XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

GIOVANI DA SILVA CORRALO

JANAÍNA MACHADO STURZA

SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Giovani da Silva Corralo; Janaína Machado Sturza; Suzy Elizabeth Cavalcante Koury – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-854-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

O Grupo estudou diversas questões que envolvem os direitos sociais e as políticas públicas, a partir da ideia da efetivação dos direitos fundamentais e do desenvolvimento humano.

Os trabalhos buscaram demonstrar que as políticas públicas devem ser voltadas para os indivíduos, permitindo que desenvolvam as suas capacidades e alcancem os seus projetos de vida, numa perspectiva emancipatória e de superação das gritantes diferenças de oportunidades que ainda subsiste no cenário nacional.

O enfoque nas políticas públicas de saúde, incluindo a assistência farmacêutica, a partir da constatação de precariedade do sistema público de saúde, da ausência de recursos e da judicialização da saúde e os seus efeitos, foi o escolhido por sete dos pesquisadores que tiveram os seus artigos selecionados.

As políticas públicas voltadas às mulheres, aos adolescentes, aos idosos, aos portadores de necessidade especiais e às crianças foram discutidas em diversos dos textos apresentados, revelando grande cuidado e preocupação dos seus autores com o alcance do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de redução das desigualdades sociais e regionais.

Aliás, somente um Estado com capacidade de elaboração, execução, monitoramento e avaliação de políticas públicas, em todos os níveis da Federação, de forma integrada e com a participação social, é que possibilitará a concretização dos fins constitucionalmente almejados pela República e dos próprios direitos fundamentais.

É nesse contexto que se recomenda a leitura dos artigos que compõem esta obra, a demonstrar o estado da arte de grande parte das pesquisas desenvolvidas em nível da pós-graduação em Direito no Brasil, a envolver instituições e pesquisadores em estudos aprofundados que transpõem os limites da Ciência Jurídica, numa perspectiva interdisciplinar.

Boa leitura!

Giovani da Silva Corralo - UPF

Janaína Machado Sturza - UNIJUI

Suzy Elizabeth Cavalcante Koury - CESUPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A RESERVA DO POSSÍVEL EM FACE DA NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO BRASIL.

RESERVATION OF THE POSSIBLE AS A RESULT OF THE NEED TO EFFECT THE BASIC SOCIAL RIGHTS IN BRAZIL.

Pedro Tourinho Tupinamba
Erika Oliveira de Alencar silva

Resumo

Neste Trabalho abordaremos o conflito existente entre a teoria da reserva do possível e a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Analisaremos a questão da necessidade desses direitos serem efetivados e verificaremos se seria justificável a sua restrição no Brasil com base na teoria da reserva do possível. Para que possamos chegar a uma conclusão sobre o assunto visitaremos as teorias da Reserva do Possível, do mínimo existencial, bem como os direitos fundamentais sociais reconhecidos no Brasil e a necessidade de sua implementação

Palavras-chave: Reserva do possível, Mínimo existencial, Efetivação, Direitos fundamentais sociais, Brasil

Abstract/Resumen/Résumé

In this paper we will discuss the conflict between the theory of the reserve of the possible and the realization of fundamental social rights. We will analyze the question of the necessity of these rights to be effective and verify if its restriction in Brazil would be justified based on the theory of the reserve of the possible. So that we can reach a conclusion on this subject we will visit the Possible Reserve theories, the existential minimum, as well as the fundamental social rights recognized in Brazil and the need for their implementation

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Reserve of the possible, Existential minimum, Effective, Fundamental social rights, Brazil

INTRODUÇÃO

Os Direitos Sociais historicamente surgem enquanto direitos fundamentais do Homem por volta do século XX, como reflexos da Revolução Industrial, da alteração do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, as justas reivindicações dos trabalhadores por melhores condições de trabalho, as influências das doutrinas socialistas, católica e Democratas Sociais.

A Revolução industrial iniciada no séc. XVIII, sem a necessária proteção à saúde e bem estar do trabalhador trouxe um aviltamento da vida desses operários que ficavam sujeitos a extensas jornadas, em locais muitas vezes insalubres e sujeitos a doenças, acidentes, entre outros males.

