

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA
ASCES-UNITA
CURSO DE DIREITO**

**A RESERVA DO POSSÍVEL DIANTE DOS DIREITOS SOCIAIS
CONSTITUCIONAIS**

POLIANA JASMELINA DA SILVA GALDINO

**CARUARU
2017**

POLIANA JASMELINA DA SILVA GALDINO

**A RESERVA DO POSSÍVEL DIANTE DOS DIREITOS
CONSTITUCIONAIS SOCIAIS**

Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) para graduação em Direito no Centro Universitário Tabosa de Almeida ASCES/UNITA, orientado pelo Prof. Dr. Ademario Tavares.

**CARUARU
2017**

RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de demonstrar a importância dos direitos sociais elencados na Constituição Federal como saúde, educação, moradia, ou seja, direitos básicos à vida que propiciem um mínimo de dignidade aos cidadãos. E mostrar também a omissão do Estado em garantir esses direitos que muitas vezes, valendo-se da teoria da reserva do possível, negligenciam a efetivação dos mesmos. Quando há a ausência de justificada das políticas públicas que assegurem a concretização dos direitos sociais, o Poder Judiciário, tem realizado intervenções significativas por meio de suas decisões assegurando que os direitos sejam prestados a quem de direito. Através de alguns julgados, será analisado como os tribunais têm interpretado essa questão da reserva do possível e os direitos prestacionais sociais.

Palavras-Chave: Direitos Sociais; Reserva do Possível; Judicialização; Separação de Poderes; Direitos de 2ª Dimensão.

ABSTRACT

The present work aims to demonstrate the importance of the social rights listed in the Federal Constitution as health, education, housing, that is, basic rights to life that provide a minimum of dignity to citizens. And also to show the State's omission to guarantee these rights, which often, based on the theory of the reserve of the possible, neglect the realization of these rights. When there is an unjustified lack of public policies that ensure the realization of social rights, the Judiciary has made significant interventions through its decisions ensuring that rights are provided to those who are entitled. Through some judgments, it will be analyzed how the courts have interpreted this issue of the reservation of the possible and the social benefits rights

Keywords: Reservation of Possible; Judiciary; Separation of Powers; 2nd Dimension Rights; Public policy.

SUMÁRIO

Introdução	6
1. Direitos Sociais na Constituição de 1988	6
2. Direito à Saúde	7
3. Princípio da Reserva do Possível	8
4. A Judicialização dos Direitos Sociais	12
5. A importância das Políticas Públicas para Efetivação dos Direitos Sociais	14
5.1 Previsão Orçamentária	17
Conclusão	18
Referências	20

Introdução

Os direitos sociais serão o tema de discussão deste trabalho, a fim de demonstrar sua relevância para a sociedade. É dever do Estado e nisso entende-se União, Estados, Distrito Federal e Municípios assegurar por meio de políticas públicas, a efetivação de tais direitos previstos na Constituição Federal de 1988.

No entanto, esses direitos às vezes têm sido mitigados devido a omissão do Estado, e os cidadãos têm procurado o Judiciário para garantir a concretização dos mesmos. Nesse contexto, surge a invocação da teoria da reserva do possível por parte da administração pública, justificando a não prestação dos direitos sociais. Essa teoria foi inicialmente utilizada na Alemanha, no caso conhecido como *numerus clausus* 33, posteriormente, recepcionada no Brasil, tem sido aplicada de maneira diversa da Alemanha.

Será abordado também, a questão da importância das políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais. As políticas são previsões constitucionais que determina que o Executivo por meio de políticas, promova a efetivação dos direitos. Na ausência de tais medidas, cabe ao Judiciário assegurar que os direitos sejam efetivados. Nesse cenário, serão analisados alguns julgados para entendermos como o Poder Judiciário está decidindo essas questões que deveriam ser propiciado pelo Poder Executivo e como os tribunais têm analisado os casos concretos e aplicado a teoria da reserva do possível.

