

## ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, FRENTE A RESERVA DO POSSÍVEL

Arthur Santos Girardi<sup>1</sup>

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim

Lorena Borsoi Agrizzi<sup>2</sup>

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim

### RESUMO

O presente artigo, voltado especificamente ao estudo da atuação do Poder Judiciário na defesa e concretização dos Direitos Fundamentais Sociais, esboçará algumas sugestões e critérios na busca de conciliar a reserva do possível e o mínimo existencial, tendo em vista que, os Direitos Sociais, vinculados a dignidade da pessoa humana, isto é, vinculados ao mínimo existencial, possuem aplicabilidade imediata, devendo, portanto, ser reconhecido de ofício pelo Judiciário. Ademais, será evidenciado que, a postura do Poder Judiciário ao aplicar uma norma de Direito Social, não fere a separação dos Poderes, pelo contrário, demonstra apenas o exercício eficaz de sua função. A elaboração do artigo se dará com base em obras doutrinárias de relevantes constitucionalistas e estudiosos do tema em questão, bem como, será utilizado legislação, jurisprudências dos Tribunais Superiores, dentre outros materiais ligados a temática.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais Sociais; Atuação do Poder Judiciário; Mínimo Existencial; Reserva do possível; Constituição Federal.

### ABSTRACT

This article, aimed specifically at the study of the role of the Judiciary in the defense and implementation of Fundamental Social Rights, will outline some suggestions and criteria in the quest to reconcile the reservation of the possible and the existential minimum, bearing in mind that Social Rights, linked the dignity of the human person, that is, linked to the existential minimum, have immediate applicability and must, therefore, be recognized ex officio by the Judiciary. Furthermore,

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim – FDCI. Correio eletrônico: arthur.s.girardi@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestra em Cognição e Linguagem pela Universidade Estadual do Norte Fluminense - UENF. Pós-Graduada em Docência do Ensino Superior pela São Camilo, em Direito Empresarial e em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Cândido Mendes. Professora pesquisadora na Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim – FDCI. Correio eletrônico: lorena@fdci.edu.br

it will be demonstrated that the stance of the Judiciary when applying a rule of Social Law does not violate the separation of Powers, on the contrary, it only demonstrates the effective exercise of its function. The preparation of the article will be based on doctrinal works by relevant constitutionalists and scholars of the topic in question, as well as legislation, jurisprudence from the Superior Courts, among other materials linked to the topic.

**Keywords:** Fundamental Social Rights; Action of the Judiciary; Existential Minimum; Reserve as much as possible; Federal Constitution.

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo ora apresentado tem o escopo de tratar a respeito da atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos sociais, analisando alguns parâmetros sobre a oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial.

Inicialmente foi abordado sobre a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, associando o dever jurídico do Estado em atuar na realização dos preceitos obrigatórios inseridos na Lei Maior. Destacando-se que, a falta de eficácia das normas sociais, não está ligada a falta de leis positivadas, mas sim na má prestação dessas normas, o que acaba por prejudicar esses Direitos.

Posteriormente, foi tratado a respeito da reserva do possível, juntamente com o mínimo existencial, que a ela se contrapõe. Assim, enquanto a reserva do possível, está associada aos limites e uso de verbas orçamentárias na implementação dos direitos sociais, o mínimo existencial, se relaciona a dignidade da pessoa humana, compreendendo assim, as condições mínimas de vivência do ser humano.

Oportunamente, discorrer-se-á sobre a atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais sociais, relatando a importante missão de intervenção desse órgão para efetivação de tais direitos, respeitando é claro, os limites da separação dos poderes.

Desta forma, com o escopo de alcançar o objetivo desejado na presente pesquisa, sua produção será baseada, sobretudo, na técnica bibliográfica e documental, sendo a problemática desenvolvida com fundamentos, principalmente, em obras doutrinárias de relevantes autores constitucionalistas e estudiosos reconhecidos na análise do tema em questão, bem como, na utilização de legislação, especialmente de dispositivos da

Constituição Federal, jurisprudências de Tribunais Superiores, dentre outros materiais e assuntos correlacionados.

Frisa-se, no entanto, que em momento algum, se pretende esgotar o assunto pertinente ao tema deste artigo, até porque, não se trata de uma posição que será para todo sempre imodificável, tendo em vista que novas situações, pensamentos e posicionamentos acerca desta temática surgirão.

## 2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Antes de adentrarmos especificamente na temática sobre os direitos sociais, se faz necessário, primeiramente, tratar dos Direitos Fundamentais, que podem ser definidos como uma classe jurídica, que tem por objetivo tutelar a dignidade humana em todas as suas dimensões.

Destaca-se que os direitos humanos estão integralmente ligados ao desempenho dos direitos sociais, pois, são estes, que viabilizam a criação de instrumentos, com intuito de garantir uma vida digna ao ser humano. Portanto, a proteção e a efetividade dos direitos fundamentais sociais são indispensáveis para a construção de uma sociedade igualitária e mais justa.

### 2.1 Dimensões dos Direitos Fundamentais

Para uma melhor compreensão do tema, torna-se primordial, demonstrar a evolução dos direitos fundamentais, tendo em vista, as alterações que tais direitos sofreram, tanto em seu conteúdo, quanto na titularidade e efetivação.

