

## **A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS À LUZ DA RESERVA DO POSSÍVEL**

**Tiemi Saito<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

A Constituição Federal da República de 1988 reconheceu e assegurou vasto rol de direitos fundamentais indispensáveis à vida humana digna. Dentre estes, foca-se o presente estudo nos direitos sociais prestacionais e na intervenção estatal em concretizá-los. É competência do Poder Legislativo e Executivo viabilizá-los, prevendo e efetuando as políticas públicas, no entanto, têm-se observado que estes isentam-se de sua obrigação constitucional, arguindo a teoria da reserva do possível, muitas vezes, sem critério algum. Razão pela qual o particular que tem seu mínimo existencial ferido busca no Poder Judiciário a salvaguarda de seu direito inexcusável. Objetiva-se, portanto, estudar a judicialização das políticas públicas na garantia dos direitos sociais, aplicando os princípios da razoabilidade, ponderabilidade e proporcionalidade nas decisões proferidas.

Palavras-chave:

Direitos Sociais; Reserva do Possível; Ponderação.

### **ABSTRACT**

The Federal Constitution 1988 recogni the Republic of fundamental essential rights to human worthy life. These, focuses this study prestacionais rights social state intervention in achieve them. Is it the responsibility the of Executive and Legislature make feasible, predicty and effecty public policy, however, has it been observed that these disclay it constitutional obligation, the theory of reserve as possible, without often any critery. Why an individual who has injuredy this existential search in the judiciary to their safeguard right inexcusable. Objecti is fore there to study the judicial activis in ensuring social rights, noting its in applying decisions the principles of proportionality and weight.

Key-words

Social Rights; Possible Reserve; Proportionality.

## **1 INTRODUÇÃO**

Os direitos fundamentais do homem estabeleceram-se paulatinamente ao longo

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelas Faculdades OPET; Pós-graduanda em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal. Curitiba – PR. Brasil. [tiemi.saito@hotmail.com](mailto:tiemi.saito@hotmail.com)

das décadas como reflexos nítidos dos anseios e penúrias que assolaram a sociedade em determinados contextos históricos. Não há, portanto, um ponto inicial da existência destes direitos, nem mesmo um ponto final.

A Constituição Federal da República de 1988, por sua vez, teve o condão de firmá-los e conceder ao Estado o poder-dever de provê-los, a fim de garantir o mínimo existencial para a vida humana dentro dos padrões de dignidade.

É evidente que o ente estatal, por diversas vezes, não dispõe de recursos suficientes para satisfazer todos os anseios sociais, seja em virtude de circunstância negativa fática ou jurídica. Razão pela qual a doutrina brasileira importou da Alemanha a teoria da reserva do financeiramente possível, que justifica, em tese, a inércia estatal nas situações em que a Administração Pública não disponha de recursos suficientes para garantir a concretização do direito social afetado.

Por outro lado, a abstenção da provisão destes direitos encontra seu limite na inafastável garantia do mínimo existencial e na vedação do retrocesso social sob a observância da supremacia do interesse público. Afinal, a Carta Magna pôs no centro do ordenamento jurídico o homem e a sua dignidade.

Ademais, muito embora finalmente reconhecidos e constitucionalizados tais direitos fundamentais, a efetividade de alguns destes depende, em especial, da atuação do Poder Legislativo e Executivo. É o caso dos direitos sociais prestacionais, que não se efetivam por si só, mas tem sua eficácia relativizada pela eventual abstenção de um destes poderes.

Logo, discute-se muito a respeito da possibilidade do pleito, perante o Poder Judiciário, por aquele que tem seu direito social tolhido em face da omissão dos demais Poderes.

Torna-se necessária e inafastável, portanto, a apreciação dessas causas pelo Poder Judiciário e intervenção nas hipóteses em que o Legislativo deixe de atuar, por exemplo, prevendo orçamento para a concretização do direito social ou, o Executivo na falha ou inexecução das políticas públicas destinadas a tal fim, sem que fira o princípio da separação dos poderes. Afinal, a obrigação estatal de concretizar os ditames constitucionais legitima o Poder Judiciário para agir extraordinariamente, quando invocado, respeitando o princípio da inércia, a fim de garantir a fruição dos direitos fundamentais do homem.

Para tanto, deve atuar pautado no princípio da ponderação e proporcionalidade das decisões a fim de que direitos fundamentais essenciais não restem sobremaneira prejudicados

em detrimento de direitos outros.

## 2 DIREITO SOCIAIS

O reconhecimento dos direitos inatos ao homem é resultado de várias fontes, desde a tradição e os costumes estabelecidos numa determinada sociedade, como os pensamentos jusfilósofos, o cristianismo e o *jusnaturalismo*. Neste sentido, Alexandre de Moraes afirma que

essas ideias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno contemporâneo. (MORAES, 2007, p. 01).

Aos poucos, os direitos humanos migraram do plano da metafísica e passaram a integrar a ordem institucional. Momento em que, de forma concreta e material, vieram a constituir a universalidade dos direitos humanos. O que reflete que a noção de que tais direitos é mais remota do que o próprio constitucionalismo.

Por fim, Norberto Bobbio afirma que os direitos humanos, a democracia e a paz são virtudes indissociáveis e interdependentes, vez que

o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional.(BOBBIO, 2004, p. 204).

O extenso lastro no qual se firmaram os direitos fundamentais do homem cuidou de prevêê-los. No entanto, a tutela efetiva de tais direitos ainda é um desafio a ser alcançado hodiernamente.

## 2.1 Histórico

Em meados do Século XVIII, com o fim da monarquia absolutista, instituiu-se o Estado Liberal. Neste, finalmente, a burguesia conquistou seu ideal de liberdade, ensejando formalmente o reconhecimento de direitos de defesa.