Os ideais da Revolução Francesa de Liberdade, igualdade e fraternidade, ainda, estavam vivas, sendo necessária a garantia da igualdade. Eclodia a Revolução Socialista com doutrina filosófica e política que combatia o então capitalismo. Em 1919 é assinado o Tratado de Versalhes e criada a OIT (Organização Internacional do Trabalho), sendo o Brasil um de seus Estados-membros fundadores, ocasião em que se estabeleceu normas visando a universalização da proteção dos direitos sociais do trabalhador.

Foi constatado que o Estado Liberal não conseguia garantir a dignidade de vida aos trabalhadores, pois a não intervenção implicava na exploração de mão de obra do trabalhador com jornadas exaustivas, sem qualquer higiene e segurança no trabalho. Tal situação trazia como consequência inúmeros acidentes de trabalho, doenças ocupacionais e ausência de possibilidade do trabalhador ter um convívio social digno.

O Estado teve a necessidade de passar a intervir nas relações privadas, mesmo que minimamente, a fim de garantir uma melhor qualidade de vida aos cidadãos, procurando-se garantir os direitos vinculados ao mundo do trabalho e, também, os de caráter mais geral tais como à educação, à saúde e à habitação.

O Estado então mudou de liberal para Estado Social, como ensina Ingo Sarlet(2015,p.47), alterando o direito de liberdade do e perante o Estado para a liberdade por meio do Estado.

Classificados pela doutrina como Direitos Humanos de segunda dimensão, os direitos sociais em geral possuem um conteúdo prestacional em que se exige do Estado

e/ou da sociedade uma ação para satisfação desses direitos com a finalidade de superar as desigualdades e situações ofensivas à dignidade humana.

Justamente por corresponder geralmente a uma prestação positiva do Estado como por exemplo: conceder a saúde, educação, etc. A efetivação desses direitos sociais implica em gastos para o Estado quando adota política pública para concessão dos mesmos.

Historicamente, o Estado Social passa a sofrer uma crise econômica e se argumenta a necessidade de ter revisitado suas políticas e em consequência se transforma em Estado democrático de Direito.

Dentro do Estado Democrático de Direito surge a Teoria da Reserva do Possível que limita e muitas vezes impede a efetivação dos direitos sociais. A Reserva do possível surgiu na Alemanha e foi trazida para o Brasil, mesmo havendo condições socioeconômicas diferentes, e, ainda, com mudança no fundamento da teoria que no Brasil se adaptou para justificá-la pela escassez de recursos.

O problema existente, no Brasil, passa a ser a questão da necessidade de se efetivar os direitos fundamentais sociais do cidadão ante a ausência fática de políticas públicas eficazes e que atendam a necessidade básica do cidadão e cuja ausência tem sido justificada mediante a teoria da reserva do possível informada pela escassez de recursos públicos necessários.

Diante desse problema fazemos a seguinte pergunta: No Brasil se justifica a utilização da reserva do possível para não se realizar a política pública necessária para atender o direito fundamental social ?

Para responder a essa pergunta e solucionar o problema faremos uma análise qualitativa dos direitos sociais juntamente com a teoria do mínimo existencial e da reserva do possível, de forma crítica, a fim de verificar se juridicamente se justifica, aqui no Brasil, a utilização da teoria da reserva do possível com o fim de fundamentar a ausência de políticas públicas que satisfaçam os direitos fundamentais sociais.

Partimos da hipótese de que os direitos sociais fundamentais por serem inerentes à preservação da dignidade humana não podem sofrer restrições, nem mesmo utilizando a alegação de obstáculo econômico.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A Constituição Federal Brasileira em seu art. 1º, II e III, elege a cidadania e dignidade da pessoa humana como dois de seus princípios fundamentais, fazendo parte dos fundamentos do Estado Democrático de direito brasileiro.