1. Os Direitos Sociais na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 (CF), trouxe em seu texto um rol de direitos e garantias para a sociedade, dentre eles, os chamados direitos sociais. Tais previsões, são enquadradas nos direitos de 2º dimensão como o direito à saúde, moradia, emprego dentre outros e incube ao Estado o dever de assegurá-lo. Eles surgem como uma maneira de diminuir a disparidade existente entre as diversas classes econômicas. Os direitos sociais são uma espécie de proteção aos hipossuficientes numa tentativa de diminuir as desigualdades existentes. Sobre este aspecto José Afonso da Silva (1999, p.289-290) salienta que:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida

aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualdade de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que ligam ao direito de igualdade.

Por ser um direito de 2ª dimensão, sua aplicação é imediata, porém, o Estado muitas vezes negligencia tal direito devido insuficiência de recursos, e nesse contexto, o Executivo precisa tomar uma decisão que seja o menos impactante possível aos cofres públicos. Ao decidir quem será priorizado no recebimento desse direito, um será beneficiado em detrimento de outro, surge nesse impasse o princípio da reserva do possível e o mínimo existencial para tentar encontrar um equilíbrio em tais decisões.

2. O direito à saúde

Elencado no Art. 196, CF dispõe que:

A saúde é um 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.

Sendo a Constituição Federal de 1988 a pioneira em assegurar o direito fundamental à saúde, enquanto que os outros textos constitucionais tratavam sobre o tema de maneira superficial. Ela abordou de maneira enfática este direito, aproximando-se com isso das principais declarações dos direitos do homem. No texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 25 dispõe que:

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Por se tratar de um direito social, ela assegura que é um direito de todos e dever do Estado. Em seu Art. 23, II a CF versa sobre as competências comuns aos entes Federativos: “Art. 23. É competência Comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II. cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. Com isso, fica evidente que a competência para o provimento de tal direito, é comum aos entes

federativos: União, Estados, Distrito Federal (DF) e Municípios. Cabe aos mesmos promoverem políticas públicas e ações para garantir que todas as pessoas tenham acesso à saúde. Nesse sentido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decide da seguinte forma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA (ART. 557, CAPUT DO CPC). DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE INSUMOS: FRALDAS GERIÁTRICAS DESCARTÁVEIS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CABIMENTO. Qualquer dos entes políticos da federação tem o dever na promoção, prevenção e recuperação da saúde. É cediço de todos que a Carta Magna erigiu a saúde como sendo direito de todos e dever do Estado, nos termos dos arts.196, da CF e 241, da CE, portanto, depreende-se que é obrigação do Estado, independentemente de qual seja a esfera de poder – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, visto que possuem competência comum, conforme o disposto no art. 23, II, da CF, assegurando assim, às pessoas carentes de recursos financeiros o acesso aos tratamentos necessários para a cura de seus males, dentre os quais, os mais graves. Ademais, o fato de se tratar de idoso vem corroborar tal obrigação. (Agravo de Instrumento Nº 70046737052, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 21/12/2011)

3. Princípio da Reserva do Possível

O Princípio da Reserva do Possível surgiu inicialmente na Alemanha. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha aplicou tal princípio no caso conhecido como *numerus clausus* 33. Estudantes acionaram o Estado para que fosse-lhes assegurado o direito de ingressar no curso de medicina numa Universidade Pública. Eles usaram como base para seu pedido o que dispõe no Artigo 12,I, da Lei Fundamental Alemã que versa sobre as profissões “ Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua, profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem”. No entanto, o Tribunal alemão interpretou esse dispositivo da seguinte maneira: esses direito já estava sendo assegurado dentro dos limites do Estado, a quantidade de vagas ofertadas era o que ele podia custear, estava dentro da “reserva do possível” financeira do Estado (Krell, 2002, p 07-20).

Por ser um princípio extraído de uma legislação estrangeira, a dificuldade de adaptar à realidade brasileira é algo inerente, pois há uma diferença nos aspectos sociais, políticos e culturais e principalmente econômico que que

dificultam a efetivação dos direitos sociais prestacionais. Essas disparidades devem ser analisados ao recepcionar um instituto jurídico de outra sociedade. Cada sociedade tem suas especificidades que necessitam ser consideradas para que a norma possa ter sua efetividade e eficácia garantidas. Com relação a recepção desse instituto, Krell (2002,p. 108) faz uma crítica:

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

No Brasil, o princípio da reserva do possível tem sido utilizado de uma maneira distinta da Alemanha. De acordo com Andreas Krell, na Alemanha essa teoria condiciona a efetivação dos direitos fundamentais à condição financeira do Estado, Andreas J. Krell (2002, p. 52).

