

A eficácia dos direitos sociais em face do princípio da reserva do possível

The efficiency of the social rights considering the principle of the possible reserve

LAURA DE OLIVEIRA REGIS

Aluna do 9.º período diurno do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM). e-mail: e-mail:laura_oliveiraregis@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho busca fazer uma análise da eficácia dos direitos sociais como direitos fundamentais, tendo em vista a efetivação das políticas públicas que encontram limites na reserva do possível, uma vez que o Estado cumpre responsabilidade pela justiça social, dentro de suas limitações e reservas orçamentárias. Para tanto, primeiro aborda os direitos fundamentais e sua aplicabilidade. Fez-se uma análise dos direitos sociais, para se entender no que consistem esses direitos garantidos aos cidadãos, e, por fim discutiram-se a efetivação e eficácia dos direitos sociais em face do princípio da reserva do possível, analisando as condições financeiras do Estado para que se atenda aos direitos fundamentais sociais da Constituição Federal, como forma de garantia das condições mínimas de existência humana.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; direitos sociais; orçamento; reserva do possível; mínimo existencial.

Abstract: The present work aims at analyzing the efficiency of the social rights as being fundamental, taking into consideration the effectiveness of public policies that find limits in the possible reserve, since the State is responsible for the social justice, within its limitations and budgetary reserves. We made analyses of the social rights, so as to understand in what consist these rights guaranteed to the citizens, and finally, we also discussed the effectiveness and efficacy of the social rights considering the possible reserve principle, analyzing the financial conditions of the State so as to attend the social fundamental rights of the Federal Constitution, as a way to guarantee the minimal conditions of human existence.

Keywords: Fundamental rights; social rights; budget; possible reserve; existential minimum

Introdução

Os direitos fundamentais são considerados o alicerce da Constituição Federal, sendo o ponto de partida para a formação de um Estado Democrático de Direito, sendo necessariamente dotados de aplicabilidade imediata. Diante disto, decorre uma grande problemática em torno da verdadeira eficácia dos direitos sociais consagrados no texto constitucional em seu Título II, como direitos fundamentais.

Pelo fato de esses direitos exigirem uma atuação positiva do poder público, este deverá, para tanto, efetuar políticas públicas na área da saúde, educação, moradia, lazer, entre outras, como meio de garantir o maior bem social possível, e a dignidade da pessoa humana. Portanto é preciso que para isso haja disponibilidade financeira, uma vez que implica gastos.

Dessa temática surge o princípio da reserva do possível, que discute a relação entre os limites orçamentários e a aplicabilidade efetiva dos direitos sociais. Esta será a principal discussão desenvolvida nesse trabalho.

1. Direitos fundamentais

1.1. Definição

Os primeiros direitos fundamentais surgiram como forma de limitar e controlar a atuação abusiva do Estado, tendo sua origem na Revolução Francesa, e suas principais influências foram de ordem religiosa e filosófica, com o advento do Cristianismo e a concepção dos direitos naturais.

No Brasil, durante o período da Ditadura Militar, houve uma grande opressão por parte do Estado, que agia de forma abusiva e controladora, fato que caracteriza as inúmeras afrontas cometidas nesse período aos institutos democráticos e à dignidade da pessoa humana. Com o fim desse longo e difícil período, a maior de todas as reformas foi a elaboração da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu texto constitucional uma preocupação com a segurança das instituições democráticas, em especial com os direitos e garantias individuais, demonstrando, desde logo, que o Estado brasileiro é uma organização centrada no ser humano, e está rodeado de princípios que asseguram a inviolabilidade desses direitos, devendo, assim, todo o ordenamento jurídico respeitá-lo, sob pena de inconstitucionalidade.

Devido à evolução histórica dos direitos fundamentais e a sua grande transformação ao longo do tempo, defini-los não é uma tarefa simples. José Afonso da Silva, em sua obra, comenta sobre essa dificuldade de definição:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificultam definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem (SILVA, 2005, p. 175).

Ciente dessa barreira terminológica e superando-a, os direitos fundamentais do homem são aqueles considerados como os mais essenciais em uma sociedade, definidos no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.

Os Direitos fundamentais têm como objetivo a garantia de direitos considerados indispensáveis para o desenvolvimento da dignidade humana, sem as quais o in-

divíduo não convive, e muito menos sobrevive numa sociedade. Estão eles consagrados e assegurados no art. 5.º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

Alexandre de Moraes conceitua direitos fundamentais como

o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais (MORAIS, 2006, p. 21).

