



# **DESAFIOS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA SEGURIDADE SOCIAL NA ÓTICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Karina Rocha Martins Volpe

3º lugar no VIII CONCURSO BRASILIENSE DE MONOGRAFIAS

## **SUMÁRIO**

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>4</b>
<b>1. CARACTERIZAÇÃO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS .....</b>	<b>5</b>
<b>1.1. DIREITOS SOCIAIS - DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>1.2. EFETIVIDADE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS....</b>	<b>7</b>
<b>2. O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL .....</b>	<b>10</b>
<b>2.1. O MÍNIMO EXISTENCIAL.....</b>	<b>10</b>
<b>2.2. RESERVA DO POSSÍVEL.....</b>	<b>13</b>
<b>3. DIREITOS DA SEGURIDADE SOCIAL FRENTE AO MÍNIMO EXISTENCIAL E À RESERVA DO POSSÍVEL .....</b>	<b>15</b>
<b>3.1. CONTEXTUALIZAÇÃO .....</b>	<b>15</b>
<b>3.2. BREVE ANÁLISE DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS .....</b>	<b>17</b>
<b>3.3. MÍNIMO EXISTENCIAL NO ORÇAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL .....</b>	<b>18</b>
<b>3.4. RESERVA DO POSSÍVEL E SEGURIDADE SOCIAL .....</b>	<b>20</b>
<b>ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA SEGURIDADE SOCIAL .....</b>	<b>23</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>27</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>28</b>
<b>LEGISLAÇÃO .....</b>	<b>30</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA .....</b>	<b>31</b>

## INTRODUÇÃO

Os direitos sociais representam um avanço para a cidadania e visam garantir prerrogativas relacionadas às condições mínimas de bem-estar social e econômico que possibilitem a seus destinatários usufruir plenamente do exercício dos direitos civis e políticos.

No Brasil, esses direitos estão positivados na Constituição Federal de 1988 - CF/88 com o *status* de direitos fundamentais. Ressalte-se que esses direitos não são taxativos e nem estáticos no tempo, pois conforme o desenvolvimento histórico e social do homem novos direitos podem ser incorporados.

A doutrina discute a efetividade dos direitos sociais e a sua aplicabilidade imediata. Autores como José Afonso da Silva, Paulo Bonavides e Luís Roberto Barroso consideram que esses direitos são dotados de efetividade. A consequência é que criam direitos subjetivos que podem ser exigidos do Poder Público por atuação do Poder Judiciário.

Não obstante, a realidade brasileira mostra que existe um grande espaço para a efetivação de todos os direitos estabelecidos na Constituição Cidadã e um considerável desafio para os governos dos entes federados em viabilizá-los ao longo do tempo. O que se verifica é que há a concretização de alguns direitos sociais em detrimento de outros.

É nesse contexto de efetividade das normas sociais e da sua não realização fática, de priorização dos direitos e escassez de recursos, que se torna relevante a discussão em torno do mínimo existencial e da reserva do possível, da atuação do Poder Público na concretização dos direitos sociais e do posicionamento do Poder Judiciário nesse debate.

Assim, o objetivo principal dessa monografia é contribuir com a tese de que a regulamentação dos direitos sociais constitucionais que sejam compreendidos como mínimo existencial viabilizaria a inserção desses direitos no Orçamento da União como despesas obrigatórias, o que acarretaria uma maior efetivação desses direitos. Ainda, discute-se o papel do Poder Judiciário que ao decidir pela necessidade de implementação de determinada política pública social concorre para delinear o conceito ao considerá-la como mínimo existencial e não sujeita à reserva do possível, especialmente, nas despesas discricionárias.

Tendo em vista a amplitude dos direitos sociais, optou-se por restringir o estudo aos direitos da Seguridade Social, com ênfase na Saúde e Assistência Social. Para isso, esse trabalho está dividido em três partes.

No primeiro capítulo é feita uma explanação dos direitos sociais como direitos de segunda geração e uma discussão acerca da efetividade desses direitos.

O segundo capítulo aborda os conceitos de Mínimo Existencial e da Reserva do Possível na visão dos autores Ricardo Lobo Torres e Ana Paula de Barcellos, referências no estudo dessa temática. Também é realizada uma delimitação dos direitos da Seguridade Social em termos de mínimo existencial e da reserva do possível, utilizando-se da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2011 e da Lei Orçamentária/2011.

O terceiro capítulo faz uma breve digressão de como o Poder Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal tem atuado em determinados contextos para a efetivação dos direitos da seguridade social.

## **2 CARACTERIZAÇÃO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS**

### **2.1 Direitos sociais - direitos de segunda geração**

A classificação dos direitos humanos não é única, uma vez que varia segundo o autor adotado, bem como não há uniformidade na classificação das gerações, se são três, quatro ou cinco. Não se trata, portanto, de uma evolução linear e sucessiva, porque esses direitos não se excluem e nem se substituem.

Galdino (2005, p. 165-7) considera essa classificação inadequada para o caso brasileiro, mas faz a ressalva de que a mesma é empregada na jurisprudência nacional, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, o que “aumenta sobremodo o interesse em estudá-la mais detidamente”.

Salienta-se que essa distinção em gerações dos direitos fundamentais visa situar os diferentes momentos em que esses surgem com as reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Não obstante, isso não significa que os direitos previstos em um momento sejam substituídos por outros surgidos posteriormente. Ocorre que os direitos de cada geração continuam válidos em conjunto com os de

uma geração mais recente, ainda que haja influência no significado das concepções jurídicas e sociais do momento. De forma que um antigo direito pode ser adaptado às novidades constitucionais. (MENDES *et all*, 2010, p. 310).

Segundo Alexandre de Moraes, a doutrina classifica os direitos fundamentais em primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem cronológica em que foram reconhecidos. (MORAES, 2010, p. 31). Assim, os direitos fundamentais de primeira geração referem-se aos direitos e às garantias individuais e políticos clássicos; os de segunda geração consistem nos direitos sociais, econômicos e culturais e, por fim, os de terceira geração que englobam os direitos ao meio ambiente, à qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos. (MORAES, 2010, p. 31).

Os direitos de primeira geração foram os primeiros a serem positivados com a pretensão de “fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder”, isso implica uma abstenção e uma não intervenção por parte dos governantes. Nessa fase, o paradigma do titular de direitos era o homem individualmente considerado e não se observa nesse momento preocupação com as desigualdades sociais. (MENDES *et all*, 2010, p.309).

Para Bonavides, os direitos fundamentais de primeira dimensão são os referentes à liberdade, especificamente os direitos civis e políticos. Para ele, esses direitos já se consolidaram “[...] em sua projeção de universalidade formal não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão.” (BONAVIDES, 2008, p. 563-4).

