

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DO CERRADO PATROCÍNIO
UNICERP
Graduação em Direito**

MARILEI APARECIDO COSTA

**ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL PELO
BRASIL, UM AVANÇO OU UM RETROCESSO**

**PATROCÍNIO/MG
2018**

MARILEI APARECIDO COSTA

**A ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL PELO
BRASIL, UM AVANÇO OU UM RETROCESSO**

**Trabalho Monográfico de Conclusão de Curso
apresentado como exigência parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito, pelo
Centro Universitário do Cerrado Patrocínio –
UNICERP.**

Orientador: Prof. Me. Nery dos Santos de Assis

**PATROCÍNIO/MG
2018**

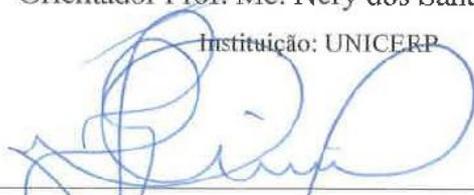
Trabalho de conclusão de curso intitulado “**ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL PELO BRASIL, UM AVANÇO OU UM RETROCESSO**”, de autoria do graduando **MARILEI APARECIDO COSTA**, aprovado pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

BANCA EXAMINADORA



Orientador Prof. Me. Nery dos Santos de Assis

Instituição: UNICERP



Avaliador 1 - Prof.ª M.ª Junia Gonçalves

Instituição: UNICERP



Avaliador 2 - Prof. Me. Henrique José de Souza

Instituição: UNICERP

Data de aprovação: 10/07/2018

Patrocínio, 10 de julho de 2018.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ser meu guia em todas as áreas da vida e ter me dado a oportunidade de realizar mais esse sonho.

Aos meus pais por estarem sempre comigo, ajudando, incentivando e o mais importante, sendo fonte de inspiração para minha vida.

Aos meus dois incríveis irmãos que tanto ajudaram e apoiaram nessa caminhada, os amigos que sempre ao meu lado estavam e acreditaram, assim como eu, nesse sonho.

Enfim agradeço de todo meu coração as duas pessoas mais importantes da minha vida, esposa e filho, agradeço pelo carinho e compreensão pelos momentos em que não pude estar junto com vocês para conquistar mais essa vitória em nossas vidas.

Dedico este trabalho aos meus pais Maria Abadia Rodrigues Costa e Mauricio da Costa, que são meus guias e exemplo de vida. E de coração, dedico esse trabalho para minha linda e amada esposa Dalila Barbosa Guimarães Costa, e meu querido e amado filho Miguel Guimarães Costa, sem vocês nada faria sentido.

Marilei Aparecido Costa

“Agir, eis a inteligência verdadeira. Serei o que quiser. Mas tenho que querer o que for. O êxito está em ter êxito, e não em ter condições de êxito. Condições de palácio tem qualquer terra larga, mas onde estará o palácio se não o fizerem ali?”

Fernando Pessoa

RESUMO

Introdução: O presente artigo tem como objetivo delinear de forma sucinta e clara o conceito dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, para que seja analisada a problemática que o artigo apresenta, que é, se a adoção do princípio da reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro traz benefícios ou apenas tira direitos sociais garantidos ao povo brasileiro pela Constituição Federal. **Material e Métodos:** A pesquisa foi desenvolvida na forma de revisão bibliográfica sobre o tema e objeto, na qual buscou-se explorar a problemática apresentada, desta forma realizou-se exaustiva leitura da literatura da área para alcançar os objetivos propostos neste estudo. Com efeito, algumas reflexões foram fundamentais para o desenvolvimento, dentre os quais, destacam-se Rafael de Lazari (2016), Ricardo Lobo Torres (2006), José Afonso da Silva (2005). **Resultado:** A construção do presente artigo visa também demonstrar que se faz necessário a existência da criação de mecanismos para que se tenha argumentos de maior relevância para que os magistrados possam neles se embasar para iniciar uma ponderação sobre a possibilidade do uso do princípio da reserva do possível, e não somente acatar o pedido do Estado apenas com argumentos de falta de receita financeira estatal. **Conclusão:** Neste sentido o trabalho demonstra que, o princípio da reserva do possível, em um primeiro momento, foi instrumento argumentativo de peso para eximir o Estado de cumprir com suas obrigações sociais garantidas pela Constituição, porém, em um segundo momento, com a análise e observância sobre o princípio do mínimo existencial, o argumento da reserva do possível perdeu forças.

Palavras chaves: Princípio da Reserva do Possível, Retrocesso, Direitos Sociais e Mínimo existencial.

LISTA DE SIGLA

DRU

Desvinculação de Receitas da União

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	10
2.OBJETIVOS.....	13
2.1 Geral:	13
2.2 Específicos:	13
3.DESENVOLVIMENTO.....	14
3.1 INTRODUÇÃO	15
3.2 MATERIAL E MÉTODOS.....	17
3.3 A SEPARAÇÃO DOS TRÊS PODERES.....	18
3.4 FUNÇÕES DOS TRÊS PODERES.....	19
3.5 DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS.....	20
3.6 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL UM BREVE CONCEITO.....	21
3.6.1 O princípio da reserva do possível.....	21
3.6.2 Nascimento do princípio da reserva do possível.....	22
3.7 A IDEIA DA POSSIBILIDADE DA PONDERAÇÃO.....	23
3.8 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL.....	24
3.9 PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	27
3.9.1 Do mínimo existencial.....	28
3.9.2 O excesso como possível causa de inversão de direito.....	29
3.10 MÍNIMO EXISTENCIAL X RESERVA DO POSSÍVEL.....	30
3.11 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE.....	31
3.12 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE INVERTIDA.....	33
3.13 CONCLUSÃO.....	34
3.14 REFERÊNCIAS.....	35
4. CONCLUSÃO.....	37
5. REFERÊNCIAS	38

1. INTRODUCAO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o princípio da reserva do possível buscando compreender o fato de tal princípio ter sido criado para eximir o Estado de cumprir com garantias fundamentais protegidas pela Constituição Federal de 1988. Ou, se tal princípio, ao ser adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, foi interpretado da mesma forma que foi interpretado em seu ordenamento jurídico de origem, qual seja, a Alemanha. E se, por outro lado, foi distorcido para ser entendido como melhor forma de beneficiar aquele que seria o mais beneficiado com ele: o Estado brasileiro.

E para contradizer o princípio da reserva do possível, é trazido para o estudo em análise o princípio do mínimo existencial, para alcançar o ideal que a constituição brasileira tem em sua essência, a proteção dos direitos sociais.

O princípio da reserva do possível surge no Brasil em uma época de crise política e financeira, onde se discute em que área será investido mais ou menos verba, pois o país gasta mais do que arrecada, e a cada ano se percebe a necessidade de mais verba para suprir a demanda cada vez maior nas áreas da saúde, educação, segurança pública entre outras. Todas áreas sociais, áreas em que sua prestação é de obrigação do Estado.

Tem-se que é dever constitucional do Estado garantir um mínimo existencial a uma vida digna para sua população, como assegura a Constituição em seu título II, dos direitos e garantias fundamentais, capítulo II, dos direitos sociais, Art. 6º, que traz em sua redação que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

E é nesse ponto onde se encontra a problemática do presente trabalho, que consiste em saber se é direito do povo e dever do Estado garantir um mínimo existencial para uma vida digna, e por qual motivo esse mesmo Estado usa como argumento o princípio da reserva do possível, como forma de se eximir de seu dever constitucional.

