RCMOS – Revista Científica Multidisciplinar O Saber. ISSN: **2675-9128.**

MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A INCLUSÃO SOCIAL SOB A PERSPECTIVA FINANCEIRA/ORÇAMENTÁRIA

MINIMUM EXISTENTIAL AND RESERVE OF THE POSSIBLE: CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AND SOCIAL INCLUSION FROM A FINANCIAL/BUDGETARY PERSPECTIVE

Submetido em: 11/11/2021
Aprovado em: 13/11/2021

v. 1, 11. ed., p. 01-20, nov. 2021

DOI: 10.51473/rcmos.v11i1.213

Nery Batista de Oliveira Neto[1]

Resumo

Este artigo buscou dissertar sobre o controle de constitucionalidade em âmbito financeiro e orçamentário, evidenciando a aplicabilidade adequada dos princípios e nuances constitucionais. Demonstrando aspectos jurídicos, políticos e históricos acerca dos recursos estatais que desaguam nos direitos fundamentais, coligados ao mínimo existencial, clareando sobre a necessidade de que os objetivos propostos pelo Poder Público estejam em consonância com o plano constitucional, sob pena de degradação social e lesão direta a dignidade da pessoa humana. Este estudo teve por objetivo geral dissertar acerca da reserva do possível e mínimo existencial com ênfase no controle de constitucionalidade e a inclusão social sob a perspectiva financeira/orçamentária. A metodologia utilizada foi a revisão de literatura na qual buscou-se em bancos de dados materiais já publicados sobre o assunto. Assim, este estudo conclui deixando clara a importância da temática e sugerindo que mais pesquisas devem ser feitas com propósito de se aprofundar sobre o assunto.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Mínimo Existencial. Reserva do Possível. Controle de Constitucionalidade.

Abstract

This article sought to discuss the control of constitutionality in financial and budgetary terms, highlighting the applicability of constitutional principles and nuances. The correct allocation of resources that flow into fundamental rights, linked to the existential minimum, are only possible when the objectives proposed by the Public Power are developed in accordance with the constitutional plan. This study had as general objective to discuss the reserve of the possible and minimum existential with emphasis on constitutionality control and social inclusion under

[1] Advogado - OAB/GO. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Alves Faria. Pós-Graduando em Direito Civil. Pós- Graduando em Processo Civil. Curso de Extensão em Direito Cooperativo pela PUC-PR. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Constitucional, Cooperativo e Cultural.

the financial/budgetary perspective. The methodology used was a literature review, which searched for material databases already published on the subject. Thus, this study concludes by making clear the importance of the theme and suggesting that more research should be done in order to go deeper into the subject.
Keywords: Constitutional Law. Existential Minimum. Reservation of the Possible. Constitutional Control.

1 Introdução

A questão judicial dos direitos fundamentais é um tema de extrema importância e complexibilidade que é preciso ser dissertado perante a sociedade, Estado e demais ramificações do Direito, especialmente o Direito Público. Os direitos fundamentais estão diretamente conectados a dignidade da pessoa humana, uma possível negligência escancara fragilidade social, moral e econômica. O papel do Estado diante desses direitos fundamentais custa mais do que o aspecto financeiro, faz-se necessárias políticas públicas reais e eficazes, além de comunicação e colaboração entre as classes. Atualmente é notória a participação de pessoas jurídicas privadas, com e sem fins lucrativos, na manutenção e garantia das necessidades básicas da sociedade. A reserva do possível tem tirado o mínimo da subsistência.

Assim, esse estudo tem por objetivo geral dissertar acerca da reserva do possível e mínimo existencial com ênfase no controle de constitucionalidade e a inclusão social sob a perspectiva financeira/orçamentária e por objetivos específicos: a) Conceituar reserva do possível; b) compreender o mínimo existencial e c) discorrer sobre os direitos fundamentais existenciais.

Levando-se em consideração os objetivos do presente estudo, optou-se por uma abordagem qualitativa, tendo em vista que se analisam aspectos da realidade não passíveis de quantificação. Neste sentido, entende-se que esta pesquisa se enquadra neste tipo de abordagem.

A ideia de pesquisa qualitativa, de acordo com o estudo de Minayo (2000) é que: Trabalha com o universo dos significados, dos motivos, das aspirações, das crenças, dos valores e das atitudes, o que corresponde a um espaço mais produtivo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização das variáveis (p. 21)

Dessa forma, entende-se que pesquisar é analisar causas e efeitos, os contextualizando no seu tempo e espaço, dentro de uma concepção sistemática. Segundo Gil (2007) a metodologia de estudo pesquisa bibliográfica é: Desenvolvida a partir de material já elaborado

constituído de livros e artigos científicos. Embora em quase todos os estudos seja exigido algum tipo de trabalho desta natureza, há pesquisas desenvolvidas exclusivamente a partir de fontes bibliográficas (p. 65).