Surgiram neste momento, declaradamente, os direitos fundamentais de primeira dimensão, os quais

tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2009, p. 563-564).

Esses têm a finalidade de sinalizar o limite até o qual a atuação do poder público deverá ocorrer, de maneira a não infringir a ceara de direitos pertinentes ao indivíduo em virtude de sua própria condição humana.

Afinal, conforme destaca José Joaquim Gomes Canotilho,

a economia capitalista necessitava de segurança jurídica e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as frequentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. (CANOTILHO, 2003, p. 109)

Posteriormente, os direitos de segunda geração garantiram ao homem sua condição de cidadão da sociedade. Tanto é que Marçal Justen Filho refere-se a eles

como direitos fundamentais democráticos, afirmando que estes envolvem a participação política dos cidadãos, a existência de eleições periódicas com sufrágio universal, o direito de petição e o devido processo legal e o acesso aos cargos públicos. (JUSTEN FILHO, 2011a, p. 151).

A verdade dos fatos, logo ficou evidente: de que a “beneficência” da não intervenção estatal não contemplaria a todas as classes. Desta feita, a exploração do trabalho prejudicou fortemente a condição de vida dos trabalhadores que se organizaram a fim de motivar a manutenção do capitalismo liberal.

A crise do capitalismo chegou ao seu ápice em 1870, o que considerando a intensa pressão popular e o movimento operário, motivou o governo a promover reformas significativas, dando margem ao início do Estado do Bem-Estar Social. A respeito disso, Paulo Bonavi-

des faz as seguintes considerações:

Alcançá-lo, já foi difícil; conservá-lo, parece impossível. E, no entanto, é o estado a que damos, do ponto de vista doutrinário, valoração máxima e essencial, por afigurar-se-nos aquele que busca realmente, como Estado de coordenação e colaboração, amortecer a luta de classes e promover, entre os homens, a justiça social e a paz econômica. (BONAVIDES, 2007, p. 187).

Surgem então, no bojo do Estado Social, os direitos de terceira dimensão, como resposta às necessidades do proletariado. Diferentemente dos primeiros, exigem do Estado que não mais se abstenha de todos os atos, mas que intervenha a fim de afastar a desigualdade e proporcionar critérios mínimos para a dignidade da pessoa humana.

No que se refere a esta mudança de paradigma, Norberto Bobbio explica que

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra os superpoderes do Estado - e, portanto, com o objetivo de limitar o poder -, os direitos sociais exigem para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração meramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, ampliação dos poderes do Estado. (BOBBIO, 2004, p. 67).

Trata-se dos direitos sociais fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal, quais sejam: de saúde, educação, moradia, cultura, econômicos e coletivos que, via de regra, não se concretizam por si mesmos, mas por uma conduta positiva do próprio particular e quando necessário, do poder público.

Sobre o assunto, Fábio Konder Comparato afirma que,

Com base no princípio da solidariedade, passaram a ser reconhecidos como direitos humanos os chamados direitos sociais, que se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente. (COMPARATO, 2010. p. 77).

Ainda que fruto também de muitos debates filosóficos e políticos, os direitos fundamentais de terceira dimensão foram objeto de baixa normatividade ou de eficácia duvidosa, a ponto de serem remetidos à chamada esfera de norma programática. Razão pela qual, diversas Constituições, inclusive a brasileira, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais a fim de pô-los no mesmo bojo de efetividade dos primeiros.

As demais dimensões de direitos fundamentais foram e continuam desenvolvendo-se juntamente com a dinâmica da sociedade, renovando-se e estabelecendo, cada vez mais, novos horizontes inafastáveis à vida humana digna.

## 2.2 Constituição Federal

Muito embora o Poder Constituinte tenha promovido diversos textos constitucionais ao longo das décadas, assevera José Afonso da Silva que a normatividade constitucional dos direitos sociais no Brasil “principiou com a Constituição de 1934” (SILVA, 2008. p. 184), que *a priori*, tratava-se de norma de conteúdo programático, à qual ao longo do tempo foi dada maior efetividade.

Sobre o assunto, Luís Roberto Barroso afirma que “observando a variável intensidade com que as normas de direito são imperativas, a doutrina as distinguiu em cogentes e dispositivas”. (BARROSO, 2009, p. 75).

Classificam-se, portanto, como cogentes as normas impositivas, determinantes de uma conduta ou proibitivas desta, em que não cabe ao destinatário dispor de forma diversa. Por outro lado, são dispositivas as normas que possibilitam ao destinatário a liberdade de decidir conforme a norma ou não, aplicando-se o dispositivo legal apenas na situação de omissão ou obscuridade da vontade do interessado.

É evidente que não cabe ao legislador ordinário ou ao executivo dispor discricionariamente de direitos fundamentais, mas sim, proporcionar e promover políticas públicas com o fito de concretizá-los. Ademais, a Carta Magna de 1988 foi o grande marco que instaurou um novo momento no direito constitucional brasileiro, vez que o legislador constituinte tratou de estabelecer princípios, dotados de elevada carga axiológica, a fim de tutelar e salvaguardar a dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos. Preocupado não apenas em declarar direitos, mas propiciar meios capazes de efetivá-los.

Observa-se, a partir de então, a tentativa de reaproximar a ética do direito, conforme apregoa o idealismo kantiano, fundado na moralidade, dignidade, direito cosmopolita e a paz perpétua. (PIOVESAN, 2012, p. 84-85). Tanto é que a respeito deste fenômeno, Jorge Miranda assinala que:

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado. (MIRANDA, 1988, p. 166).

A partir do fenômeno de constitucionalização, a dignidade da pessoa humana passa nitidamente a ser o vértice fundante de todo ordenamento jurídico.