Flávio Galdino explica a associação dos direitos de primeira geração com a classificação de direitos negativos, que ocorre porque a efetivação desses direitos independe de atuação positiva do Estado, ou seja, “[...] independe de qualquer prestação pública, não gerando custos, daí serem chamados de direitos negativos [...]”. Em contrapartida, direito positivo é aquele que exige prestações do Estado e essa positividade refere-se também ao dispêndio de recursos, uma vez que esses direitos demandam uma prestação estatal para sua efetivação e isso está relacionado com os custos que essas prestações geram ao Estado. (GALDINO, 2005, p. 151-152)

Esse autor compartilha da visão de SUNSTEIN e HOLMES ao afirmar que “[...] na esfera pública inexistem direitos negativos – inexistente puro *non facere*. Todos os direitos públicos são positivos.” Portanto, todos os direitos, inclusive os relacionados à liberdade, sempre contêm um agir positivo e, mais importante, qualquer ação ou omissão estatal é sempre custosa – positiva. (GALDINO, 2005, p. 227). Nesse raciocínio, os direitos de liberdade (primeira geração) assim como os direitos sociais (segunda geração) apresentam custos, portanto, isso não seria uma diferença entre esses direitos, nem uma justificativa plausível para a não efetivação dos compreendidos como de segunda geração.

O destaque nessa segunda geração de direitos é o princípio da igualdade, a ser atendido por direitos à prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais. São considerados direitos sociais não por serem direito das coletividades, mas por estarem associados a reivindicações de justiça social cuja titularidade, na maior parte, refere-se a indivíduos singulares. (MENDES *et al*, 2010, p. 310).

No que se refere aos direitos de segunda geração, ou seja, direitos sociais, é consensual entre os autores que a concretização dos mesmos envolve prestações positivas do Estado, como fornecer determinados medicamentos ou tratamento, no caso dos serviços de saúde; ou transferência de renda como o bolsa família, no caso da assistência social. Isso envolve, por óbvio, recursos públicos escassos que a sociedade deve alocar entre o conjunto de demandas. Essa efetivação dos direitos sociais é assunto do próximo tópico.

## **2.2 Efetividade Da Constitucionalização Dos Direitos Sociais**

Os direitos sociais estão previstos na Constituição Federal de 1988 (CF/88) e demandam uma atuação positiva do Estado para sua concretização. Dada a importância do tema, a doutrina discute a efetividade desses direitos como uma forma de garantir a democracia e a redução das desigualdades sociais.

A idéia de efetividade ou eficácia social da norma está relacionada ao fato desta ser aplicada e observada, ou seja, há o “desempenho concreto de sua função social”. Isso significa haver uma aproximação “tão íntima quanto possível” dos preceitos legais, o *dever ser* normativo ao *ser* da realidade social. (BARROSO, 2006, p. 290). Em síntese, Luís Roberto Barroso conceitua efetividade da seguinte forma:

“[...] designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se consubstancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico tutelado.” (BARROSO, 2006, p. 277).

Os direitos sociais iniciaram sua luta pela efetivação quando ao constitucionalizá-los, suas normas foram dotadas de injuntividade. A atuação estatal foi a responsável por alterar o *status* de direitos sociais, antes reconhecidos por indivíduos altruístas, para um *status* de direitos fundamentais, oponíveis *erga omnes*. (MENDES *et all*, 2010, p. 822).

Paulo Bonavides destaca que os direitos sociais passaram por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram “eficácia duvidosa”, uma vez que “exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”. Nessa fase eles foram considerados normas programáticas. Assim, a noção era de que apenas os direitos de liberdade tinham eficácia imediata e os sociais, aplicabilidade mediata via legislador. Na sequência, observou-se uma “crise de observância e execução”, que para Bonavides está próxima de acabar, visto que foi formulado o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o que tende a justificar a maior aplicabilidade desses direitos. (BONAVIDES, 2008, p. 564).

Observa-se, no entanto, uma “frustração reiterada” do processo constitucional brasileiro associado à falta de efetividade de suas normas. Desse modo, a doutrina da efetividade estabelece que “[...] todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos”. (BARROSO, 2006, p. 278). No caso em que essas normas criam direitos subjetivos: políticos, individuais, sociais ou difusos, esses direitos são “direta e imediatamente exigíveis”, seja do poder público ou do particular. Como consequência, Barroso afirma que o Poder Judiciário “[...] passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.” (BARROSO, 2006, p. 294).

É o que se verifica na decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADPF 45 MC/DF ao decidir que o STF não pode abdicar de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, uma vez que isso implicaria violação negativa da CF/88. Segundo ele:

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão

política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que **não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas** (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional. (ADPF 45 – MC/DF, Decisão de 29.04.04, Informativo STF nº 345/2004). (Grifo nosso)

Da mesma forma, José Afonso da Silva (2010, p. 467) destaca que os direitos sociais são direitos fundamentais, que só cumprem sua finalidade se tiverem eficácia plena<sup>1</sup>, ou seja, se as normas que os expressem tiverem efetividade. Há, para esse autor, uma ordem para os aplicadores de direito na CF/88:

o princípio é o da eficácia plena e a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, de tal sorte que só em situação de absoluta impossibilidade se há de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação. (SILVA, 2010, p. 467).

Para Sarlet (2001) os direitos fundamentais sociais têm apresentado controvérsias em relação à sua eficácia e efetividade, inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização. Nesse sentido, Sarlet assevera que em função da vinculação com a concepção de um Estado social e democrático de Direito, como garantidor da justiça material, os direitos fundamentais sociais necessitam de uma postura ativa do Estado, “[...] visto que a igualdade material e a liberdade real não se estabelecem por si só, carecendo de uma realização.” (SARLET, 2001).

Apesar de verificar-se a importância da efetividade dos direitos sociais para os indivíduos, a sociedade e o regime democrático, o fato é que esses direitos demandam medidas redutoras das desigualdades que dependem quase que exclusivamente de investimentos públicos. Assim, o grande problema na efetivação desses direitos, para Inocêncio Mártires Coelho, reside mesmo na escassez de recursos para viabilizá-los, o chamado “limite do financeiramente possível”,

---

<sup>1</sup> Normas de eficácia plena são aquelas de eficácia imediata e que independem de normatização futura para sua aplicação. Normas de eficácia contida são as que receberam normatividade suficiente, mas, no entanto, requerem meios normativos (leis, conceitos genéricos, etc.) que podem reduzir sua eficácia e aplicabilidade. E normas de eficácia limitada são as que não receberam do Constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, sendo necessária regulamentação de suas matérias pelo legislador ordinário. (Silva, José Afonso da, 1998, *apud* BARROSO, 2006, p. 285-286).

“perversamente” reduzido onde sua necessidade é maior, ou seja, nos países pobres. (MENDES *et all*, 2010, p. 825).