Empregaram-se procedimentos metodológicos específicos, buscando-se alcançar possíveis respostas ao objeto de estudo. Destarte, pela natureza do estudo, esta investigação realizou um levantamento bibliográfico em artigos que versam sobre o tema em análise.

2 Referencial teórico

2.1 Princípio da reserva do possível

O conceito de reserva possível apareceu pela primeira vez na Alemanha em 1972, em um caso denominado numerus clausus, envolvia o acesso a cursos de educação superior médica, cujo número era restrito pelo Estado. Neste caso, o tribunal alemão entendeu que embora não haja vagas disponíveis para todos os interessados, o Estado está trabalhando muito para ampliar a capacidade dos cursos, portanto, os cidadãos ficarão limitados a oferecer vagas na medida do razoavelmente possível (PEREIRA, 2014).

Pereira (2014) também destacou que a concepção da teoria da reserva de possibilidades pretende claramente legitimar a ausência do Estado diante das demandas dos cidadãos. Isso porque as necessidades das pessoas que deveriam ser asseguradas excedem os recursos disponíveis para o país, sendo impossível atender plenamente a todas as necessidades ao mesmo tempo.

No Brasil, a primeira aplicação judicial desse conceito ocorreu em 2003. No julgamento da Intervenção Federal nº 2.915 (0001552-34.2001.0.01.0000), o Ministro Gilmar Mendes atuou como relator.

O caso remetia ao Estado de São Paulo para cumprimento de ordens judiciais, porém o Ministro atentou-se para as restrições fiscais e obrigações estaduais, além de enfatizar as possibilidades financeiras das reservas, lembrando que o exercício de certos direitos depende de premissas baseadas em fatos.

No entanto, esse tema vem sendo discutido desde meados da década de 1990 e vem ganhando corpo ao longo dos anos. O caso do Estado de Santa Catarina, que deu origem à petição nº 1.246 SC, é um exemplo dessa questão.

Ele lida com a necessidade de tratamento de alto custo para crianças e discute as operações realizadas em pacientes com síndrome de Duchenne nos Estados Unidos. Essa doença era considerada rara, e o custo do tratamento na época girava em torno de R$ 85.500,00 (PEREIRA, 2014).

Nesse caso, prevaleceu o direito à saúde, e três aspectos foram destacados no voto do Ministro Celso de Mello: I) as doenças são raras; II) o tratamento é imprescindível ao autor; III) “Impossível postergar o cumprimento do as obrigações constitucionais do país para com a saúde. Isso é um direito de todos".

Porém, apenas em 2004, entre as denúncias de descumprimento de preceitos básicos n. 45 (ADPF 45), o ministro relator Celso de Mello (Celso de Mello) lançou as bases para a utilização de eventuais reservas de forma limitada, afirmando que o Estado não pode invocá-la sem uma justificativa objetivamente mensurável. A responsabilidade por comprovar que eventuais reservas devem ser aplicadas é exclusivamente do Estado, não havendo possibilidade de reversão dessa dinâmica (LAZARI, 2016).

Quanto à aceitação da possível teoria da reserva, ela deve cumprir com os requisitos do tribunal, quer se trate de satisfazer as necessidades humanas ou básicas. Segundo o relator ministro Celso de Mello da ADPF 45, ao Estado é ilícito:

> [...] exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2004)

Por outro lado, a aplicação da teoria da reserva de possibilidade significa entender que o que o Estado está fazendo é razoavelmente esperado para satisfazer os direitos sociais constitucionalmente rígidos. Nesse sentido, em circunstâncias ideais, a responsabilidade do ente estatal pelos requisitos legais é eliminada, pois ele fará todos os esforços para cumprir suas obrigações constitucionais sem ter que falar sobre a negligência do governo.

Portanto, deve-se considerar que os direitos sociais são o direito à “satisfação gradual”, e que embora sua plena realização seja impraticável, o Estado deve trabalhar duro para planejar a realização contínua e gradual dos benefícios (PEREIRA, 2014).

Deve-se ressaltar que esse esforço progressivo e a consequente adoção da teoria da reserva de possibilidades podem ser vistos na própria Constituição Federal (BRASIL, 1988), conforme os artigos abaixo:

> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]
> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); [...]
> Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. [...] \Aq

De acordo com o artigo 198, § 3º da Constituição Federal, o percentual dos recursos de saúde exigidos pelos estados e municípios é estipulado por leis complementares, sendo que atualmente a alíquota efetiva para os estados é de 12% e a alíquota efetiva para os municípios é de 15%.

O que é possível deve ser descoberto de forma realista e não pode ser determinado com antecedência. Portanto, superficialmente, o Estado deve envidar todos os esforços para implementar as garantias constitucionais, mas somente quando os fatos não se aplicam é que isso pode ser impossível.

A teoria da possibilidade de retenção é apoiada pela constituição e pode ser invocada, mas sua aplicação é limitada à prova de danos mensuráveis causados à comunidade, e a responsabilidade da comunidade é inteiramente suportada pelo Estado.