### 2.3 Conceito

Os direitos sociais refletem as necessidades humanas, consistentes em saúde, educação, moradia, cultura, dentre outras, que podem ser

satisfeitas individual e privadamente ou por meio dos mecanismos econômicos não estatais. Mas nem todas podem ser satisfeitas sem a intervenção do Estado. E nem todas as pessoas dispõem de condições idênticas para promover a autossatisfação de suas necessidades essenciais. Há um dever difuso de solidariedade. (JUSTEN FILHO, 2011a, p. 151).

Em relação a eles, assevera o professor José Afonso da Silva, que se tratam de

prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. (SILVA, 2011, p. 286).

Afirmando ainda, que são pressupostos do gozo dos direitos individuais, vez que propiciam condições materiais favoráveis à garantia da igualdade real, a qual possibilita condição mais propícia ao efetivo exercício da liberdade. (SILVA, 2008, p. 184).

Muito embora os direitos sociais, via de regra, sejam classificados meramente como prestacionais, proveniente de um agir do ente estatal a fim de assegurar a igualdade, Robert Alexy os diferencia em dois aspectos: em sentido amplo, referindo-se às prestações correspondentes à

atuação positiva do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção, já decorrentes da sua condição de Estado Democrático de Direito e não propriamente como garante de padrões mínimos de justiça social, ao passo que os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais) dizem com direitos a algo (prestações fáticas) decorrentes da atuação do Estado como Estado Social. (ALEXY, 2011)

Contudo, parece mais correto o posicionamento de que os direitos sociais também visam a assegurar e a proteger determinados bens jurídicos de maior vulnerabilidade frente ao Estado, como os seguimentos econômico e social dos trabalhadores, razão pela qual

o qualificativo social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na implementação e garantia da segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestadas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna. (SARLET, FIGUEIREDO, 2008, p. 17).

Insta salientar, que a tais direitos, sujeitos à lógica do artigo 5º, §1º da Constituição Federal, foi conferida a máxima eficácia e efetividade possível, observando, contudo, os contornos fático-jurídicos de cada caso concreto. Afinal, não se pode esquecer que teoria e prática nem sempre andam juntas. Razão pela qual Norberto Bobbio afirma que

descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. (...) à medida que as pressões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade. (BOBBIO, 2004, p. 60).

Visando a amenizar a problemática, intimamente relacionada à consagração do direito à assistência social, surgiu, na Alemanha (OLSEN, 2008, p.315), no pós II Guerra Mundial, o debate a respeito de estabelecerem-se condições materiais mínimas para a existência humana digna.

No Brasil, tal princípio ganhou destaque ao estabelecer, a Constituição Federal, como objetivos fundamentais da República: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’ (art. 3º, III)” e, neste sentido, a professora Ana Carolina Lopes Olsen aduz que a noção de mínimo existencial passa então a fornecer um parâmetro material de aferição da possibilidade de sua aplicação no que tange à reserva do possível. (OLSEN, 2008, p. 310)

Em seus estudos mais aprofundados, ela ressalta a teoria analítica de Robert Alexy sobre o mínimo existencial, tendo este surgido da correlação entre princípios de dignidade da pessoa humana e igualdade material, bem como a separação e a competência dos poderes e seus limites definidos pelos direitos fundamentais. Baseado no autor germânico, Olsen sustenta da seguinte forma:

a) o princípio da separação dos poderes e a vinculação orçamentária não são absolutos, pois encontram limites dentro da própria Constituição, nem são fins em si mesmos, mas meios para atingir os fins constitucionais (dentre os quais a proteção da dignidade da pessoa humana; b) O conteúdo da dignidade humana é muito importan-



te para ser deixada ao arbítrio do legislador, de modo que sua competência pode ser minorada (ideia reitora). A proporcionalidade entra para se evitar a que a proteção do mínimo existencial onere excessivamente outros direitos (de terceiros) ou princípios constitucionais. (ALEXY, 2008, p. 310).

O mínimo existencial é “exatamente o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que a todo homem tem direito; é o núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana” (ALEXY, 2011), no entanto, vale ressaltar que “a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta”. (SARLET, FIGUEIREDO, 2008, p.22).

É preciso, cautela ao afirmar quais objetos contemplam o mínimo existencial, afinal, deve este buscar sempre acompanhar os largos passos que a evolução social dá ao longo da história, vez que a conquista de direitos humanos jamais será estanque, como bem explica Norberto Bobbio:

os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua se modificando com a mudança das condições históricas. (BOBBIO, 2004, p.18)

Contudo, ideia de mínimo existencial não pode se confundir com a de direitos sociais *stricto sensu*. Afinal, de igual proporção aos direitos fundamentais, o mínimo existencial sofre alterações ao acompanhar a sociedade e seu desenvolvimento econômico social, mas deve sempre prezar pela essencialidade do núcleo vital e essencial de dignidade.

### **3 PRESTAÇÃO JUDICIAL E ATIVIDADE ESTATAL**

Ao longo das modificações que o Estado veio sofrendo em resposta aos momentos sociais, o centro de suas decisões alternou-se entre seus três poderes a fim de cumprir sua função estatal. Haja vista que

no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na Economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. (STRECK, 2004, p. 55).

Motivo pelo qual, hodiernamente os Tribunais de Justiça têm entendido que o Judiciário também deve assegurar a concretização dos direitos fundamentais quando demais Poderes eventualmente venham a falhar. Assim apregoa Marçal Justen Filho ao afirmar que

a organização do Estado, a separação de poderes, a criação de órgãos de controle se orientam a assegurar que o desenvolvimento das atividades estatais será feito de modo compatível com a preservação dos direitos fundamentais. (JUSTEN FILHO, 2011a, p. 154.).