Que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. (...)
Segundo o Tribunal Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas “estão sujeito a reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional pode esperar da sociedade”.

No Brasil, a reserva do possível tem sido invocada constantemente pelo poder Executivo, na maioria das vezes o intuito de se eximir da prestação dos direitos sociais. Essas demandas prestacionais estão ficando a cargo do Judiciário decidir e garantir que sejam efetivadas. Porém, vale salientar que a estrutura econômica do Estado está com sérios problemas, a escassez de recursos muitas vezes dificulta e até impede que esses direitos sejam assegurados. Nesse contexto, a administração tem que fazer escolhas o que a doutrina chama de “escolha trágica”.

Outro problema alegado pelas gestões públicas, seria a falta de previsão orçamentária que impedem a realização desses direitos. Quanto a este aspecto, Krell (2002) aponta uma solução que seria realocar recursos de outras

áreas que não estejam diretamente ligadas aos direitos essenciais à vida, como por exemplo, transporte, lazer entre outros setores.

Para Walber Agra, a reserva do possível apesar de não ter previsão constitucional, é propícia quando for usada para racionalizar os gastos públicos. Walber de Moura Agra (2010,p.308)

Mesmo não tendo assento constitucional e podendo ser destituída de valia em decorrência do princípio da proporcionalidade, a teoria da reserva do possível se mostra propícia quando for usada para racionalizar os recursos públicos, impedindo que sejam direcionados de forma temerária. Mostrar-se-á despicienda e danosa quando for utilizada para estiolar a concretização de direitos fundamentais.

Analisaremos a seguir como os tribunais têm aplicado essa teoria da reserva do possível em suas decisões.

RE 592581 / RS EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva o possível ou separação dos poderes.(Recurso Extraordinário 592581 Rio Grande do Sul Relator: Ricardo Lewandowski 13/08/2015)
A C Ó R D Ã O

(...) Ainda por unanimidade, assentar a seguinte tese: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo

oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”.

Nesta decisão, o STF afastou a reserva do possível como causa impeditiva à realização da reforma na Casa de Albergado, no Rio Grande do Sul. Ficou evidenciado a valorização dos direitos sociais. Protegendo a integridade física, a dignidade da pessoa humana dos albergados. Direitos que deveriam ter sido assegurados pelo Rio Grande do Sul, na omissão deste, o STF decidiu em favor dos internos. Alegou ainda, o não ferimento ao princípio da separação dos poderes, já que o STF na qualidade de guardião da CF, tem o dever de assegurar que seus dispositivos sejam cumpridos. No caso analisado ficou demonstrado claramente a omissão do Executivo na promoção de políticas públicas que garantam as condições mínimas dos abrigados

Já nesta outra decisão, o Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJ-PE), julgou de forma diferente:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO REJEITADA. DECISÃO UNÂNIME. MÉRITO. INTERDIÇÃO DE CADEIA PÚBLICA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INDEVIDA INSERÇÃO DO JUDICIÁRIO COMUM NO CONTROLE CARCERÁRIO ESPECIALIZADO DO ESTADO. RECURSO PROVIDO POR MAIORIA DE VOTOS. 1. Sendo o pedido em tese viável juridicamente, à unanimidade de votos rejeitou-se a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. 2. Mérito. Impossibilidade de se determinar o fechamento de um estabelecimento prisional e determinar a transferência dos presos para um estabelecimento que certamente se encontrará nas mesmas situações daquele que seria interdito. 3. Precedente deste Sodalício constante do AI 268497-7, 1CDP, rel. Des. Erik Simões, DOJ de 18/08/2014. 4. Agravo de instrumento provido por maioria de votos. (TJ-PE - AI: 1637747 PE, Relator: Alfredo Sérgio Magalhães Jambo, Data de Julgamento: 26/01/2015, 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público, Data de Publicação: 06/03/2015)

Nesta decisão do TJPE, também foi utilizada a reserva do possível, mas de uma maneira diferente. No acórdão a reserva do possível foi uma das justificativas para a não interdição da cadeia na cidade de Santa Cruz do Capibaribe, alegando que a transferência dos presos para outro local, encontraria condições semelhantes a que eles se encontravam.

