estaria calcada nos limites jurídicos constantes em nosso ordenamento jurídico, principalmente no que tange ao Orçamento Público e suas formalidades.

Mesmo cabendo ao Legislativo e ao Executivo, a prerrogativa de elaborar e executar as políticas públicas pode o Judiciário, diante do caso concreto, proferir decisões que imponham ao próprio Estado a obrigação de adotar medidas, mesmo que não previstas nas políticas públicas pré-definidas e consequentemente estabelecidas no Orçamento Público, que confirmem ao cidadão a efetivação das garantias previstas constitucionalmente, limitando desta forma, a discricionariedade política que deve obedecer as premissas constitucionais básicas.

O Estado deve atuar positivamente a fim de proporcionar a igualdade material, que nem sempre é alcançada por meio de políticas públicas genéricas, não beneficiando certos grupos de pessoas.

O Executivo negando-se a prestar o considerado mínimo existencial, legitima o cidadão a buscar o pretendido perante o Judiciário, que analisará o estabelecido constitucionalmente como obrigação do Estado diante do caso concreto.

O judiciário, quando se depara com situações concretas em que há o conflito entre a aplicação do mínimo existencial e a reserva do possível, deve primeiramente observar se a situação apresentada, de acordo com a atual conjuntura do cenário nacional e as necessidades locais, amolda-se ao mínimo necessário a assegurar a dignidade da pessoa que o pleiteia.

Observando isso e verificando tratar-se de algo essencial, poderá prosseguir às demais análises, porém, pode não conhecer o pleiteado em sua integralidade (quando o pedido possuir subsidiariedades, ou ainda, que possa ser prestado de forma alternativa sem alterar o conteúdo do pedido inicial).

Superada a primeira análise observando tratar-se de um pedido essencial, necessário se faz observar as condições pessoais do sujeito que o pede. Isto porque, nada impede que o pedido seja essencial, mas quem o pleiteia possua condições, mesmo que parcial, para obter o requerido.

Se possuir condições integrais, mesmo que o Estado a garanta indistintamente a todos como no caso da saúde (art. 196 da CF), pode ter limitado o seu direito frente à reserva do possível, mesmo que no plano fático possua recursos, desde que no plano jurídico não preencha os requisitos.

Se não possuir condições para obtenção do pedido essencial, não pode o Estado se eximir do cumprimento com a escusa da reserva do possível, a não ser que esta esteja fundamentada na impossibilidade fática financeira para o atendimento do pedido. Caso possua condição parcial, deverá prover o pedido na medida da impossibilidade, visando supri-la.

Verificando nessa segunda fase, que a situação pleiteada amolda-se ao considerado como mínimo existencial, bem como quem o pede ser uma pessoa que não possui condições de obter o requerido sem a atuação Estatal, o julgador analisará agora a alegação de defesa do Estado, fundamentada na impossibilidade de cumprimento com fulcro na Reserva do Possível.

A mera alegação de que o ente federativo não possui recursos e que o Orçamento Público já está elaborado e definido, não podendo acrescentar despesas, sob pena de o Judiciário usurpar o que a Constituição já definiu às outras duas grandes funções (Legislativo e Executivo), não merece guarida, pois se deve provar no plano fático a impossibilidade no cumprimento, pois a jurídica, por si só, não elide o cumprimento do que foi estabelecido constitucionalmente como essencial e devido pelo Estado, possibilitando ao julgador impor obrigação ao Estado, mesmo que implique em aumento de despesa, pois as escolhas políticas discricionárias devem antes atender aos preceitos mínimos estabelecidos constitucionalmente e podem ser corrigidas pelo Judiciário no caso concreto.

Por fim, um julgado do Superior Tribunal de Justiça, que enfrentou a celeuma havida entre os institutos em estudo:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.068.731 - RS (2008/0137930-3)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL RECORRIDO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL **PROCURADOR:** JANAÍNA BARBIER GONÇALVES E OUTRO(S) **EMENTA:** ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL.²

² A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2.O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo – UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente. 5. A *reserva do possível* não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da “limitação de recursos orçamentários” frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são

Desta feita, inadmissível o argumento estatal de que o reconhecimento de uma garantia prevista Constitucionalmente não poderá ser adimplida, vez que diante das necessidades sociais – que não tem como serem previstas no orçamento – a isenção de cumprimento é tecnicamente impossível.

CONCLUSÃO

Na presente pesquisa, após os estudos concernentes às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial, pode-se perceber que o Estado, ao chamar pra si – mesmo que de forma indireta – a responsabilidade pela subsistência do ser humano consistente no mínimo existencial, abraça uma grande causa da humanidade, ou seja, fazendo com que todos, sem exceção, tenham acesso às condições mínimas e condignas para que possa sobreviver dignamente. Ocorre, que diante das questões que envolvem a aplicação prática da aplicação das teorias, o Estado, utilizando como escudo o respeito aos três poderes constituídos, argumenta que o poder judiciário não se deve intrometer nas questões relacionadas ao orçamento público, relativas ao poder legislativo, tendo em vista que a teoria da reserva do possível, encontra supedâneo no orçamento público para que o mínimo existencial seja devidamente respeitado. Portanto, pode-se concluir com a presente pesquisa, que o Estado, ao determinar constitucionalmente que pode assegurar o mínimo existencial por meio da reserva do possível, este, não se pode olvidar de atender àquele que pleiteia judicialmente a aplicação das referidas teorias, sob pena de contradizer o que fora estabelecido não somente na declaração universal dos direitos do homem, como também na própria Constituição Federal Brasileira.

plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010). 7. Recurso Especial provido.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

AFONSO DA SILVA, José. Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Cleber Francisco. O princípio da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ALVES, José Augusto Lindgren. Os direitos humanos na pósmodernidade. São Paulo: Perspectiva, 2005.

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

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BÉNOIT, Francis Paul . Les conditions d' existence des libertes. Paris: La documentation française, 1985.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Regina Helena. Princípio da capacidade contributiva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GUERRA, Sidney, MERÇON, Gustavo. Direito constitucional aplicado à função legislativa. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo: revista atualizada até a Emenda Constitucional 56, de 10.12.2007. 25º ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV. Coimbra: ed. Coimbra, 1991.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SACHA Calmon Navarro. O controle de constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

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

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SAUCA, José Maria. Problemas actuales de derechos fundamentales. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolome de las Casas, Universidade Carlos III de Madrid e Boletín Oficial del Estado, 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. Os direitos humanos na tributação: imunidades e isonomia. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. (org.) Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.