Neste cenário, entendia-se que o juiz que outrora encontrava-se adstrito aos conflitos particulares, trilhando linearmente sob os comandos da lei, passa a atuar consubstanciando nos critérios de justiça elencados na Constituição, prezando pela defesa dos direitos fundamentais e da coletividade. Aliás, sobre o assunto, o Ministro Gilmar Mendes confirma o entendimento de ser legítima a intervenção do Poder Judiciário no que tange à implementação de políticas públicas, quando configurada a hipótese injustificável de inércia estatal ou abuso por parte do ente governamental. (STF, 2012)

Assim sendo, é necessário desenhar um novo modelo de juiz, um novo conceito de Poder Judiciário, “já que seu fundamento de atuação passa a ser justificado não mais pela separação de poderes, mas sim pela proteção dos direitos fundamentais” (OLIVEIRA NETO, 2008).

Para Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, deve-se vislumbrar o ativismo judicial como natural consequência do Estado Democrático de Direito com perfil social. Destarte, ao invés de negar tal possibilidade de efetividade de direitos constitucionais inescusáveis, a melhor alternativa é buscar formas de solução em casos de atuação inadequada, disponibilizando instrumentos hábeis a fim de corrigir eventuais excessos.

Quanto à omissão injustificada da administração em tornar efetivas as políticas públicas referentes à promoção da dignidade da pessoa humana e preceitos constitucionais fundamentais, defende o Ministro Humberto Martins, que “não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário”. (MARTINS, 2009)

### 3.1 Direito de Ação

Já restou afastada a classificação dos direitos fundamentais sociais como norma de conteúdo meramente programático. No entanto, a grande questão é: se tais direitos seriam capazes de gerar imposição jurídica subjetiva, oponíveis pelo próprio indivíduo ainda que não tenham sido regulados pelo Legislativo.

Ora, se a realização das políticas públicas para a garantia de direitos sociais enseja um ato discricionário do administrador público, é neste caso que

o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado e mais necessário para os jurisdicionados, já que a pronúncia representa a garantia última para a contenção do administrador dentro dos limites da liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo. (MELLO, 2008, p. 29).

Diante da escassez de recursos financeiros, o Estado, sob o crivo da discricionariedade, escolhe direitos primários, a serem perseguidos com mais afinco. A questão que aqui se instaura refere-se a possibilidade daqueles que foram preteridos de buscarem, por meio do Poder Judiciário, a tutela de seus direitos.

Sobre o assunto, Ana Paula de Barcellos traça forte posicionamento, sustentando que, de fato, a competência é do Poder Judiciário em determinar o fornecimento do mínimo existencial, como mera consequência à ordem constitucional no que tange à dignidade da pessoa humana (BARCELLOS, 2002, p.272-277).

Ademais, assevera que cabe-lhe também,

implementar as opções políticas juridicizadas que vierem a ser tomadas nas matérias além do mínimo existencial, na forma das leis editadas. Quanto ao mais, compete-lhe apenas zelar pela aplicação das outras modalidades de eficácia: negativa, interpretativa e vedativa do retrocesso. (...) A primeira dificuldade diz respeito à atuação do juiz e a suas impressões psicológicas e sociais, que não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde – não incluída no mínimo existencial nem autorizada por lei, mas sem a qual ele pode vir mesmo a falecer – é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e tem sua percepção distorcida (BARCELLOS, 2002, p. 272-277).

Sobre o assunto Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo são incisivos ao sustentarem que

assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, de que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos

direitos fundamentais sociais, mas que, ao fazê-lo, haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social. (SARLET, FIGUEIREDO, 2008. p. 31).

Neste sentido, Osvaldo Canela Junior afirma que

a atuação jurisdicional reflete, portanto, atividade corretiva do Estado-juiz, com o precípua propósito de atender aos objetivos estatais, mediante a satisfação integral dos direitos fundamentais sociais, fator que assegura a unidade do sistema. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 95).

Afinal, não há como exigir do cidadão de direitos que permaneça a mercê da abstenção do Poder Público em prover-lhe seu direito fundamental, afinal a própria Constituição Federal dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXV).

#### **4 OBRIGAÇÃO ESTATAL E SEUS PRINCÍPIOS REGENTES**

No atual modelo de Estado Democrático de Direito, ao passo que a Constituição Federal lhe confere o poder administrativo para dirimir conflitos, proporcionar segurança social e prezar pelo bem da coletividade; detém, o ente estatal, o dever irrenunciável e obrigatório do exercício destas prerrogativas, para o bem comum, no estrito limite da legalidade. Neste sentido, o professor José dos Santos Carvalho Filho esclarece que,

as prerrogativas públicas, ao mesmo tempo em que constituem poderes para o administrador público, impõem-lhe o seu exercício e lhe vedam a inércia, porque o reflexo desta atinge, em última instância, a coletividade, esta a real destinatária de tais poderes. (CARVALHO FILHO, 2009. p. 42).

A respeito desta prerrogativa concedida ao Estado Social, António E. Perez Luño, sob o prisma da igualdade, sustenta que

os poderes públicos assumem a responsabilidade de proporcionar à generalidade dos cidadãos as prestações a serviços públicos adequados para subvencionar suas necessidades vitais, é dizer, vela pelo que a doutrina alemã denomina de procura existencial (Daseinvorsorge). (PEREZ LUÑO, 1993, p. 193)

No atual modelo hermenêutico neoconstitucional, a Carta Magna deve nortear e condicionar todo o sistema jurídico do país, logo, estabelece também os limites de atuação do Poder Executivo, tanto quanto determina que os direitos sociais fundamentais devam ser salvaguardados por este.

É por isso que se diz que ao Estado é conferido o poder-dever de agir, uma vez que não pode esquivar-se do estrito cumprimento da lei tanto para agir, quanto para se omitir.