Na decisão a seguir, o Min. Gilmar Mendes, em decisão monocrática reitera a Jurisprudência pacificada do STF, no que diz respeito ao provimento de direitos sociais. No caso em análise, ele justifica o seu voto afirmando

que não se aplica a reserva do possível pois o Estado não demonstrou a insuficiência de recurso, concluindo assim, que ele tem condições financeiras de garantir o direito. Nesse caso, o ônus de provar a inexistência de recursos é do Estado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de embargos de declaração contra decisão monocrática de minha relatoria (fls. 173-174) que negou seguimento a recurso interposto. Nos embargos declaratórios, defende-se, em síntese, que não houve apreciação, na decisão monocrática, das teses expostas no recurso extraordinário no que diz respeito à separação dos poderes e à observância do princípio da reserva do possível.

Além disso, conforme jurisprudência desta Suprema Corte, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, ressalvada a ocorrência de justo motivo, objetivamente. 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. (Recurso Extraordinário 875.333 Rio Grande do Sul Relator: Gilmar Ferreira Mendes,28/04/2015)

Diante dos julgados analisados, percebe-se que o Judiciário tem sido criterioso em decidir sobre os direitos sociais, no tocante a aceitação ou não da reserva do possível como justificativa para o provimento de alguns direitos. As situações devem ser analisadas no caso concreto e com cautela para que não tome decisões arbitrárias.

4. A Judicialização dos Direitos Sociais

É sabido de todos que os direitos sociais são previsões constitucionais e dever do Estado os prover, através de políticas públicas que propiciem o acesso dos cidadãos a estes direitos. Porém, essa prestação não está sendo realizada.

Essa omissão por parte do Estado tem ocasionado a judicialização desses direitos. Com a CF de 1988, o direito de acesso à justiça foi ampliado o que contribuiu para que as pessoas procurassem mais o judiciário. A respeito disso, discorre Gilmar Ferreira Mendes (2012,p. 895).

Ademais, a Constituição de 1988 conferiu significado ímpar ao direito de acesso à justiça e criou mecanismos especiais de controle da omissão legislativa (ação direta por omissão e mandado de injunção),

destinados a colmatar eventuais lacunas na realização de direitos, especialmente na formulação de políticas públicas destinadas a atender às determinações constitucionais.

A omissão do Estado está fazendo com que o judiciário decida a respeito da concretização dos direitos prestacionais sociais. Nesse sentido, há uma crítica feita pelos gestores públicos, eles alegam que com essas decisões, o judiciário estaria infringindo o princípio da Separação dos Poderes, que estaria entrando na seara administrativa.

Porém, ao ser acionado, o Judiciário tem que apresentar uma solução para o conflito. E cabe a ele zelar e garantir que os preceitos constitucionais sejam efetivados. Na ausência de políticas públicas que assegurem os direitos aos cidadãos, o Judiciário deve intervir e fazer com que sejam assegurados.

A respeito da separação dos poderes, Ministro (Min.) Gilmar Ferreira Mendes, em seu voto do Recurso Extraordinário 860.979 DF.

No agravo regimental, (...) Inicialmente, conforme já posto na decisão agravada, constato que o acórdão recorrido não diverge da jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o óbice imposto pelo princípio da separação dos poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, quando diante de inadimplemento do Estado em políticas públicas constitucionalmente previstas. Incabível, portanto, falar em interferência indevida do Judiciário em matéria orçamentário-financeira, quando a obrigação decorre de mandamento constitucional(...)

Fica evidente no voto do Min. Gilmar Mendes, que o Judiciário não viola o princípio da separação dos poderes, uma vez que o Estado não adotou as políticas públicas previstas na CF, a fim de garantir que o direito em questão fosse assegurado. Para alguns juristas, esse tipo de atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), configura-se como ativismo judicial. Já que o STF, acaba editando normas ao proferir as decisões, invadindo a seara legislativa.