Na verdade, quando a demanda está relacionada à saúde, o conceito de reservas mínimas e possíveis muitas vezes é pesado na dialética.

2.2 Mínimo existencial

A Constituição brasileira dispõe de três garantias: sociais, políticas e jurídicas. Por essa tese se tratar do direito social, importa aqui tratar e elucidar acerca da interpretação e aplicação dos direitos sociais em conexão ao mínimo existencial. Segundo Alexy (2008, p. 435):

> A construção do mínimo existencial ocorreu na Alemanha. A jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha proferiu três decisões particularmente

> importantes no que toca aos direitos sociais prestacionais que acabou gerando o fundamento do mínimo existencial.

Para Sarlet (2007, p. 19):

> Não existem direitos sociais típicos de cunho prestacional na lei fundamental da Alemanha (1949), excepcionalmente existe a previsão da proteção da maternidade e dos filhos, compensação de desigualdades fáticas no que diz com a discriminação das mulheres e dos portadores de necessidades especiais.

Um exemplo dessa conexão é o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que pode ser apenas considerada uma garantia positiva de liberdade, é sim um recurso mínimo para uma existência digna.

Menciona Sarlet (2007, p. 33) acerca da necessidade de se proteger e colaborar na promoção da dignidade humana:

> Esta proteção está condicionada espacial e temporalmente do padrão socioeconômico vigente em cada Estado. [...]
> Na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui um valor guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem constitucional, razão pela qual se qualifica como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica.

Importante destacar que o mínimo existencial não pode ser confundido com o mínimo vital, uma vez que este último se refere a garantia do direito à vida, porém deve o mínimo existencial ser garantido, haja vista, decorre da proteção da vida e da dignidade humana.

2.3 Direitos fundamentais sociais

Sobre os direitos fundamentais sociais, afirma Miranda apud Ingo Sarlet (2001, p. 12):

> Passaram a ser entendidos como uma dimensão específica dos direitos fundamentais, na medida em que pretendem fornecer os recursos fáticos para uma efetiva fruição das liberdades, de tal sorte que têm por objetivo a garantia de uma igualdade e liberdade reais, que apenas podem ser alcançadas pela compensação das desigualdades sociais.

O legislador Constituinte originário deu as normas que envolvem os direitos fundamentais, uma rigidez constitucional, gestando então a plenitude dos seus efeitos. Conforme Sarlet (2002, p. 21):

> Os direitos fundamentais sociais encontram-se protegidos não apenas contra o legislador ordinário, mas até mesmo contra a ação do poder constituinte

> reformador, já que integram o rol das "cláusulas pétreas", do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da CF.

Ingo Sarlet (2001, p. 13) contribui mais uma vez com seus entendimentos, destacando que as normas de direitos fundamentais não podem perder sua força normativa, limitando-se a apenas boas intenções, pois se deve valer o princípio que impõe a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais.

Direitos como educação, saúde e assistência são considerados direitos sociais e como tal não podem deixar de ser considerados direitos fundamentais, todavia estes precisam de ações que os efetivem, sendo atribuído ao Estado o dever de prestá-los.

Conforme mencionado no parágrafo anterior, tratando-se da saúde, apesar dos avanços e das conquistas do SUS, ainda existem grandes lacunas nos modelos de atenção e gestão dos serviços no que se refere ao acesso e ao modo como o usuário é acolhido nos serviços de saúde pública. Na saúde, com ênfase nos hospitais, deve existir entre os sujeitos um trabalho coletivo e cooperativo, que exige interação e diálogo permanentes.

Sobre o assunto, Fortes (1998, p. 85) destaca que:

> A observação diária dos meios de comunicação parece confirmar o que afirmam serem os serviços de saúde, principalmente os hospitais, instituições onde mais prevalecem infrações ao direito do cidadão. Cidadãos que, em virtude de necessidades de assistência à saúde, requerem o atendimento de instituições e profissionais, ao qual a sociedade delegou o papel de "cuidar da saúde" da pessoa humana, e que, muitas vezes, perdendo a condição de cidadania e requeridos como seres passivos, dependentes, submissos a condutas paternalistas ou autoritárias.

No âmbito dos direitos sociais há a eficácia mínima, devendo ser garantida assistência social básica. Sobre essa eficácia mínima dos direitos sociais pode-se exemplificar com o direito à saúde, para garantir a eficácia mínima desse direito, o Estado deve disponibilizar hospitais e médicos com capacidade para atender a população que necessita do serviço.

Os materiais e equipamentos devem ser disponibilizados aos médicos para que estes tenham condições suficientes de prestar o serviço ao cidadão. Ao deixar de cumprir as necessidades basilares para uma vida digna, o Estado fere a Constituição Federal justamente no seu núcleo intangível.

