



SEGURIDADE SOCIAL

JUDICIALIZAÇÃO E A SUA RELAÇÃO COM A TEORIA DA RESERVA
DO POSSÍVEL

ALISSA RAILE DE OLIVEIRA GUERIN

Alissa Raile de Oliveira Guerin

A judicialização na seguridade social e a sua relação com a teoria da reserva do possível

1ª ed.

Uberlândia
Editora Conhecimento Livre
2019

1ª ed.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Guerin, Alissa Raile de Oliveira

G932a A judicialização na seguridade social e a sua relação com a teoria da reserva do possível. / Alissa Raile de Oliveira Guerin. -- Uberlândia: Editora Conhecimento Livre, 2019.

58 f.: il.

Formato PDF

ISBN: 978-65-80226-10-8

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

1. Seguridade Social. 2. Princípio da Reserva do Possível. 3. Judicialização. 4. Mínimo Existencial. I. Guerin, Alissa Raile de Oliveira. I. Título.

CDU: 340

Dedicatória

Meus agradecimentos iniciais, e não poderia ser diferente, são aos meus pais que nunca duvidaram da minha competência, até mesmo quando eu duvidava. Vocês são os melhores que eu poderia ter. À Dona Elza, pela garra e doçura de sempre. A minha Anna, que com um olhar me mostra o sentido dessa longa jornada. Ao meu Rogério, por entender meus momentos de ausência e me acalmar nos momentos de crise. E por fim, ao meu orientador, Mestre Rodrigo Pereira Moreira pela paciência, dedicação e por ser o que realmente um orientador deve ser.

Apresentação

O presente trabalho tem a intenção de discutir, através de pesquisas bibliográficas a atuação do Poder Judiciário na garantia dos direitos sociais positivos incluídos no rol da Seguridade Social, garantida pela Constituição Federal, e se essa intervenção judicial garante o mínimo existencial e o devido uso da reserva do possível como justificativa do Estado para o não provimento de algumas políticas públicas. Foi conceituada e contextualizada a Seguridade Social, através de uma linha cronológica de aparecimento tanto em âmbito nacional como internacional, assim como ocorreu a conceituação do seu tripé de direitos, quais sejam saúde, previdência e assistência social. Após, conceituamos e analisamos o neoconstitucionalismo e suas questões principais como a inclusão de um rol extensivo de direitos fundamentais de segunda geração em diante, a judicialização que essa quantidade extensa de direitos propiciou, além de conceituar a Separação de Poderes como garantia do direito a liberdade e analisar se este princípio pode vir limitar a ação do judiciário na garantia de direitos elencados na nossa Carta Magna. A partir do que foi estudado durante os três capítulos tentamos, de uma forma sintetizada, por ser um tema amplo e que gera debates extensos, responder o problema, A interferência judicial na esfera da Seguridade Social promove a devida discussão acerca da aplicação da Teoria da Reserva do Possível e, com isso, assegura os direitos sociais elencados na Constituição de 1988?

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. A CONTRUÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL	10
1.1 Histórico	10
1.2 Evolução da Seguridade Social no Brasil.....	12
1.2.1 Constituição de 1824	12
1.2.2 Constituição de 1981	13
1.2.3 Constituição de 1934	13
1.2.4 Constituição de 1937	14
1.2.5 Constituição de 1946	14
1.2.6 Constituição de 1967	14
1.2.7 Emenda Constitucional nº 1 de 1969.....	15
1.2.8 Constituição de 1988	15
1.3. Do Direito à Seguridade Social Garantida Constitucionalmente	16
1.3.1 Da Saúde.....	18
1.3.2 Da Previdência.....	21
1.3.3 Da Assistência Social	21
2. DA SEPARAÇÃO DE PODERES, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL	25
2.1. Separação dos Poderes.....	26
2.2 Neoconstitucionalismo e os Direitos Fundamentais.....	30
2.3 Judicialização e Ativismo Judicial	36
3. APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA SEGURIDADE SOCIAL.....	41
3.1. Teoria da Reserva do Possível.....	41
3.2 Mínimo Existencial como Limite da Teoria da Reserva do Possível.....	46
3.3. Reserva do Possível e Seguridade Social	50
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema a judicialização na Seguridade Social e a sua relação com a Teoria da Reserva do Possível. Neste sentido, pretende-se demonstrar que a intervenção judicial tenta, de certa forma, quantificar a devida aplicação da Teoria da Reserva do Possível como válvula de escape do Estado, no âmbito dos Direitos Sociais prestacionais, para a não efetivação de políticas públicas inerentes à Seguridade Social.