Acerca do ativismo judicial, o professor Luís Roberto Barroso (2008, p. 4) esclarece que:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Diante dessa definição de Barroso, fica claro que este ativismo judicial é uma ação do Judiciário que decorre da omissão do Estado. Quando este se mostra omissivo com suas obrigações, em especial no que concerne a discricionariedade do ente federativo em implementar de políticas públicas que propiciem a efetivação de direitos, o Judiciário tem que intervir pra assegurar que as previsões constitucionais sejam cumpridas, promovendo a chamada justiça social.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a respeito da judicialização da saúde expõe que (CNJ, 2015, p. 137):

O protagonismo das instituições jurídicas – e, em especial, do Judiciário – não esteve isento de contradições no Brasil, mas isso é um processo compreensível. Independentemente dos diversos desafios relacionados, o fato é que a judicialização da saúde no Brasil tem reconfigurado drasticamente as responsabilidades dos Poderes para o estabelecimento de políticas públicas que atendam aos critérios de universalidade, integralidade e descentralização. Em muitos casos, trata-se de uma verdadeira política judiciária de saúde, com destaque para o trabalho que vem sendo desenvolvido pelo CNJ. Em suma, o que se observa é que esses desafios incidem sobre a relação entre Estado, sociedade e instituições jurídicas no processo de efetivação do direito à saúde e de consolidação da saúde pública e suplementar. Cresce a cada dia a importância de se estabelecer uma política judiciária nacional e simultaneamente local para a saúde.

Diante dos inúmeros casos que acabam indo ao Judiciário para que ele “diga o direito” no que diz respeito da efetivação dos direitos sociais, fica evidente que é de suma importância a implementação de políticas públicas garantam a realização não apenas do direito à saúde, como os demais direitos sociais prestacionais dispostos na CF.

5. A importância das Políticas Públicas para Efetivação dos Direitos Sociais

Com a Promulgação da CF de 1988 e o destaque que foi dado aos direitos sociais, o Brasil passou a ser um Estado Social. Elencou em seu texto constitucional vários dispositivos que promovem aos cidadãos direitos e garantias no sentido de assegurar a dignidade da pessoa humana, sendo as políticas públicas, o instrumento para a efetivação dos direitos sociais. Sobre políticas públicas (DWORKIN, 2002, p. 36) apud (Glauber da Costa Cypreste Queiroz, 2015, p. 206)

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá

promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio.

Desta forma, fica evidente que as políticas possuem um caráter mais concreto, enquanto os princípios norteiam os direitos, a política vem como uma forma de promoção de execução dos mesmos.

Cabe ao Poder Legislativo, oferecer suporte para Executivo prover essas políticas, sobre a égide do que dispões a Constituição Federal no que concerne à Administração Pública. O Legislativo oferece a norma geral e o Executivo cria as políticas públicas dentro desse limite imposto. A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), é quem norteia a criação dessas políticas. Conforme dispõe o art. 165 da CF:

§ 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

§ 4º - Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.

A atuação do Executivo ocorre de maneira discricionária, dentro dos limites impostos pela legislação e adequando as necessidades de cada região, alguns lugares vão precisar mais de investimento na área da saúde, por exemplo. Enquanto outros carecem de mais atenção no provimento da educação. Cada realidade deve ser analisada pelo gestor para que os recursos sejam melhor investidos através das políticas públicas.

Ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais dever estatal de assistência materno infantil resultante de norma constitucional obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao poder público, inclusive aos estados-membros. Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Estado-Membro desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819) comportamento que transgride a

autoridade da lei fundamental da República (RTJ 185/794-796) a questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197). O papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legítima inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao estado a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (cf, arts. 196, 197 e 227). A questão das “escolhas trágicas” a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito controle jurisdicional de legitimidade da omissão do estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso). Doutrina. Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república

Nesse julgado, é feita referência como em outros já analisados neste trabalho, ao princípio da reserva do possível, pois não ficou provado pelo ente federativo a insuficiência de recursos financeiros ou orçamentários que o impedisse de custear o direito pleiteado. Destaca que na ausência do Estado em promover políticas públicas dispostas na CF até mesmo as de conteúdo programático, que assegurem a efetividade dos direitos e garantam o mínimo existencial cabe ao Judiciário intervir. Quando o Executivo se mostra inerte, o Poder Judiciário não pode ficar alheio ao problema, não podendo haver dessa forma, o retrocesso social, promovendo políticas públicas no sentido de garantir os direitos mínimos a existência humana.