Nesse sentido, destaca-se como matéria de estudo os princípios da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial, pois após dissecar cada um deles, é possível encontrar parâmetros para concluir se a adoção do princípio da reserva do possível é um avanço ou um retrocesso para o ordenamento jurídico brasileiro.

Para isso, dando início ao trabalho, em um primeiro momento é apresentado a função dos três poderes, quais sejam, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, para demonstrar que

o princípio da reserva do possível traz discussão não apenas em um órgão, mas sim, faz com que os três poderes se manifeste para obter uma melhor resposta para sociedade, vez ou outra exercendo suas funções atípicas.

Em um segundo momento, pretende-se apresentar o conceito, a interpretação do princípio da reserva do possível na Alemanha, trazendo a sentença do julgamento do local onde surgiu a reserva do possível, o conhecido julgamento alemão “*Numerus Clausus*”, para analisar a real intenção do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

E em um terceiro momento, é apresentado o princípio do mínimo existencial, para demonstrar aquilo que é necessário para a existência digna da pessoa humana, a partir da análise semiológica do texto constitucional, observando os efeitos sociais, políticos, econômicos e jurídicos dos citados princípios.

Diante desse estudo, objetiva-se apresentar ao público, seja ele leigo ou não, no que se refere a conhecimento jurídico, esses dois princípios que gera de início muita polêmica. No entanto, busca-se analisar cada um de forma que seja fácil a sua compreensão, pois é de suma importância o entendimento das garantias sociais que a Constituição apresenta. Pois é de responsabilidade do judiciário fazer com que seja cumprido as garantias constitucionais, é de responsabilidade do Executivo garantir ao povo o que reza a Constituição e, por fim, é de responsabilidade do legislativo interpretar as necessidades do povo e, através de suas atribuições, criar leis que garanta a todos um mínimo existencial para uma vida digna.

O resultado do presente artigo teve como ponto de partida a elaboração de pesquisas bibliográficas, através de exaustiva leitura em busca de entendimento e conhecimento, após a análise de diversas ideias acerca do assunto discutido, que auxiliaram na fundamentação das ideias apresentadas, o método utilizado para organizar a pesquisa foi o dedutivo.

A pesquisa se desenvolveu a partir de fundamentação doutrinária, cujos principais autores utilizados foram, entre outros, Ricardo Lobo Torres (2006), José Afonso da Silva (2005) e Rafael de Lazari (2016), sendo esse último o responsável pelo marco teórico fundamental do presente trabalho, que o fundamentou por meio da sua ideia sobre a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade.

O trabalho está organizado em três partes, que se apresenta da seguinte forma: primeiramente se desenvolve a pesquisa sobre o princípio da reserva do possível, seu surgimento, conceito, análise do resultado do julgamento no ordenamento jurídico alemão, e o entendimento desse princípio no Brasil. Em um segundo momento é estudado o princípio do mínimo existencial, para analisar direitos sociais previsto na constituição brasileiro, especificamente os previstos no artigo 6º, pois esses direitos sociais são o mínimo que uma

pessoa necessita para garantir uma vida com dignidade e, por fim, o trabalho analisa através do estudo sobre o princípio da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial se é um avanço ou um retrocesso a adoção da reserva do possível pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2. OBJETIVOS

2.1 Objetivo Geral

Analisar o Princípio da Reserva do Possível e o Princípio do Mínimo Existencial para após essa análise concluir se a adoção do princípio da reserva do possível é um avanço ou um retrocesso para o Brasil.

2.2 Objetivos Específicos

- Apresentar o conceito sobre o princípio da reserva do possível para se entender como o referido princípio surgiu e como ele foi interpretado pelo ordenamento jurídico brasileiro.
- Apresentar o conceito do princípio do mínimo existencial para se analisar se a utilização do princípio da reserva do possível no Brasil pode ser utilizada.

3. DESENVOLVIMENTO

ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL PELO BRASIL, UM AVANÇO OU UM RETROCESSO

MARILEI APARECIDO COSTA¹
NERY DOS SANTOS DE ASSIS²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo delinear de forma sucinta e clara o conceito dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, para que seja analisado a problemática que o artigo apresenta, que consiste em explicar se a adoção do princípio da reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro traz benefícios ou apenas tira direitos sociais garantidos ao povo brasileiro pela Constituição Federal. **Material e Métodos:** A pesquisa foi desenvolvida na forma de revisão bibliográfica sobre o tema e objeto, na qual buscou-se explorar a problemática apresentada, desta forma realizou-se exaustiva leitura da literatura da área para alcançar os objetivos propostos neste estudo. Com efeito, algumas reflexões foram fundamentais para o desenvolvimento, dentre os quais, destacam-se Rafael de Lazari (2016), Ricardo Lobo Torres (2006), José Afonso da Silva (2005). **Resultado:** A construção do presente artigo visa também demonstrar que se faz necessário a existência da criação de mecanismos para que se tenha argumentos de maior relevância para que os magistrados possam neles se embasar para iniciar uma ponderação sobre a possibilidade do uso do princípio da reserva do possível, e não somente acatar o pedido do Estado apenas com argumentos de falta de receita financeira estatal. **Conclusão:** Neste sentido o trabalho demonstra que, o princípio da reserva do possível em um primeiro momento foi instrumento argumentativo de peso para eximir o Estado de cumprir com suas obrigações sociais garantidas pela constituição, porém em um segundo momento com a análise e observância sobre o princípio do mínimo existencial o argumento da reserva do possível perdeu forças.

Palavras chaves: Princípio da Reserva do Possível, Retrocesso, Direitos Sociais e Mínimo existencial.

ABSTRACT: This article have to outline in a succinct and clear way the concept of the principles of the reserve of the possible and the existential minimum, in order to analyze the problematic that the article presents, that is, if the adoption of the reserve principle of the possible in the Brazilian legal system brings benefits or only removes social rights guaranteed to the Brazilian people by the Federal Constitution. **Material and Methods:** This research was developed in the form of a bibliographical review on the subject and object, in which it was tried to explore the presented problem, in this way an exhaustive reading of the literature of the area was accomplished to reach the objectives proposed in this study. In fact, some reflections were fundamental for the development, among which stand out Rafael de Lazari (2016), Ricardo Lobo Torres (2006), José Afonso da Silva (2005). **Result:** The construction of this article also to demonstrated that it is a necessary to create mechanisms to have arguments of greater relevance so that judges can rely on them to begin a

¹ Autor, graduando em Direito pelo UNICERP.

² Orientador. Professor do Curso de Direito do UNICERP, Advogado, Mestre pela UNESP/Marília-SP.

consideration of the possibility of using the principle of reserve of the possible, and not only to comply with the request of the State only with arguments of lack of state financial revenue. **Conclusion:** In this sense, the paper demonstrates that the principle of reserving the possible at first was an important argumentative instrument to exempt the State from fulfilling its social obligations guaranteed by the constitution, but in a second moment with the analysis and observance on the principle of the existential minimum the argument of the reserve of the possible lost strength.

Keywords: Principle of Possible Reserve, Retraction, Social Rights and Existential Minimum.

3.1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o princípio da reserva do possível buscando compreender o fato de tal princípio ter sido criado para eximir o Estado de cumprir com garantias fundamentais protegidas pela Constituição Federal de 1988. Ou, se tal princípio, ao ser adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, foi interpretado da mesma forma que foi interpretado em seu ordenamento jurídico de origem, qual seja, a Alemanha. E se, por outro lado, foi distorcido para ser entendido como melhor forma de beneficiar aquele que seria o mais beneficiado com ele: o Estado brasileiro.

E para contradizer o princípio da reserva do possível, é trazido para o estudo em análise o princípio do mínimo existencial, para alcançar o ideal que a constituição brasileira tem em sua essência, a proteção dos direitos sociais.