Verifica-se que os doutrinadores destacam o problema da efetividade dos direitos sociais, principalmente, quanto às dificuldades materiais de sua realização. No entanto, há autores como Andréas Krell que insurge contra esse raciocínio como limite para a concretização desses direitos. Nessa visão, se os recursos são insuficientes, deve-se retirá-los de áreas que não estão intimamente relacionados com os direitos mais essenciais do homem como a vida, integridade física e saúde. (KRELL, 2002 *apud* MENDES *et all*, 2010, p. 825).

Não obstante as controvérsias sobre quais direitos sociais possuem efetividade, o fato é que alguns direitos sociais são efetivados em detrimento de outros. Pode-se dizer que esses direitos seriam referentes ao mínimo existencial, que possuem prioridade na efetivação e não se sujeitam, ou não deveriam se sujeitar à cláusula da reserva do possível. A pergunta que se faz é: quais direitos compõem o mínimo existencial? Polêmicas a parte, o tema será ilustrado com a doutrina de Ricardo Lobo Torres e Ana Paula de Barcellos (Capítulo 2), com a análise das principais despesas orçamentárias obrigatórias e discricionárias no âmbito da Seguridade Social (Capítulo 2) e por fim, com o posicionamento do Judiciário em questões específicas a respeito do tema (Capítulo 3).

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

#### **3.1 O Mínimo Existencial**

O Brasil é um país marcado pelas desigualdades sociais e regionais. Nesse contexto, a Constituição Cidadã de 1988 tem como objetivo fundamental “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III). Para se alcançar esse objetivo requer-se a concretização dos direitos sociais (art. 6º) via políticas públicas cuja implementação muitas vezes é frustrada pela escassez e má alocação de recursos. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência discutem a abrangência e a delimitação desses direitos utilizando-se das teorias do mínimo existencial e da reserva do possível.

A noção de mínimo existencial está em construção e tem um caráter dinâmico. Deve-se, pois, considerar o contexto histórico da realidade na qual se

pretende utilizá-lo. No caso do Brasil, constata-se um País desigual, em que as condições mais primárias para uma vida digna não são atingidas por grande parcela da população, ainda desprovidos de serviços básicos de saúde, educação, saneamento, alimentação e moradia. Nesse sentido, o mínimo existencial pode ser compreendido como as condições básicas, fundamentais, para que as pessoas consigam viver com um mínimo de dignidade, e isso exige prestações positivas por parte do Estado.

Segundo Ricardo Lobo Torres a noção de mínimo existencial coincide com a de direitos fundamentais sociais em seu núcleo essencial (TORRES, 2009, p. 42). O autor relaciona a dimensão subjetiva dos direitos sociais ao mínimo existencial, ao afirmar que a exigibilidade dos direitos sociais estaria restrita ao mínimo social. Segundo ele:

[...] a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. (TORRES, 2009, p. 41).

Para esse autor, a reserva do possível não se aplica ao mínimo existencial, pois tais direitos se encontram nas garantias institucionais de liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos. (TORRES, 2009, p. 95).

Ressalte-se, portanto, que ele considera que somente alguns direitos sociais fazem parte do mínimo existencial. Nesse contexto, compõe esse mínimo uma parcela dos direitos que formam a Seguridade Social: Previdência, Saúde e Assistência Social; bem como determinadas parcelas do direito à educação, do direito à moradia e do direito à assistência jurídica. (TORRES, 2009, p. 244).

Depreende-se que, para Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial integra o conceito de direitos fundamentais e, portanto, a parcela dos direitos sociais dotados dessa fundamentalidade compõe em seu núcleo essencial o mínimo existencial. Nesse caso, há possibilidade de exigibilidade desses direitos pelos cidadãos via garantias processuais e institucionais. Além disso, uma parcela dos direitos da seguridade social faz parte desse mínimo, na visão desse autor.

Para Ana Paula de Barcellos o mínimo existencial está relacionado a um núcleo mínimo da dignidade da pessoa humana, ao conteúdo mais essencial relacionado a esse princípio, detentor de eficácia positiva ou simétrica<sup>2</sup> cuja violação permite que se exija judicialmente a prestação exigida. (BARCELLOS, 2008, p. 282). Essa é a proposta da autora, e segundo ela mesma, embora “venha a ser inteira e rapidamente superada por outras mais bem talhadas e acabadas” terá cumprido sua pretensão de fomentar o debate. (BARCELLOS, 2008, p. 287-288).

Na visão dela, entende-se o princípio da dignidade da pessoa humana como formado por um núcleo, composto pelo mínimo existencial e além dessa parte central, há uma parcela que, não obstante faça parte da dignidade humana, está sujeita à deliberação política acerca da concepção dominante em determinado momento histórico e segundo as preferências do povo. Esta parcela está sujeita à reserva do possível. (BARCELLOS, 2008, p. 272-278).

No que tange ao núcleo relacionado ao mínimo existencial, garantidor de condições materiais essenciais à dignidade humana, é a prioridade do Estado Brasileiro. Assim, a discussão da reserva do possível não deveria ser relevante nesse contexto, eis que deve ser o pressuposto que o Poder Público dispõe de recursos para atender as necessidades mínimas que compõem o núcleo e que decerto, devem ser prioritárias. (BARCELLOS, 2008, p. 272-278).

O problema que a autora aponta é de se determinar que conteúdo mínimo é esse, que efeitos concretos pretende produzir, de modo que se não se realizarem, seja cabível exigir seu cumprimento coativamente. (BARCELLOS, 2008, p. 283). Apesar de ela considerar os direitos sociais como direitos fundamentais, ela entende que somente uma parcela desses direitos são cabíveis no mínimo existencial.

Nesse contexto, o mínimo concebido por Ana Paula de Barcellos é composto por quatro elementos, três materiais e um instrumental, são eles: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Assim, esses quatro pontos correspondem ao núcleo mínimo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva ou simétrica e o

---

<sup>2</sup> Segundo a autora: “Como é fácil perceber, sem a eficácia positiva ou simétrica os enunciados normativos examinados restam esvaziados logo de início e, com eles, o próprio Estado de direito, já que este pressupõe a submissão – exigível diante do judiciário, caso descumprida – dos governados e governantes à lei, seja esta o fruto da elaboração dos poderes públicos constituídos, seja, com muito mais razão, a Constituição Federal. (BARCELLOS, 2008, P. 236).

*status* de direito público subjetivo exigível diante do poder público. Relevante destacar que essa escolha não é aleatória, mas exclusivamente normativa, pois considera as disposições da CF/88. (BARCELLOS, 2008, p. 287-288)

Portanto, para Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é formado pelo núcleo do princípio da dignidade humana dotado de eficácia positiva e de exigibilidade, no caso de a prestação exigida não ser atendida. Também considera que, como esse núcleo relacionado ao mínimo existencial busca garantir condições materiais essenciais à dignidade humana e é prioridade do Estado Brasileiro, não deveria sujeitar-se à reserva do possível. A discussão acerca desse tema será tratada no próximo tópico.