Neste contexto, passaram a existir dimensões ou gerações de direitos fundamentais. Destaca-se, a escolha da terminologia dimensão, no lugar de geração, pois na visão de alguns doutrinadores, a palavra geração segue uma linha vertical, dando a ideia de substituição de uma geração por outra, quando na realidade, o que ocorre é a constatação do surgimento

de novos direitos fundamentais, em uma linha horizontal, de fortalecimento e harmonização entre eles. Nesse sentido, Lenza (2019, p. 1.156) estabelece que:

Dentre vários critérios, costuma-se classificar os direitos fundamentais em gerações de direitos, ou como prefere a doutrina mais atual, “dimensões” dos direitos fundamentais, por entender que uma nova “dimensão” não abandonaria as conquistas da “dimensão” anterior e, assim, esta expressão se mostraria mais adequada no sentido de proibição de evolução reacionária.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, compreendem um conjunto de direitos exigidos nas revoluções americana e francesa, interpretados com base na pretensão da liberdade individual, foram os primeiros direitos a serem positivados, constituindo, dessa forma, os direitos individuais. Lenza (2019, p. 1.156) disserta que: “Tais direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor liberdade”. Almejava-se, acima de tudo, consolidar uma esfera de autonomia da vontade, para que os indivíduos deixassem de ser tão submissos ao poder de intervenção do Estado.

Os direitos de segunda dimensão dizem respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais. Seu surgimento foi impulsionado pela Revolução Industrial Europeia, foram os impactos da industrialização, o crescimento demográfico, e a grande desigualdade social e econômica no interior da sociedade que ocasionaram novas reivindicações, e demandaram uma atuação positiva do Estado na concretização da justiça social, tendo em vista que, a ideia do Estado Liberal já não atendia mais as necessidades da época.

Com o advento dos direitos sociais, surgiu a compreensão de que a proteção do cidadão é tão relevante quanto proteger a instituição. A atuação do poder público passou a ser mais positiva, tendo por escopo proporcionar condições mínimas de vida, assegurando ao indivíduo direitos a prestações sociais como saúde, trabalho salubre, educação, segurança, lazer, entre outros, buscando-se alcançar a igualdade material e não somente uma isonomia formal, estabelecendo assim uma liberdade real e igual para todos.

É nesta dimensão dos direitos fundamentais, que o princípio da igualdade ganha expressão, tendo em vista que, na primeira dimensão, caracterizada pelo estado Liberal, os direitos de liberdade eram praticados “contra” o Estado. Já no Estado Social, os direitos sociais são desfrutados perante o Estado, devido a prestação positiva dos poderes públicos (Mendes, 2017, p.135).

Já os direitos de terceira dimensão, também conhecidos como direito de fraternidade ou solidariedade, são resultados das novas reivindicações sociais, que aconteceram no final do século XX, devido, entre outros motivos, às influências tecnológicas e suas consequências, bem como o período pós-guerra. Tal dimensão, não se destina apenas à proteção dos interesses de um indivíduo, nem de um determinado grupo, mas sim à proteção de direitos de titularidade difusa ou coletiva, como por exemplo, a necessidade de preservação ambiental e a proteção dos consumidores (Lenza, 2019, p. 1.158)

Resta salientar, que novas reivindicações por situações de injustiça e ofensas a bens fundamentais surgirão, e estas serão acolhidas pela ordem jurídica com o propósito de proteger o cidadão, criando com isso novas dimensões. O que reafirma a ideia de que os direitos de uma dimensão não são superados por outros que venham a surgir.

## 2.2 Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais Prestacionais

Feitas as considerações no tópico acima, adentraremos no mérito dos direitos sociais, que foram acolhidos expressamente pela Constituição Federal de 1988, no Capítulo II, que abrange os Direitos e Garantias Fundamentais, ao contrário do que aconteceu com as Constituições anteriores, onde os direitos sociais eram encontrados na classe dos direitos da ordem econômica e social. No teor da atual Constituição, o artigo 6º, dispõe que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (CRFB, 1988).

Neste sentido, seguindo as lições doutrinárias de Mendes (2023, p. 1.926):

Atualmente, a Constituição brasileira não apenas prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como também não faz distinção entre os direitos previstos no Capítulo I do Título II e os direitos sociais, tanto em relação àqueles previstos no Capítulo II do Título II."

Desta forma, torna-se evidente que os direitos sociais foram acolhidos pela Carta Magna de 1988, como autênticos direitos fundamentais. Sendo assim, além de serem reconhecidos como cláusulas pétreas, insuscetíveis de supressão e mudanças desfavoráveis pelo poder constituinte, também estão sujeitos ao regime de aplicabilidade imediata do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, sendo plenamente eficazes.

Ainda nessa concepção, vale ressaltar que os direitos sociais, de um modo geral, dependem de ações estatais positivas, estreitamente ligadas às funções do Estado Social. São como mecanismos e instrumentos da pretensão individual, que se sujeitam a um desempenho esperado do ente estatal, no sentido de criar, distribuir, modificar e aplicar as prestações necessárias, objetivando a proteção ao exercício dos direitos fundamentais (LENZA, 2019, p.1320). Dessa forma, esses direitos têm como principal característica sua propensão a amenizar as desigualdades sociais decorrentes do baixo desenvolvimento socioeconômico, resguardando, principalmente, a população mais carente em suas necessidades básicas.

No entanto, apesar dos direitos sociais, em sua maioria, apresentarem essas noções de atuação positiva do Estado, estes vão além desta visão, inserindo em seu bojo as chamadas liberdades sociais, de caráter negativo ou de defesa. Estas asseguram uma liberdade individual, contra interferências ilegítimas do Poder Público, sejam elas provenientes do Executivo, do Legislativo, ou Judiciário, e até mesmos abusos por parte de entidades particulares, haja vista, que se tutela a livre manifestação da personalidade, garantindo assim a autodeterminação do indivíduo.

Já em relação à eficácia e à prestação dos direitos sociais (assunto este, que será abordado no próximo tópico), é indiscutível que tanto uma quanto a outra estão restritamente condicionadas aos recursos públicos disponíveis, sendo o Estado obrigado a

promover diretamente prestações individuais aos que necessitam de alguma atividade relativa à saúde, educação, alimentação, moradia, segurança etc. A partir no momento que essa prestação é feita, cumpre-se a aplicação adequada de tais direitos. Nesse sentido, Martins (2022, p. 1058), dispõe que: “Quanto à eficácia dos direitos fundamentais sociais, quando a norma constitucional sobre direito social é uma *norma-regra*, o cumprimento deve ser integral”.