O princípio da reserva do possível surge no Brasil em uma época de crise política e financeira, onde se discute em que área será investido mais ou menos verba, pois o país gasta mais do que arrecada, e a cada ano se percebe a necessidade de mais verba para suprir a demanda cada vez maior nas áreas da saúde, educação, segurança pública entre outras. Todas áreas sociais, áreas em que sua prestação é de obrigação do Estado.

Tem-se que é dever constitucional do Estado garantir um mínimo existencial a uma vida digna para sua população, como assegura a Constituição em seu título II, dos direitos e garantias fundamentais, capítulo II, dos direitos sociais, Art. 6º, que traz em sua redação que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

E é nesse ponto onde se encontra a problemática do presente trabalho, que consiste em saber se é direito do povo e dever do estado garantir um mínimo existencial para uma

vida digna, e por qual motivo esse mesmo Estado usa como argumento o princípio da reserva do possível, como forma de se eximir de seu dever constitucional.

Nesse sentido, destaca-se como matéria de estudo os princípios da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial, pois após dissecar cada um deles, é possível encontrar parâmetros para concluir se a adoção do princípio da reserva do possível é um avanço ou um retrocesso para o ordenamento jurídico brasileiro.

Para isso, dando início ao trabalho, em um primeiro momento é apresentado a função dos três poderes, quais sejam, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, para demonstrar que o princípio da reserva do possível traz discussão não apenas em um órgão, mas sim, faz com que os três poderes se manifeste para obter uma melhor resposta para sociedade, vez ou outra exercendo suas funções atípicas.

Em um segundo momento, pretende-se apresentar o conceito, a interpretação do princípio da reserva do possível na Alemanha, trazendo a sentença do julgamento do local onde surgiu a reserva do possível, o conhecido julgamento alemão “*Numerus Clausus*”, para analisar a real intenção do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

E em um terceiro momento, é apresentado o princípio do mínimo existencial, para demonstrar aquilo que é necessário para a existência digna da pessoa humana, a partir da análise semiológica do texto constitucional, observando os efeitos sociais, políticos, econômicos e jurídicos dos citados princípios.

Diante desse estudo, objetiva-se apresentar ao público, seja ele leigo ou não, no que se refere a conhecimento jurídico, esses dois princípios que gera de início muita polêmica. No entanto, busca-se analisar cada um de forma que seja fácil a sua compreensão, pois é de suma importância o entendimento das garantias sociais que a Constituição apresenta. Pois é de responsabilidade do judiciário fazer com que seja cumprido as garantias constitucionais, é de responsabilidade do Executivo garantir ao povo o que reza a Constituição e, por fim, é de responsabilidade do legislativo interpretar as necessidades do povo e, através de suas atribuições, criar leis que garanta a todos um mínimo existencial para uma vida digna.

O resultado do presente artigo teve como ponto de partida a elaboração de pesquisas bibliográficas, através de exaustiva leitura em busca de entendimento e conhecimento, após a análise de diversas ideias acerca do assunto discutido, que auxiliaram na fundamentação das ideias apresentadas, o método utilizado para organizar a pesquisa foi o dedutivo.

A pesquisa se desenvolveu a partir de fundamentação doutrinária, cujos principais autores utilizados foram, entre outros, Ricardo Lobo Torres (2006), José Afonso da Silva (2005) e Rafael de Lazari (2016), sendo esse último o responsável pelo marco teórico

fundamental do presente trabalho, que o fundamentou por meio da sua ideia sobre a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade.

O trabalho está organizado em três partes, que se apresenta da seguinte forma: primeiramente se desenvolve a pesquisa sobre o princípio da reserva do possível, seu surgimento, conceito, análise do resultado do julgamento no ordenamento jurídico alemão, e o entendimento desse princípio no Brasil. Em um segundo momento é estudado o princípio do mínimo existencial, para analisar direitos sociais previsto na constituição brasileiro, especificamente os previstos no artigo 6º, pois esses direitos sociais são o mínimo que uma pessoa necessita para garantir uma vida com dignidade e, por fim, o trabalho analisa através do estudo sobre o princípio da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial se é um avanço ou um retrocesso a adoção da reserva do possível pelo ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 MATERIAL E MÉTODOS

O resultado do presente artigo teve como ponto de partida a elaboração de pesquisas bibliográficas, através de exaustiva leitura em busca de entendimento e conhecimento, após a análise de diversas ideias acerca do assunto discutido, que auxiliaram na fundamentação das ideias apresentadas, o método utilizado para organizar a pesquisa foi o dedutivo.

A pesquisa se desenvolveu a partir de fundamentação doutrinaria, cujos principais autores utilizados foram, entre outros, Ricardo Lobo Torres (2006), José Afonso da Silva (2005) e Rafael de Lazari (2016), sendo esse último o responsável pelo marco teórico fundamental do presente trabalho, que o fundamentou por meio da sua ideia sobre a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade.

O trabalho está organizado em três partes, que se apresenta da seguinte forma: primeiramente se desenvolve a pesquisa sobre o princípio da reserva do possível, seu surgimento, conceito, análise do resultado do julgamento no ordenamento jurídico alemão, e o entendimento desse princípio no Brasil. Em um segundo momento é estudado o princípio do mínimo existencial, para analisar direitos sociais previsto na Constituição brasileira, especificamente os previstos no artigo 6º, pois esses direitos sociais são o mínimo que uma pessoa necessita para garantir uma vida com dignidade e, por fim, o trabalho analisa através do estudo sobre o princípio da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial se é

um avanço ou um retrocesso a adoção da reserva do possível pelo ordenamento jurídico brasileiro.

3.3 A SEPARAÇÃO DOS TRÊS PODERES

Antes de tudo, um breve estudo sobre a tripartição dos poderes, pois vê-se necessário um entendimento básico sobre a função de cada um deles, trata-se do poder Executivo, Legislativo e o Judiciário. É de suma importância em nossa democracia que haja a divisão desses três poderes, porque imaginar apenas uma pessoa detentora de tanto poder é de causar medo, pois quem detém o poder sempre dele ira abusar. Já previa Montesquieu (p.75, 1996):

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

Na Constituição, no artigo segundo está expresso: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Cada um desses três poderes tem funções distintas, e está expresso na Constituição o passo a passo dos deveres e direitos que cada um deles possuem, são poderes autônomos e independentes.

São autônomos, pois, gozam da capacidade de se auto organizar pelos seus próprios meios, sempre respeitando o que reza a Constituição. São autônomos, porém não estão acima de toda a sociedade, pois se exige harmonia entre eles para que assim exerçam a igualdade governamental e social.

Sobre independência entre os três poderes José Afonso da Silva (2005, p. 110), ensina que:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar

os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que o Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração Pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos. Agora, a independência e autonomia do Poder Judiciário se tornaram ainda mais pronunciadas, pois passou para a sua competência também a nomeação dos juízes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária.

Tem sua independência pois cada um dos poderes é especializado em suas atribuições, e não dependem de autorização do outro poder para realizar aquilo que lhes é conferido, assim garantem sua imparcialidade. Sua independência existe, pois nenhum dos órgãos necessita de aprovação um do outro para a alocação de um de seus membros internos, o que acontece é a fiscalização entre eles para que um não exerça sua função de forma arbitrária.

Existe também uma harmonia entre eles, pois existem as funções típicas, que é inerente a cada um dos poderes, pois define o que cada um dos poderes deve executar, e as funções atípicas, pois existem funções que se entrelaçam, e é dever de um, porém há necessidade do reconhecimento do outro, assim se mantem a harmonia entre os três poderes. Para cada função típica existe duas atípicas.