A respeito das normas programáticas, Krell (2002,p 20) fala:

As normas programáticas sobre direitos sociais que hoje encontramos nas grandes majorias dos textos constitucionais dos países europeus e latino-americanos definem metas e finalidades, as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização. Essas “normas-programa” prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas. Elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável.

5.1 Previsão Orçamentária

Embutida na construção de políticas públicas para a realização dos direitos sociais, está a chamada previsão orçamentária. Exigência constitucional que regula a atuação do Executivo em relação a administração de suas despesas através Lei Orçamentária Anual (LOA) que regulamenta esses gastos. O que não está previsto na LOA, não poderá ser executado pelo gestor público, nem tampouco remanejar recursos de um segmento para outro sem a expressa autorização do Legislativo, ocasionando o que chamam popularmente de “pedaladas fiscais”, caso o chefe do Executivo realize essa manobra que será punido pelo crime de responsabilidade.

Essas limitações orçamentárias acabam dificultando o provimento dos direitos fundamentais sociais, muitas vezes o Estado esbarra nesse obstáculo que é o orçamento público e acaba não promovendo algumas garantias dos cidadãos. Porém, essa limitação não pode ser utilizada como argumento para que os direitos não sejam concretizados, pois a dignidade da pessoa humana deve ser considerada. Sobre esse aspecto a Sub procuradora do Distrito Federal Leny Pereira da Silva (p, 27-28) diz que:

A necessidade de previsão orçamentária é apontada, muitas vezes, como um limite à atuação do Estado para a efetivação de direitos sociais. Trata-se de pensamento equivocado, pois a necessidade de previsão orçamentária para realização de despesas públicas é regra dirigida essencialmente ao administrador, não ao juiz, que pode deixar de observar o preceito para concretizar uma outra norma constitucional, através de uma simples ponderação de valores. Percebe-se, portanto, que houve uma preocupação do constituinte em planejar todas as despesas realizadas pelo Poder Público. Porém, é óbvio que isso não impede o juiz de ordenar que o Poder Público realize determinada despesa para fazer valer um dado direito constitucional, até porque as normas em colisão (previsão orçamentária versus direito fundamental a ser concretizado) estariam no mesmo plano hierárquico, cabendo ao juiz dar prevalência ao direito fundamental dada a sua superioridade axiológica em relação à regra orçamentária.

No julgado do Recurso Especial 1366337 RS (2012/0132465-9), o Ministro Humberto Martins em uma decisão monocrática como uma das justificativa de sua decisão, afasta a falta de previsão orçamentária como impeditivo a realização de saneamento básico para alguns bairros do município de São Jerônimo no Rio Grande do Sul. Segue um trecho de seu voto:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REDE DE ESGOTO. VIOLAÇÃO DO ART. 45 DA LEI N. 11.445/2007. OCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...) A interpretação mais razoável da norma federal aponta para o dever de o município implementar sistema completo de abastecimento de água e de captação de esgoto sanitário. O § 1º, entretanto, evidencia exceção específica para o caso de o município não possuir receita suficiente para a construção de rede completa de abastecimento de água e/ou tratamento de esgoto. O caso dos autos não se encontra no permissivo do referido parágrafo. O Poder Executivo local já havia apresentado proposta ao Poder Legislativo (fl. 351, e-STJ) para que se firmasse convênio que possuía, entre outras medidas, a implementação do sistema de saneamento básico em todo o município. Alegar simplesmente a falta de previsão orçamentária para eximir-se da obrigação social vai de encontro à vontade anteriormente manifestada. (Recurso Especial 1366337/RS Rio Grande do Sul Relator: Humberto Martins, 05/07/2012)

Conclusões

Inicialmente, foi tratado a respeito da disposição dos direitos sociais na Carta Magna e o quanto eles são importantes para a efetivação do Estado Social adotado pela Constituição Federal de 1988. Os direitos sociais, são direito de 2ª dimensão, sendo assim, possui eficácia imediata, pelo menos deveria ter. O direito à saúde, educação, moradia, emprego são alguns exemplos dos direitos sociais. Esses direitos, vêm como uma maneira de diminuir as disparidades existente na sociedade.