### 2.3 Eficácia e Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais

Ao indagarmos a respeito da eficácia ou aplicabilidade das normas constitucionais, se faz relevante observarmos, também, a validade jurídica e social da norma em questão, uma vez que, falar em eficácia da norma, implica dizer em aplicação ou execução da norma jurídica nas relações humanas. Sendo assim, a eficácia da norma jurídica está restritamente relacionada à capacidade de produzir efeitos jurídicos hábeis a regular as situações e comportamentos que intencionaram a criação da mesma.

Em que pese a aplicabilidade das normas, é de conhecimento notório que todos devem obediência à Constituição Federal, seja por intermédio dos órgãos e agentes do Executivo, Legislativo e Judiciário, seja pela atuação dos membros da sociedade. Sendo assim, o Estado tem como dever jurídico atuar na realização dos ditames obrigatórios inseridos na Lei Maior, podendo para isto, utilizar-se dos poderes necessários, para realizar e atender as finalidades em prol dos interesses coletivos.

Como mencionado anteriormente, o parágrafo 1º, do artigo 5º da Constituição Federal, trouxe o dispositivo constitucional da “aplicação imediata” dos direitos fundamentais. No que tange aos direitos sociais, esta aplicação merece um tratamento diferenciado, respeitando, é claro, alguns limites, como a reserva do possível, como veremos no próximo tópico (Brasil, 1988).

De acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva, a eficácia jurídica dos direitos sociais está subdividida em três categorias, quais sejam: “normas de eficácia plena, norma de eficácia contida e norma de eficácia limitada” (Silva, 2007, p. 85).

No que diz respeito às normas de eficácia plena, estas encontram-se, desde a entrada em vigor na Constituição, hábeis a produzir a totalidade de seus efeitos. Pode-se dizer que tais efeitos são pertencentes aos interesses, condutas e situações que o legislador constituinte quis regular. Sendo assim, não estão sujeitas à legislação posterior para sua plena execução. Nessa mesma perspectiva, Mendes (2023, p.138) diz que as normas de eficácia plena "são as idôneas para produzir todos os efeitos previstos, isto é, podem disciplinar de pronto as relações jurídicas, uma vez que contêm todos os elementos necessários."

Por sua vez, as normas constitucionais de eficácia contida possuem natureza de normas imperativas, que carregam consigo uma restrição de efeitos, limitando a atuação do poder público. Trata-se de normas que por si só têm total eficácia para produzir seus efeitos, porém, por conta de lei infraconstitucional podem eventualmente, sofrer reduções e restrições. (Martins, 2022, p. 362)

Quanto às normas constitucionais de eficácia limitada, estas podem ser identificadas por sua aplicabilidade indireta e reduzida, tendo em vista que seus efeitos são postergados, sujeitando-os à emissão de uma normatividade futura. Só a partir de então é que poderão produzir seus efeitos.

Essa indagação a respeito da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, não é objeto pacífico de discussão doutrinária. Sendo assim, a análise dessas normas está sujeita à observância de situações concretas, levando em conta o conteúdo trazido pelo dispositivo, já que o mesmo é de suma importância para a determinação de sua aplicabilidade e eficácia.

Deste modo, embora tenha um dispositivo constitucional, como mencionado em momento anterior, estabelecendo que as normas de direitos fundamentais estão aptas a gerarem seus efeitos, ainda que seja, um mínimo de efeito jurídico necessário (Martins, 2022, p. 360) torna-se evidente, que o grau de eficácia dos direitos fundamentais sociais está submetido à forma de positivação da Constituição e das qualidades do seu objeto e conteúdo.

Contudo, essa ausência de efetividade das normas constitucionais, geram uma grande problemática no constitucionalismo brasileiro, tendo em vista que na maioria dos casos existe uma norma positivada, mas que é incapaz de submeter-se à realidade social na qual vivemos. A grande dificuldade é, justamente, encontrar os modos mais seguros para garantir a aplicação desses direitos, impedindo desta forma, que sua efetivação continue sendo violada. Sendo assim, torna-se evidente, que a falta de eficácia das normas sociais não está ligada à falta de leis positivadas. O que se encontra é uma grande falha nas prestações efetivas dessas normas por parte do poder público, prejudicando, com isso, de forma imensurável, os serviços sociais básicos.

### 3 A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

O tema a respeito da reserva do possível junto a tese do chamado mínimo existencial, que a ela se contrapõe, está justamente ligado aos limites e uso de verbas para a concretização dos direitos fundamentais sociais, levando em consideração que sua implementação requer investimentos e gastos por parte do Estado. Contudo, apesar de se tratar de gastos bastante onerosos, tal fato não poderá ser usado como justificativa, legitimando o não cumprimento daquilo que está positivado na Lei, sendo necessário, portanto, um juízo de ponderação no controle e aplicação dos orçamentos públicos, conforme contemplado adiante.

#### 3.1 Reserva do Possível

A expressão “reserva do possível”, surgiu pela primeira vez na Alemanha na década de 1970, via controle concreto de constitucionalidade, em um julgamento perante a Corte daquele país, onde os estudantes pleitearam o aumento do número de vagas oferecidas ao curso de medicina de Hamburgo e Munique (Lazari, 2016, p. 73). Conforme o julgamento alemão, restou reconhecido que mesmo se tratando de um direito básico, como a educação, o Estado não estaria obrigado a destinar verbas públicas para atender a um grupo específico

de pessoas, estabelecendo uma questão de razoabilidade na destinação das verbas públicas. Sendo assim, pode-se afirmar, que a tese da reserva do possível na Alemanha não está ligada apenas a existência de recursos materiais básicos para atender a população, mas principalmente a questão da razoabilidade da pretensão, ou seja, leva-se em conta aquilo que o indivíduo pode exigir do Estado.