Entende-se por poderes administrativos o “conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins” (CARVALHO FILHO, 2009. p. 46), sendo que, estas, dividem-se em Poder Discricionário, Poder Regulamentar e Poder de Polícia.

Dentre estes, a atividade prestacional de assistência social se dá por meio do poder discricionário, ao qual é conferida a possibilidade de valoração da conduta sob os critérios de conveniência e oportunidade, visando sempre o interesse público. Podendo ser definido como “a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 47).

Seja qual for o ato da Administração Pública, deverá ser regido pelos princípios basilares desta, instituídos pela própria Constituição Federal, quais sejam o da legalidade, da impessoalidade, moralidade, publicidade e da eficiência.

Acerca da incidência do princípio da legalidade sobre os atos da Administração, Celso Antônio Bandeira de Mello declara que “o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares”. (MELLO, 2008).

O Estado, por meio dos seus poderes, deve concretizar os direitos constitucionalmente previstos, concedendo-lhes a efetividade necessária. Fenômeno este que Luís Roberto Barroso define como

a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser a realidade social. (BARROSO, 2009, p. 82-83).

Dar efetividade aos direitos sociais consiste em prover, ao sujeito de direitos que não tem condições financeiras, um conteúdo de dignidade e igualdade, garantindo-lhe o mínimo existencial digno.

#### 4.1 Serviço Público

Vários são os critérios de definição do serviço público, tais como o subjetivo, objetivo, orgânico, formal e material, a partir dos quais para José dos Santos Carvalho Filho, devem ser considerados conjuntamente na “formação da moderna fisionomia que marca a noção de serviços públicos”. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 308).

No entanto, dois de seus aspectos apresentam maior relevância e inserção nos conceitos firmados pela doutrina majoritária: o subjetivo e o objetivo. No que se refere ao primeiro, afirma que “leva em conta os órgãos do Estado, responsáveis pela execução das atividades voltadas à coletividade”. Por outro lado, no sentido objetivo, afirma que “é a atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 307). E, na mesma esteira, sustenta Hely Lopes Meirelles que

serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado. (MEIRELLES, 2009, p.332).

A própria Constituição Federal cuidou de indicar expressamente quais serviços são de ordem pública e, portanto, de prestação, direta ou indireta, obrigatória de competência das entidades públicas, acerca do que Celso Antonio Bandeira de Mello os classificou da seguinte forma:

a) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado; b) serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar em concessão a terceiros; c) serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade; e d) serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação, tendo, pois, que outorgá-los em concessão ou permissão a terceiros. (MELLO, 2008, p. 676).

Segundo ele, há cinco tipos de serviço aos quais impossibilitada está a Administração Pública de permitir sua prestabilidade exclusiva por meio de terceiros, são eles: “1) de educação, 2) de saúde, 3) de previdência social, 4) de assistência social e 5) de radiodifusão sonora e de sons e imagens”. (MELLO, 2008, p. 677). Assim sendo, a garantia dos direitos soci-

ais prestacionais enquadra-se nos serviços que podem ser prestados por terceiros, mas que a Administração Pública não pode permitir a sua ausência, em virtude de obrigação constitucional, vez que são fundamentais à dignidade da pessoa humana.

Assim, o Estado, por meio de políticas públicas, concretiza a fruição destes direitos por aqueles que não podem por si próprios proverem. Neste sentido, Maria Paula Dallari Bucci define as políticas públicas como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. (BUCCI, 2002, p. 241).

Trata-se de ato administrativo, consistente na “conversão de decisões privadas em decisões e ações públicas, que afetam a todos” (ROSSATO, 2011, p.112), razão pela qual poderá sofrer o controle das escolhas feitas pelos representantes dos poderes constituídos.

Jamais poderá se esquivar da vinculação que tais decisões tem em face do interesse público, visando assegurar as orientações constitucionalmente instituídas pela Carga Magna de 1988. Razão pela qual

Nenhuma política pública será válida se estiver em desacordo com o ideais do constituinte de 1988, ou se “colocar em xeque” a efetividade das normas constitucionais sob o pretexto de não haver exigência objetiva de atendimento aos seus ditames. (ROSSATO, 2011, p.112)

Dois obstáculos têm sido enfrentados frequentemente no que se refere à efetividade aos direitos sociais: “uma virtual impossibilidade de interferência nas políticas públicas, notadamente por gerar mudanças nos orçamentos e despesas públicas e, um criado limite fático denominado ‘reserva do possível’” (ROSSATO, 2011, p.112), os quais devem ser devidamente analisados e, dadas as relevâncias e circunstâncias que permeiam o caso concreto, afastados.

## 4.2 Limites

Por mais que sejam os direitos fundamentais essenciais à garantia da dignidade da pessoa humana, observa-se que estes não são por si absolutos, mas podem ter sua efetividade relativizada quando no caso concreto se sobreponha outro direito fundamental de igual ou su-

perior essencialidade.

No que se refere à eventual colisão de princípios, Robert Alexy assevera que um dos princípios deverá ceder em detrimento do outro. O que não significa que este seja inválido, mas apenas que diante das circunstâncias que contornam o caso concreto, tais direitos acabam por receberem pesos distintos e assim, um prevalece sobre o outro. (ALEXY, 2011, p.93-94).

Sustenta, ainda, que “o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos”. (ALEXY, 2011, p. 117-118).

Por outro lado, a viabilidade de exercício dos direitos sociais envolve sobremaneira a ordem econômica, certo de que sua efetividade despende, via de regra, de elevados montantes financeiros públicos.

Desta feita, a doutrina brasileira, fazendo-se valer da construção dogmática alemã, qual seja a teoria da reserva do possível (*Vorbehalt dès Moglichen*) busca justificar a não prestação pública, direta ou indireta, de tais direitos em decorrência da impossibilidade jurídica ou financeira orçamentária.