Portanto, é importante ressaltar a sua qualidade de Direitos Fundamentais colocados no mais alto degrau das fontes dos direitos: as normas constitucionais. Os direitos fundamentais estão exemplificados no Título II da Constituição Federal, divididos em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos, e direitos dos partidos políticos; e são eles hoje considerados a espinha dorsal do constitucionalismo moderno, a base de um Estado Democrático de Direito, uma vez que neste regime, todo o poder emana do povo, e para o seu exercício, deve ser garantido aos cidadãos um mínimo de direitos, para que se efetive a participação democrática.

1.2. Gerações dos direitos fundamentais

De acordo com a doutrina, os Direitos Fundamentais são classificados em gerações (ou dimensões), observando-se, portanto, sua evolução histórica e o momento do seu reconhecimento pelos ordenamentos jurídicos. Assim, os primeiros direitos a constarem em textos constitucionais foram os de *primeira geração*, que surgiram no final do século XVIII, como forma de limitar o poder do Estado, exigindo-se destas condutas negativas (abstenção), passando o indivíduo a desfrutar de um espaço de liberdade frente à ingerência estatal. Esta fase realça o princípio da liberdade (direitos políticos e civis), tendo como exemplo o direito à vida, à igualdade, à liberdade, à propriedade.

Os *direitos de segunda geração* surgiram na metade do século XIX, com os movimentos sociais na Europa, e compreenderam as liberdades positivas, reais ou concretas, quando passaram a ampliar a atuação estatal: o indivíduo pôde, então, exigir do Estado práticas e prestações positivamente em seu favor. Essa geração engloba os direitos econômicos, sociais e culturais, e ressalva o princípio da igualdade entre os homens. Este ponto é o mais importante para o desenvolvimento do trabalho e será aprofundando mais adiante, quando da análise do princípio da reserva do possível e da efetivação dos direitos sociais, tendo como limite o orçamento estatal.

A *terceira geração* refere-se aos princípios da solidariedade e fraternidade, não havendo aqui destinatários específicos, sendo sua titularidade difusa ou coletiva, objetivando assim proteger não apenas um indivíduo ou grupo determinado, mais toda a humanidade. São os direitos ao meio ambiente, à paz, ao progresso, à solidariedade e à autodeterminação dos povos.

Como finaliza Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 38), “é interessante constatar que o núcleo da esfera de proteção dos direitos fundamentais de 1ª, 2ª e 3ª gerações correspondem ao lema da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade”.

Há alguns doutrinadores que fazem referência aos direitos de quarta geração, que englobam as transformações e os adventos da globalização, porém isso não se refere ao tema aqui discutido, uma vez que o debate está relacionado mais diretamente à segunda geração.

1.3. Aplicabilidade dos direitos fundamentais

As normas constitucionais são classificadas de acordo com os diferentes graus de eficácia e aplicabilidade¹, analisando, portanto, a importância que é dada a elas no texto constitucional. Porém, de acordo com a classificação dada por José Afonso da Silva (1982, p. 89-91) e adotada pela maioria da doutrina e da jurisprudência, as normas constitucionais são assim classificadas: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

Normas de eficácia plena são aquelas que, quando entram em vigor, já são autoaplicáveis e produzem todos os seus efeitos, independentemente de providência normativa ulterior para a sua aplicação. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino destacam que

as normas de eficácia plena não exigem a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados. São, por isso, normas de aplicabilidade direta, imediata e integral (PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p. 19).

As normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que podem sofrer limitações em sua matéria, e são normas de aplicabilidade direta e imediata, não sendo integrais pela possibilidade de sua eficácia e aplicabilidade serem reduzidas. Como relata Alexandre de Moraes:

¹ Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados sob prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para a sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, ela não dispõe de aplicabilidade. Essa se revela, assim, como possibilidade, e a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos: SILVA, 1982, p. 49-50.

Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados (MORAIS, 2009, p. 12).

Normas constitucionais de eficácia limitada têm aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, não produzindo seus efeitos essenciais, dependendo para isto da criação pelo poder Estatal ou pelo legislador de uma normatização ulterior, para que possa ter aplicabilidade. Para Pedro Lenza (2010, p. 180), “eficácia limitada são aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional.”

Depois de uma breve explicação, para um melhor entendimento sobre eficácia e seus diferentes graus, volta-se à análise da aplicabilidade dos direitos fundamentais que, de acordo com o art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, tem aplicabilidade imediata.