E dentro do título II que trata dos direitos e garantias fundamentais, reconhece os direitos sociais através de seu art. 6º, que assim dispõe:

> "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

Essas normas insculpidas na Constituição Federal não podem ser analisadas de forma isolada, mas sim em conjunto, de forma sistemática. Neste contexto quando se efetiva, por exemplo, o acesso adequado à saúde e educação estaremos dando efetividade aos direitos fundamentais sociais e exercitando a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais apresentam uma dimensão defensiva e prestacional. Sejam os direitos defensivos como, também, os prestacionais (positivos) exigem despesas expressivas. Os direitos sociais, em regra, caracterizam-se por exigir uma prestação do Estado, por exemplo, o direito à saúde, quando o Estado deve prestar o atendimento no campo da saúde (ex: fornecimento de hospital, medicamento, etc.).

Por sua vez é fácil identificar os direitos de liberdades individuais enquanto direitos de defesa, em que o Estado para realizá-lo precisa se abster (Não intervenção). Leonardo de Faria Duarte(2011,p.75-115) afirma que as funções dos direitos fundamentais são divididas em: função de defesa, função prestacional e multifuncionalidade dos direitos fundamentais.

A primeira função e mais tradicional dos direitos fundamentais corresponde a função de defesa. Esta função correlaciona-se às liberdades e garantias, caracterizando-se pela defesa da pessoa humana e sua dignidade perante os poderes do Estado.

A função defensiva se divide em duas frentes, sendo uma jurídico-objetivo e outra no plano jurídico-subjetivo. No plano jurídico-objetivo temos normas de competência negativa para os Poderes Públicos com o intuito de impedir a interferência

do Estado na autonomia individual. Já no plano jurídico-subjetivo temos a chamada liberdade positiva dos indivíduos para que possam exercer de forma positiva os direitos fundamentais. É neste segundo plano que os cidadãos podem reclamar das faltas e omissões do Estado procurando impedir a atuação lesiva do Estado.

A função prestacional se relaciona a três questões controversas envolvendo os direitos sociais que são: 1) Saber se os indivíduos podem ou não extrair prestações sociais diretamente dos preceitos da Constituição, o que se relaciona aos direitos sociais originários; 2) o direito do cidadão em reclamar do legislador a concretização dos preceitos relativos a direitos fundamentais sociais, relacionando-se aos direitos sociais derivados;3) A obrigação dos poderes públicos a realizar políticas públicas que busquem a construção de instituições, prestação de serviços e fornecimento de prestações(Ex. Construção de escolas, etc.).

É discutível uma resposta satisfatória às duas primeiras questões da função prestacional, porém quanto à última questão é manifesto que as normas do texto constitucional relativas a direitos econômicos, sociais e culturais além de individualizar exigem políticas públicas socialmente ativas.

Em relação ao direito fundamental, explica Duarte que existem inúmeras outras funções, ao que denomina de multifuncionalidade dos direitos fundamentais. A multifuncionalidade decorre do fato de que não se tem como atribuir a estes direitos apenas uma dimensão e nem apenas uma função, pois torna-se necessário realçar e destacar cada uma e todas as funções que os direitos fundamentais captaram unilateralmente.

Conclui o autor que essas múltiplas funções podem se reunir no mesmo dispositivo que as proclamou, podendo, inclusive, haver a convivência da dimensão subjetiva com a objetiva.

Quanto à classificação, inicialmente, esclarece ser problemática e complexa a seleção de um critério. Mas, adota a classificação dos direitos fundamentais em: Direitos de Defesa e direitos a prestações. De acordo com esse critério adotado é considerada a predominância da função defensiva ou prestacional, mas não a exclusividade de cada uma delas.

Diante desta classificação não se pode falar em separação dos direitos fundamentais em duas categorias estanques, posto que a relação é de interdependência entre o grupo dos direitos predominantes de defesa e os de direitos preponderantemente prestacionais.

No direito de defesa predomina o direito do cidadão exigir uma abstenção geralmente do Poder Público que não pode interferir ou se intrometer nas liberdades propriamente ditas, reconhecidas desde o Estado liberal-burguês.