Uma vez os direitos violados, as garantias constitucionais servem como instrumentos para sua reparação. Trata-se de garantias constitucionais as defesas dispostas na Constituição quanto aos direitos especiais do indivíduo.

Nesse contexto, muitas garantias acabam sendo consideradas direitos fundamentais podendo ser exercidas por via de exceção, através da propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem como das demais ações do controle concentrado ou por iniciativa do juiz no curso processual.

Outro ponto salutar que vale ser citado relaciona-se às ingerências políticas que se deparam as equipes, nas quais alguns políticos utilizam-se das equipes dos programas de saúde como redutos eleitorais e por vezes hostilizam os profissionais.

Essas atitudes são desleais e influenciam negativamente no trabalho dos assistentes sociais que visam o controle social através do trabalho realizado nas comunidades.

2.4 Controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária

Antes de tudo é necessário haver uma explanação sobre as obrigações do Poder Público em relação aos direitos fundamentais. Vale a pena expor as ideias de Carbonell (2005):

> los Estados, en materia de derechos econômicos, sociales y culturales, deben: a) Tutelar los derechos sin discriminación. b) Tomar todas las medidas apropiadas para hacer efectivos los derechos dentro de su território. c) Demostrar que las medidas tomadas son las más apropiadas para alcanzar los objetivos del Pacto. d) Establecer vías judiciales para llevar ante los tribunales las posibles violaciones a los derechos señalados. e) Lograr progresivamente la satisfacción de los derechos establecidos em el Pacto, entendiendo por progresividad la obligación de hacerlo de manera inmediata y continúa. f) No dar marcha atrás em los niveles de realización alcanzados, puesto que está prohibida o severamente restringida la regresividad. g) Destinar el máximo de recursos disponibles a cumplir com el Pacto. h) Acreditar que en efecto se ha destinado el máximo de recursos disponibles. i) En períodos de crisis, priorizar la protección de los miembros más vulnerables de la sociedad; y j) Asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos, los cuales deben ser mantenidos incluso en períodos de crisis o de ajustes estructurales. (p. 62-63)

As obrigações, no geral, exigem que haja a criação de políticas públicas a serem realizadas pelo Poder Executivo, conforme Ana Paula de Barcellos cita Sustein (2007):

> toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. (...) Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público será investido. Essas escolhas – prossegue ela –recebem [ou deveriam receber...] a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. (2007:11-12)

Isso significa que:

> as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais. (...) Na realidade, o conjunto de gastos do Estado é exatamente o momento no qual a realização dos fins constitucionais poderá e deverá

> ocorrer. Dependendo das escolhas formuladas em concreto pelo Poder Público, a cada ano, esses fins poderão ser mais ou menos atingidos, de forma mais ou menos eficiente. (2007:12)

Seguindo o mesmo raciocínio Sustein e Holmes (1999, p. 31) citam que "a quantia que a comunidade decide gastar com cada um deles decisivamente afeta a extensão em que cada direito fundamental é protegido e efetivado"

O autor Alfredo Augusto Becker (1963, p. 225-228) explica sobre a relação dos recursos orçamentários tidos pelo Estado com a sua relevância aos deveres administrativos, conforme citação abaixo:

> A conjugação da totalidade das relações tributárias com a totalidade das relações administrativas compõe uma única e contínua relação: a relação constitucional. (...) o Estado existe no dinamismo da Receita conjugado com o dinamismo da Despesa. (...) Essa conjugação dá-se pela lei que aprova o Orçamento Público (...) as receitas servindo para obter os fundos para a realização das despesas, estas tendo nas primeiras (as receitas) os meios de sua própria atuação.

Gustavo Ingrosso (1963) explica que a lei orçamentária é conhecida como a mais importante das leis de organização, uma vez que ela é responsável por movimentar as atividades do Estado, sendo elas direcionadas para que os direitos fundamentais sejam preservados. Levando, dessa forma, o tributarista a confirmar que o orçamento público é equilibrado, não apenas a equivalência entre receita e despesa, mas principalmente como o equilíbrio entre elas.

Assim sendo, é possível afirmar que a citação de Sandoval Alves da Silva (2007, p. 196) tem sentido, seguindo transcrição: "as normas constitucionais sobre direitos fundamentais obrigam o legislador a criar as respectivas leis que fixam as prestações positivas e o administrador a oferecer os serviços e prestações para a realização dos direitos constitucionais".

Ana Paula de Barcellos (2007, p. 13-14) afirma que admitir que há um controle por conta da imperatividade da Constituição:

> não significa que não haja espaço autônomo de deliberação majoritária acerca da definição das políticas públicas ou do destino a ser dado aos recursos disponíveis (...) não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo, ou seja, essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais (2007:13-14).

A autora ainda considera importante tratar sobre a falta da produção doutrinária sobre o tema, contratando diretamente com a grande produção ligada à contenção da arrecadação, conforme sua fala: "Há uma grave e legítima preocupação em limitar juridicamente o ímpeto

arrecadador do Estado; nada obstante, não existe preocupação equivalente com o que o Estado fará, afinal, com os recursos arrecadados." (BARCELLOS, 2007, p. 15).