### **4.3 Reserva do Possível**

Emergente da doutrina alemã, a denominada cláusula da reserva do financeiramente possível tem sido comumente invocada quando se trata de restrição à efetiva prestação do direito social. (SARLET, 2001, p. 265).

Sobre o assunto, José dos Santos Carvalho Filho afirma que a reserva do possível visa “indicar que, por vários motivos, nem todas as metas governamentais podem ser alcançadas, principalmente pela costumeira escassez de recursos financeiros” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 43). Logo, os recursos públicos devem ser aplicados prioritariamente no atendimento das necessidades essenciais da população.

Assevera, ainda, que nas situações em que haja imposição expressamente legal, não poderá a Administração Pública omitir-se. Sendo, portanto, ilegal a omissão específica ou, quando mesmo sem prazo fixado, mantenha-se inerte por período superior ao aceitável dentro dos padrões de tolerância ou razoabilidade. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 43).

Aprofundando-se ao estudo, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueire-



do trabalham uma tríplice dimensão da teoria da reserva do possível, a partir da qual abrange, em síntese:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas (...); c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (SARLET, 2008, p. 30).

Asseveram, ainda, que não se trata de elemento integrante dos direitos fundamentais e que jamais pode ser visto como limite imanente, mas deve constituir uma espécie de limite jurídico e fático destes. Podendo, por outro lado, servir de garantia à concretude de certos direitos ante o conflito destes, pautando-se nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. (SARLET, 2008, p. 30).

Verifica-se, portanto, que a aplicação da reserva do possível deve ser analisada em seus diversos aspectos, considerada toda a sua complexidade, a fim de que a máxima efetivação dos direitos sociais ante ao atual status constitucional que nos é dado seja garantida.

## 5 VISÃO JURISPRUDENCIAL E PONDERAÇÃO

Certamente que algumas vezes, o orçamento público não comporta a integral satisfação do direito social. No entanto, com frequência a Administração Pública tem se acobertado sob o manto da reserva do possível e, artificialmente, sem comprovar qualquer impossibilidade jurídica ou econômica.

Tanto é, que em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no que tange à tal discussão, o Ministro Celso de Mello sustentou 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, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentabilidade. (STF. RE 436-996-6, 2005)

Este é o problema da importação de teorias provenientes de contexto social,

econômico, político e sistema jurídico distintos. Afinal, outras foram as condições que trouxeram à tona na Alemanha a teoria da reserva do financeiramente possível, e esta não é oponível a toda e qualquer circunstancia, como ocorre no Brasil. Pelo contrário, sua arguição deve se dar mediante a análise fática.

Em razão disso, *não há como comparar sociedades diversas, ainda que coexistentes contemporaneamente, elegendo as instituições de uma como padrão de avaliação das instituições da outra.* (JUSTEN FILHO, 2011).

Diante disso, sustenta, Marçal Justen Filho que a mera inserção de sofisticados institutos, construídos ao longo de séculos, numa determinada sociedade de cultura menos desenvolvida provavelmente sofrerá alterações imprevisíveis (JUSTEN FILHO, 2002, p. 287). A tal fenômeno, os antropólogos denominam de “*Trobriand Cricket*”.

O estudo do Direito Comparado é de extrema relevância para o desenvolvimento jurídico, no entanto, o conhecimento legislativo nacional é tão indispensável quanto do estrangeiro, bem como a estrutura social e econômica de ambos os países. Desta feita, a importação de institutos jurídicos deve ocorrer com total cautela do operador do direito.

É evidente que a mera aplicação de institutos a casos concretos deve ser rechaçada a fim de que os direitos fundamentais resem salvaguardados. O grande entrave se instaura em virtude de um conflito de princípios, o qual deverá ser tido como relevante no caso concreto, fazendo-se valer da ponderação entre estes.

Neste sentido, Osvaldo Canela Junior sustenta que “a solução para tais hipóteses de exceção é a aplicação do princípio da proporcionalidade, sopesando-se os valores contrapostos e optando-se por aquele de maior relevância constitucional, dentro do contexto histórico-social” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 95).

Por sua vez, Ana Paula de Barcellos por meio de um estudo aprofundado acerca da ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional propõe que a técnica de ponderação se dê em três etapas distintas, considerando que tal metodologia apenas deverá ser utilizada “quando o conflito em epígrafe não puder ser superado por técnicas tradicionais de solução de antinomias, por envolver uma disputa grave entre valores ou opções políticas” (BARCELLOS, 2005, p. 92).

Primeiramente, a doutrinadora supracitada sustenta que o intérprete deverá “identificar todos os enunciados normativos que aparentemente se encontram em conflito ou tensão

e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto” (BARCELLOS, 2005, p. 92-96). Devendo tais enunciados restringirem-se a comandos jurídicos a fim de se que resguarde a determinação democrática e a legitimidade ponderativa, no sentido de que as diferentes pretensões restem devidamente vinculadas ao sistema jurídico.

A segunda etapa consiste na apuração dos “aspectos de fato relevantes e sua repercussão sobre as diferentes soluções indicadas pelos grupos formados na etapa anterior” (BARCELLOS, 2005, p. 92, 115-123), daí verifica-se a essencialidade de análise em cada caso concreto.

Por fim, a terceira etapa irá definir qual das soluções deverá prevalecer, estabelecendo os pesos de cada um com o fito de verificar se “é possível conciliar os diferentes elementos normativos ou se algum deles deve preponderar e, afinal, qual a norma que dará solução ao caso” (BARCELLOS, 2005, p. 123-124).