Como problema, discutiremos se: A interferência judicial na esfera da Seguridade Social promove a devida discussão acerca da aplicação da Teoria da Reserva do Possível e, com isso, assegura os direitos sociais elencados na Constituição de 1988?

Sendo assim, tem-se como hipótese que a judicialização na Seguridade Social se dá para garantir o devido cumprimento dos direitos fundamentais, tendo como base o mínimo existencial, descritos na Constituição Federal em detrimento ao uso, pelo Estado, da Teoria da Reserva do Possível como justificativa de não prover tais necessidades.

Diante do tema e problema apresentados, tem-se como objetivo geral, analisar e relacionar a utilização da Teoria da

Reserva do Possível como justificativa para o não atendimento às demandas apresentadas pela sociedade e se a interferência judicial consegue prover o mínimo existencial dos direitos sociais dispostos na Seguridade Social.

Como forma de objetivos específicos o projeto irá conceituar Seguridade Social no Brasil na perspectiva dos direitos fundamentais presentes no artigo 5º da Constituição Federal de 1988; conceituar e analisar a Separação dos Poderes, analisar o neoconstitucionalismo e a ascensão dos direitos fundamentais, a judicialização como forma de interferência do judiciário nos demais poderes, além de sua diferenciação com o ativismo judicial; conceituar e analisar a Teoria da Reserva do Possível e sua utilização jurídica frente ao mínimo existencial, além de verificar a aplicação dessa teoria nas decisões que envolvem a Seguridade Social.

A fim de alcançar os objetivos propostos nesta pesquisa opta-se pelo Método de Abordagem Bibliográfico, realizado através de levantamentos de doutrinas e artigos sobre o tema que possibilitem sua contextualização e sirvam de norteadores para as reflexões desenvolvidas.

A partir do exposto anteriormente chegamos à justificativa de que é fundamental ponderar a aplicação da Teoria da Reserva do Possível como justificativa da ausência do Estado para o não cumprimento do seu papel como provedor das necessidades da sociedade representadas pelos direitos fundamentais sociais conferidos na Constituição Federal de 1988.

Há efetivamente que se avaliar que os direitos fundamentais fixados em nossa Constituição Federal são invioláveis e, portanto, o Estado passa a ter o dever de implementar as políticas nacionais para viabilizar sua materialização em detrimento das demais políticas consideradas não fundamentais.

Além da busca pela efetivação dos direitos sociais prestacionais, deve ter em conta que a execução dessas prestações de forma forçada por decisões judiciais traz um impacto significativo no orçamento do Estado, podendo afetar a coletividade em prol de um único indivíduo.

No primeiro capítulo deste trabalho será apresentada uma breve análise da construção histórica da seguridade social no Brasil, sua evolução no aspecto da legislação até sua inclusão na Constituição Federal de 1988 como um sistema de proteção social abrangendo as três políticas públicas de grande

relevância para o bem estar da população: saúde, assistência social e previdência social. Nesta mesma linha de pensamento o capítulo discorrerá também, de forma sucinta e conceitual a evolução das políticas que compõe o tripé da seguridade social no Brasil até se efetivarem como direito garantido constitucionalmente.

O segundo capítulo versa sobre a teoria da separação dos poderes do ponto de vista de sua contextualização histórica analisando sua condição antes e depois do neoconstitucionalismo e a relação desta teoria com o ativismo social no que diz respeito à ameaça ao modelo clássico do equilíbrio entre os três poderes. Neste capítulo serão tratadas também as transformações sócias políticas ocorridas com a implantação do Estado Democrático de Direito que amplia a função do judiciário como guardião e defensor dos direitos fundamentais e conseqüentemente provoca o aumento da judicialização na efetivação destes direitos.