No plano da Constituição brasileira torna-se possível identificar uma certa correlação dos direitos e garantias previstos no art. 5º e os direitos e liberdades clássicos. Essa correlação deriva da predominância da função defensiva encontrado no rol dos direitos previstos neste respectivo dispositivo constitucional.

Os direitos de participação revelam facetas defensivas e prestacionais, sendo que essas características não justificam serem enquadrados em uma categoria específica. Portanto, afirma Duarte que sua classificação é na categoria dos direitos de defesa que é a característica preponderante, sendo que existem algumas exceções que não se coadunam com o direito de defesa e por isso acabam por ser incluídas como direitos a prestações.

Nos direitos a prestações prepondera a exigência de uma postura ativa do Estado a fim de que sejam assegurados aos cidadãos prestações de ordem jurídica e material. Aqui se busca a liberdade perante o Estado e por intermédio do Estado. Apesar de ser preponderante o comportamento ativo, esses direitos podem demandar concomitantemente uma dimensão negativa. Assim, cita o exemplo do direito à saúde que mesmo se exigindo uma ação positiva com a finalidade de sua realização, também, comporta a abstenção do Estado de lesar a saúde das pessoas.

Os direitos a prestações em sentido estrito, também, denominados de direitos sociais são aqueles que o indivíduo possui frente ao Estado e que podem ser exigidos, também, dos particulares. Teríamos aqui direitos ligados a melhoramentos, redistribuição de recursos financeiros e geração de bens essenciais.

Enquanto os direitos de defesa pressupõem a preponderância da abstenção do Estado, no direito a prestações em sentido estrito temos a preponderância de uma progressiva ou contínua atuação do Estado no domínio econômico e social. Ao contrário

de outros ordenamentos jurídicos constitucionais, no Brasil não existe controvérsia relevante quanto ao reconhecimento de que os direitos sociais fundamentais estejam no mesmo patamar que os direitos de defesa.

Deve ser ressaltado que os direitos fundamentais sociais não se limitam à função prestacional. Pois abrangem, também, as denominadas liberdades sociais, de natureza defensiva, como por exemplo a greve e a liberdade sindical.

2. OS DIREITOS SOCIAIS E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Na dogmática jurídica o mínimo existencial é uma construção do direito alemão. Desde o início da década de 1950 já eram encontradas decisões sobre o assunto no Tribunal Federal Administrativo, sendo que o ápice da aplicação desta teoria ocorreu na década de 1990.

Para Torres (2009,p.13) o mínimo existencial não tem um conteúdo específico, tendo uma atuação fenomenológica que denomina de metamorfose dos direitos sociais no mínimo existencial.

Segundo Torres (2003, p.1-2), a *jusfundamentalidade* dos direitos sociais está reduzida ao mínimo existencial, tanto no âmbito da proteção negativa quanto da proteção positiva. Nesta ótica o mínimo existencial se confunde com o direito social *stricto sensu* após a metamorfose dos direitos sociais. Essa transformação ocorre quando o direito social chamado de direito de justiça se torna um direito de liberdade. Neste sentido o direito social à educação corresponde à liberdade de Estudar, logo sem a possibilidade do cidadão ter acesso à escola não tem como se falar em liberdade de estudo, nem mesmo à liberdade de expressão. O mínimo existencial aqui seria o acesso à educação.

A preocupação de buscar a efetividade dos direitos fundamentais sociais através da teoria do mínimo existencial acabou por levar alguns autores a defender que esse mínimo seria o necessário para a sobrevivência, o que poderia implicar em não se resguardar o mínimo de dignidade humana. Morar em algum lugar e acesso a essa moradia não é o mesmo que ter acesso a uma moradia digna.

Assim, muitos autores sustentam que a ideia de mínimo existencial não pode ser equivalente ao mínimo vital. A tradição alemã é no sentido de que o mínimo existencial se funda no direito à vida e à dignidade da pessoa humana, o que se coaduna

com a ideia de não corresponder ao mínimo vital. Neste sentido Barcellos (2002, p.305) defende que o mínimo existencial corresponde ao núcleo da dignidade da pessoa humana.