3.4 FUNÇÕES DOS TRÊS PODERES

Do poder executivo advém a função de observar a necessidade de tudo que seus representados carecem, e identificar mecanismos que proporcione que tal necessidade seja possível de ser alcançada dentro das vias legais. Observa-se que o executivo tem a função de administração dentro dos parâmetros legais naquilo que lhe é designado, e exerce também a função de execução da chefia do governo.

Já o poder legislativo detém o poder de ser o representante dos desejos de seus representados, após serem eleitos eles devem captar o clamor popular e criar leis que possam

garantir a satisfação, harmonia e o bem-estar social de todos. É de responsabilidade do legislativo criar as leis, e tem também através de mecanismos a possibilidade de fiscalizar as ações do poder executivo, é responsabilidade do legislativo controles políticos-administrativos e financeiros orçamentários, controlar, aprovar ou reprovar os gastos públicos.

Por sua vez cabe ao judiciário analisar todo caso concreto que a ele chegar, é de responsabilidade deste, julgar dentro dos parâmetros legais, qualquer ilegalidade dos demais poderes ou qualquer um que cometa ilícito ou excessos.

É importante um breve entendimento da divisão dos três poderes no início do presente artigo, pois será mais fácil visualizar a interferência que o princípio da reserva do possível acarreta dentro da divisão dos três poderes.

3.5 DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

A teoria dos freios e contrapesos é de suma importância no ordenamento jurídico de qualquer Estado democrático de direito onde existe a divisão dos três poderes, pois é através dessa teoria que é garantido que nenhum dos três poderes aja de forma arbitrária. Os três poderes, executivo, legislativo e judiciário são sim, independentes entre si, há autonomia e harmonia entre eles, porém carece de fiscalização, e é justamente um que fiscaliza o outro, mas sem interferir de forma radical sobre o outro, apenas regulando aquilo que se visualiza como excesso.

Um exemplo é a atuação do Executivo sobre o Legislativo, pois quando o legislativo cria uma lei, é necessária a aprovação ou não do chefe do executivo, podendo esse vetar integral ou parcialmente a lei, ou até mesmo sancioná-la. Nesse prisma, pode o Legislativo, pela maioria absoluta dos votos dos congressistas, rejeitar o veto, e poderá ser tal lei promulgada pelo presidente do Senado.

Pode também o Legislativo criar uma lei que será sancionada pelo Executivo, porém o Judiciário poderá declarar a inconstitucionalidade de tal lei.

Esses são alguns exemplos onde pode-se visualizar a presença da teoria dos freios e contra pesos. A referida teoria é utilizada para garantir a harmonia entre os poderes, que entre eles ha de existir uma cooperação, uma colaboração para que possam exercer suas

atribuições típicas e atípicas de forma isonômica. Deve haver a compreensão entre os três poderes, tendo em vista que um existe para garantir que o outro não tenha mais poder, ou que não exerça seu poder de forma autoritária; e que um respeite a decisão do outro, desde que haja coerência.

3.6 PRINCÍPIO DA RESEVA DO POSSÍVEL UM BREVE CONCEITO

3.6.1 O PRINCIPIO DA RESERVA DO POSSIVEL

O princípio da reserva do possível é um limitador utilizado pelo brasileiro como argumento para deixar de cumprir com preceitos fundamentais, sob a alegação da insuficiência de recursos orçamentários. Mas fica difícil de enxergar essa insuficiência de recursos, pois o Estado deixa de cobrar impostos que são permitidos na Constituição, como por exemplo, o imposto sobre grandes fortunas, como pode o Estado alegar falta de recursos para cumprir com seu dever de chefe e cuidador da nação sendo que ele abre mão de cobrar certos impostos. Rafael de Lazari (2016, p. 60) conceitua o referido princípio:

A reserva do possível assunto intrinsecamente relacionado ao “custo dos direitos”, consiste num conceito originário e antologicamente desprezioso na limitação argumentativo fático a implementação dos direitos constitucionalmente previstos em razão da insuficiência orçamentaria para tal.

A adoção do referido princípio pelo ordenamento jurídico brasileiro surgiu para mensurar em valores monetário aquilo que seria impossível de se dá um valor, que é a dignidade da pessoa humana. Já dizia Immanuel Kant (2004, p. 64):

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (...) o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmos, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins.

A dignidade de uma pessoa não se pode mensurar, a dignidade não tem valor, é algo que garante ao ser humano sua existência plena em seu íntimo, aquele que admite que se dê um valor a si mesmo, a sua dignidade, aceita que com ele se faça qualquer coisa, ele perde o direito de exigir, pode submete-lo a qualquer situação, ele aceita aquilo que destinam para ele. Já aquele que não admite que se dê um valor a sua dignidade não se corrompe, ele não deixa que seja substituído seu direito por outra coisa. Assim, ele exige aquilo que ele tem como dignidade, tendo esse o direito de ser atendido pelo pedido realizado, enquanto que aquele que se corrompe não se importa com sua dignidade.

3.6.2 NASCIMENTO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSIVEL

O Princípio da Reserva do Possível nasce na Alemanha no início dos anos 70, e surge para controlar o número de estudantes alemães que desejavam ingressar no curso de medicina humana, onde se observou que o número de estudantes era demasiadamente superior ao número de vagas ofertadas. Esse número demasiado de alunos não necessariamente foi do curso de medicina humana, mas em outros também, mas principalmente a procura era por esse curso, e também foram esses alunos do curso de medicina que pleitearam na justiça seus direitos. Surge então a revolta dos estudantes por não conseguir ingressar no curso, mesmo aptos a iniciar, então é iniciada uma luta judicial por parte de alguns alunos insatisfeitos com a negação do ingresso dos mesmos no curso desejado.

Diante desse fato surge na Alemanha o questionamento, se simplesmente poderia ser limitado o acesso de alunos em determinado curso, pois o direito de admissão em curso superior na Alemanha é protegido por Lei Fundamental.

Rafael de Lazari (2016, p. 73) narra que:

A reserva do possível (“Der Vorbehalt des Möglichen”) foi apresentada ao mundo pela primeira vez aos 18 de julho de 1972, via controle concreto de constitucionalidade, no BVerfGE33, 303 (numerus clausus), oriundo do Tribunal Constitucional Federal alemão, em resolução a dois problemas apresentados pelos tribunais administrativos de Hamburg e da Baviera, cujo, cujos objetos eram a admissão para medicina humana nas universidades de Humburg e da Baviera, nos anos 1969 e 1970.

A partir do pleito dos estudantes sobre essa possível inconstitucionalidade, a Alemanha inicia um processo de questionamento, sob o que poderia ser feito, e o que já estava sendo realizado para que esse problema não viesse a ocorrer. Começa um questionamento no sentido de que se é justo abrir mão de investimentos para a coletividade, investimentos que irão alcançar uma grande massa da sociedade ou se seria justo reconhecer o direito de uns poucos, que provavelmente são mais bem sucedidos que outros, esses com certeza tem melhores oportunidades que aqueles. Ou seja, se seria justo o Estado garantir direito de alguns ou investir para o bem da grande massa.

3.7 A IDEIA DA POSSIBILIDADE DA PONDERAÇÃO

Surge então o pensamento sobre a ponderação do que seria justo, uma ponderação sobre a utilização da reserva do possível sobre aquilo que está racionalmente aceitável que seja cobrado do Estado. A reserva do possível apresenta traços de ponderação e não de total omissão do Estado em relação ao descumprimento de preceitos fundamentais garantidos a todo cidadão. Os pontos cruciais de tal princípio devem ser adotados na sua melhor hermenêutica jurídica e não na que melhor agrade o interesse do Estado ou daqueles que administram o Estado.