De acordo com Alexy (1999, p. 72) "a cobrança de impostos serve diretamente (...) à produção da capacidade de ação financeira do Estado. A capacidade de ação financeira do Estado é, em termos genéricos, um pressuposto de sua capacidade de ação. O Estado social pede que ela seja consideravelmente ampliada."

Afirma com conhecimento sobre o assunto Gilberto Bercovici (2003, p. 182):

> A concepção tradicional de um Estado demasiadamente forte no Brasil, contrastando com uma sociedade fragilizada, é falsa, pois pressupõe que o Estado consiga fazer com que suas determinações sejam respeitadas. Na realidade, o que há é a inefetividade do direito estatal. De acordo com Marcelo NEVES, o Estado é bloqueado pelos interesses privados. A conquista e ampliação da cidadania no Brasil, portanto, passam pelo fortalecimento do estado perante os interesses privados e pela integração igualitária da população na sociedade.

É incompreensível alegar que o Judiciário não tenha autorização de tratar a política orçamentária por acusação de violar a separação de poderes, além da incompreensão de que haja o cumprimento de decisões judiciais tutelares aos direitos fundamentais subordinando assim a existência precoce de recursos orçamentários.

Seguindo Marcos Gomes Puente (1997, p. 59):

> el principio de legalidad presupuestaria, conforme al cual la Administración no puede afrontar el pago de obligaciones econômicas que no cuenten con el correspondiente crédito o consignación presupuestaria previa, no puede oponerse al cumplimiento por la Administración de las sentencias em las que se le condena al pago de una cantidad líquida.

Eros Grau (1993), em um artigo publicado antes de tomar posse como Ministro do STF, manifestou-se sobre essa temática, tendo como característica o conflito entre a legalidade da despesa dos meios públicos e da subjetividade da Administração para com as decisões judiciais. Para que um conflito seja resolvido, é preciso relacionar o peso de cada um, conforme a citação abaixo:

> não tenho dúvida quanto ao prevalecimento do princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário em relação ao princípio da legalidade da despesa pública", pois o primeiro constitui "princípio jurídico fundamental", verdadeiro "axioma de direito público". Assim, para ele, o "acatamento ao princípio da legalidade da despesa pública mediante o sacrifício da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário resultaria inteiramente insustentável (p. 143).

Porém, até a atualidade, o STF atribui as leis orçamentárias como não passíveis de controle constitucional, já que são tidas como leis temporárias, assim Sandoval Alves da Silva (2007) afirma que elas:

> representam, prima facie, de forma geral e abstrata, o montante de recursos públicos disponíveis para cumprir as obrigações constitucionais de atendimento aos direitos constitucionais (...) e as obrigações de pagamento a serem assumidas pela Administração e destinadas a atender as necessidades públicas definidas nas leis dessa natureza (p. 228).

Em outras palavras, isso se trata de normas gerais e abstratas por não serem especificadas (quando editadas) quais são os tributários ou os beneficiários pelas prestações estatais, conforme analisa o autor:

> o orçamento, quando fixa uma despesa pública, está impondo aos agentes públicos uma obrigação de realização das políticas públicas, conferindo executoriedade e efetividade aos direitos fundamentais sociais contidos nas normas constitucionais e garantindo em abstrato as condições de pagamento a quem for necessário na concretização de tais direitos. Ora, se os direitos fundamentais sociais não podem ser exigidos antes de delimitados, como após essa delimitação eles não podem ser objeto de demanda judicial para cumprimento? (SILVA, 2007, p. 231-232)

O lado bom é que, de acordo com o autor "o STF já vem adotando mudança na interpretação no sentido de conceber contornos abstratos e autônomos nas leis orçamentárias, admitindo o controle de constitucionalidade pela via concentrada [STF ADI 2.925/DF – Relator Min. Marco Aurélio], restando evoluir para todos os casos que representem ofensa à Constituição." (SILVA, 2007, p. 232-233).

A maior parte da doutrina e da jurisprudência brasileira está ligada diretamente com o modelo francês de Estado liberal de Direito. Krell (2002, p. 90) cita:

> na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais [imposição de sanções aos particulares e de limitações ao poder estatal] e assumem a forma de programas finalísticos [imposição de tarefas ao poder público e de direitos a que estas sejam cumpridas], o esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade.

Infelizmente o princípio da separação dos poderes sempre acaba sendo mais importante do que a proteção dos direitos fundamentais, tendo mais prioridade. Sobre isso, Sandoval Alves da Silva afirma que: "o princípio da separação dos poderes e a competência de dispor do orçamento não são ideias absolutas, pois sofrem limitações constitucionais, nem são fins em si mesmos, mas meios para o controle do Poder Estatal e garantia dos direitos individuais" (2007, p. 187).