### **3.2 Reserva Do Possível**

A Reserva do Possível está relacionada com as limitações orçamentárias e financeiras que restringem o integral atendimento dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos. A escassez de recursos econômicos exige que essas demandas sejam gradativamente atendidas por intermédio de planejamento governamental e seleção de prioridades.

Nesse momento de escolha das prioridades é que a reserva do possível relaciona-se com o mínimo existencial, de forma que as limitações econômicas não deveriam ser consideradas suficientes para a inércia do poder público frente à garantia dos direitos mínimos, ou seja, não deveria ser justificativa o argumento de que não existem recursos para realização do mínimo.

A criação desse conceito remonta ao Tribunal Constitucional Alemão quando do julgamento em que se discutia a criação de vagas na faculdade de medicina para alunos aprovados no vestibular, mas não classificados. A decisão foi no sentido de que os direitos a prestações estão sujeitos à reserva do possível, de forma que só se pode exigir do Estado uma prestação adequada ao limite da razoabilidade. Isto é, o legislador deve avaliar a importância da pretensão para incluí-la ou não no Orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral (TORRES, 2009, p. 103-104).

Nesse caso, entendeu-se que não seria razoável impor ao Estado a obrigação de acesso a todos os que pretendessem cursar medicina. Assim, a reserva do possível na doutrina alemã relacionou-se à exigência de prestações

dentro do limite da razoabilidade, não da escassez de recursos, como foi difundida no Brasil.

Para Ricardo Lobo Torres a reserva do possível é um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais que na Alemanha não se consideram direitos fundamentais. Não é princípio jurídico, nem limite dos limites. Seria o equivalente à “reserva democrática”, pois as prestações sociais ocorrem pela legitimidade do princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária do legislador. Essa teoria não é aplicável ao mínimo existencial vinculada à reserva orçamentária e às garantias institucionais de liberdade, que são plenamente sindicáveis pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa. (TORRES, 2009, p. 105-106).

Para ele, as proteções dos direitos sociais e econômicos demandam prestações positivas que acarretam despesas para o ente público. A implementação desses direitos está subordinada à reserva do possível e depende da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do desempenho da despesa pela Administração. (TORRES, 2009, p. 106).

O autor faz a crítica de como a expressão “Reserva do Possível” perdeu o sentido originário ao chegar ao Brasil. Segundo ele, o ponto de vista de Ingo Sarlet, que considerou a “reserva do possível fática”, em contraposição com a “reserva do orçamento” que seria “jurídica”, passou a ser reproduzido na doutrina, principalmente em obras como a de Ana Paula de Barcellos, analisada nessa monografia, que extrapolou a “reserva do possível” dos direitos sociais para os direitos fundamentais e o mínimo existencial. (TORRES, 2009, p.107).

Constata-se que para Ricardo Lobo Torres a desinterpretação pela doutrina e jurisprudência do conceito de reserva do possível serviu para alargar a judicialização da política orçamentária até o campo dos direitos sociais, ao confundilos com os fundamentais. Isso enfraqueceu esses direitos que passaram a serem sujeitos a essa cláusula. (TORRES, 2009, p.110).

Já Ana Paula de Barcellos, afirma que, de forma geral a expressão reserva do possível visa “identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.” Esse conceito está relacionado com o pressuposto econômico de

desejos infinitos e recursos limitados, sendo “[...] preciso enfrentar a circunstância da existência ou não de recursos disponíveis para atender às prestações positivas que se concluiu podem ser exigidas judicialmente.” (BARCELLOS, 2008, p. 261).

Acrescenta que a reserva do possível significa que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos que ultrapassam as discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado. Isso porque do ponto de vista prático, pouco adiantará a previsão normativa ou a técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo. (BARCELLOS, 2008, p. 262).

Nesse contexto, denomina duas espécies de “fenômenos” sob o título da reserva do possível: reserva do possível fática e reserva do possível jurídica. A primeira refere-se à inexistência fática de recursos, o que ela denomina de algo próximo de “exaustão orçamentária”. Assim, a inexistência absoluta de recursos descreveria situações em relação às quais se poderia falar de reserva do possível. Já a reserva do possível jurídica refere-se à ausência de autorização orçamentária para determinado gasto particular. (BARCELLOS, 2008, p. 262-263).

A autora faz menção ao estudo Stephen Holmes e Cass Sustein, “The cost of Rights”, nos quais os autores procuram fazer uma análise econômica dos custos dos direitos, em que destacam que os direitos sociais não são os únicos a custar dinheiro, pois também os direitos individuais e os políticos demandam gastos públicos. Dessa forma, não se sustenta o argumento que afasta o atendimento dos direitos sociais pelo fato de estes demandarem ações positivas estatais e requererem dinheiro. Também a “proteção dos direitos individuais tem seus custos, apenas se está muito acostumado a eles.” (BARCELLOS, 2008, p. 264-265).

Analisados os conceitos do mínimo existencial e da reserva do possível na doutrina desses autores, é importante abordar a sua configuração no âmbito das políticas orçamentárias.

## **4 DIREITOS DA SEGURIDADE SOCIAL FRENTE AO MÍNIMO EXISTENCIAL E À RESERVA DO POSSÍVEL**

### **4.1 Contextualização**

O objetivo desse tópico é ilustrar quais políticas da Seguridade Social poderiam ser enquadradas como mínimo existencial, bem como aquelas que não se enquadrariam e, portanto, estariam sujeitas à reserva do possível. Para tanto, utiliza-se como linha delimitadora entre o mínimo existencial e a reserva do possível, no âmbito da Seguridade Social, as despesas obrigatórias decorrentes de obrigações constitucionais e legais. De forma que, os programas e ações que constam da Lei Orçamentária - LOA e do Anexo de Despesas Obrigatórias da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO serão consideradas como mínimo existencial.

Com isso, evidenciam-se as ações orçamentárias sociais que ainda não são consideradas obrigatórias, mas que se enquadram como direitos mínimos existenciais, e, portanto, se forem regulamentadas poderão constar como despesa obrigatória do Orçamento da União e garantir uma maior efetivação. A obrigatoriedade deve ocorrer especialmente nos casos em que o adiamento da política pública associada acarreta dano direto à vida do cidadão e aos direitos sociais fundamentais, razão que justificaria a sua obrigatoriedade legal.

A abordagem utilizada considera que as despesas obrigatórias<sup>3</sup>, por disposições constitucionais e legais, são garantidas e não sofrem limitações de empenho (contingenciamento)<sup>4</sup> como ocorre com as despesas discricionárias<sup>5</sup>. Ressalte-se que o presente trabalho não visa esgotar o tema, mas contribuir para o enriquecimento da discussão.