Em decorrência desse fato, se apresenta o judiciário, após ser provocado, para determinar onde o executivo e o legislativo deverá gastar o orçamento do Estado, assim temos a interferência de um poder sobre o outro, aquele se apresenta para obrigar que este faça cumprir o que deveria ser feito naturalmente, se ele estivesse seguindo o que reza a Constituição, a prestação a direitos sociais.

A decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão ficou conhecida como “*numerus clausus*”, onde se discutiu a limitação de vagas nas universidades públicas da Alemanha. O referido questionamento por parte dos estudantes tem fundamento no artigo 12 da lei Fundamental Alemã, segundo a qual “*todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação*”.

O referido julgamento teve como resultado uma análise profunda sob o que estava ocorrendo já a alguns anos na Alemanha, um grande contingente de alunos estava optando por um mesmo curso. Para acompanhar essa crescente demanda, as esferas governamentais

da Alemanha teriam que desembolsar aproximadamente a quantia de 7,7 bilhões de marcos para conseguir acompanhar tal demanda, valores esses exorbitantes para atual situação econômica que passava o país no período pós-guerra.

Chegou-se à conclusão que só poderia limitar a admissão de novos alunos em determinada graduação, caso já houvesse exaurido todos os meios cabíveis de integração do candidato no curso desejado. O Tribunal Constitucional Federal pondera sobre o que a população pode racionalmente exigir do governo. Em relação ao “*numerus clausus*” Rafael de Lazari (2016, p. 75) diz:

[...] para o Tribunal Constitucional Federal, mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são, desde o início, restringidos aquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando exigir da coletividade [...]

Diante do que foi exposto, chega-se ao entendimento que o Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu que direcionar a maior parte dos recursos disponíveis para uma parcela específica de pessoas, ou seja, a um pequeno grupo, estaria ele cometendo injustiça social, pois beneficiar uma pequena parcela da sociedade e deixar de lado o interesse de toda uma coletividade, estaria assim ferindo um princípio fundamental, o princípio da igualdade.

Enfim o Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o caso decidiu:

Assim, um Numerus Clausus absoluto para ingressantes na universidade somente será constitucional, segundo o estágio das experiências realizadas, quando ele: (1) for prescrito nos limites do extremamente necessário, sob a utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes de formação (cf. sobre isso abaixo: II), e quando (2) a escolha e a distribuição ocorrerem segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato em si qualificado ao ensino superior e com o maior entendimento possível à escolha individual do local de formação (cf. sobre isso: abaixo III).

Decidiu o Tribunal Constitucional Federal alemão que só seria constitucional a alegação do princípio da reserva do possível caso todos os estudantes tivessem sua escolha sido respeitada. Que todos os critérios para alocação do estudante em universidade desejada fora respeitado, e que se consegue visualizar que tudo o que o Estado pode fazer para alocar os estudantes nas instituições desejadas foi realizado, apenas após o exaurimento de todos os recursos possíveis seria admissível a reserva.

3.8 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL

Após admitir que o princípio da reserva do possível seja considerado como um instrumento de argumentação para limitação de cumprimento de preceitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico, seria no mínimo muito incoerente, pois está claro que tal princípio surge como meio de ponderação para se entender o que será viável para o Estado executar, de uma forma que em hipótese alguma se deixa lacunas para que se possa questionar que tal mecanismo apenas tem a pretensão de eximir qualquer que seja a responsabilidade do Estado de cumprir com suas obrigações fundamentais.

Vejamos o seguinte julgado do STF que se percebe a tentativa do Executivo, o Estado de São Paulo, de se eximir-se do cumprimento de uma responsabilidade fundamental, deixando de fornecer um direito social, e uma possível interferência do judiciário sob o executivo.

Supremo Tribunal Federal STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO : ARE 992295 SP - SÃO PAULO 0008399-95.2012.8.26.0002 RECOMENDAR - Publicado por [Supremo Tribunal Federal](#) - Processo ARE 992295 SP - SÃO PAULO 0008399-95.2012.8.26.0002. Partes RECTE.(S) : ESTADO DE SÃO PAULO, RECDO.(A/S) : LUCAS ARRABAÇA ESTIMA DE OLIVEIRA REPRESENTADO POR XISLENE ARRABAÇA DE OLIVEIRA. Publicação - DJe-252 07/11/2017 - Julgamento: 30 de Outubro de 2017 - Relator Min. GILMAR MENDES. Decisão: Trata-se de agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado: ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO. Ação ordinária julgada procedente a fim de compelir a Municipalidade de São Paulo e à Fazenda Pública do Estado ao custeio das despesas do autor junto ao Colégio Pauliceia, especializado em atendimento a portadores de síndrome de " Tourette" e de deficiência intelectual, além dos gastos relativos ao transporte escolar. Apelos dos entes públicos. Razões recursais da Municipalidade totalmente dissociadas do pedido formulado na inicial. Não demonstrada a existência de instituição pública ou conveniada com o Município apta a atender as necessidades do petiz. Primazia dos à interesses superiores do menor. Precedente. Apelo da Municipalidade não conhecido e recurso fazendário a que se nega provimento.(eDOC 2, p. 75) No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. [102](#), [III](#), [a](#), da [Constituição Federal](#), aponta-se violação aos artigos [2º](#), [5º](#), caput, [167](#), e [206](#), [I](#), do [texto constitucional](#). Nas razões recursais, alega-se que o autor possui síndrome de tourette e deficiência intelectual leve, o que, por si só, não justificaria o isolamento da escola para excepcionais. Ademais, sustenta que o Estado e o Município já disponibilizam na rede pública de ensino o atendimento adequado ao requerente, não há razão plausível para a pretensão de condenar o poder público a custear instituição de sua preferência. (eDOC 2, p. 119) É o relatório. Decido. A irresignação não merece prosperar. O tribunal de origem, com base no conjunto probatório dos autos, consignou que não ficou demonstrada a existência de instituição pública ou conveniada com o Município apta a atender as necessidades do

menor. Nesse sentido, destaco o seguinte excerto do acórdão recorrido: Contudo, in casu, o Estado não trouxe comprovação de que oferece o atendimento especializado em uma unidade própria ou conveniada, limitando-se apenas a informar que está preparado para atender a situação específica na própria rede de ensino. Era preciso mais. Era preciso que demonstrasse materialmente que essa unidade da rede de ensino estava apta a receber a criança. Assim, diante da ausência de prova concreta de que o Poder Público mantém instituição pública ou privada conveniada apta a atender as necessidades do apelado, pelo meu voto nego provimento aos recursos, acompanhando o voto sempre preciso do E. Desembargador Relator. (eDOC 2, p. 84). Assim, divergir desse entendimento demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, providência inviável no âmbito do recurso extraordinário. Nesses termos, incide no caso a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Confira-se, a propósito, os seguintes precedentes: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. HOME CARE. NECESSIDADE. SÚMULA/STF 279. AGRAVO IMPROVIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I - A questão debatida nos autos encontra óbice na Súmula 279/STF. II - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. [1.021](#), § 4º, do [CPC](#). (ARE 1039125 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 19.10.2017) Ademais, a decisão recorrida não diverge da jurisprudência dessa Corte no sentido de admitir a intervenção excepcional do Judiciário para a implementação de políticas públicas com previsão constitucional. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes: Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Líbras. 3. Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. Possibilidade. Precedentes. 4. Cláusula da reserva do possível. Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Precedentes. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 860.979 – AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 6.5.2015) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 2. A controvérsia objeto destes autos possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47- AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega

provimento. (RE 642.536 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 27.2.2013) Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (art. 932, VIII, do [NCPC](#), c/c art. 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 30 de outubro de 2017. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente.