Ainda há diversos autores que se aprofundaram mais no assunto, como Krell (2002, p. 102):

> Uma solução para o problema da dedicação insuficiente de verbas públicas para a realização de serviços sociais seria a contestação e o controle das leis orçamentárias do respectivo ente federativo, por ação direta de inconstitucionalidade (através do Ministério Público, artigo 102, I, CF) toda vez que contrariarem dispositivos constitucionais.

Se tratando de justiça dos direitos sociais, Clève (2003, p. 299) afirma que devem ser usadas diferentes ações coletivas tendo como objetivo controlar a constituição da legislação orçamentária e exigir que ela seja cumprida, conforme explicitado abaixo:

> Um bom caminho para cobrar a realização progressiva desses direitos (porque são direitos de eficácia progressiva) é o das ações coletivas, especialmente, das ações civis públicas. Tratar-se-ia de compelir o Poder Público a adotar políticas públicas para, num universo temporal definido (cinco ou dez anos), resolver o problema da moradia, do acesso ao lazer, à educação, etc. É claro que, neste caso, emerge o problema orçamentário. Todavia, cumpre compelir o Estado a contemplar no orçamento dotações específicas para tal finalidade, de modo a, num prazo determinado, resolver o problema do acesso do cidadão a esses direitos. Desse modo, tratar-se-ia de compelir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias (evitando, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades), assim como de obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais. E aqui é preciso desmistificar a idéia de que o orçamento é meramente autorizativo. Se orçamento é programa, sendo programa não pode ser autorizativo. O orçamento é lei que precisa ser cumprida pelo Poder Executivo.

De acordo com Barcellos (2007), há três parâmetros importantes para o bom controle da constitucionalidade da legislação orçamentária, como por exemplo "concluir que determinada meta constitucional é prioritária e, por isso, a autoridade pública está obrigada a adotar políticas a ela associadas" ou ainda "determinada política pública, embora aprovada pelos órgãos majoritários, não deve ser implementada até que as metas prioritariamente estabelecidas pelo constituinte originário tenham sido atingidas" (p. 16).

Para a autora, pode ser que "momento de repensar a teoria jurídica que prevalece até hoje no Brasil acerca do orçamento, sobretudo de seu papel na definição das políticas públicas e de seus efeitos." (BARCELLOS, 2007, p.29)

Assim, o primeiro parâmetro tem o objetivo de respeitar as mínimas parcelas de gastos que a Constituição libera para certas áreas, como por exemplo a educação (art. 212); saúde (art. 198, § 2º); seguridade social e educação (art. 195) (BARCELLOS, 2007).

Ela ainda deixa claro que "será preciso ter acesso a informações tanto no que diz respeito aos valores arrecadados pelo Estado, quanto no que toca à aplicação real desses recursos". Sem contar que, "é preciso definir que consequências podem ser atribuídas a esse fato [eventual descumprimento], seja para punir o responsável pelo ilícito constitucional, para impedir que o ato praticado produza efeitos ou ainda para produzir o resultado desejado pela Constituição." (BARCELLOS, 2007, p. 20) "Um segundo parâmetro de controle que se pode construir a partir do texto constitucional – prossegue – diz respeito ao resultado final esperado da atuação estatal."

Como terceiro e último parâmetro, há o controle da definição das políticas públicas que foram determinadas a serem utilizadas, como

> dos meios escolhidos pelo Poder Público para realizar as metas constitucionais, conceber parâmetros de controle nesse particular para o fim de eliminar das possibilidades de escolha à disposição das autoridades públicas os meios comprovadamente ineficientes para a realização das metas constitucionais. (BARCELLOS, 2007, p. 23).

Barcellos (2007, p. 24) ainda aponta que os parâmetros controladores são: "sua aplicação efetiva depende de dispor-se de informação acerca: (i) dos recursos públicos disponíveis; (ii) da previsão orçamentária; e (iii) da execução orçamentária."

Porém, ela ainda salienta que não são todas as vezes que essas informações estão à fácil acesso:

> No campo das receitas públicas, diversos orçamentos não distinguem a arrecadação prevista por tributos. Na mesma linha, os relatórios acerca da arrecadação efetivamente verificada, quando disponíveis ao público, nem sempre discriminam as receitas por espécie tributária. (...) Diversos orçamentos, de diferentes níveis federativos, aprovam apenas uma verba geral para despesas, sem especificação; outros veiculam uma listagem genérica de temas, sem que seja possível identificar minimamente quais as políticas públicas que se deseja implementar. Os relatórios de execução orçamentária nem sempre existem e, em geral, são pouco informativos. (BARCELLOS, 2007, p. 25)

Assim, ela ainda deixa claro que há consequências caso a constitucionalidade seja verificada, como: "é possível imaginar algum tipo de penalidade aplicável ao responsável", o que se pode tratar através do art. 85 da Constituição como um crime de responsabilidade, podendo perder o cargo.