Portanto, seguindo a baliza do direito Alemão não podemos admitir que o mínimo existencial seja inferior ao essencial para a garantia da dignidade humana. Em relação a esta posição, fácil constatar que foi a opção adotada pelo legislador brasileiro quando reconheceu que a dignidade humana é um dos princípios fundamentais do Estado Democrático Brasileiro.

3. A RESERVA DO POSSÍVEL

A teoria da reserva do possível é de origem alemã, decorreu da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, em 1972, quando julgou o pedido de acesso ao curso de medicina e a sua compatibilidade com certas regras legais estaduais que restringiam este acesso o que conflitava com a Lei Fundamental que garantia a liberdade de escolher a profissão. No julgamento do caso que ficou conhecido como *numerus clausus* o Tribunal alemão decidiu que a prestação exigida do Estado tem que corresponder ao que o indivíduo de acordo com a razoabilidade pode exigir da sociedade, não sendo razoável estabelecer que o Estado tenha a obrigação de conceder o acesso a todos que tenham esta pretensão. A decisão, neste caso, referiu-se à exigência de prestações dentro de um limite de razoabilidade, não se relacionando com a com escassez de recursos no Estado.

Não existe um consenso na doutrina quanto ao conceito da Reserva do Possível e isto decorre da própria divergência quanto à sua natureza e interpretação. Para alguns, como Flávio Galdino (2002, p.188), a reserva do possível é integrante dos direitos fundamentais, onde o Estado é indispensável para a concretização dos direitos, sendo que para funcionar depende das contingências econômicas de recursos econômico-financeiros captados, chegando a conclusão que os direitos somente se realizam quando há orçamento que os permitam.

Já para Ingo Sarlet (2008,p.30), a reserva do possível não integra os direitos fundamentais, pelo contrário, acaba servindo de limitador destes direitos e em algumas situações pode servir de garantia desde que haja conflito de direitos e, neste caso, seja

necessário salvaguardar o direito fundamental enquanto mínimo existencial em face de outros direitos fundamentais.

Inúmeros doutrinadores criticam a importação desta teoria para o sistema de justiça brasileiro, posto que existe uma grande diferença socioeconômica entre os dois países, entre esses autores temos Andreas J. Krell (2002,PP.108-109).

Ana Carolina Lopes Olsen (2006,p.6) afirma não haver na decisão Alemã qualquer vinculação com a escassez de recursos. Há, todavia, quem defenda ser possível a aplicação da teoria da reserva do possível no direito brasileiro. Neste sentido Lazari (2012,p.110) defende que é admissível opor o princípio da reserva do possível em face do mínimo existencial, com finalidade de sopesá-los. Para que o primeiro prevaleça sobre o segundo seria necessário que o argumento em favor da reserva do possível seja bem embasado e convincente.

Canotilho (2004, p.481), por sua vez, critica a concepção da reserva do possível ao afirmar que condicionar um direito social a reserva de cofres cheios equivale, na prática, a inexistência de vinculação jurídica.

O Supremo Tribunal Federal no Brasil ao decidir sobre a questão de obrigação de fornecimento de medicamentos pelo Estado do Rio Grande do Norte x Carmelita A. de Souza, reconheceu a obrigação do Estado em fornecer os medicamentos à cidadã hipossuficiente, não sendo a alegação de escassez de recursos motivo para impedir a implementação do direito social à Saúde, conforme acórdão proferido nos autos do RE 566.471,de Relatoria do Ministro Marco Aurélio de Melo, com repercussão geral, conforme o aresto a seguir :

"SAÚDE – ASSISTÊNCIA – MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo."

Tendo, em seu voto, concluído o Relator :

> "Ante o exposto, estando configurados, conforme assentado na origem, os elementos objetivo e subjetivo do direito da recorrida à tutela estatal do mínimo existencial, desprovejo o recurso do Estado do Rio Grande do Norte. Proponho a seguinte tese para efeito de fixação sob o ângulo da repercussão

> geral: o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as 19 Cópia RE 566471 / RN disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil."

O Julgamento do RE 566.471 do RN seguiu o mesmo entendimento que já tinha sido esposado no R.E. 195.182/RS, este em 22.02.2000, que assim tinha decidido em 22.02.2000, in verbis : "O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente.".