Incorporar o princípio da reserva do possível em um sistema jurídico onde em sua Constituição está expresso diversos direitos sociais pois, o poder constituinte originário, na tentativa de proteger a nação, revestiu a Constituição com uma quantidade enorme de direitos sociais, tais direitos seriam importantes para nação, desde que se visualizasse com o passar dos anos uma evolução e desenvolvimento considerável do País. Porém, o que se percebe é quase que um retrocesso, quando se fala em desenvolvimento humano no Brasil. O princípio da reserva do possível nasceu em uma nação onde sequer existe direitos sociais em sua Constituição.

Sendo assim, uma nação com excesso de garantias de direitos sociais, um país onde se tem uma carga tributária alta, que existe simplesmente para garantir que seja satisfeito os direitos sociais, onde o executivo e o legislativo não tem a responsabilidade que deveria ter na redistribuição dos tributos arrecadados, não é de se espantar que o judiciário tenha que intervir para que se possa garantir que se faça valer o que o poder constituinte instituiu em garantia para uma melhor distribuição dos recursos obtidos pelo Estado.

3.9 PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Princípio do Mínimo Existencial tem como berço também a Alemanha, uma nação onde não se tem em sua Constituição direitos sociais explícitos, porém, mesmo assim, na Alemanha se observa um cuidado enorme pelo mínimo necessário para uma vida digna. Por outro lado, no Brasil onde se tem protegido uma gama enorme de direitos sociais em nossa Constituição Federal, deveria ser observado o princípio do mínimo existencial, como um instituto que garanta o mínimo que o ser humano necessita para ter uma vida plena, sem que se questione tal princípio.

No entanto, o que se percebe é uma enorme quantidade de ações judiciais em que se busca a garantia constitucional em face ao Estado. Então, o que se percebe, é o Estado se utilizando do princípio da reserva do possível, o Estado buscando mecanismo para deixar de

cumprir com seu dever de proteger seu povo, querendo tolher tais direitos protegidos pela Constituição, desrespeitando o citado princípio.

Diante de tais fatos, se apresenta o judiciário para garantir que aquilo que está expresso em nossa Constituição seja de fato cumprido, ou que se pondere aquilo que realmente é possível cumprir em prol de um indivíduo, ou deixar de cumprir, pois deve se ponderar se realmente é justo e viável que se garanta um direito para uma única pessoa que talvez, com aquilo que se pede não traga o resultado esperado, ou se utilize desse dinheiro para investir em melhorias para a grande massa.

Há que se ressaltar que o mínimo que se deve perceber no estudo do presente artigo são os direitos sociais contidos no artigo 6^a da Constituição Federal, na medida que se observa que os demais direitos sociais presentes na Constituição são de cunho coletivo, são direitos sociais que visam o interesse de toda coletividade, como o direito de propriedade e sua função social (artigo 5^o inciso XXII e XXIII), a desapropriação por interesse social (artigo 5^o XXIV), etc.

3.9.1 DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Antes de continuar com a dissecação do princípio do mínimo existencial ve-se necessário a conceituação do mesmo. Rafael de Lazari (2016, p. 98) conceitua-o de uma forma simples:

Numa conceituação simplória – e de reducionismo apriorístico -, pelo mínimo existencial entende-se o conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada.

Rafael de Lazari (2016, p. 110) apresenta também um conceito mais elaborado do princípio do mínimo existencial:

[...] trata-se de subgrupo qualificado de direitos sociais, sem previsão legal específica no ordenamento pátrio (bem como no alemão, onde teve sua origem), mas fruto da construção hermenêutica, no intuito de salvaguardar direitos fundamentais sociais sem os quais mostra-se impossível a existência digna do homem.

Lazari (2016, p. 98 e p. 110) ensina através dos seus conceitos que, o princípio do mínimo existencial não está expresso na Constituição Federal, no entanto é instrumento de interpretação hermenêutica que se apresenta para proteger direitos sociais expressos no artigo 6º da Constituição Federal do Brasil de 1988, direitos protegidos constitucionalmente que garantem aquilo que se entende pelo mínimo que o homem necessita para ter uma vida digna. O presente princípio é imprescindível para a Constituição, que doutrinariamente tem ele como pilar central do princípio da dignidade da pessoa humana que tem previsão no artigo 1º inciso III da Constituição Federal. O artigo 6º da constituição federal apresenta o seguinte texto:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Segundo Ricardo Lobo Torres (2006, p. 345):

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria, devendo-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana e igualdade. Ainda assim, tenta estabelecer a definição de mínimo existencial como um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que ainda exige prestações estatais positivas. Ademais, na qualidade de direito fundamental, exhibe as facetas de direito subjetivo e de norma objetiva. É direito subjetivo ao passo que investe o cidadão na faculdade de acionar as garantias processuais e institucionais na defesa de seus direitos mínimos. Já do ponto de vistas de norma objetiva, o mínimo existencial surge como a norma de declaração de direitos fundamentais que deve cobrir o campo mais amplo das pretensões da cidadania.

Dessa forma percebe-se que o mínimo existencial não está expresso na constituição, porém é extraído da hermenêutica jurídica, que traz, aquilo que é o mínimo que o ser humano tem que ter para que haja uma dignidade, assim ensina Ricardo Lobo Torres.

3.9.2 O EXCESSO COMO POSSÍVEL CAUSA DE INVERSÃO DE DIREITO

Para a alegação do princípio do mínimo existencial não basta apenas que o manifeste como forma de exigir do Estado o cumprimento de uma obrigação constitucional, se observa

a necessidade de se provar que aquilo que se pleiteia é o mínimo que o Estado pode fornecer para que o indivíduo possa ter sua dignidade garantida.

No entanto, caso o particular der início a demandas que exigem do ente estatal aquilo que extrapole ao mínimo, dará o direito para o Estado que este se utilize do mesmo princípio em matéria de defesa, pois se o Estado constatar que aquilo que o particular está exigindo é superior ao mínimo necessário, ele irá usar tal princípio em seu favor, cumprindo com sua obrigação parcialmente, caso não comprovada sua necessidade total por parte do particular, pois o pedido é maior que aquilo que realmente se poderia exigir do Estado. Rafael de Lazari (2016, p. 99) discorre sobre o tema:

A possibilidade de o Estado alegar o instituto em estudo como matéria de defesa, caso o particular pleiteasse algo que excedesse o conteúdo minimista. Em outras palavras, convém a indagação acerca da plausibilidade de que o Estado utilize o “mínimo” como matéria exculpante, ao invés de reserva do possível, num eventual reconhecimento parcial de procedência do pedido do autor.

A demanda impetrada no judiciário pelo particular, deve ter total cautela com elas, pois seguindo o raciocínio minimista mencionado acima, somente se deve exigir do ente estatal as prestações sociais consideradas como subgrupo, os direitos sociais do artigo 6º da Constituição Federal, pois como já mencionado a carta magna da nação é recoberta de direitos sociais, e no entendimento geral os direitos sociais elencados no referido artigo, é que possui direitos sociais mínimos necessários para uma vida digna.