As normas de direitos e garantias fundamentais, em regra, devem ter aplicação imediata, porém existem os direitos sociais, econômicos e culturais enquadrados dentro dos direitos fundamentais que nem sempre o são, pois dependem de regulamentação para a produção de seus efeitos essenciais, dependendo, assim, da criação de norma ulterior ou de uma atuação positiva por parte do Estado para que sejam concretizados, pois são direitos positivos, e sua efetivação deve ser feita de forma programada e progressiva, como será explicado adiante:

Assim, por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e de aplicabilidade indireta (SILVA, 2005, p.180).

Portanto todas as normas constitucionais são constituídas de eficácia, tendo assim um importante valor jurídico, desempenhado cada uma sua função social, tentando assim ampliar cada vez mais essa aplicabilidade, para melhor se desenvolver o papel da democracia.

2. Os direitos sociais ou direitos de segunda geração

2.1. Conceito de direitos sociais

Em decorrência da grande importância dos direitos sociais, foi dado a estes um capítulo próprio na Constituição Federal, em seu art. 6.º, que diz que “são direitos so-

ciais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Os direitos sociais classificados como de segunda geração são aqueles que exigem do Estado uma conduta positiva, uma atuação para que sejam concretizados, com o intuito de fornecer aos cidadãos condições materiais para o pleno gozo de seus direitos, tendo como objetivo a diminuição da desigualdade social.

Como conceitua Alexandre de Moraes:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1.º, IV, da Constituição Federal (MORAIS, 2009, p. 195).

Já para Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo,

os direitos sociais abrangem tanto direitos a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos negativos), [...] ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida da sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também de particulares (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 14).

Assim, os direitos sociais prestacionais reclamam uma atuação positiva por parte do Estado, devendo este realizar políticas públicas para sua efetivação, fornecendo meios para a sua realização. Por exemplo, no caso da saúde, deverá construir hospitais, fornecer materiais, medicamentos, pagar salário dos médicos, ou seja, deverá fornecer toda uma infraestrutura que gera gastos econômicos aos cofres públicos. Portanto, para que ocorra essa efetivação, é preciso que haja disponibilidade de recursos financeiros. Disso decorre a grande problemática pelo ordenamento jurídico sobre a eficácia e efetivação dos direitos sociais, pois estes encontram limites na ordem econômica, por serem esses recursos escassos diante da grande demanda. Esse assunto será abordado adiante, em decorrência da sua importância para o trabalho realizado.

Conclui-se que os direitos sociais de segunda geração diferem dos de primeira geração, pois estes, ao exigirem do Estado uma conduta negativa (omissão), são diretamente aplicáveis, eficazes, capazes de produzir todos os seus efeitos.

2.2. Características dos direitos sociais

Os direitos sociais são direitos prestacionais, ou seja, exigem uma conduta positiva do Estado, sendo esta a sua primeira característica: *seu cunho prestacional*. Portanto, para a efetivação dos direitos sociais é necessário a atuação, a prestação material por parte do Estado. Vale ressaltar que para a efetivação dos direitos sociais é preciso que

haja recursos financeiros e disponibilidade de verbas pelo poder público para sua concretização. A *relevância do conteúdo econômico* deve ser mais uma característica dos direitos sociais, ou seja, para que o Estado forneça hospitais, médicos, medicamentos, é preciso que haja recursos econômicos disponíveis.

Outra importante característica dos direitos sociais é que eles são uma *densificação do princípio da justiça social*, ou seja, eles têm como objetivo garantir a igualdade material, protegendo os mais fracos e os desamparados, fornecendo aos indivíduos uma vida digna, não visando apenas sua sobrevivência, mas também sua integração na sociedade.

2.3. A exigibilidade dos direitos sociais

De acordo com o artigo 5.º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, “todos os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata”, estando assim incluídos os direitos sociais que são consagrados no texto constitucional como fundamentais. Logo, qualquer enfoque que limite a efetivação desses direitos não deve prosperar.

Os direitos sociais são direitos que dependem de regulamentação, ou seja, de uma norma ulterior ou de uma atuação positiva do Estado para produzirem seus efeitos essenciais, pois são direitos positivos, e sua efetivação se dá de forma programada e progressiva. Paulo Caliendo esclarece:

As normas programáticas são aquelas que indicam um programa, finalidades ou tarefas a serem implementadas pelo Estado e por essa razão são dotadas de uma baixa densidade normativa, visto que exigem para a produção de efeitos que ocorra a ação legislativa de preenchimento de sentido para que estas vejam atuar na sua completude. Essa concretização decorre não apenas da especificação do conteúdo normativo, bem como dos meios e recursos necessários para atingir o fim almejado (CALIENDO, 2008, p. 197).