No Brasil, a reserva do possível se adaptou a realidade brasileira, incluindo-se em uma visão da teoria dos custos dos direitos fundamentais, passando a ser usada como tese de defesa, quando se trata de questões envolvendo a indisponibilidade e a falta de recursos orçamentários, se tornando, justificativa frequente em processos judiciais, cuja demanda trata da solicitação por parte dos cidadãos da implementação dos direitos sociais (Barbosa, 2016, p. 170). Desta forma, torna-se evidente, que a doutrina nacional ao acolher a tese da reserva do possível, distorceu o conceito alemão, transformando-a em uma poderosa justificativa do Estado, para defender a incapacidade de prestar de forma satisfatória os direitos sociais.

### **3.2 A Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais dentro dos limites da reserva do possível**

A efetivação dos direitos fundamentais sociais, não depende somente da atuação estatal positiva, no sentido de aplicar a norma de acordo com o que foi pleiteado pelo cidadão, haja vista, que a realização desses direitos está vinculada a disponibilidade orçamentária do Estado. Em virtude desse aspecto, conforme os ensinamentos de Sarlet (2010, p. 287) passou-se a sustentar “a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma”.

Além dessa problemática, encontramos outro obstáculo, que é justamente a possibilidade jurídica de disposição do Estado, o que em outras palavras, significa o poder de dispor, pois sem essa capacidade, de nada adiantaria existir recursos.

Desta forma, estamos diante de duas perspectivas da reserva do possível: por limitação fática e por limitação jurídica. De acordo com os ensinamentos de Martins (2022,

p.1044) “Enquadram-se nessa primeira modalidade de “reserva do possível” a impossibilidade de ofertar um medicamento que não existe, ou transplante de órgãos a todos os que dele necessitam”. Já a reserva do possível por limitação jurídica está relacionada com a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular, referindo-se a lei orçamentária anual, prevista no artigo 167 da Constituição Federal, onde é vedado expressamente a criação de programas ou projetos, não incluídos no plano plurianual.

Sendo assim, pode-se afirmar, que a reserva do possível constitui limite fático e jurídico, utilizado pelo Estado como uma forma de defesa processual, onde o mesmo deverá explicar fundamentadamente, o motivo do não cumprimento da prestação demandada. Com isso, torna-se evidente, que aplicação dos direitos fundamentais sociais depende da condição econômica atual do Estado. Por isso, torna-se incontestável, que a alegação da tese da reserva do possível quanto ao custo dos direitos, está ligada a crise de efetivação que envolve os direitos fundamentais sociais, justamente pela escassez dos recursos disponíveis para a realização das políticas públicas.

Ocorre que, no Brasil, a alegação desta tese, tem sido feita indiscriminadamente pelo poder público, onde na maioria das vezes, é utilizada com a triste finalidade de se esquivar, quando se trata da implementação e concretização dos direitos fundamentais sociais, talvez pelo fato de não existir critérios objetivos para delimitar sua utilização (Lazari, 2,16, p.61).

A problemática envolvendo a efetivação dos direitos sociais e os recursos orçamentários disponíveis pelo Estado, torna-se ainda mais negativa quando se trata de um país como o Brasil, onde a pobreza e a escassez de implementação de direitos sociais são gritantes. Por este motivo, a alegação da tese da reserva do possível, como ocorre na maioria dos casos no direito brasileiro, torna-se reprovável, quando se leva em conta o nível de desenvolvimento e aplicabilidade de tais direitos.

Devido a isto, boa parte dos doutrinadores brasileiros, apesar de acolher a reserva do possível, buscam meios e argumentos para tentar minimizar seus efeitos. Tendo em vista que, não há como negar que a transmissão de teorias e princípios desenvolvidos em países de primeiro mundo como a Alemanha, quando aplicadas em um país como o Brasil, onde a

realidade cultural, histórica e socioeconômica é completamente diferente, compromete diretamente a efetividade e implantação dos direitos sociais que ainda estão em fase de desenvolvimento.

Neste sentido, Martins (2022, p. 1042), estabelece que:

Malgrado tenha sido recepcionada pela doutrina e jurisprudência brasileiras, a teoria da “reserva do possível” passou por uma sensível transformação, como lembra Sgarbossa: “da análise da doutrina se observa que vem sendo hoje considerada, sob a expressão reserva do possível, em geral, toda restrição à realização de direitos fundamentais sociais baseada em escassez de recursos, seja esta compreendida como inexistência ou insuficiência econômica (real) dos recursos, seja compreendida como indisponibilidade jurídica dos mesmos, por força da legislação orçamentária. Tal compreensão se afasta sensivelmente do modelo originário”.

Resta claro, que a forma com que a reserva do possível vem sendo utilizada no Brasil, não condiz com a realidade social de um povo que passa por graves problemas sociais, como os de saúde pública, educação, miserabilidade entre outros tantos, encontradas em todo território brasileiro. Tornando-se evidente, portanto, que a aplicação dos direitos fundamentais sociais, em sua maioria, não pode estar condicionada à reserva do possível, pois tais direitos constituem o mínimo existencial, elemento este necessário para que se tenha uma sobrevivência digna.

### 3.3 Mínimo Existencial

A expressão “mínimo existencial” surgiu em uma decisão na década de 50, no Tribunal Administrativo Alemão. Desde então, tem sido bastante debatido a respeito de sua aplicação e conceito. Neste seguimento, Martins (2022, p. 1046) diz que:

Esse assunto foi pela primeira vez abordado no Brasil, no ano de 1989, por Ricardo Lobo Torres, no artigo O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais, publicado na Revista de Direito Administrativo, n. 177.