Nas despesas obrigatórias, portanto, não se aplica a reserva do possível, pois os recursos orçamentários e financeiros já estão assegurados, uma vez que houve a priorização dessas políticas no âmbito do Legislativo. A não efetivação desses direitos, portanto, não esbarra em limitações orçamentárias e financeiras, mas somente em uma possível incapacidade de a estrutura estatal atender a essa

---

<sup>3</sup> Despesa obrigatória: conforme o art. 17 da LRF é a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios. Há, portanto, expectativa de direitos para terceiros, oponíveis contra o Estado, gerando obrigatoriedade de alocação de recursos no orçamento.

<sup>4</sup> Art. 4º - A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e:

I - disporá também sobre: [...]

b) critérios e forma de limitação de empenho, a ser efetivada nas hipóteses previstas na alínea b do inciso II deste artigo, no art. 9º e no inciso II do § 1º do art. 31. (Lei complementar nº 101/2000 – LRF).

<sup>5</sup> Despesa discricionária: são aquelas não enquadradas no art. 17 da LRF (artigo que trata das despesas obrigatórias), previstas no Plano Plurianual, cuja autorização para gasto ocorre exclusivamente por meio do processo orçamentário anual, de acordo com a disponibilidade de recursos, definidas no inciso III do § 4º do Art. 7º da LDO /2011 (Lei nº 12.309/2010).

demanda. Nesses casos, uma atuação do Judiciário, mediante provocação, pode obrigar o Estado a viabilizar os meios para consecução de tais políticas, por intermédio da inclusão nas leis orçamentárias e posteriormente, pela obrigação de executar esses recursos.

#### 4.2 Breve Análise das Leis Orçamentárias

De acordo com as disposições constitucionais, a política pública deve estar espelhada nas diretrizes, nos objetivos e nos programas de governo, com suas respectivas metas, constantes do Plano Plurianual - PPA, bem como viabilizada por intermédio das ações constantes da Lei Orçamentária Anual - LOA, conforme disposto no art. 165 da CF/88<sup>6</sup>:

A Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, a partir da entrada em vigor da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), passou a determinar metas de resultado fiscal, informando, entre outros parâmetros, a base contingenciável e as despesas obrigatórias e as ressalvadas de contingenciamento.

O Anexo de Despesas Obrigatórias da LDO estabelece as despesas que não serão objeto de limitação de empenho, nos termos do art. 9º, § 2º, da LRF, que assim dispõe:

Art. 9º - Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

**§2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias. (grifo nosso)**

A Lei Orçamentária estabelece o limite da dotação que cada Órgão possui para o atendimento de seus programas e ações orçamentárias dentro de determinado ano civil, com a adequação e acomodação dos recursos disponíveis às demandas sociais. O orçamento em regra é autorizativo, o gestor dispõe de

---

<sup>6</sup> Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

discricionariedade quanto à efetiva distribuição e aplicação dos recursos orçamentários, que podem sofrer contingenciamentos, salvo para as chamadas despesas obrigatórias. Nesses casos, há obrigatoriedade de execução e não há que se falar em restrição de recursos orçamentários financeiros e nem serem objeto de lide, salvo ineficiência estatal.

### **4.3 Mínimo Existencial no Orçamento da Seguridade Social**

Essa seção analisa as ações que correspondem aos gastos da Seguridade Social que não se sujeitam à reserva do possível uma vez que são despesas asseguradas como obrigatórias em leis específicas e, portanto, constam do Anexo V da LDO. A obrigatoriedade de execução dessas políticas expressas em dotações orçamentárias permite inferir que essas são opções da sociedade, via legislador, de assegurar que um mínimo dotado de significativa relevância seja garantido aos seus beneficiários.

Ressalta-se que as despesas denominadas de “ressalvadas”, que compõem o item 2 do Anexo V da LDO/2011, também não são passíveis de contingenciamento, mas podem ser excluídas desse rol a depender de decisão política. Dependem, assim como as demais despesas discricionárias, de regulamentação para garantir a sua plena obrigatoriedade de execução.

A partir da análise dos programas e ações constantes do Anexo V da LDO 2011<sup>7</sup>, relativas à Seguridade Social, que necessariamente constam do Plano Plurianual 2008-2011 e da Lei Orçamentária Anual, pode-se inferir as despesas obrigatórias no âmbito da Seguridade Social que estão relacionadas ao mínimo existencial. Essa correlação pode ser demonstrada a partir da seleção das principais ações da Seguridade Social que constam do referido Anexo, conforme segue:

“ANEXO V”  
 DESPESAS QUE NÃO SERÃO OBJETO DE LIMITAÇÃO DE  
 EMPENHO, NOS TERMOS DO ART. 9º, § 2º, DA LEI  
 COMPLEMENTAR Nº 101, DE 4 DE MAIO DE 2000  
 I) DESPESAS QUE CONSTITUEM OBRIGAÇÕES  
 CONSTITUCIONAIS OU LEGAIS DA UNIÃO:  
 [...]
   
 2. Auxílio à Família na Condição de Pobreza Extrema, com Crianças de Idade entre 0 a 6 anos, para Melhoria das Condições de Saúde e Combate às Carências Nutricionais (Lei nº 10.836, de 09/01/2004);

<sup>7</sup> Lei nº 12.309/2010, que “Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2011 e dá outras providências”.