No capítulo terceiro será apresentado o tema central deste trabalho que é a utilização da teoria da reserva do possível na seguridade social, neste propósito será tratado de forma conceitual e histórica a teoria da reserva do possível para em seguida descrever sobre os mínimos sociais, diretamente

relacionado ao princípio da dignidade humana, como limite á teoria da reserva do impossível e finalmente descrever as considerações e possibilidades de aplicação ou não da teoria da reserva do possível frente as políticas que integram a seguridade social como justificativa para não concessão do direito em razão da escassez de recursos.

A CONTRUÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

A Seguridade Social no Brasil foi implantada no formato atual, colocando as políticas públicas de saúde, previdência e assistência social como o sustentáculo do tripé da seguridade social, a partir da Constituição Federal de 1988.

Dentro das normativas definidas nos princípios que norteiam a prática da seguridade social no Brasil manteve-se a lógica do seguro social para a Política de Previdência Social, restringindo o direito apenas para quem dela contribui e a lógica dos serviços sociais para a saúde e a assistência social, como políticas públicas não contributivas, instituindo a saúde como Direito de todos e Dever do Estado e a Assistência Social para quem dela necessita.

O presente capítulo tem como objetivo discorrer sobre a evolução histórica da construção da seguridade social no Brasil e a relação direta de sua construção com as questões econômicas, políticas e sociais do país na sua estruturação e aplicação.

Histórico

Para a compreensão acerca da construção da Seguridade Social no Brasil é fundamental uma breve análise histórica do ideário de Seguridade Social vinculado ao princípio da solidariedade social para com os menos favorecidos e ou desprotegidos pelo sistema.

Historicamente a ideia de Seguridade Social esta diretamente relacionada à necessidade social de garantir proteção para as várias formas de privações que a população vulnerável, socialmente e economicamente, enfrenta nas suas relações sociais. Assim, mesmo antes de uma legislação específica para definir as diretrizes do Direito quanto a Proteção Social já havia na sociedade o ideal de proteger os menos favorecidos.¹

A evolução do modelo de Seguridade Social passa por vários períodos históricos do desenvolvimento da sociedade e ficam evidentes que os modelos de Seguridade Social aplicados estão diretamente ligados aos aspectos econômicos, sociais e políticos da época. Os antecedentes históricos da construção da Seguridade Social apresentam momentos diversos na sua formação. Na gênese desta formação aplicava-se o modelo assistencialista fundado na

¹ BOSCHETTI, Ivanete. A política da seguridade social no Brasil. In: **Serviço Social: direitos**

sociais e competências profissionais. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

caridade e no altruísmo que tinha como princípios legais o Código de Manu (Índia), o código de Hamurabi (Babilônia) e a Lei dos Pobres (PoorReliefAct – 1601 – Inglaterra). Já na Grécia e antiga Roma o modelo utilizado era o chamado de mutualismo, que tem como princípio a união de várias pessoas na defesa de interesses comuns como os que eram organizados nos colégios gregos e romanos, nas corporações de ofício e nas ligas da Idade Média.²

A Revolução Industrial, que se iniciou principalmente na Inglaterra, marca enormes transformações nos meios de produção e nas relações de trabalho, dentre as várias transformações ocorridas neste período o que vai impactar diretamente nas relações de trabalho é a mudança na produção manufaturada, substituindo o trabalho manual por máquinas com o propósito de aumentar o rendimento do trabalho e conseqüentemente o lucro. Essa luta desenfreada pelo lucro leva os donos das máquinas a utilizar de forma desumana a força do trabalho do proletariado.

Apesar do crescimento econômico ocorrido neste período, as relações de trabalho eram extremamente perversas com altas jornadas de trabalho, baixos salários e pouco ou nenhum benefício aos trabalhadores. Neste período prevalecia o Estado Liberal com a intervenção mínima do Estado na vida social.