Neste texto, o autor afirma que o mínimo existencial dos direitos seriam “condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

Entende-se que a ideia de mínimo existencial está profundamente relacionada com a dignidade da pessoa humana, pois seu conteúdo diz respeito a exigência de garantias, com o intuito de satisfazer as condições essenciais para uma vida digna. Isso implica em direitos de defesa, objetivando a proteção da dignidade contra possíveis desrespeitos, como também direitos positivos, que asseguram os meios para que o cidadão tenha uma vida com educação, saúde, segurança, assistência aos desamparados entre outros direitos. Neste mesmo sentido, Martins (2022, p. 1047) diz que: “o mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais”.

Sendo assim, é pacífico perceber a estreita ligação entre os direitos fundamentais sociais e o fundamento da dignidade da pessoa humana, tendo em vista, que os direitos positivados no artigo 6º da Constituição Federal, que são: “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” (Brasil, 1988), têm por finalidade atribuir aos cidadãos as condições necessárias para exercerem o direito a uma existência digna.

Vale destacar que, não se pode confundir o mínimo existencial com o mínimo de sobrevivência ou mínimo vital, tendo em vista, que este se refere a garantia da vida humana, sem obrigatoriamente incluir as exigências para uma sobrevivência física em condições apropriadas. Já o mínimo existencial, relaciona-se ao grupo de prestações materiais imprescindíveis para garantir a cada cidadão uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável, com acesso à educação, com segurança e proteção aos desamparados. Sendo que tais direitos, devem ser prestados pelo Estado com qualidade, satisfazendo assim sua função.

### 3.4 Quantificação do “Mínimo”

Nota-se, que os direitos fundamentais sociais não se limitam unicamente a efetivação de uma vida com condições mínimas, surgindo assim, a seguinte indagação: é possível quantificar um mínimo existencial? Tal questão deve ser enfrentada, levando em conta a difícil verificação prática dessa quantificação, não pela impossibilidade matemática de fazê-la, mas pelo risco de delimitar ainda mais seu conteúdo (Lazari, 2016, p. 156-157).

Sendo assim, deve ser levado em conta, diversos parâmetros, como por exemplo: as condições pessoais de cada indivíduo, o custo de vida de uma determinada região, o grau de inflação do país, a força da moeda corrente, as necessidades singulares da população, o cenário da balança comercial, ou seja, os componentes de ordem social, econômica e cultural e até mesmo os fatos climáticos, que podem provocar altas ou baixas nos preços dos alimentos e produtos, dentre outros fatores, que demonstram a impossibilidade de fixação de patamares exatos, muito menos a um valor pecuniário determinado (Sarlet, 2010, p.321). Ainda esse raciocínio, Martins (2022, p.1050) dispõe que: “o conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social”

Além disso, pelo fato do mínimo existencial, no campo hermenêutico, apresentar uma carga principiológica, não se pode falar em uma determinação fixa de observância ou inobservância, existindo apenas o juízo de ponderação e alguns critérios, porém, sem patamares definitivos. O que reflete diretamente na reserva do possível, que poderá ser oposta ao mínimo, para que ambos possam ser ponderados. Mas para que a “reserva” prevaleça diante do “mínimo”, o argumento utilizado pelo Estado precisa ser sólido, do contrário, o mínimo existencial imperará.

Diante do exposto, torna-se evidente a impossibilidade de haver uma quantificação do mínimo existencial, pois isso impediria por completo a maximização do instituto, sem falar na extrema falta de segurança jurídica e social que tal quantificação acarretaria (Lazari, 2016, p.159). Devendo o “mínimo” funcionar como uma cláusula de barreira contra omissões estatais, garantindo assim maior efetivação dos direitos sociais que abarcam tal

conteúdo. Podendo ser feito apenas, um juízo de ponderação (assunto do próximo capítulo), pois já que os recursos disponíveis são limitados, primazias devem ser feitas.

#### 4 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

É notável que, quanto mais reduzido for a disponibilidade de recursos financeiros, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação. Diante deste fato, surge a necessidade de buscarmos o aperfeiçoamento dos mecanismos de gestão do orçamento público, bem como, o aprimoramento da administração das políticas públicas de forma geral, seja na esfera legislativa, quanto na administrativa, surgindo também, a necessidade de ampliação do acesso à justiça, para que o cidadão possa ter o direito de ter seus direitos efetivados. Assim, torna-se crucial, a conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, já que os mesmos, não apenas podem, como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais (Sarlet, 2010, p. 354-355).

##### 4.1 Separação Dos Poderes e a Possibilidade De Intervenção Judicial

Muitas teorias políticas foram desenvolvidas no decorrer dos anos para tentar minimizar a atuação do poder estatal. Dentre elas, se destacou a teoria da separação dos poderes, que passou a legitimar regimes políticos, tornando-se princípio fundamental da democracia.

Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, é um dos nomes mais importantes a respeito desta temática, conforme estabelece Martins (2022, p.1312):

[...] foi com Montesquieu que a teoria da separação dos poderes é concebida como um sistema em que estão presentes um legislativo, um executivo e um judiciário, como poderes independentes e harmônicos entre si, configuração que apareceu em praticamente todas as constituições a partir final do século XVIII.

Apesar de Montesquieu ser destacar acerca do tema, Aristóteles, pensador grego, já apresentava as primeiras ideias de divisão das funções do Estado a sua época. Segundo Lenza (2019, p.567):

As primeiras bases teóricas para a “Tripartição de Poderes” foram lançadas na antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra Política, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos.