3. Atenção à Saúde da População para Procedimentos em Média e Alta Complexidade (Lei nº 8.142, de 28/12/1990);
4. Piso de Atenção Básica Fixo (Lei nº 8.142, de 28/12/1990);
5. Atendimento à População com Medicamentos para Tratamento dos Portadores de HIV/AIDS e outras Doenças Sexualmente Transmissíveis (Lei nº 9.313, de 13/11/1996);
6. Benefícios do Regime Geral de Previdência Social;
7. Bolsa de Qualificação Profissional para Trabalhador (Medida Provisória nº 2.164-41, de 24/08/2001);
- [...]
16. Piso de Atenção Básica Variável – Saúde da Família (Lei nº 8.142, de 28/12/1990);
17. Promoção da Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos na Atenção Básica em Saúde (Lei nº 8.142, de 28/12/1990);
18. Incentivo Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para Execução de Ações de Vigilância Sanitária (Lei nº 8.142, de 28/12/1990);
19. Incentivo Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios Certificados para a Vigilância em Saúde (Lei nº 8.142, de 28/12/1990);
- [...]
21. Pagamento do Benefício Abono Salarial (Lei nº 7.998, de 11/01/1990);
22. Pagamento de Benefício de Prestação Continuada à Pessoa Idosa – LOAS (Lei nº 8.742, de 07/12/1993);
23. Pagamento de Benefício de Prestação Continuada à Pessoa Portadora de Deficiência – LOAS (Lei nº 8.742, de 07/12/1993);
24. Pagamento do Seguro-Desemprego (Lei nº 7.998, de 11/01/1990);
25. Pagamento do Seguro-Desemprego ao Pescador Artesanal (Lei nº 10.779, de 25/11/2003);
26. Pagamento do Seguro-Desemprego ao Trabalhador Doméstico (Lei nº 10.208, de 23/03/2001);
27. Transferência de Renda Diretamente às Famílias em Condições de Pobreza e Extrema Pobreza (Lei nº 10.836, de 09/01/2004);
- [...]
41. Expansão e Consolidação da Estratégia de Saúde da Família - PROESF (Lei nº 8.142, de 28/12/1990);
42. Incentivo Financeiro a Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para Ações de Prevenção e Qualificação da Atenção em HIV/AIDS e outras Doenças Sexualmente Transmissíveis (Lei nº 8.142, de 28/12/1990);
43. Pagamento de Renda Mensal Vitalícia por Idade (Lei nº 6.179, de 11/12/1974);
44. Pagamento de Renda Mensal Vitalícia por Invalidez (Lei nº 6.179, de 11/12/1974);
45. Pagamento do Seguro-Desemprego ao Trabalhador Resgatado de Condição Análoga à de Escravo (Lei nº 10.608, de 20/12/02);
46. Auxílio-Reabilitação Psicossocial aos Egressos de Longas Internações Psiquiátricas no Sistema Único de Saúde (de volta pra casa) (Lei nº 10.708, de 31/07/2003);
47. Apoio para Aquisição e Distribuição de Medicamentos Excepcionais (Lei nº 8.142, de 28/12/1990);
- [...]

56. Pagamento de Pensão às Pessoas Atingidas pela Hanseníase (Lei nº 11.520, de 18/09/2007);  
[...]  
61. Assistência jurídica integral e gratuita ao cidadão carente (art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição).” (LDO/2011)

A partir do Anexo de Despesas Obrigatórias da LDO/2011 selecionaram-se vinte e seis despesas obrigatórias que se correlacionam com o mínimo existencial. A reserva do possível não é um argumento válido no caso desses programas e ações estabelecidos como obrigatórios e, portanto, não é um argumento plausível para o administrador público eximir-se de sua obrigação de executar a despesa programada para a efetivação da política pública estabelecida como obrigatória no âmbito do Orçamento da União<sup>8</sup>.

O Estado tem o dever de realizar essas prestações que geram direitos subjetivos e a não execução pode ser questionada no Judiciário a quem cabe intervir e viabilizar essas políticas, garantindo o mínimo existencial, consoante reza a CF/88.

Nesse sentido, políticas públicas como o Benefício de Prestação Continuada ao Idoso e ao portador de deficiência, o Bolsa Família, o fornecimento de remédio aos portadores de AIDS e outras doenças sexualmente transmissíveis, a expansão e consolidação da saúde da família, salário-maternidade, o seguro-desemprego, dentre várias outras, não se sujeitam à cláusula da reserva do possível, no âmbito da União, pois no critério aqui adotado são consideradas como mínimo existencial.

Depreende-se do exposto, que o mínimo existencial no âmbito do orçamento da União está intimamente ligado com as políticas da Seguridade Social expressas, em certa medida, na LDO e na LOA. Portanto, a não execução dessas políticas é consequência do mau desempenho do gestor público, caracterizado pela falta de planejamento na execução dos gastos públicos. Nesses casos, são passíveis de concretização pelo Poder Judiciário.

#### **4.4 Reserva do Possível e Seguridade Social**

As demais ações orçamentárias compreendidas na Seguridade Social, que não constam como obrigatórias, são classificadas pelo Poder Executivo como discricionárias e passíveis de contingenciamentos (limitação de empenho e

---

<sup>8</sup> Consultas à LOA podem ser realizadas no sítio <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/orcamentouniao/loa/loa2011/consultas-e-relatorios-de-execucao>>

pagamento) e, assim, submetem-se à reserva do possível na ótica desse Poder. Dessa forma, toda a despesa discricionária pode ser sujeita a limitações de recursos e adiamentos, vez que não há obrigatoriedade em sua efetivação.

A partir de uma análise entre as alocações do Poder Público e das decisões do Poder Judiciário, observa-se que o ponto de tensão entre esses Poderes encontra-se, principalmente, nas despesas discricionárias. Isso porque, no âmbito dessas despesas pode haver a não execução de uma política que para o Executivo é passível de contingenciamento, mas o Judiciário pode entender que essa política deve necessariamente ser executada.

Depreende-se do exame dessas despesas que, algumas delas, como a Instalação e Reformas de Unidades de Funcionamento do INSS e a Capacitação de Servidores Públicos, não geram serviços que beneficiem diretamente aos cidadãos e podem ser adiadas em função da disponibilidade de recursos, sem incorrer em graves prejuízos à população. Dessa forma, sujeitam-se à disponibilidade orçamentária e financeira do Estado, aqui compreendida como reserva do possível sem, contudo, a sociedade entender que estão sendo lesados os seus direitos sociais fundamentais.

Não obstante, algumas ações orçamentárias que são consideradas pelo Poder Executivo como discricionárias encontram-se na fronteira dos conceitos de mínimo existencial, conceito dinâmico, cuja composição se altera ao longo do desenvolvimento histórico-social e da reserva do possível. Infere-se que as despesas discricionárias essenciais à dignidade da pessoa humana que ainda não são plenamente garantidas pela Administração Pública constituem o espaço de evolução conceitual do mínimo existencial.

Citem-se, como exemplos, os Serviços de Proteção Social a Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência, Abuso e Exploração Sexual e suas Famílias; Implantação de Melhorias nos Sistemas Públicos de Abastecimento de Água e Esgoto, Atenção Básica em Saúde Bucal, Imunobiológicos para Prevenção e Controle de Doenças, Ações Socioeducativas e de Convivência para Crianças e Adolescentes em Situação de Trabalho, Serviços de Proteção Social Básica às Famílias, Serviços de Proteção Social Especial a Indivíduos e Famílias e Aquisição de Alimentos Provenientes da Agricultura Familiar.

Discute-se, nesses casos, se o caráter de essencialidade não vincularia o gestor público a efetivar essas políticas, mitigando a sujeição da reserva do possível ou mesmo, como se tem extraído de decisões do STF, de o Poder Judiciário, quando provocado, determinar à Administração Pública a efetivação das políticas públicas relacionadas aos direitos sociais constitucionais, não compartilhando da argumentação da reserva do possível.

Assim, parte das despesas discricionárias pode ser entendida como sendo essencial pela sociedade, quando consta como despesas ressalvadas de contingenciamento ou quando o Judiciário é provocado e se manifesta no sentido de sua obrigatoriedade. A seguir, são destacadas despesas da Seguridade Social ressalvadas do contingenciamento em 2011, que são relacionadas ao mínimo existencial, não obstante ainda dependam de lei para torná-las de caráter obrigatório.