Diante de tanta opressão em relação ao trabalhador instaura-se a Revolução Francesa e o início da intervenção estatal que traz como marco na seguridade social o Seguro Doença na Alemanha de Bismark (1883) defendido por muitos historiadores como o início da construção da Seguridade Social.³

No início das primeiras décadas do século XX, com a formação concreta do Estado de Bem Estar Social, o Welfare State, os países capitalistas começaram a pensar e discutir a Seguridade Social como responsabilidade do Estado trazendo uma concepção mais avançada dos “serviços sociais” aplicados em outros períodos.⁴

Apesar da preocupação com os direitos sociais emergir na Idade média, a proteção aos Direitos Fundamentais só

² BOSCHETTI, Ivanete. A política da seguridade social no Brasil. In: **Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais**. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

³ BOSCHETTI, Ivanete. A política da seguridade social no Brasil. In: **Serviço Social: direitos**

sociais e competências profissionais. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2014.

vai surgir e se desenvolver através do Constitucionalismo Social, que, segundo Dirley da Cunha Júnior é: "[...] um movimento político-constitucional que pregava a necessidade da elaboração de Constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime de liberdades públicas." O que possibilita o caráter universal do Direito.⁵

A partir dos princípios de constitucionalidade e da universalidade do Direito surge em definitivo como aspecto legal o período de fato da seguridade social.⁶

Evolução da Seguridade Social no Brasil

No Brasil a construção da Seguridade Social tem sua predominância na lógica do seguro. Isto pode ser verificado já em suas primeiras manifestações, datada em 1543 no Governo de Braz Cubas através da criação de um plano de pensão para os empregados da Santa Casa de Santos. No Governo de Dom Pedro de Alcântara foi publicação o Decreto datado de 1º de

outubro de 1821, que concedeu direitos de aposentadoria à classe de professores, após trinta anos de serviços prestados, além de garantir abono de ¼ de acréscimo dos ganhos aos que continuassem na ativa.⁷

Para compreender a evolução do sistema de seguridade social no Brasil é necessário analisar sob o ponto de vista da legislação Brasileira, mais especificamente sobre sua inclusão nos dispositivos legais constitucionais do país.

Constituição de 1824

Primeiro documento jurídico a tratar da seguridade social, no artigo 179 desta constituição é tratado do assunto referente a constituição dos seguros públicos, porém na prática este direito não se efetivou considerando que a população não possuíam meios para acessar este direito, mas foi o primeiro passo para a participação do Estado no processo de efetivação da Seguridade Social enquanto campo das políticas públicas.⁸

⁵ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. Salvador: Juspodivm, 2006.

⁶ GONÇALVES, Mariarosa Costa. Seguridade Social. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 139, p. 325 – 333. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2010.

⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2014.

⁸ GONÇALVES, Mariarosa Costa. Seguridade Social. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 139, p. 325 – 333. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2010.

Constituição de 1981

Primeira vez na legislação brasileira que se utiliza a nomenclatura “aposentaria”, neste dispositivo legal em seus art. 5º e o art. 75, dispunha sobre a obrigação de a União prestar socorro aos Estados em calamidade pública, se tal Estado solicitasse e sobre a aposentadoria por invalidez dos funcionários públicos respectivamente.⁹

A aposentadoria por invalidez dos funcionários públicos era toda custeada pelo Estado e este benefício não dependia de contribuição por parte do funcionário conforme definido no artigo 75 da Constituição de 1981. Portanto até este período não se falava em contribuição por parte do beneficiário e o direito era integralmente concedido pelo Estado.

Dentre os documentos legais emitidos neste período merece destaque o Decreto nº 4.682 de 24 de janeiro de 1923, denominado Lei Eloy Chaves, considerada a primeira normativa a instituir a previdência social no Brasil com a criação das Caixas e Aposentadorias e Pensões para as

Ferrovias. Após a Lei Eloy Chaves outras Caixas de Aposentadorias foram criadas de acordo com as categorias profissionais.¹⁰

Constituição de 1934

Na Constituição de 1934 foi mantida a competência do legislativo na instituição de regras sobre as aposentadorias. Nesta norma legal vê se pela primeira vez a expressão “previdência”, embora ainda não tivesse incorporado na expressão o sentido de “social”.¹¹

Neste período instituiu-se a Lei nº 367 de 31 de dezembro de 1936 que cria o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários, já com um caráter contributivo, onde os empregados da indústria eram segurados obrigatórios aos empregadores era facultada sua participação. Este benefício era financiado por contribuições dos empregados e empregadores, descontados na folha de pagamentos das empresas e contava também com a participação do Estado através de um taxa paga sobre os artigos importados.¹²

⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁰ GONÇALVES, Mariarosa Costa. Seguridade Social. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 139, p. 325 – 333. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2010.