Levando em consideração as constantes modificações e evoluções ocorridas no mundo jurídico, tem-se defendido a evolução do conceito de separação de poderes, visando a adaptação de tal teoria a complexa sociedade contemporânea. Sendo assim, foi-se adotado pelo Brasil, que os três poderes seriam divididos de forma harmônica entre si, da seguinte forma: Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

Ao Poder Legislativo, foram atribuídas as funções legislativas típicas e atípicas, entendendo-se por funções típicas, as relacionadas a criação de atos normativos, e atípicas as correspondentes a atos fiscalizatórios (como por exemplo, realizar o controle financeiro e político), administrativo e judicial (atuando como regra, no julgamento de crimes de responsabilidade; comissão parlamentares de inquérito; cassações de mandatos legislativos, entre outros).

Por outro lado, ao Poder Executivo, cabe de forma típica a execução da lei, porém, também são conferidas as funções legislativas de edição de medidas provisórias e decretos regulamentares ou autônomos; e a função judicial, relativa as decisões em processos administrativos (Lenza, 2019, p. 751).

Já em relação ao Poder Judiciário, foram atribuídas de forma típica a função jurisdicional, conjuntamente com a função atípica de legislar, com por exemplo, na edição de súmulas vinculantes, regimentos internos e outras normas com particularidades que se

assemelham a uma lei; e a função administrativa (compreendendo os servidores e jurisdição voluntária) (Lenza, 2019, p. 803).

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988, destaca mecanismo de defesa e controle de um Poder sobre os demais, positivando o propósito de manter os Poderes independentes, destacando a harmonia que deve vigorar entre eles, conforme estabelece o artigo 2º, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Brasil, 1988).

Explanado a respeito da separação dos Poderes, se faz necessário debater sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, já que o mesmo, exercendo a jurisdição por meio dos magistrados, não poderia interferir em atos administrativos emanados pelo Poder Executivo, quanto a escolha de políticas públicas com maior ou menor investimento público para efetivação dos direitos sociais.

Acontece que, o desenvolvimento de uma sociedade complexa, com diferentes questões demandadas pela população em geral, acabou acarretando justificativas a respeito da atuação do Poder Judiciário, sendo que tal questão, envolve o chamado ativismo judicial, trazendo à tona a discussão sobre a politização do judiciário ou a judicialização da política.

Apesar de sustentável a tese de que os Poderes Executivo e Legislativo serem dotados de representatividade, e por tal motivo serem mais adequados a escolha para a utilização de recursos que o Judiciário, a deficiência dos poderes representativos que se omitem para trazer efetividades as normas, trouxe para o Judiciário a responsabilidade de resoluções a respeito do tema.

Além disso, olhando para o aspecto jurídico e não apenas político da Constituição, perceber-se o caráter normativo da mesma, sendo assim, ao aplicar ao caso concreto certa previsão constitucional, ainda que mais ampla, estaria o Judiciário apenas aplicando normas constitucionais, tendo em vista que, a atuação ativa dos integrantes deste Poder possuem a capacidade de trazer maior efetivação aos direitos básicos, como os sociais, que quando não implementados e efetivados, impedem o exercício de outros direitos fundamentais. Na mesma linha, Lazari (2016, p. 37) diz que “a excessiva consagração de direitos na Lei

Fundamental pátria bem como de instrumentos aptos a postulá-los tornou a população destinatária do socorro judiciário”.

A esse respeito, Mitidiero (2023, p. 1676) ressalta que:

De acordo com reiterada jurisprudência, o STF aponta para a circunstância de que se deve distinguir a maioria expressiva dos casos levados a juízo, nos quais se busca apenas coibir omissões do Poder Legislativo e Executivo, ou exigir o cumprimento de legislação e políticas públicas já existentes, hipótese na qual se enquadra a noção de direitos derivados a prestações, das situações nas quais está em causa a exigência de prestações originárias. Com efeito, importa considerar que pelo menos no primeiro caso não se pode falar sequer de uma “judicialização da política” propriamente dita, tampouco de uma afetação do princípio da separação dos poderes ou do princípio democrático.

Neste mesmo sentido, nota-se que importantes decisões foram proferidas no decorrer dos anos em nosso ordenamento jurídico, conforme o voto emblemático do Ministro Celso de Mello que virou referência de estudo quando se trata deste tema, na ADPF nº 45 MC/DF:

**EMENTA:** Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. **Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”.** Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Sendo assim, partindo dessa concepção, é possível afirmar que o Poder Judiciário tem a missão de fazer valer os direitos fundamentais, principalmente os sociais, buscando com isso uma igualdade no plano material, já que em uma sociedade banhada por injustiças e desigualdades como a brasileira, a “garantia” formal da igualdade não basta para que a

população viva com dignidade. Assim, a atuação do judiciário permitiria a concretização dos direitos sociais, os quais não podem ser vistos como ato de benevolência, mas sim como legítimo direito fundamental, necessitando, portanto, de uma atuação positiva do judiciário, beneficiando os que necessitam, e garantindo com isso sua principal finalidade.

#### 4.2 Sugestões de critérios a favor da conciliação entre o mínimo existencial e a reserva do possível

Levando em consideração o fato que, o número de políticas assistenciais presentes no nosso ordenamento jurídico não condizem com o orçamento financeiro governamental, muitas exigências em prol da prestação desses serviços ocorrem, e diante desse cenário de “imperfeição”, alguns sacrifícios deverão ser feitos.

Sendo assim, a vigência do princípio da reserva do possível deveria estar condicionada a fatores temporais e econômicos, e sua aplicação deveria ocorrer nas hipóteses de demandas envolvendo direitos em situações de equivalência, onde um deles terá de ser preponderado para que ocorra a realização do outro, surgindo assim os primeiros critérios na tentativa de conciliar a “reserva” e o “mínimo”.