Neste mesmo sentido foi a decisão, também, do STF, desta feita o Relator foi Gilmar Mendes, em que decidiu negar provimento ao Agravo Regimental que pretendia suspender liminar concedida a cidadão contra o Estado de Pernambuco, julgado em Março de 2010. Podemos afirmar que diferente da Alemanha, o Brasil sequer conseguiu efetivar as promessas do Estado do Bem Estar e muito menos assegurou ao cidadão o "mínimo existencial".

Não se pode desvirtuar a reserva do possível reconhecida pelo Tribunal Alemão em que a questão central não correspondeu à escassez de recurso, mas sim se relacionou a razoabilidade com a qual a alocação destes recursos poderia ser demandada.

Ora, a alegação de falta de recursos financeiros sob o pálio de reserva do possível não é uma justificativa válida seja em função de que o Estado não tem limites para obtenção de recursos a não ser aquele imposto por ele próprio através de suas próprias leis orçamentárias e políticas públicas a que pretende desenvolver. Em segundo lugar porque impedir o acesso do cidadão a um direito fundamental sob a alegação de que não há recursos financeiros disponíveis pelo Estado para a sua concessão é o mesmo do que transformar em letra morta o direito fundamental previsto na Constituição Federal.

Quanto a questão orçamentária, ensina Scaff (2006, p.39-40) que:

“No âmbito orçamentário, fundamental para que o Estado demonstre a origem das receitas (oriundas de seu patrimônio, de imposições fiscais e de empréstimos) e o destino das despesas e investimentos, foi estabelecido um sistema de planejamento constituído por um conjunto de três leis que se sucedem e se completam: a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Todos os Planos e Programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição, deverão ser elaborados em consonância com o plano plurianual (art. 165, §4º, CF), e a LDO deverá estar sempre em consonância com o PPA (art. 166, §4º, CF). Essas normas possuem necessária e obrigatória pertinência com as normas objetivo, traçadas no art. 3º, bem como com outras, espraiadas no texto constitucional.

Por outras palavras, não há total e completa Liberdade (de conformação) do Legislador para incluir nesse sistema de planejamento o que bem entender. O legislador, e muito menos o administrador, não possuem discricionariedade ampla para dispor dos recursos como bem entenderem. Existem vários tipos de limites a essa Liberdade do Legislador para utilizar os recursos públicos. Ela é conformada pela Supremacia da Constituição. Existem limitações no âmbito da receita, pois não se permite a retirada de recursos da sociedade sem respeito a normas constitucionais que se traduzem nos direitos de 1ª. dimensão vinculados ao direito tributário, tais como o Princípio da Reserva Legal Tributária, o da Anterioridade, o da Irretroatividade Tributária, entre vários outros. Existem também limitações no âmbito da despesa, impedindo que o gasto público aconteça ao bel prazer dos legisladores. Esses limites podem ser formais, tais como o Princípio da Não-Afetação (que estabelece algumas vinculações de receitas a despesas; art. 167, IV, CF), limitações aos gastos com pessoal (art. 169, CF), obrigatoriedade de gastos com educação (art. 212, CF) e com saúde (art. 198, §§ 2º e 3º, CF), entre outros. Ocorre que as limitações aos gastos públicos também podem ser materiais, por que o uso de recursos públicos deve se dar de forma a permitir que os objetivos estabelecidos no art. 3º da Constituição sejam alcançados. Para tanto, “é imprescindível que sejam realizados gastos públicos em direitos fundamentais sociais, a fim de permitir que as pessoas possam exercer sua liberdade jurídica obtendo condições de exercer sua liberdade real” (Alexy). Logo, os gastos públicos não permitem que o legislador, e muito menos o administrador, realizem gastos de acordo com sua livre consciência, de forma desvinculada aos objetivos impostos pela Carta, especialmente em seu art. 3º.”