No próximo capítulo sobre o princípio da reserva do possível, esse tema será abordado com maior precisão, quando então se verificará que a efetivação dos direitos sociais depara-se com um problema que se coloca ante a sua efetivação, pois a implementação deles depende de recursos financeiros. Por exemplo, para que o Estado ofereça educação infantil de boa qualidade, são necessários a construção da escola, a contratação de professores, o fornecimento de materiais, dependendo para tanto de dinheiro, o que encontra, portanto, limite na ordem econômica, por serem esses recursos escassos.

Anderson Rosa Vaz cita em sua obra um entendimento do STF a respeito do posicionamento do Min. Celso de Mello:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-

financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política (VAZ, 2009, p. 31).

Portanto, seu custo assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, não sendo possível a efetiva realização das prestações demandadas, sem que se custeie algum recurso público.

3. A eficácia dos direitos sociais

3.1. Princípio da reserva do possível

Depois da análise da natureza dos direitos sociais, já se tem uma breve compreensão de que a efetivação desses direitos depende da prestação positiva por parte do Estado, pois eles geram custos financeiros, e estes encontram limites na ordem econômica, por serem escassos tais recursos. Daí surge o princípio da reserva do financeiramente possível, ou simplesmente reserva do possível, que discute a dependência dos direitos sociais prestacionais à disponibilidade de recursos econômicos por parte do Estado, recursos estes que dependem de provisão orçamentária feita pelos órgãos governamentais e parlamentares.

Paulo Caliendo traz a seguinte informação:

Este princípio da reserva do possível (*“Vorbehalt des Möglichen”*) foi originalmente apresentado pela doutrina constitucionalista alemã ao tratar do caso de um estudante que exigia o acesso ao ensino superior (*“numerus-clausus Entscheidung”*), em que a Corte Constitucional alemã entendeu que neste caso não se podia exigir da sociedade a realização de uma prestação que exceda aos limites do razoável ou da responsabilidade do destinatário em prover seu próprio acesso a um direito (CALIENDO, 2008, p. 196).

Portanto a efetividade dos direitos sociais fica condicionada à reserva do possível, uma vez que estes direitos demandam custos financeiros e só existem enquanto existir dinheiro nos cofres públicos, surgindo, então, a necessidade de administrar de maneira adequada e eficiente os recursos escassos da sociedade para promover o maior bem social possível. Porém, não sendo possível atender a todas as pretensões sociais, que dependem da utilização do erário público, o Estado deverá analisar quais necessidades atender, o que demonstra que o princípio da reserva do possível se apresenta como um limite fático e jurídico na efetivação dos direitos sociais.

Observa-se que a cláusula da reserva do possível muitas vezes é invocada pela jurisprudência como meio de negar efetividade aos direitos fundamentais sociais, como exemplifica este acórdão do TJMG:

1.0000.06.443.869-0/000 (1). EMENTA:
MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PROVA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. Legitimidade passiva do estado. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Dentre as condições de ação mandamental estão a liquidez e certeza do direito, que devem ser demonstradas de plano, com a inicial, pois o procedimento não admite instrução probatória. O Estado é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, uma vez que a ele pode ser imputada a responsabilidade pelo atendimento das necessidades básicas de saúde do impetrante. Seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, não há ilegalidade ou abuso por parte da autoridade coatora que não forneça medicamento prescrito ao impetrante que não esteja relacionado na lista de fármacos da rede pública. A competência para decidir sobre a alocação desses recursos cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, sem possibilidade de ingerência do Judiciário, por respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos poderes. Preliminares rejeitadas. Denegar a segurança.²

Vale ressaltar, dentro da análise em torno do princípio da reserva do possível, e que se verifica nesta decisão do TJMG, um tema bastante complexo, que é a intervenção do poder judiciário como forma de garantir a efetividade dos direitos sociais e se esta intervenção fere ou não a teoria da separação dos poderes. Assim, sempre que as políticas públicas não estejam sendo cumpridas, ou que o Executivo não exerça uma boa administração e planejamento dessas políticas, aplicando erroneamente os recursos e desperdiçando orçamento, cabe a imposição do Poder judiciário na promoção e efetivação dos direitos fundamentais sociais, estabelecendo melhor forma de aproveitar o erário público para garantia do mínimo de eficácia dos direitos sociais consagrados na Constituição Federal.