Dessa forma, é importante que fique claro: os direitos fundamentais devem ser preservados e aplicados.

2.5 A constitucionalização do direito e a rearticulação da democracia

Na busca da compreensão e explicação do que vem a ser o neoconstitucionalismo, surgem várias teorias, sendo a expressão adotada pela doutrina em sentidos diversos, pois ora se apresenta como nova concepção sobre o Estado de Direito, ora como uma proposta de reformulação da teoria jurídica, uma ideologia ou filosofia política aplicada ao Direito ou, ainda, em um sentido amplo, como uma filosofia jurídica que estuda questões conceituais e metodológicas sobre a definição do Direito, o estatuto do conhecimento e a função do jurista (SANCHIS, 2003).

Para Streck (2005, p. 161), o neoconstitucionalismo faz surgir "ordenamentos jurídicos constitucionalizados" caracterizados pela importante presença da Constituição em todo o ordenamento jurídico, condicionando "tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais".

Está-se, portanto, diante de um tema por demais vasto e muito difícil de condensar do ponto de vista teórico e conceitual. Segundo Barroso, o neoconstitucionalismo é a redescoberta dos princípios jurídicos, em especial a dignidade da pessoa humana, a expansão da jurisdição constitucional com ênfase no surgimento de tribunais constitucionais e o desenvolvimento de novos métodos e princípios na hermenêutica constitucional:

> Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (BARROSO, 2017, p. 15).

Não havendo, ainda, consenso quanto aos elementos conceituais do neoconstitucionalismo, permanecem em construção suas características. A diversidade de classificações justifica-se pelas peculiaridades de cada sistema jurídico, dos diferentes graus possíveis de constitucionalização bem como a diversidade de entendimentos possíveis sobre os quais as características devem possuir um sistema para que esteja de acordo com o neoconstitucionalismo.

Para Guastini (2014), as principais características do neoconstitucionalismo são a supremacia do texto constitucional; promoção e preservação dos direitos humanos; força normativa dos princípios constitucionais; constitucionalização do Direito; ampliação da jurisdição constitucional.

Será essa compreensão principiológica a mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito contemporâneo? Tal discussão não se comporta no âmbito dessa tese que fixou a opção pelos ensinamentos de Barroso (2017), como também com aqueles de Streck (2005), notadamente quando aponta as ambiguidades teóricas embutidas no termo neoconstitucionalismo.

Concordar com pontos antagônicos é possível quando se está aberto às experiências. É precisamente isso que se pode extrair do pensamento gadameriano, segundo o qual o pesquisador deve ser pessoa experimentada e que não seja somente alguém que se transformou no que é através das experiências, mas também alguém que esteja aberto às experiências.

Segundo Hans-Georg Flickinger (2000, p. 27-52), "Em vez de dominar, na qualidade de conhecedor, o processo do conhecimento, o pesquisador deve experimentar a si mesmo, expondo-se ao risco de perder sua certeza inicial". Decodificando a frase: é obrigação do pesquisador em permanente diálogo consigo e com a alteridade assumir que sempre há possibilidade e probabilidade de que suas hipóteses e suas primeiras afirmações estejam erradas. Essa possibilidade de erro faz com que uma pesquisa se caracterize como atividade que sempre envolverá riscos.

Nessa perspectiva, um diálogo levado a sério na realização da pesquisa, deve pressupor que o pesquisador esteja aberto para mudar de posição e entrar no jogo dialógico com a compreensão do outro. Essa abertura possibilita aos participantes do diálogo e da pesquisa compreenderem que "a palavra que circula do diálogo desvela, questiona, configura identidades e demarca diferenças" (HERMANN, 2003).

Ao abordar a ideia do *pensamento do possível*, Zagrebelsky (2011, p. 34) sustenta ser necessário evitar os extremos, os dogmas. O pensamento da possibilidade, segundo esse autor, é "próprio daqueles que rejeitam tanto a arrogância da verdade possuída quanto a renúncia da realidade aceita".

Ao descobrir que o termo neoconstitucionalismo conduzia a posturas voluntaristas, Streck (2013) passou a colocá-lo entre parênteses ou entre aspas, por entender "o

neoconstitucionalismo como o constitucionalismo compromissório do segundo pós-guerra" e "longe de ativismos e práticas discricionárias". Para ele, "é necessário reconhecer que as características desse neoconstitucionalismo acabaram por provocar condições patológicas que acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição".

A divergência teórica foi tal em relação à aposta dos neoconstitucionalistas na ponderação e no poder discricionário dos juízes que, a partir da quarta edição de *Verdade e Consenso,* Streck (2017) abandonou a tese, passando a chamar o constitucionalismo do pós-Segunda Guerra de *constitucionalismo contemporâneo,* por entender que o neoconstitucionalismo não supera a outra forma de positivismo que se segue ao exegético, embora "achem os neoconstitucionalistas que supera".