Ressaltamos que o art. 1º da Constituição da República, ao tempo em que reconhece ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, estabelece que entre seus fundamentos estão a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

No art. 3º da Carta Magna brasileira ficou inserido entre os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

As normas constitucionais acima são cláusulas pétreas da Constituição Federal seja por se referir ao Estado Federativo quanto pelo fato de reconhecer especificamente a Direitos Individuais e coletivos do cidadão brasileiro, conforme regra do art. 60, §4º, da Constituição da República Brasileira.

Sobre o sistema de liberdades, ensina Amartya Sen que "o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer preponderantemente sua condição de agente." (Sen, Amartya.2000, p.10)

A utilização da reserva do possível enquanto obstáculo econômico para não efetivação de política pública necessária para dar eficácia aos direitos sociais fundamentais implicam em privar o cidadão de sua liberdade que vai limitar a sua escolha seja relacionada a educação, saúde, alimentação, etc. Não se pode nem mesmo admitir como reforço da teoria da reserva do possível para fundamentar eventual inadimplemento da aplicação das normas de direitos fundamentais a alegação de existência da Emenda Constitucional nº 95/2016 que trata sobre o teto dos gastos públicos, senão vejamos:

As despesas específicas com estes gastos, principalmente com relação à saúde e educação, encontram-se excluídos do teto dos gastos. Podendo, ainda, ser feito transferências constitucionais específicas e até mesmo créditos extraordinários, estes últimos via Medida Provisória.

Assim podemos observar que o parágrafo 6º , do art. 107 da EC 95/2016 estabelece as hipóteses que ficam excluídas do teto constitucionais, entre elas as transferências constitucionais específicas. Entre estas, temos algumas rubricas correspondentes a repasses do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento de Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) através do qual a União repassa aos Estados verba complementar para ser aplicada na Educação Básica.

Portanto, perfeitamente possível afirmar que para a Saúde e Educação foi estabelecido um Piso e não o teto.

Fazendo uma interpretação histórica, evolutiva e até teleológica, verificamos que o teto do "gasto público" não abrange as despesas com saúde e educação, sendo esse argumento utilizado, inclusive, no momento da apresentação do projeto no Congresso Nacional. E mesmo que não estivessem expressamente fora do teto dos gastos públicos previstos na Emenda Constitucional 95/2016, na hipótese do fundamento orçamentário colidir com algum direito fundamental (a exemplo da Saúde) deverá ser feito o sopesamento dessas normas constitucionais e, nesta avaliação, não temos dúvidas de que deve prevalecer as normas de garantia dos direitos fundamentais. Argumento orçamentário não pode ser óbice à efetivação de direitos sociais fundamentais.

Ademais, as normas de direitos e garantias fundamentais sendo cláusulas pétreas não poderiam jamais ser desprezadas ou revogadas por outra norma mesmo proveniente de Emenda Constitucional. Logo, até por conta deste fundamento jurídico incontroverso podemos afirmar com certeza que o teto dos gastos público não pode ser utilizado com o intuito de impedir a eficácia de quaisquer dos direitos fundamentais sociais.

Para que seja garantida a eficácia desses direitos não podemos limitá-los ou não efetivá-los ao argumento de ser impossível em decorrência da reserva do possível ou limite de gastos públicos. Utilizar a teoria da reserva do possível enquanto argumento econômico para impedir a realização do direito fundamental social não corresponde a uma opção de integração do direito fundamental, pelo contrário, caracteriza um obstáculo argumentativo para concretizar o respectivo direito previsto constitucionalmente.

Os americanos Cass Sunstein e Stephen Holmes (HOLMES;SUNSTEIN, 1999,P.35-48) ao tratar sobre a dimensão econômica do custo dos direitos demonstram que todos os direitos, inclusive, os de "liberdade" impõem a necessidade de se realizar despesas públicas pelo Estado, sem as quais não haveria como a população exercer tais direitos.

Portanto, não há como se admitir dentro do sistema de direito constitucional brasileiro que a reserva do possível seja utilizada como fundamento econômico para impedir a efetividade dos direitos sociais fundamentais. O Estado tem obrigação de dar eficácia aos direitos fundamentais garantindo não apenas na norma, mas na

prática, o efetivo exercício dos direitos sociais como forma de realização da dignidade humana.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais sociais inerentes ao ser humano precisam ser efetivamente exercidos como forma de dar efetividade à dignidade humana.