¹¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2014.

¹² GONÇALVES, Mariarosa Costa. Seguridade Social. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 139, p. 325 – 333. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2010.

Constituição de 1937

Do ponto de vista constitucional este período foi de poucas inovações para a questão previdenciária, as publicações nesta fase acorreram mais no campo infraconstitucional com a edição de vários Decretos-Leis: Decreto-Lei nº 288 de 23 de fevereiro de 1938, responsável pela criação do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado (IPASE).

Neste período também foi publicado o Decreto-Lei 4.890/42 no qual estabelece a criação da Legião Brasileira de Assistência (LBA), além do Decreto-Lei 7.526 que criou o Instituto de Serviços Sociais no Brasil (ISSB) o qual unificou a previdência social, tendo como fundamento o Plano Beveridge e o Decreto-Lei 7.835, que estabeleceu um percentual mínimo de 70% e 35% do salário mínimo para as aposentadorias e pensões, respectivamente.¹³

Constituição de 1946

Promulgada em 1946 descarta o termo “seguro social” definitivamente dos textos referente à previdência e inclui o

termo “Previdência Social”. Neste período foi instituída a Lei nº 3.807 de 26 de agosto de 1960 – Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), que teve como avanço a unificação de todos os dispositivos infraconstitucionais relativos à Previdência Social, padronizando o sistema assistencial no Brasil ao estabelecer um único plano de benefícios.

A referida Lei criou também o auxílio-reclusão, o auxílio-natalidade e o auxílio-funeral, considerado como avanços sob a ótica do Direito.¹⁴

Nesta fase também é criada a Lei 4.214 que institui o Fundo de Assistência ao Trabalhador (FUNRURAL), sem muita aplicação prática, possibilitava apenas alguns serviços assistenciais diferenciados dos já ofertados aos trabalhadores urbanos.

Constituição de 1967

Nesta etapa foi incorporado no arcabouço legal o seguro de acidente do trabalho integrado no sistema previdenciário através da Lei nº 5316 de 14 de setembro de 1967. O sistema de seguro de acidente deixa de ser destinado

¹³ GONÇALVES, Mariarosa Costa. *Seguridade Social. Revista de Direito do Trabalho*, vol. 139, p. 325 – 333. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2010.

¹⁴ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2014.

a uma entidade privada e passa a ser destinado e administrado pelo INPS – Instituto Nacional de Previdência Social.¹⁵

Emenda Constitucional nº 1 de 1969

Cronologicamente em 1º de maio de 1969 foi instituído o Decreto-Lei n. 564 que passa a tratar o trabalhador rural dentro da Previdência Social.

O PIS (Programa de Integração Social) é criado em setembro de 1970 e neste mesmo ano foi editada a Lei Complementar nº 8 responsável pela criação do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público.¹⁶

A Lei nº 5.859, passa a incluir os empregados domésticos na condição de segurados obrigatórios da Previdência Social.

Em 1974 pelo advento da Lei nº 6.125 fica autorizado o Poder Executivo a constituir a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (DATAPREV), neste mesmo ano o salário maternidade é incluído entre os benefícios previdenciários através da Lei 6.136 de 07 de novembro de 1974.

O SINPAS (Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social) é instituído pela Lei nº 6.439 de 1 de setembro de 1977, com a função de reorganizar a Previdência Social integrando as atividades da previdência social, da assistência médica, da Assistência Social e da gestão administrativa, financeira e patrimonial, entre as entidades vinculadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social.

A Emenda Constitucional nº 18 garantiu o direito a aposentadoria com valor integral aos professores, com tempo exclusivo no magistério. Os professores se aposentavam com 30 anos de contribuição e as professoras com 25 anos.