#### ANEXO V

II) DEMAIS DESPESAS RESSALVADAS, CONFORME O ART. 9º, § 2º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 101, DE 2000:

1. Despesas relativas à aquisição e distribuição de alimentos destinados ao combate à fome no âmbito do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome;

[...]

7. Pagamento das ações e serviços socioassistenciais cofinanciados pelo Fundo Nacional de Assistência Social; [...]. (LDO/2011)

É nesse contexto que se destaca a relevância da atuação do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Porque o Judiciário ao decidir pela despesa discricionária que deve necessariamente ser executada, auxilia na noção de mínimo existencial, ao definir quais os direitos são cabíveis nesse núcleo e que devem ser obrigatoriamente garantidos na política orçamentária e de incabível submissão à reserva do possível. Ao mesmo tempo, os julgados abrem precedentes para o preenchimento de tal lacuna legal pelo Legislativo.

Para melhor compreensão do papel do Judiciário nesse sentido, o próximo capítulo analisará a atuação do Poder Judiciário, com uma decisão do Superior Tribunal de Justiça - STJ e duas decisões do Supremo Tribunal Federal na efetivação das políticas sociais no âmbito da Seguridade Social. As decisões abordadas também tratam das teorias do mínimo existencial e da reserva do possível.

## 5 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA SEGURIDADE SOCIAL

O distanciamento entre o texto constitucional e a realidade das pessoas, entre os direitos sociais assegurados pela Constituição e àqueles que de fato as pessoas têm acesso, evidencia que, apesar de autores como Bonavides e José Afonso da Silva afirmarem a necessidade da efetividade das normas sociais, a realidade aponta que esse ainda é um caminho árduo a ser percorrido.

Na esteira dessa discussão, o Judiciário tem sido provocado a se manifestar e o STF tem afirmado, em situações excepcionais, a efetividade desses direitos, coagindo o Poder Executivo a providenciar as políticas públicas que garantam essa efetividade. Questiona-se, portanto, que tipo de demandas o STF considera relacionado à esfera do mínimo existencial e qual a relação da reserva do possível com esse conceito.

Quando o Poder Judiciário decide que determinada política deve ser realizada, traduz-se que a mesma deve constar no orçamento do ano e poderá ser iniciada a fase de execução, desde que também haja disponibilidade financeira. A previsão orçamentária é condição imposta pela CF/88.

No entanto, há decisões judiciais que obrigam o ente público a viabilizar determinada política pública por intermédio da Lei Orçamentária, mesmo que ainda não conste do âmbito do orçamento. É o caso do Acórdão da segunda turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ que entendeu ser obrigação do poder público, no que tange ao direito social à saúde, fornecer o medicamento demandado pela parte e incluir a política pública relativa nos planos orçamentários, com a observação de suficiência econômico-financeira do ente, conforme se verifica a seguir:

Tratando-se de direito fundamental, **incluso no conceito de mínimo existencial**, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. (AgRg no REsp 1136549 /RS, 2009/0076691-2 , Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, segunda turma, Data do julgamento: 08/06/2010, DJe 21/06/2010). (Grifo nosso).

Depreende-se desse acórdão que o STJ assentou que determinada política pública fosse inserida nos planos orçamentários. Isso requer dois momentos: primeiro, deve-se constar no Orçamento os recursos necessários à satisfação da

obrigação e em um segundo momento, a obrigação de o ente público utilizar de fato esses recursos para tal fim, de modo a assegurar que o direito alegado seja efetivado.

Nesse sentido, pode-se extrair da decisão do STJ: (i) o direito fundamental demandado deve estar incluso no conceito de mínimo existencial; e de (ii) haver capacidade econômico-financeira do ente administrativo, ou seja, afasta-se o conceito de reserva do possível. Entendeu-se que o direito é fundamental e compõe o mínimo existencial e que há recursos para realização do mesmo, e, portanto, o ente público tem o poder-dever de implementar a política de saúde em questão.

Observa-se que, assim como na decisão supracitada do STJ, algumas decisões do STF no que se referem à efetivação das políticas sociais também abordam as duas argumentações anteriores: a teoria do mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível.

Nesse sentido a jurisprudência<sup>9</sup> do Supremo Tribunal Federal em casos relacionados ao programa SENTINELA-ACORDE, cujos Ministros proferiram decisões reiteradas no sentido de obrigar o Poder Público a efetivar esse “programa” assistencial, sem que isso fosse considerado como ingerência de um Poder sobre outro, por considerá-lo como núcleo básico do mínimo existencial, bem como consensual a impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível.

A transcrição da Ementa de Relatoria do Ministro Celso de Mello, na AI 583.476/SC, permite entender o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, visto que as decisões de muitos Ministros em casos análogos, bastante se assemelham:

EMENTA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL.

---

<sup>9</sup> Baseado nas seguintes decisões monocráticas dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: RE 604.884, AI 583.264, AI 583.476, AI 583.553, RE 482.611 e AI 583.596 - Ministro Celso de Mello; RE 503.658 e RE 482.741 - Ministro Eros Grau; RE 482.751 e RE 513.465 - Ministra Ellen Gracie, RE 572.717, RE 573.690 e RE 574.506 - Ministro Ayres Britto; AI 583.594 e AI 583.516 - Ministra Cármen Lúcia.

CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). **IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191- -197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS.** PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219- -1220). RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO ”.( AI 583.476/SC, rel. Min. Celso de Mello, DJe 24.5.2010).

Também se destaca o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada<sup>10</sup>, interposto pela União, oriundo do Estado do Ceará, julgada em plenário, cuja relatoria coube ao Ministro Gilmar Mendes, que foi acompanhado pelos votos dos demais Ministros. Na espécie, a 1ª turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região proferiu Acórdão que determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento Zavesca, não fornecido pelo SUS, à jovem portadora de patologia neurodegenerativa denominada Niemann-Pick tipo C, cujo custo em torno de R\$ 52 mil mensais inviabilizava a aquisição pela família da paciente.

No âmbito dessa discussão, o Ministro Gilmar Mendes afirma que o problema da saúde pública no Brasil está mais associado à falta de efetivação devido a questões de implementação e manutenção de políticas públicas, o que inclui a composição dos orçamentos dos entes federados, do que à falta de legislação específica e assevera:

A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e garantias

---

<sup>10</sup> STA 175 AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.3.2010

individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF/88. **Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. Não há dúvida – deixe-se claro – de que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades.**” (STA 175 AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.3.2010). (grifo nosso).