Em resumo: o neoconstitucionalismo tem por fundamento a proteção da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como projeções normativas desta afirmação, tendo o desenvolvimento teórico e a experiência da democracia constitucional no século passado redefinido as interações entre o Direito e a política neste contexto, em que passam a estar vinculados pela supremacia da Constituição e em particular aos direitos fundamentais, bem como pelo fortalecimento da jurisdição constitucional. Fortalecimento este, grávido de consequências para as relações entre constitucionalismo e democracia.

2.6 Inclusão social no contexto da não aplicação do mínimo existencial

Por conta da interconexão entre os direitos, percebe-se que há uma violação da Inclusão Social através da não aplicabilidade do mínimo existencial, ficando assim sem a proteção do Estado, segundo Eduardo Cambi (2009).

Em outras palavras, essa parcela da sociedade fica à deriva do direito, de acordo com Brito Alves (2010), com isso, a eficácia dos direitos fundamentais fica comprometida, criando-se assim a injustiça social.

Já de acordo com o estudo de Ana Paula Polacchini de Oliveira (2010, p. 56) "o posicionamento do povo continua na margem inferior da independência que, com os pés no chão ou mesmo de sapatos, continua contido ou marginalizado". Conclui-se afirmar que é preciso garantir que dentro e fora do campo de abstração haja igualdade e inclusão social.

Considerações finais

Com a demanda de recursos materiais que os direitos fundamentais exigem para que sejam universalizados, é preciso que seja explanado como os deveres do Estado são grandiosos em questão de arrecadação de recursos e sua distribuição de forma orçamentária.

Com a existência dos deveres, surge a invocação da legitimidade da aplicabilidade de suas sanções. É necessário afirmar que o que está sendo tratado é a maior razão para que o Estado exista: os direitos fundamentais do ser humano.

Assim, é possível compreender a importância do cumprimento dessa função, já que só assim será possível que haja uma condição humana para sobrevivência e, para isso, a reserva do possível e o mínimo existencial tem grande papel. A reserva do possível não deve anular o mínimo existencial, ambos institutos são complementares à plena efetividade e aplicabilidade dos direitos e deveres.

Sugere-se que mais pesquisas sejam feitas sobre a temática afim de torná-la cada vez mais palpável e discutível na sociedade.

Referências

ALEXY, R. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo.** n.217. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 67-80.

ALVES, Fernando de Brito. **Margens do direito:** a nova fundamentação do direito das minorias. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

BARCELLOS, A. P. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico.** n. 15. Salvador: jan-mar 2007.

BECKER, A. A. **Teoria Geral do Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 1963.

BERCOVICI, G. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.** v. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 171-183.

BARROSO, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito,** 2017, p. 15.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45.** Relator: Min Celso de Mello, 2004.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009.

CARBONELL, M. Breves reflexiones sobre los derechos sociales. **Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** México: Programa de Capacitación sobre Derechos Humanos.

CLÈVE, C. M. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. v. 3. Curitiba: **Academia Brasileira de Direito Constitucional**, 2003, p. 289-300.

FLICKINGER, Hans-Georg. Da experiência da arte à hermenêutica filosófica. In: ALMEIDA, C.L; FLICKINGER, H.G.; ROHDEN, L. Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 27-52

GRAU, E. R. Despesa pública: conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas, o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. **Revista Trimestral de Direito Público** n. 02. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 130-148.

GUASTINI, Riccardo. **Otras distinciones.** Tradução de Diego Del Vecchi. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2014.

HERMANN, Nadja. **Hermenêutica e educação.** Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

KRELL, A. J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAZARI, R.J.N.de. **Reserva do Possível e mínimo existencial:** a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade. 2. ed. Juruá, 2016.

OLIVEIRA, Ana Paula Polacchini de. Pressuposto jusfilosófico da inclusão social como fundamento para a efetivação dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUE, Henry (Org.). 1.ed. **Ensaios sobre os direitos fundamentais e inclusão social.** Birigui: Boreal Editora, p. 38-58, 2010.

PEREIRA, A.L.P. **Reserva do Possível:** Judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional. Curitiba: Juruá, 2014.

PUENTE, M. G. **La inactividad del legislador:** una realidad susceptible de control. Madrid: Mc-Graw Hill, 1997.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 101-102.

SARLET, I. W. Os direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico,** Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.1, n. 1, 2001.

SILVA, J. P. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas.** (Portugal), Universidade Católica, 2003.

SILVA, S. A. **Direitos sociais:** leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS** [Constituição, sistemas sociais e hermenêutica], Porto Alegre, 2005. p. 161.

STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. *In:* STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:** anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2013.

STRECK, **Verdade e consenso,** 2017.

SUNSTEIN, C. HOLMES, S. **The cost of rights** – why liberty depends on taxes. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999.

TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Editora FGV, jul. set. 1989, p. 29-49.

ZAGREBBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução de Monica Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.