A instituição do Seguro Desemprego foi a grande inovação ocorrida neste período constitucional, instituído pelo Decreto-Lei nº 2.283. Finalizando esta fase no que diz respeito à seguridade social inclui o Decreto nº 89.312 que aprovou uma nova consolidação das Leis da Previdência Social.¹⁷

Constituição de 1988

¹⁵ GONÇALVES, Mariarosa Costa. Seguridade Social. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 139, p. 325 – 333. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2010.

¹⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁷ GONÇALVES, Mariarosa Costa. Seguridade Social. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 139, p. 325 – 333. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2010.

A Constituição Federal de 1988 marca um novo momento para as questões relacionadas ao Estado Democrático de Direito, não por acaso ela é considerada a Constituição Cidadã. Sua construção não se deu apenas pela intencionalidade legislativa, mas pela participação efetiva dos movimentos sociais que trouxeram para este documento vários anseios da população brasileira.¹⁸

É neste aparato legal que estão discriminados os direitos fundamentais sociais, também conhecidos como direitos de segunda mão, bem como a discussão a respeito de sua efetividade como dever do Estado e direito do cidadão, ou seja, é neste contexto que se verifica a possibilidade de exigir do Estado prestações de cunho positivo para que os direitos fundamentais sociais sejam de fato e de direito garantidos.

A partir da Constituição Federal a Seguridade Social é constituída por um tripé que inclui as políticas públicas de Saúde, Previdência e Assistência Social. O documento legal trata no título VIII – Da Ordem Social, dos artigos 194 a 204, todas as questões relacionadas à saúde, a assistência social e à previdência social

que passam a fazer parte do gênero Seguridade Social.¹⁹

Do Direito à Seguridade Social Garantida Constitucionalmente

A Constituição Federal Brasileira de 1988 instituiu legalmente o formato de seguridade social atual, baseado no fortalecimento de um tripé de direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Historicamente, foi a primeira a ter um capítulo exclusivo à Seguridade Social, dispondo de 10 artigos sobre a matéria (do artigo 194 ao artigo 204). A Constituição Cidadã usou como modelo os países capitalistas da Europa Ocidental e da América Latina, principalmente os princípios seguidos nos modelos inglês e alemão.²⁰

Na Alemanha, no governo do Chanceler Otto Von Bismarck, nasceu o chamado modelo bismarckiano, com um formato que se assemelha aos seguros privados. Ivanete Boschetti resume tal modelo:

(...) no que se refere aos direitos, os benefícios cobrem principalmente (e às vezes exclusivamente) os trabalhadores, o acesso é condicionado a uma contribuição direta anterior e o montante das prestações é proporcional à

¹⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2014.

contribuição efetuada; quanto ao financiamento, os recursos são provenientes, fundamentalmente, da contribuição direta de empregados e empregadores, baseada na folha de salários; em relação à gestão, teoricamente (e originalmente), cada benefício é organizado em Caixas, que são geridas pelo Estado, com participação dos contribuintes, ou seja, empregadores e empregados.

Explanado o modelo bismarckiano, percebemos que ele norteia a forma de financiamento do sistema brasileiro de benefícios da seguridade social, principalmente em se tratando da previdência social. A influência de tal modelo está explícita na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 195, caput: “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta ou indireta (...)”.²¹

Em contrapartida ao modelo instalado na Alemanha, é instaurado na Inglaterra o Plano Beveridge, que, de acordo com Boschetti, traz uma universalização dos direitos, estabelecendo-os a toda a sociedade de forma incondicional ou dependendo de recursos. Esse plano trouxe a garantia mínima a todos os cidadãos em condições de necessidade.

Como forma de financiamento o sistema

beveridgiano se sustenta com os impostos fiscais e tem uma gestão pública.²²

Após o breve resumo acerca dos dois modelos de seguridade, é nítida a distinção entre a destinação dos benefícios, enquanto o primeiro assegura a manutenção da renda dos trabalhadores em casos de risco social e ausência de trabalho, a outra objetiva a luta contra a pobreza.²³

Seguindo a linha de pensamento das Constituições de outros países, nossa Carta Magna implantou um modelo que mescla as duas formas de prover a seguridade social. Ficando a previdência regida pelos princípios bismarckiano e a assistência social junto com o sistema público de Saúde norteados pelos princípios Beveridge.