Desta forma, a aplicação da reserva, seria perfeitamente aceita em situações em que o grau de importância e necessidade da prestação daquele serviço/direito são os mesmos e se conflitam, como ocorre nas seguintes situações citadas por Lazari:

Mais vale determinar ao município a construção de creche para suprir as necessidades de famílias que não têm com quem deixar seus filhos, ou a previsão administrativa do aumento do número de salas de aula numa escola municipal para suprir a demanda de alunos? Mais vale determinar a construção de Unidades de Terapia Intensiva neonatal, ou a construção de UTIs não restritas apenas aos recém-nascidos? (Lazari, 2016, p.90- 91)

Porém, quando um pedido for carregado de urgência e relevância em contrapartida com um pedido não tão urgente assim, não resta dúvidas que não deveria ocorrer a aplicação

do princípio da reserva do possível, podendo citar a título exemplificativo, dois casos destacados na obra de Lazari, que ilustram bem essa ideia:

Mais vale determinar a construção de cinquenta casas populares ou permitir que se continue com a edificação de um teatro, de uma praça ou de um estádio de futebol, por exemplo? Mais vale permitir os vultosos gastos estatais com publicidade governamental ou ordenar a realização de obras preventivas contra enchentes? (Lazari, 2016, p. 92)

Nessas situações a aplicação da reserva do possível é totalmente descabida, tendo em vista que, não se pode negar um pedido de realização de obras contra enchentes, como no caso acima narrado, utilizando-se da reserva do possível, alegando que a disponibilidade orçamentária está destinada aos gastos com propaganda governamental. Nota-se que, neste caso não há equivalência de valia entre os direitos (gastos destinados a obras preventivas contra enchentes x gastos reservados a propaganda governamental), portanto, não havendo equivalência, não há que se falar em restrições quanto a “reserva”.

Ou seja, os critérios adotados precisam efetivar a incidência de um dever de proteção, como também cuidar da aplicação insuficiente dos direitos fundamentais sociais, sendo assim, para que se tenha uma devida aplicação da reserva do possível, se faz necessário analisar os seguintes critérios:

Se a ação judicial tiver como conteúdo direito não relacionado ao mínimo existencial, o judiciário examinará se a reserva do possível foi devidamente demonstrada pelo Estado, ou se foi usada simplesmente como forma de justificativa, sendo neste caso, necessário afastar tal argumento, impondo ao Estado as consequências processuais cabíveis pela não comprovação daquilo que foi alegado.

Porém, se a reserva for demonstrada, o Judiciário passará para o segundo passo, que é justamente examinar o grau de relevância dos elementos presentes na demanda, isto é, observará o elemento que prevaleceu na perspectiva do Estado, e o preponderado, o qual se recusa a cumprir alegando a reserva, neste caso, se o elemento que prevaleceu for menos relevante que o preponderado, a reserva do possível deverá ser afastada, tendo em vista que, o princípio será aceito apenas quando houver situação de equivalência entre os

elementos, ou seja, o conflito precisa ser de interesse de igual ou aproximada valia (Lazari, 2016, p. 91).

Caso os elementos sejam equivalentes, o Judiciário analisará se os dados e informações apresentados pelo Estado são reais, se a resposta for negativa, a justificativa para o uso da reserva deverá ser afastada. Porém, se a resposta for positiva, o Judiciário passará a julgar a demanda com base no caso concreto, equilibrando o argumento utilizado pelo pleiteante e o argumento utilizado pelo Estado, com base na ponderação (Lazari, 2016, p. 93).

#### **4.3 Vedação ao Retrocesso e Argumentos Favoráveis à Atuação do Poder Judiciário na Defesa dos Direitos Fundamentais Sociais**

Apontada como um princípio, a vedação ao retrocesso social, ou proibição de retrocesso, como também é chamada, atua como uma limitação aos Poderes Legislativo e Executivo. (Barbosa, 2014, p. 216). Por este princípio, o Estado possui o dever de vedar a publicação de medidas legislativas que visam reduzir, anular ou revogar algum núcleo de direito essencial já reconhecido aos cidadãos, isto é, funciona como uma barreira na tentativa de impedir a redução dos direitos já assegurados. Sendo assim, depois de alcançado determinado nível, qualquer retorno a um estado de menor proteção violaria o princípio da vedação ao retrocesso.

Sendo assim, o princípio da vedação ao retrocesso, assegura que os direitos sociais e econômicos conquistados se tornem direito subjetivo, segundo as lições de Sarlet (2010, p. 445):

[...] o que se percebe é que a proibição de retrocesso tem sido por muitos reconduzida à noção que José Afonso da Silva apresenta como sendo de um direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de cunho programático), bem como rechaçar medidas legislativas que venham, pura e simplesmente, subtrair supervenientemente a uma norma

constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador.

Nesta mesma perspectiva, a ideia de violação ao referido princípio, foi mencionado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, pela relatoria do Ministro Celso de Melo, constando no julgado a obrigação do município de São Paulo, em matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis, sob pena de multa diária. No presente caso, foi feita referência não apenas ao princípio da proibição do retrocesso social, como também a reserva do possível e ao mínimo existencial, conforme segue:

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. [...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337 AgR/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. 2011, p. 128-129)

Nota-se que, a vedação ao retrocesso não se destina apenas em assegurar e preservar os direitos já consolidados, como também, atua protegendo os direitos sociais em

face do legislador, que pode maliciosamente reduzi-los, impedindo que essa possível redução seja utilizada pelo Administrador como justificativa para a não efetivação de um direito subjetivo básico.

Neste contexto, serão apresentados alguns argumentos favoráveis à atuação judicial no controle das políticas públicas.