3.10 MÍNIMO EXISTENCIAL X RESERVA DO POSSÍVEL

Enquanto o princípio da reserva do possível é alegação de defesa do Estado, que surge para demonstrar a inexistência de recurso orçamentário disponível para se fazer valer direitos sociais que surgem sem que sejam esses colocados como possíveis de ocorrer, porque não estão dentro do orçamento daquele ano, pois não se pode prever que em determinado ano pessoas ficarão acometidas por enfermidades graves a mais que em outro ano, por exemplo. É praticamente impossível prever que em determinado ano se tenha que destinar maior reserva de investimento em saúde do que em outro.

Do outro lado, se apresenta o princípio do mínimo existencial, como alegação do particular, alegando que é dever do Estado e garantia constitucional do povo, que o Estado

garanta pelo menos o mínimo para uma dignidade absoluta. É obrigação do Estado cumprir com sua função, independentemente de ter seu planejamento orçamentário sido insuficiente para cumprir com sua responsabilidade constitucional. Por exemplo, que se garanta a sociedade uma saúde digna, que possa oferecer um atendimento médico hospitalar público eficiente.

Em relação ao mínimo existencial versus reserva do possível, ao analisar o caso da saúde pública a de se observar aquilo que o hipossuficiente pode exigir do poder público. Um exemplo que se pode dar no caso da saúde é em relação a doenças que existe tratamento convencional e aqueles tratamentos alternativos que surgem sem que se tenha nenhuma garantia de reabilitação do doente, porém os familiares nessa hora difícil querem exigir que o Estado arque com os custos em tratamentos que não tem comprovação científica alguma.

No caso de tratamentos alternativos, onde não se tem garantia de cura ou uma confirmação científica de que aquele tratamento trará resultados positivos, se observa coerente a ponderação da utilização do princípio da reservado possível, pois poderia o ente estatal pagar tratamento cujo resultado não tem garantias ou mesmo expectativa de resultado positivo.

No entanto, não se pode utilizar a reserva do possível de forma indiscriminada, mas sim tem que haver critérios coerentes para que se possa ponderar sobre o que seria justo ou não. Seria justo o Estado arcar com tratamentos alternativos para o paciente em estado terminal, tratamento esse que não tem garantia alguma de cura, ou seria mais justo o Estado pagar pelo tratamento de um enfermo que está em uma maca no corredor de um hospital com chances reais de cura através de tratamentos convencionais, garantindo assim o mínimo existencial para esse paciente.

3.11 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

Tem-se como necessário tecermos um breve e claro comentário sobre o que é a constituição dirigente e a constituição dirigente invertida, Constituição dirigente invertida que será tema explicado no próximo item do presente artigo. Sobre esses dois tópicos é importante discorrer para se identificar a contradição que se faz com o sentido real da Constituição, e assim dando possibilidade do surgimento do princípio da reserva do possível, porque a

Constituição deve garantir direitos, e o que se tem percebido é a omissão do Estado em relação ao direcionamento da receita estatal.

A constituição do Brasil de 1988, formulada pelo poder constituinte originário teve como ideal a garantia de direitos sociais para todos, trazendo por tanto em seu bojo métodos e formas nas quais tais direitos devem ser garantidos, através de arrecadação de taxas e impostos, onde esses devem ter uma porcentagem destinada ao cumprimento de direitos sociais.

São normas constitucionais programáticas que ditam os caminhos pelos quais o Estado deve atuar, a Constituição dirigente tem as diretrizes, as regras que o Estado deverá seguir para ser ele o protetor e garantidor de tudo aquilo que preconiza a Constituição. Sendo que se assim o Estado proceder, não haverá a necessidade da intervenção do judiciário sobre o executivo, para dizer a esse que o correto é seguir as diretrizes constitucional. Marcelo Novelino (2009, p. 113) nos ensina seu entendimento de CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE:

A constituição programática (diretiva ou dirigente) se caracteriza por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos. As constituições dirigentes têm como traço comum a tendência, em maior ou menor medida, a serem uma constituição total.

Nesse prisma ensina Marcelo Novelino (2013) que Constituição dirigente nada mais é que uma Constituição onde nela estão expressas as normas e diretrizes que devem ser seguidas pelo Estado, a Constituição dirigente traça as tarefas, programas e ações a serem adotados e executadas pelo Estado.

Fica clara a intenção de uma Constituição dirigente, por exemplo o que é apresentado pela leitura do artigo terceiro da Constituição: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Percebe-se que se a Constituição brasileira fosse executada como DIRIGENTE, que é o que ela realmente é, não haveria a necessidade da interferência do judiciário da forma que ocorrer no Brasil. Se assim fosse, não teríamos o descontentamento da população nem tanto o enorme e crescente número de demandas contra o Estado para que ele cumpra seus deveres constitucionais.

3.12 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE INVERTIDA

Como visto no tópico anterior a Constituição dirigente tem como ideia central através de normas constitucionais programáticas, direcionar as atividades do Estado, entre essas indicar e direcionar em que lugares da sociedade deve se investir para que se tenha uma evolução gradativa do povo, para assim se obter o que reza uma Constituição econômica e social, que é a busca de um desenvolvimento humano contínuo, até que se visualize a erradicação das desigualdades sociais existentes.

Em uma Constituição econômica e social como é a brasileira, é necessário que haja por parte do poder Executivo um cuidado em relação aos gastos públicos, pois as verbas arrecadadas pelo Estado tem destinação certa, o cumprimento de deveres sociais, que sejam esses por exemplo: educação, saúde, moradia, lazer e etc. No entanto, o que se percebe é uma blindagem sobre a Constituição econômica que deveria estar junto e aliada com a Constituição econômica e social.

É nítida e perceptível a mudança da Constituição dirigente para Constituição dirigente invertida quando, por exemplo, o ente estatal abre mão de um órgão público, como acontece com a privatização de empresas públicas. O Estado assim abre mão de um importante instrumento de arrecadação de verbas para o ente estatal.

Há que se ressaltar algo muito importante, que sem dúvida é um dos casos nítidos onde se apresenta a Constituição dirigente invertida, a desvinculação das receitas da União, que foi criada pela emenda 27/2000 conhecida pela sigla DRU (Desvinculação de Receitas da União), que foi acrescentado no Ato das Disposições Constitucionais Provisórias.

A DRU foi criada com o propósito de que 20% da verba arrecadada pela União ficasse temporariamente desvinculadas da destinação dada a elas pela Constituição. Segundo a criação da DRU, essa verba de 20% não teria que ser destinada ao seu real destinatário que é, ou que deveria ser investido em assistência social, saúde e previdência social.

Isso porque, se o ente estatal subir o valor dos impostos, ele terá que dividir o valor arrecadado com os municípios e estados, assim a União restaria com apenas 50%, pois por obvio os 50% restantes dos impostos arrecadados ficaria com os estados e municípios, e por outro lado, se houvesse aumento na contribuição social, essas verbas também não poderiam ser na sua totalidade integradas a União, pois tem sua destinação para saúde, previdência social e assistência social.

Com o evidente surgimento da Constituição dirigente invertida se percebe que a arrecadação de renda pelo ente estatal que seria destinada para ações sociais, que faria valer o que está expresso na Constituição dirigente e indiferente para o Estado, pois o Estado procura criar mecanismos que faça com que ele tenha liberdade em como distribuir a verba arrecadada com o DRU.

É por esse tipo de atitude que se percebe que a cada dia o judiciário está cada vez mais afogado com ações pleiteando direitos sociais, e como é que o Estado deixando de criar mecanismo que pode contribuir tanto para o ajudar, quando para ajudar o cumprimento de preceitos fundamentais que alegar o princípio da reserva do possível.

Com tudo isso se chega à conclusão que o ente estatal responsável pela criação de mecanismo que regule e cria mecanismo de arrecadação de verbas para que haja as garantias sociais protegidas pela Constituição, está criando formas de ter poder para gerir, e da destinação ao orçamento público ao seu bel prazer, tirando assim o direcionamento constitucional das referidas verbas, que seria para cumprir os preceitos fundamentais garantidos pela Constituição.