Logo, é correto defender a intervenção do judiciário, uma vez que o princípio da separação dos poderes permite que os órgãos (legislativo, executivo e judiciário) fiscalizem e adentrem nos casos que caberiam, em princípio, a determinado poder, quando este estiver exercendo sua função de forma indesejada ou incompleta, garantido assim a observação dos direitos e garantias fundamentais.

Voltando-se ao tema principal, a realidade é que o Estado é incapaz de realizar todos os direitos exigidos, vez que seus recursos são escassos, e que não se pode impor ao poder público o atendimento de toda e qualquer demanda que implique gastos públicos. Mas vale destacar que não é razoável aceitar que o Estado invoque esse princípio, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento das suas obrigações constitucionais, pois estaria ferindo os princípios constitucionais que garantem os direitos sociais, e aniquilando a essencial fundamentalidade desses direitos.

² TJMG/MG. Mandado de segurança nº 1.0000.06.443.869-0/000 (1). Relator: Des. Albergaria Costa. Julgamento em: 02/05/2007, publicado no DJ em 04/07/2007. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal. Acesso em: 17/10/2010.

Neste sentido, é necessário que o Poder Público, alegando essa cláusula da reserva do possível, demonstre o tratamento que o direito social lesado está recebendo no planejamento do orçamento, devendo apresentar razões justificadas para tal ato, demonstrando que há um justo motivo objetivamente aferível, ou seja, a comprovação da insuficiência de aportes financeiros.

Anderson Rosa Vaz afirma:

Não basta ao Poder Público a alegação de que não possui recursos suficientes à efetivação desses direitos. Deve, sim, demonstrar, por meio dos orçamentos passados e presentes, bem assim o planejamento futuro, como o direito à moradia, por exemplo, está sendo gerido. A escassez de recursos impõe a obrigação de planejar a efetivação progressiva dos DHESC. Nesse ponto, o Administrador não tem discricionariedade. Deve executar o orçamento. Já a liberdade legislativa se resume: planejar a aplicação da verba pública via orçamento. A partir daí, a não efetivação desse direito passa a constituir omissão de má-fé do Poder público, impondo aos administradores conseqüências cíveis, administrativas e criminais (VAZ, 2009, p. 36).

Uma vez que a realização dos direitos sociais guarda uma ligação com escolhas estratégicas sobre qual a melhor forma de aplicar os recursos públicos, num Estado democrático elas devem ser feitas do modo mais aberto possível e com a garantia dos níveis mais efetivos de informação da população.

Assim, cabe ao Estado tomar decisões acerca de quais direitos proteger e quais direitos sacrificar ou preservar insuficientemente, devendo observar os critérios de adequação (qual o meio utilizado para a obtenção da finalidade almejada); necessidade (garantir o direito mais importante, e prejudicar menos possível o direito restringido); e proporcionalidade e razoabilidade (avaliar o custo-benefício, como forma de atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso). Como destacam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo:

[...] respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito. Neste contexto, vale o registro de que a proibição de insuficiência assume particular ênfase no plano da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais, o que remete, por sua vez, à questão do mínimo existencial (SARLET, 2008, p. 34).

Logo, o princípio da reserva do possível, antes de atuar como barreira limitadora dos direitos sociais, deve atuar como cláusula de planejamento de efetivação desses direitos, impondo ao Poder público o dever fundamental de, dentro das reservas orçamentárias, do planejamento econômico e financeiro, e das condições sociais e econômicas do país, garantir a efetivação dos direitos prestacionais sociais. Porém o Esta-

do deve preservar, além disso, os direitos sociais já consagrados, não podendo diminuí-los ou esvaziá-los, pois uma vez alcançados, eles se tornam uma garantia institucional e um direito subjetivo, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de *effet cliquet* (princípio do não-retrocesso social), ainda mais no que se refere à garantia do mínimo existencial.

3.2. *Mínimo existencial e princípio da dignidade humana*

A efetividade dos direitos sociais está vinculada à realização de um mínimo existencial como forma de garantia da dignidade da pessoa humana. Vale destacar que o mínimo existencial deve garantir uma existência digna, não sendo reduzida apenas a sobrevivência física, mas objetivando garantir ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social.

Portanto o núcleo essencial do mínimo existencial está diretamente ligado no direito à vida e à dignidade da pessoa humana, objetivando oferecer uma vida com certa qualidade, não sendo confundido com o mínimo “vital”; ou seja, não basta oferecer comida a quem passa fome por uma questão de sobrevivência, é necessário que se ofereça a essa pessoa uma vida saudável, um emprego de que ela possa tirar seu próprio sustento.