Ainda, para o Ministro Relator Gilmar Mendes, em voto seguido pelos demais Ministros, os direitos sociais são entendidos como direitos fundamentais e passíveis de aplicação imediata. No caso em comento, considerou-se que o art. 196 da CF/88 reflete um direito público subjetivo às políticas públicas que “promovam, protejam e recuperem a saúde”, portanto, não deve ser considerado como norma programática incapaz de produzir efeitos. Também não se verifica interferência do Poder Judiciário sobre o Poder Público na implementação dessas políticas, vez que o que ocorre é a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas já estabelecidas e que deveriam ter sido efetivadas.

Interessante estabelecer um paralelo dessas decisões, que determinam ao Poder Público efetivar a política social SENTINELA-ACORDE, com a análise efetuada no Capítulo 3. No âmbito do Orçamento Público da União, esse programa municipal SENTINELA-ACORDE, espelha-se no Programa 0073 - Enfrentamento da Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes, especificamente na ação 2383 - Serviços de Proteção Social à Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência, Abuso e Exploração Sexual e suas Famílias.

No critério adotado no referido Capítulo, as despesas que constam como obrigatórias foram consideradas como mínimo existencial, enquanto as despesas discricionárias como submetidas à reserva do possível. Nesse sentido, o programa SENTINELA, consta como uma despesa discricionária sujeita a contingenciamento, apesar de sua interrupção trazer danos aos que dela necessitam, nesse caso, crianças e adolescentes que recebem um tratamento prioritário pela CF/88.

Assim, o Poder Judiciário ao atuar de forma afirmativa e efetivar a aplicação do preceito constitucional tem contribuído para a concretização dos direitos sociais e da evolução conceitual do mínimo existencial.

Percebe-se, portanto, que o ponto de tensão entre a Administração Pública e o Poder Judiciário encontra-se no âmbito das despesas discricionárias essenciais que ainda o Executivo não garante plenamente e nem há disposição legal que obrigue sua fixação e execução nos orçamentos anuais.

## **CONCLUSÃO**

A partir da Constituição Federal de 1988 os direitos sociais foram ampliados e assumiram o *status* de direitos fundamentais. Houve uma valorização desses direitos e um reconhecimento de sua importância para o desenvolvimento da democracia e redução das desigualdades sociais. No entanto, a concretização desses direitos é um desafio para toda a sociedade brasileira, vez que a realidade mostra-se distante do que estabelece a Constituição Cidadã.

Tendo em vista que o Orçamento Público é o instrumento pelo qual o Estado concretiza os objetivos políticos, sociais e econômicos, a partir da análise da legislação financeiro-orçamentária que classifica e distingue as despesas em obrigatórias e discricionárias, promoveu-se, como contribuição, uma discussão dos conceitos de mínimo existencial e da reserva do possível a partir de um viés orçamentário.

Considerou-se que as despesas obrigatórias, no âmbito da Seguridade Social, relacionam-se ao mínimo existencial e que outras despesas, que mesmo ressalvadas do contingenciamento ou sendo de caráter discricionário, deveriam ao longo do tempo ser garantidas via legislador. Infere-se que as despesas discricionárias essenciais à dignidade da pessoa humana que ainda não são plenamente garantidas pela Administração Pública constituem o espaço de evolução conceitual do mínimo existencial, conceito dinâmico, cuja composição se altera ao longo do desenvolvimento histórico-social.

Enquanto não ocorre a regulamentação das políticas sociais que poderiam ser de execução obrigatória, o Poder Judiciário, em casos excepcionais, tem contribuído na definição de quais direitos sociais compõem o mínimo existencial e na efetivação desses direitos, dentro de critérios estabelecidos para determinadas situações que afrontam a vida e a dignidade da pessoa humana.

Concluiu-se que uma alternativa viável para superar o desafio da efetividade dos direitos da Seguridade Social é promover a regulamentação dos direitos que por sua essencialidade se caracterizam como mínimo existencial e deveriam ser classificados como despesas obrigatórias no Orçamento da União, de forma a garantir a execução dessas políticas beneficiando a população, em especial, a mais vulnerável.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das Políticas Públicas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, abril/jun 2005.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. Ed. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª impressão.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

Brasil. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. **Manual técnico de orçamento MTO**. Versão 2011. Brasília, 2010. Disponível em [https://www.portalsof.planejamento.gov.br/bib/MTO/mto\\_5\\_Versao.pdf](https://www.portalsof.planejamento.gov.br/bib/MTO/mto_5_Versao.pdf) >. Acesso em: 05 de setembro de 2011.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. ALCEU, v. 5, n. 9, jul/dez 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. In: GRAU, Eros; CUNHA, Sérgio Sérulo da. (coord) Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

GRINNOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário** in Revista de Processo 2008 – Repro.

KRELL, Andréas J. **“Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais”**. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. A Constituição Concretizada – Construindo Pontes com o Público e o Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Editora Malheiros: 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; GONET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **“O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social”**. Revista Interesse Público 4:, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br).

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos**. In: Interesse Público.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 16ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2009a.

## 1.1. LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em julho de 2011.

BRASIL. Lei nº 8.213/91 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm)>. Acesso em julho de 2011.

BRASIL. Lei nº 12.309, de 9 de agosto de 2010. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2011 e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12309.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12309.htm). Acesso em setembro de 2011.

BRASIL. Lei n. 12.381, de 9 de fevereiro de 2011. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12381.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12381.htm)>. Acesso em setembro de 2011.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm).> Acesso em agosto de 2011.

## 1.2. JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. no REsp 1136549 / RS, 2009/0076691-2 , Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, segunda turma, Data do julgamento: 08/06/2010, DJe 21/06/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo REsp 1041197/ MS, 2008/0059830-7, T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 25/08/2009, Data da Publicação/Fonte DJe 16/09/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 572717/SC - Santa Catarina, Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Ayres Britto, Julgamento: 21/06/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Re 573690 / Sc - Santa Catarina, Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Ayres Britto, Julgamento: 21/06/2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Re 574506 / Sc - Santa Catarina, Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Ayres Britto, Julgamento: 21/06/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 583136 / Sc - Santa Catarina, Agravo De Instrumento, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 11/11/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC, Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004. Informativo nº 345-STF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 583.476/SC, Relator. Min. Celso de Mello, DJe 24.5.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 482611 / SC - Santa Catarina, Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Celso De Mello, Julgamento: 23/03/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 583596 / SC - Santa Catarina, Agravo De Instrumento. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 05/04/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 482751 / SC - Santa Catarina, Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Julgamento: 23/06/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 513465 / SC - Santa Catarina, recurso extraordinário Relator(a): Min. Ellen Gracie, Julgamento: 23/06/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 482741 / SC - Santa Catarina, Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Eros Grau, Julgamento: 14/12/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175- -AgR/CE, Rel. Min. GILMAR MENDES. Julgamento:17.3.2010. DJe nº 76. Publicação: 30/04/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL 47-AgR/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES. Julgamento:17.3.2010. DJe nº 76. Publicação: 30/04/2010.