Porém, nem sempre há efetivação dos direitos sociais prestacionais, ocorre. Existem algumas barreiras que os impedem de ser promovidos. Cabe ao Poder Executivo garantir por meio de políticas públicas que esses direitos sejam assegurados. Todavia, muitas vezes a Administração Pública, encontra limites que a impede de concretizar essas garantias. Sejam insuficiência de recursos até falta de previsão orçamentária.

Nesse contexto, surge o princípio da reserva do possível que foi usado inicialmente na Alemanha e posteriormente adotado no Brasil. Contudo, todo instituto jurídico que é trazido de outras sociedades apresentam uma dificuldade. E com a reserva do possível não foi diferente. Ao recepcionar esses institutos devem ser observados os aspectos, políticos, sociais, culturais e principalmente o

econômico. Um princípio utilizado em países desenvolvidos não pode ser usado da mesma forma em uma sociedade em desenvolvimento. No Brasil o mesmo é invocado pela Executivo com o intuito de se eximir das obrigações prestacionais, no sentido de declarar a inexistência de recursos o suficiente para custear os direito pleiteados.

Os direitos sociais são previstos na CF como sendo dever do Estado de garantir por meio de implementações de políticas públicas a sua efetivação. Porém, na inércia do Estado, entra o Judiciário e acaba decidindo e impondo que esses direitos sejam custeados. Com a CF de 1988, o acesso à justiça ganhou importância, que antes não tinha. Com isso as pessoas começaram a buscar mais seus direitos e acionam o Judiciário para que consigam que seus direitos sejam garantidos. Com isso aumentou as demandas no judiciário e este teve que adotar uma conduta chamada de ativismo judiciário, no sentido de estar suprindo a ausência do Legislativo e Executivo. O STF e demais órgão jurisdicionais, não podem ficar alheios quando são acionados e têm que se posicionar e acabam impondo aos gestores públicos que sejam cumpridos os mandamentos constitucionais.

Observa-se nos julgados dos tribunais analisados, que os direitos sociais básicos estão ganhando o seu devido valor que a CF os atribuiu. A omissão do Estado não está prevalecendo diante das necessidades básicas das pessoas. A invocação da teoria da reserva do possível, não é aceita como justificativa para a não efetivação dos direitos sociais, deve ficar demonstrada a incapacidade de promover esses direitos. O argumento de ferir o princípio da separação dos poderes também tem sido descartada pelo Judiciário. Ele como guardião das Leis, não pode ficar inerte diante da omissão do Estado.

É dever do Estado prover o mínimo existencial para as pessoas. A previsão constitucional não pode ser ignorada. O não provimento desses direitos configura um retrocesso social, e eles foram assegurados como uma das características do estado Social adotado pela Constituição Federal de 1988. Estão elencados no rol de direitos fundamentais e como tais, devem ser priorizado, se necessário, até ser remanejado recurso de outros setores para que a dignidade da pessoa humana seja resguardado.

Referências

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Editora Forense, 6 edição, Rio de Janeiro: 2010.

AGRA, Walber de Moura. **Constituição e efetividade constitucional**. Editora Jus Podium, Salvador: 2008

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=18 Acesso em: 23/05/2017

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

BRASIL. **CNJ. justiça pesquisa judicialização da saúde no Brasil dados e experiências**
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>. Acesso em 26/05/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: 23/05/2017

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, 1948 disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 23/08/2017

QUEIROZ, Glauber da Costa Cypreste |**A intervenção do poder judiciário na elaboração e execução das políticas públicas no |Brasil**. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/g5zmv4pn/BLzQAnpnLWFloGYY.pdf>. Acesso em: 24/05/2017

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. os (des) caminhos de um direito“comparado”**. Porto Alegre: Sergio Fabris: 2002, p. 52.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Editora Saraiva, 7 edição, São Paulo: 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.**
Editora Malheiros, 16ª ed. São Paulo: 1999.