3. 13 CONCLUSÃO

A partir da pesquisa realizada foi possível constatar que, o princípio da reserva do possível em sua essência, surgiu na Alemanha, para ponderar sobre aquilo que realmente pode ser exigido do Estado, o princípio da reserva surge para que seja analisado tudo aquilo que o Estado efetivamente realizou para que não se chegasse ao ponto de que tenha que se recorrer à justiça para se ter seu direito constitucional garantido. E somente após ser percebido que o Estado exauriu todos os recursos que lhe é possível, que se poderá analisar a possibilidade do descumprir de um direito fundamental.

Em contrapartida, no Brasil, a adoção do princípio da reserva do possível se apresenta em um primeiro momento como estratégia do Estado para se eximir das responsabilidades sociais garantidas pela constituição, sem ao menos investigar o que tem sido feito para melhorar as condições mínimas da população.

Nesse sentido o estudo sobre o princípio do mínimo existencial é essencial, pois através dele se chega a constatação que é imperioso que o Estado tenha sim que cumprir com seu dever de garantir ao povo aquilo que está expresso na Constituição, no caso em tela os

direitos fundamentais sociais, pois através do estudo do princípio do mínimo existencial se chega à conclusão que necessita o sujeito desses direitos sociais individuais elencados no artigo 6º da Constituição para que se tenha o mínimo para uma vida digna.

Nesse senso, entendo ser o momento do Executivo e o Legislativo, seguir o que está expressamente na Constituição Federal do Brasil, seguir suas normas programáticas para se garantir um mínimo ao sujeito, pois somente assim se terá um desenvolvimento real do país, afinal a Constituição de uma nação foi criada para ser seguida e respeitada, e não para ser distorcida e interpretada de forma contrária a sua essência, acarretando assim a interferência de um poder sobre o outro, sendo necessário a interferência do judiciário para que se garanta um direito constitucional ao sujeito.

Desta forma, apresenta-se o ponto crucial da problemática estudada no trabalho, a conclusão é que ao ser adotado o princípio da reserva do possível pelo ordenamento jurídico brasileiro para deixar de cumprir o que reza na Constituição do país é um retrocesso, pois uma nação tem o dever de seguir sua Constituição, ao contrário estará virando as costas para seu povo.

3.14 REFERÊNCIAS

BARCELOS, Ana Paula de, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. **A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Económica**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: 2016. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4107162/.pdf>. Acesso em 16. mai. 2018.

BITEENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRAGA, Paulo Vitor Bergamo. **A dru e a constituição dirigente invertida – o direito econômico e social à disposição do direito financeiro**. Disponível em: www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/60/73. Acesso em 1. jun. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. (Constituição). Constituição da República Federativa do Brasil. In: Vade mecum. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DANTAS, Miguel Calmon, **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

LAZARI, Rafael de. **A reserva do Possível e Mínimo Existencial: A Pretensão de Eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo :Método, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

4. CONCLUSÃO

A partir da pesquisa realizada foi possível constatar que, o princípio da reserva do possível em sua essência, surgiu na Alemanha, para ponderar sobre aquilo que realmente pode ser exigido do Estado, o princípio da reserva surge para que seja analisado tudo aquilo que o Estado efetivamente realizou para que não se chegasse ao ponto de que tenha que se recorrer à justiça para se ter seu direito constitucional garantido. E somente após ser percebido que o Estado exauriu todos os recursos que lhe é possível, que se poderá analisar a possibilidade do descumprir de um direito fundamental.

Em contrapartida, no Brasil, a adoção do princípio da reserva do possível se apresenta em um primeiro momento como estratégia do Estado para se eximir das responsabilidades sociais garantidas pela constituição, sem ao menos investigar o que tem sido feito para melhorar as condições mínimas da população.

Nesse sentido o estudo sobre o princípio do mínimo existencial é essencial, pois através dele se chega a constatação que é imperioso que o Estado tenha sim que cumprir com seu dever de garantir ao povo aquilo que está expresso na Constituição, no caso em tela os direitos fundamentais sociais, pois através do estudo do princípio do mínimo existencial se chega à conclusão que necessita o sujeito desse direitos sociais individuais elencados no artigo 6º da Constituição para que se tenha o mínimo para uma vida digna.

Nesse senso, entendo ser o momento do Executivo e o Legislativo, seguir o que está expressamente na Constituição Federal do Brasil, seguir suas normas programáticas para se garantir um mínimo ao sujeito, pois somente assim se terá um desenvolvimento real do país, afinal a Constituição de uma nação foi criada para ser seguida e respeitada, e não para ser distorcida e interpretada de forma contraria a sua essência, acarretando assim a interferência de um poder sobre o outro, sendo necessário a interferência do judiciário para que se garanta um direito constitucional ao sujeito.

Desta forma, apresenta-se o ponto crucial da problemática estudada no trabalho, a conclusão é que ao ser adotado o princípio da reserva do possível pelo ordenamento jurídico brasileiro para deixar de cumprir o que reza na Constituição do país é um retrocesso, pois uma nação tem o dever de seguir sua Constituição, ao contrário estará virando as costas para seu povo.

5. REFERÊNCIAS

BARCELOS, Ana Paula de, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. **A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Económica**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: 2016. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4107162/.pdf>. Acesso em 16. mai. 2018.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRAGA, Paulo Vitor Bergamo. **A dru e a constituição dirigente invertida – o direito econômico e social à disposição do direito financeiro**. Disponível em: www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/60/73. Acesso em 1. jun. 218.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. (Constituição). Constituição da República Federativa do Brasil. In: Vade mecum. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DANTAS, Miguel Calmon, **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

LAZARI, Rafael de. **A reserva do Possível e Mínimo Existencial: A Pretensão de Eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo :Método, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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



ATA DE DEFESA PÚBLICA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos 10 dias do mês de junho de 2018, às 21 horas, em sessão pública na sala 001-01 deste Campus Universitário, na presença da Banca Examinadora presidida pelo(a) Professor(a) Me. Ney dos Santos de Azevedo e composta pelos examinadores:

1. Me. Henrique Fere de Souza
2. M^a. Junita Gonçalves de Oliveira

o(a) aluno(a) Marilei Graziela Costa apresentou o Trabalho Monográfico de Conclusão de Curso intitulado: Adoção de princípios da reavaliação de provas pelo Proail: Análise por retrocessos

como requisito curricular indispensável para a integralização do Curso de Graduação em Direito pelo UNICERP. Após reunião em sessão reservada, os professores decidiram da seguinte forma: O Avaliador 01 decidiu pela Aprovado o Avaliador 02 decidiu pela Aprovado, sendo resultado final da Banca Examinadora, a decisão final pela Aprovado do referido trabalho, divulgando o resultado formalmente ao aluno e demais presentes. Ainda nesta oportunidade, o discente em razão da orientação recebida declara que **AUTORIZA a publicação do TCC no site da IES, conforme disposto Regimento do TCC UNICERP, servindo esta Ata como comprovação de sua manifestação expressa de vontade.** Sem nada mais a relatar, eu, na qualidade de Presidente da Banca, lavrei a presente Ata que será assinada por mim, pelos demais examinadores e pelo aluno.

Presidente da Banca Examinadora:

Me. Ney dos Santos de Azevedo

Examinador 01: MENRIQUE FERRE DE SOUZA

Examinador 02:

M^a. Junita Gonçalves de Oliveira

Aluno:

Marilei Graziela Costa