Logo, o mínimo existencial é compreendido também como direito e garantia fundamental, devendo guardar sintonia com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, estando este princípio “apenas assegurado quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade” (SARLET, FIGUEIREDO, 2008, p. 21).

Assim, deve determinar a prioridade das prestações abrangidas no âmbito do mínimo existencial sobre outros encargos do poder público. Esse critério jurídico de prioridade é o que permite ao magistrado superar os obstáculos doutrinários da reserva do possível e da separação dos poderes (TORRES, 2008, p. 77).

Como afirma Carlos Flávio Venâncio Marcilio:

Por fim, apesar da escassez dos recursos e da reserva do possível, deve ser reconhecida a existência de um mínimo existencial ou de uma concretização mínima do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse mínimo existencial deve constituir a meta prioritária dos direitos, de liberdades ou sociais, a serem concretizados e, por conseguinte, dos gastos do erário público. Logo, somente após a concretização desses direitos de liberdade e sociais mínimos, é que poderá ser deliberada a alocação dos recursos públicos remanescentes (MARCILIO, 2009, p. 168).

Estando a efetivação dos direitos sociais condicionada à disponibilidade financeira, é necessário que as prestações desses direitos satisfaçam pelo menos a garantia

do mínimo existencial, sendo este o conteúdo essencial do Estado Social de Direito, a garantia das condições mínimas para uma vida digna.

Conclusão

Ao fim deste trabalho e diante da temática discutida, é necessário apontar aqui algumas conclusões extraídas. De início é preciso ressaltar a importância dos direitos sociais consagrados na Constituição Federal como fundamentais, tendo como objetivo a garantia de direitos considerados indispensáveis para o desenvolvimento da dignidade humana. Diante disto a CF declarou em seu art. 5.º, § 1.º, que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata. Portanto os direitos sociais, por dependerem de prestações positivas por parte do Estado, acabam por esbarrar nas limitações de recursos materiais e financeiros, o que significa que o Estado não pode atender a todas as demandas da sociedade.

Neste ponto, a efetivação dos direitos sociais fica condicionada ao princípio da reserva do possível, uma vez que o Estado só poderá atuar na prestação de políticas públicas dentro da sua capacidade financeira, o que demonstra que a eficácia dos direitos sociais não é absoluta, sendo, portanto, limitada aos recursos econômicos do Estado, do que decorre a impossibilidade de concretização e efetivação de todos os direitos.

Por outro lado, a reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado como forma de negar efetivação aos direitos sociais. Não se pode deixar que os princípios constitucionais que garantem os direitos sociais se transformem em meros princípios orientadores, sem nenhum poder mandamental e vinculativo. Assim, o princípio da reserva do possível não pode se tornar um obstáculo à preservação do mínimo necessário para a garantia da dignidade humana, sendo que a dignidade humana é a base para a efetivação de qualquer direito fundamental.

Diante desta análise é necessário o planejamento do orçamento e uma administração mais adequada e eficiente dos recursos públicos, para promover o maior bem social possível. Assim, não sendo possível atender a todos os anseios da sociedade, o Estado deverá tomar decisões sobre quais direitos proteger, de quais abrir mão, ou atender de forma deficiente. É essencial para tanto a observância do princípio da proporcionalidade para se resguardar o equilíbrio entre a reserva do possível e o mínimo existencial, impedindo que haja um retrocesso das conquistas sociais.

Por fim, vale ressaltar que se trata de um tema bastante complexo, e que essas conclusões são diretamente direcionadas ao horizonte pesquisado. Por isso, o objetivo desse trabalho não é pôr fim ao debate, ou impor uma verdade, mas, sim, contribuir para um melhor entendimento do tema.

Referências

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 195-208.

- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais, in: RENOUX, Thierry S. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 66, p. 155-169.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 21-195.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de Direito Constitucional descomplicado*. 2 ed. São Paulo: Método, 2009, p. 38.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 11-49.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 49-50.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 175-180.
- TJMG/MG. Mandado de segurança n.º 1.0000.06.443.869-0/000 (1). Relator: Des. Albergaria Costa. Julgamento em: 02/05/2007, publicado no DJ em 04/07/2007. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal. Acesso em: 17/10/2010.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 69-86.
- VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, in: RENOUX, Thierry S. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 66, p. 9-38.