O primeiro argumento, é em relação a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na implementação dos direitos sociais, o que acaba por retardar o cumprimento desses direitos, justificando assim, a necessidade de intervenção judicial. Pode-se afirmar que, ocorre uma espécie de deficiência democrática, resultante da falta de credibilidade dos cidadãos no Legislativo e Executivo. Nesta ótica, deve ser levado em conta, o fato de ocorrer uma omissão deliberada por parte do Legislativo, que não se submete em fazer legislações apropriadas para efetivação dos direitos consagrados, neste seguimento Mendes (2017, p. 731) quando fala da efetivação dos direitos sociais, menciona que em um país como o Brasil, tais direitos adquirem especial significado, já que sua “concretização encontra-se deficitária por diversos motivos. Tal fato contribui com o entendimento, pela população, de que o Poder Judiciário é um aliado vital na luta por sua obtenção”, fazendo com que a judicialização dos direitos sociais se torna cada vez mais constante.

O segundo argumento, é sobre o caráter normativo da Constituição Federal, que é vista principalmente, como um instrumento jurídico, ou seja, não possui apenas caráter político. Sendo assim, o interior da Constituição possui normas jurídicas, não podendo, portanto, tais normas serem tratadas como meros conselhos.

Assim, quando o Poder Judiciário aplica uma norma de direito social, ele está apenas exercendo sua função, que é aplicar o direito ao caso concreto, não há neste caso, usurpação de função, tampouco violação ao princípio da separação dos Poderes, haja vista que, o Judiciário está apenas realizando sua função típica, jurisdicional, que é interpretar e aplicar a Constituição Federal.

O terceiro argumento, refere-se a democracia, prevalecendo a ideia de que, só é possível uma vontade verdadeiramente livre se houver fruição de direitos básicos. Nota-se que, a democracia não está associada apenas naquilo que a maioria deseja, abarcando

também a aplicação e aproveitamento de direitos por parte das minorias, do contrário, estaríamos diante de uma democracia viciada.

Ademais, permite-se que o Poder Judiciário faça o controle dos atos administrativos, inclusive daqueles atos ligados ao mérito, em situações em que se faz necessário a defesa da legalidade ou o controle da razoabilidade, conforme a decisão monocrática do Ministro Relator Celso de Mello, no já citado julgamento emblemático da ADPF de nº 45 pelo Supremo Tribunal Federal:

Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicado no DJ 04 mai. 2004)

Trata-se de uma Arguição de Preceito Fundamental (ADPF), que analisa o veto presidencial a lei de diretrizes orçamentárias, a principal tese neste caso, é a lesão a preceito constitucional, que garante recursos financeiros mínimos a políticas públicas voltadas a concretização de direitos sociais. Observa-se que o voto do Ministro Celso de Mello foi justamente no sentido de proporcionar efetividade a direitos sociais, econômicos e culturais de segunda geração, conforme segue:

[...] Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e

arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. [...] (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicado no DJ 04 mai. 2004).

Ressalta-se que, estamos diante de uma excepcionalidade, onde o Judiciário só poderá controlar os atos discricionários, quando houver violação evidente e arbitrária da Administração Pública. Nessa ótica, se faz necessário mencionar que a votação (de trecho acima colacionada), marcou de modo representativo a mudança de posição que os tribunais superiores têm adotado sobre a possibilidade de controle judicial nos atos administrativos.

## 5 CONCLUSÃO

Como relatado, os Direitos Sociais, foram acolhidos pela Constituição Federal, como autênticos Direitos Fundamentais, assim, além de serem reconhecidos como cláusulas pétreas, isto é, insuscetíveis de supressão e mudanças desfavoráveis pelo Poder Constituinte, também estão sujeitos ao regime de aplicabilidade imediata, previsto no artigo 5º, parágrafo 1º da Carta Magna.

Assim, as normas de Direito Sociais vinculam os agentes públicos e órgãos estatais, sendo necessário para sua efetivação uma atuação positiva, no sentido de implementar e efetivar as chamadas políticas sociais, possibilitando com isso, o usufruto dos direitos protegidos pela Constituição. Sendo assim, o fundamento com base no princípio da separação dos Poderes, com intuito de afastar a intervenção judicial na implementação e garantia desses Direitos, não deverá subsistir, até porque, em uma sociedade banhada por injustiças e desigualdades como a nossa, o Poder Judiciário passa a ter a missão de fazer valer os Direitos Fundamentais Sociais.

Ademais, observou-se que, a concretização e implementação dos Direitos Fundamentais Sociais geram gastos por parte do Estado. Contudo, apesar de se tratar de gastos bastante onerosos, a alegação da reserva do possível não poderá ser usada como justificativa, legitimando o não cumprimento daquilo que está positivado na Lei, ou seja, o Estado não pode se valer da reserva do possível como argumento para o não cumprimento de determinados Direitos Sociais, como por exemplo, se escusar do fornecimento de serviços básicos relacionados a saúde, deixar de garantir a educação, bem como, não assegurar à previdência social.

Isto posto, chega-se à conclusão de que os recursos financeiros disponíveis pelo Estado, devem ser aplicados prioritariamente nos Direitos Fundamentais Sociais, até que eles sejam cumpridos com efetividade, sem restrições da reserva do possível, garantindo assim, o mínimo existencial suficiente à sobrevivência digna da pessoa humana, cujo usufruto não depende do orçamento financeiro estatal. Cabendo a alegação da reserva do possível, apenas, quando o direito social demandado não for vinculado ao mínimo existencial.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Juliana. **Efetivação de Direitos Sociais**: Estudo do tema. 1 ed. Joinville: Clube de Autores, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6 ed. São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Consultor Jurídico** [online], 22 dez. 2008. Disponível em: Acesso em: 24 jul. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília-DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 02 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 29 abr. 2004. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 11 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 17 mar. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337**. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em 23 ago. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 05 ago. 2023.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em fase da realidade**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTINS, Flavio. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.  
MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MITIDIERO, D. SARLE, I. W.; MARIGONI, L.G. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paul: Saraiva, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.