A Constituição Federal do Brasil, prevê em seu art. 1º, inciso III, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado brasileiro e está inserida entre os seus princípios fundamentais. Sendo que em seu art. 6º, insere os direitos sociais entre os direitos fundamentais dos brasileiros. Os direitos sociais, tais como a Educação, Saúde, entre outros, correspondem a uma prestação positiva por parte do Estado, por mais que existam alguns direitos sociais que possuem uma dimensão defensiva tais como o direito de greve.

Some-se a isso o fato de que os direitos fundamentais na verdade possuem uma preponderância de ações positivas sobre as negativas ou vice-versa, não sendo algo estanque.

O Brasil é um país onde a desigualdade social, ainda, continua muito grande. A saúde pública é muito escassa e a Educação pública precária, sendo que o acesso ao mínimo de dignidade humana para muitos parece, ainda, uma utopia.

Ao reconhecer na Constituição Federal os direitos sociais como sendo fundamentais aos cidadãos brasileiros, a efetivação destes direitos corresponde ao exercício da cidadania e garantia da dignidade humana.

É verdade que o Estado precisa investir para a efetivação de políticas públicas visando a permitir o cidadão brasileiro que exerça esses direitos sociais. Este investimento importa em gastos financeiros. O Estado brasileiro não vem realizando as políticas públicas necessárias e essenciais para assegurar tais direitos, mesmo que sendo o mínimo digno para o cidadão.

Em muitos casos, tem o Estado Brasileiro se negado a realizar as políticas públicas necessárias ao argumento de que não teria disponibilidade financeira para isso, alegando a escassez de recursos com base na teoria da Reserva do Possível. Ocorre que

o argumento da escassez de recursos não é suficiente para elidir a obrigação do Estado em proporcionar ao seu cidadão o exercício de seus direitos fundamentais sociais.

Em primeiro lugar porque a Teoria da Reserva do Possível, de origem alemã, não se refere ao inadimplemento do Estado em razão de escassez de recursos, mas sim por uma política de ponderação em uma sociedade em que o mínimo de dignidade dos cidadãos já se encontra garantida.

Em segundo lugar porque a existência ou não de verba para utilizar em políticas públicas depende única e exclusivamente do Estado que tem o Poder de programar com um ano de antecedência os seus gastos e fazer a previsão dos valores que vai investir ou gastar através de sua Proposta Orçamentária (a denominada Lei Orçamentária Anual – LOA). Logo, para que tenha dinheiro disponível basta prever em sua lei orçamentária, sendo que a fonte na verdade é inesgotável até por conta da possibilidade de emissão de moedas, etc.

Em terceiro lugar, os gastos com saúde, educação e de forma geral para proporcionar a eficácia dos direitos fundamentais sociais não podem ficar restritos a qualquer norma de limitação de gastos públicos.

Além disso os Direitos Humanos não podem ser relegados a segundo plano, muito menos serem mera previsão em norma abstrata sem que os titulares do direito possam efetivamente usufruir dos mesmos.

Portanto, concluímos que os direitos fundamentais sociais devem ser efetivados, não sendo a alegação da escassez de recurso argumento válido para impedir a eficácia destes Direitos.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Constituição de República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 75/2013 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

DUARTE, Leonardo de Farias. **Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 75-115.

GALDINO, Flávio. **O Custo dos Direitos.** In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. **The Cost of Rights**. **Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional "comparado**". Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.

LAZARI, Rafael José Nadim de Lazari. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba:Juruá,2012.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 6. Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>. Acesso em: 18/07/2018.

Sarlet, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª Ed. rev , atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do Possível, Mínimo existencial e Direitos Humanos**. In Argumentum – Revista de Direito nº 6. Marília : UNIMAR,2006.

SEN, Amarthya. Desenvolvimento como Liberdade. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. **A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial**. In: SARLET, Ingo Wolfgang(Org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-46.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.