O procedimento de apuração acerca da ponderação entre direitos fundamentais em conflito deve seguir minuciosamente analisado a fim que não haja desproporcionalidade entre o bem jurídico protegido e aquele que foi restrito ou denegado.

A fim de analisar a aplicabilidade da ponderação ao caso concreto, toma-se por base dois exemplos. O primeiro, no qual o pedido extrapola os limites do mínimo existencial, vez que o pleiteante requer perante o judiciário a determinação de que a Administração Pública conceda-lhe fraldas geriátricas. No entanto, a decisão foi prolatada no sentido de que o objeto perquirido trata-se de insumo referente à higiene, sendo que este poderia ser suprido por outros meios. Além do que, o Estado deve priorizar necessidades maiores, por exemplo, tratamentos médicos essenciais à saúde, como se vê pela ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. PROTOCOLOS CLÍNICOS E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO SUS. INSUMO (FRALDA GERIÁTRICA). EXCLUSÃO. RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS. PRIORIDADES.

A lógica do razoável sugere que a não inclusão de insumos em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS decorreu de decisão administrativa, voltada à destinação prioritária dos recursos da saúde ao custeio de produtos de maior necessidade (sobretudo fármacos), cuja falta o paciente não poderia suprir por outros meios. RECURSO PROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO. (TJRS, Apelação Cível nº 70045721578, 2012)

Percebe-se, portanto, que na análise da situação fática, entendeu-se que as fraldas geriátricas não são essenciais e indispensáveis à vida digna. Sendo que, tal direito restou preterido quando contraposto à disponibilização de medicamentos de maior necessidade, eis que estes não poderiam ser supridos por maneira diversa.

Por outro lado, no segundo exemplo, o Poder Judiciário entendeu por bem conceder o pleito de fornecimento de medicamento à pessoa portadora de doença grave, eis que tal enfermidade fere o mínimo existencial digno deste e que por si próprio não possui recursos econômicos suficientes para sequenciar o tratamento.

MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO A PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE E CARENTE DE RECURSOS ECONÔMICOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, OS ESTADOS, O DISTRITO FEDERAL E OS MUNICÍPIOS PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO ÚNICO DE SAÚDE À POPULAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA QUE NÃO AFASTA ESSE DIREITO FUNDAMENTAL, CUJO DESCUMPRIMENTO PERMITE A CHAMADA "JUDICIABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS". REEXAME NECESSÁRIO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE E EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. SEGUIMENTO NEGADO. SENTENÇA MANTIDA. (1) A prestação de assistência à saúde é direito de todos e dever do Estado, assim entendido em sentido amplo, co-obrigando União, Estados e Municípios, podendo a ação ser dirigida em face de qualquer um desses entes federados, em conjunto ou separadamente. (2) A inexistência de previsão orçamentária não justifica a recusa ao fornecimento de remédio a pessoa portadora de doença grave e carente de recursos econômicos, visto tratar-se de dever do Estado, em sentido amplo, e direito fundamental do cidadão. Nessa perspectiva mais abrangente, do enfoque constitucional dos direitos e deveres envolvidos no caso concreto, afasta-se a discricionariedade dos atos administrativos, permitindo-se a chamada "judiciabilidade das políticas públicas", impondo-se ao Poder Público a superação de eventuais obstáculos através de mecanismos próprios disponíveis em nosso ordenamento jurídico, pois no plano das políticas públicas onde e quando a Constituição Federal estabelece um fazer, ou uma abstenção, automaticamente fica assegurada a possibilidade de cobrança dessas condutas comissiva ou omissiva em face da autoridade e/ou do órgão competente. (TJPR, Reex. Nec. nº 0770465-6, 2011)

Neste, por sua vez, constata-se que o medicamento foi concedido levando em conta a gravidade do estado de saúde, bem como as condições econômicas do pleiteante contraposto ao suposto déficit orçamentário do ente estatal.

Em diversas outras situações é possível averiguar que a mera alegação da reserva do possível sem fundamentada e comprovada sustentação, fática ou jurídica, da Administra-

ção Pública não afasta a obrigatoriedade de prestação dos direitos sociais àquele que deles necessita irremediavelmente.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual dimensão dos direitos fundamentais sociais do homem se dá sob a perspectiva inafastável da dignidade da pessoa humana, vértice fundante da Constituição Federal e, conseqüentemente, de todo o ordenamento jurídico.

Deverá, portanto, o Estado atuar a fim de amenizar ao máximo as desigualdades formais e materiais existentes na sociedade, viabilizando o chamado “mínimo existencial”. Não apenas com o fito de possibilitar uma sobrevivência às circunstâncias que eventualmente o cidadão esteja submetido, mas sim, proporcionar-lhe uma vida digna, com os valores que lhes são pertinentes e os direitos constitucionalmente estabelecidos em sua completude.

Não se trata aqui de norma meramente programática, mas de direito fundamental inescusável. Mas de direito humano ao qual dá o texto constitucional efetividade máxima, logo, o administrador deverá proporcionar políticas públicas suficientes, conduzi-las e executá-las a fim de garanti-los.

Com efeito, não poderá se esperar, muito menos exigir a intervenção estatal e a movimentação dos cofres públicos para aqueles que possuem condições próprias de sustento e gozo pleno de seus direitos fundamentais. Doutra sorte, sob a égide do atual Estado Solidário, não poderá tal ente afastar-se simplesmente da obrigação que lhe compete, qual seja de viabilizar o exercício de tais direitos àqueles que por si só não o podem alcançá-lo.

Mais do que pacificado na doutrina e jurisprudência, é garantido ao cidadão o direito de ação, perante o judiciário sempre que tenha direito fundamental seu tolhido por ação ou omissão de qualquer dos entes da federação. Da mesma forma, não há que se falar em prejuízo ao princípio da Separação dos Poderes, eis que a atuação do Poder Judiciário se dará apenas nos casos em que o Poder Legislativo e Executivo, eventualmente, não venha a prever e/ou executar as políticas públicas de modo a viabilizar o cumprimento a salvaguarda dos direitos fundamentais sociais prestacionais, eis que todos os poderes devem zelar pelo cumprimento da Constituição Federal.

No entanto, ao passo que as necessidades humanas mostram-se infinitas, o orçamento estatal não acompanha tal escala. Razão pela qual, nem sempre haverá condições, a Administração Pública, de corresponder prestativamente às penúrias que assolam os menos favorecidos.

Logo, se discute a impossibilidade de prestar esse direito, com fulcro na inexistência de recursos públicos, conforme apregoa a teoria da reserva do financeiramente possível. Trata-se de limitação fática e/ou jurídica oponível, mesmo que relativamente, à efetivação de direitos fundamentais, sobretudo os de cunho prestacional.

Contudo, a alegação desta teoria tem se tornado escudo do Poder Público frente às petições de concretização dos direitos sociais. Ora, jamais a mera invocação deste instituto poderia afastar a obrigação solidária de quaisquer dos entes da Administração Pública em salvaguardar tais direitos. Se há uma limitação, deverá esta ser comprovada, seja ela fática ou jurídica. E caso seja realmente comprovada, poderá, ainda o Judiciário determinar ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública perquirida.

É evidente que não poucas às vezes, poderá ocorrer a colisão de direitos fundamentais, contrapondo-se, ainda o interesse público ao individual, motivo pelo qual se faz necessário um processo de ponderação, analisando-se concretamente as peculiaridades do caso, as possíveis normas aplicáveis e a valoração dos direitos a fim de que injustiças sejam evitadas.

Durante o desenvolvimento desta pesquisa, verificou-se que as manifestações a cerca do tema, em sua grande maioria, refletem necessidades pertinentes ao direito fundamental à saúde. Verifica-se que o Judiciário tem reconhecido a reserva do possível, o mínimo existencial, a proporcionalidade, razoabilidade e demais assuntos vertentes da implementação e garantia dos direitos sociais.

Como se verificou nos casos abordados, enquanto que o pleito de fraldas geriátricas restou negado, em virtude de haver a possibilidade de o requerente supri-lo por outros meios e da Administração Pública poder direcionar seus custos para tratamentos a base de fármacos essencialmente necessários, no segundo caso, tendo em vista a doença grave do pleiteante, a impossibilidade financeira de autoprover seu medicamento, concedido foi seu pleito, no sentido de que não caberão alegações de impossibilidades financeiras, eis que a demanda

versa sobre direito fundamental social integrante necessário do mínimo existencial fundado na dignidade da pessoa humana.

O que causa espanto, em verdade, é a utilização da reserva do possível para todo e qualquer caso, sem fundamentação ou produção de provas da impossibilidade de prestação do direito, demonstrando a evidente tentativa de recusa a algo tão essencial, à vida.

Deverá nessas situações, o magistrado, decidir com emprego da proporcionalidade, razoabilidade e ponderação, diante do caso concreto, a fim de que os direitos sociais possam ser celebrados ao máximo.

## 7 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 272-277.

\_\_\_\_\_. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. São Paulo: Revonar, 2005. p. 92.

\_\_\_\_\_. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do Estado**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde: Tensão entre o “mínimo**

existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASÍLIA, **Supremo Tribunal Federal**. RE 436-996-6. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília: 26 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re436996.pdf>>. Acessado em: 02.10.2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. Vol. 2. Lisboa: Coimbra, 1973. p. 1043. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 308.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 109.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 7. ed., ver. e atual. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011. a

\_\_\_\_\_. **Agências reguladoras e democracia: Existe um déficit democrático na “regulação independente”?** In: O poder normativo das agências reguladoras. Coord. ARAGÃO, Alexandre Santos de. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. b

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas**. In: Ação Civil Pública. MOLARÉ, Edis (coord.). Ed. RT, 2001.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: Direitos fundamentais a prestação e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas**. Disponível em: <[http://advcom.com.br/artigos/pdf/artigo\\_reserva\\_do\\_possivel\\_com\\_referencia.pdf](http://advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia.pdf)>.



Acessado em: 19/08/2012.

MARTINS, Humberto. **REsp 1.041.197/MS**. Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 16.9.2009.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. v. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais**. Teoria geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível**: Uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **O juiz como garantidor dos direitos fundamentais**. In: **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. OLIVEIRA NETO, Francisco José. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. [et al]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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

PARANÁ, Tribunal de Justiça. Reex. Nec. n° 0770465-6. Rel. Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira – j. 07/7/2011. Disponível em: < <http://www.jfpr.jus.br/conteudo/sentencas-e-acordaos-principio-da-reserva-do-possivel/434>>. Acessado em: 01/11/2012.

PEREZ LUÑO, António E. **Los derechos fundamentales**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1993. p. 193.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível n° 70045721578. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21393427/apelacao-civel-ac-70045721578-rs-tjrs> Acessado em: 05/11/2012.

SAITO, Tiemi. A Efetividade Dos Direitos Sociais Prestacionais à Luz da Reserva do Possível. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº 70045721578. Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 15/02/2012.

ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo, et al. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, , 2001, p. 265

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_, TIMM, Luciano Benetti. (Org.) **Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

STF. **RE 436-996-6**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília: 26 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re436996.pdf>>. Acessado em: 02 de outubro de 2012.

STJ. Informativo STF nº 579. Disponível em: [http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm#Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde -](http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm#Fornecimento%20de%20Medicamentos%20e%20Responsabilidade%20Solid%C3%A1ria%20dos%20Entes%20em%20Mat%C3%A9ria%20de%20Sa%C3%ADde)