Elucidado a origem dos pensamentos transcritos em nossa Magna Carta, é notório o avanço conquistado a partir desta. Ela traz como beneficiário dos direitos provenientes da seguridade social não apenas o trabalhador e seus dependentes, mas também todos os cidadãos.

²¹ BOSCHETTI, Ivanete. A política da seguridade social no Brasil. In: **Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais**. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

²² BOSCHETTI, Ivanete. A política da seguridade social no Brasil. In: **Serviço Social:**

direitos sociais e competências profissionais. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

²³ BOSCHETTI, Ivanete. A política da seguridade social no Brasil. In: **Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais**. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

Para Ricardo BerndGlasenapp existem alguns objetivos que devem nortear as ações que envolvem a seguridade social. Ele usa como ponto de partida a universalidade da cobertura e do atendimento, qual seja o atendimento de todas as pessoas que residem no País e que necessitem de proteção social, sem qualquer distinção.²⁴

Outro princípio importante seria a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, que visa a seleção e distribuição dos serviços em benefício prioritário aos mais necessitados, de acordo com o orçamento disponibilizado para a seguridade social.

Glasenapp ainda cita o objetivo de equidade na forma de participação no custeio, que, em síntese, nada mais é que a dinamização do custeio da Seguridade Social, onde as empresas tem o dever de arcar com uma contribuição maior que o segurado (trabalhador). O que se percebe é que ao ser integrado a seguridade social na Constituição Federal de 1988 a intenção era poder alcançar sociedade em sua plenitude nos termos de justiça e bem-estar social.²⁵

Da Saúde

A concepção da saúde no Brasil se estabelece inicialmente com a chegada da família real através da implantação de algumas normativas sanitárias destinadas aos portos que tinham como objetivo proteger a família real de possíveis doenças contagiosas.

Com a Proclamação da República o Estado Brasileiro adotou um modelo de atenção à saúde conhecido como Sanitarista Campista. Este modelo esta diretamente ligada aos interesses da área econômica, em especial ao setor agro exportador que exigia um controle especial das doenças as quais poderiam afetar a exportação do país ancorada na monocultura do café.²⁶

Com as modificações advindas da industrialização e da urbanização que enfraqueceu o setor agroexportador, o modelo de saúde também se adequa às questões do momento e volta sua atenção para as demandas apresentadas pelo trabalhador, parcela fundamental na manutenção do capital.

Neste cenário é instituído o modelo Assistencial Privatista com o surgimento das Caixas de Aposentadorias – CAPs

²⁴ GLASENAPP, Ricardo Bernd. **Direito Previdenciário**. Brasil: Pearsons, 2015.

²⁵GLASENAPP, Ricardo Bernd. **Direito Previdenciário**. Brasil: Pearsons, 2015.

²⁶ BOSCHETTI, Ivanete. A política da seguridade social no Brasil. In: **Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais**. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

através da Lei Eloy Chaves (1923). Este modelo tem um caráter não universal e era direcionado ao trabalhador formal de forma curativa, individual e assistencialista. É um modelo de saúde financiado de forma tripartite com a contribuição da União, das empresas e dos empregados. Era uma prática médica orientada para o lucro, privilegiando os serviços médicos privados em detrimento aos serviços públicos ofertados.²⁷

Esta forma de oferta de saúde tem seu modelo questionado em meados dos anos 70, quando afloram no Brasil os movimentos sociais pela redemocratização do país e instaura-se o movimento da Reforma Sanitária que foi composta por um conjunto de ideias voltadas para as transformações necessárias à área de saúde em sua totalidade.

As propostas da Reforma Sanitária elaboradas por médicos e outros profissionais ligados à saúde foram às bases para a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde realizada no ano de 1986. A 8ª Conferência Nacional de Saúde foi um marco fundamental para a universalização da saúde no Brasil. Com

a participação de movimentos sociais, profissionais da área da saúde, acadêmicos e população em geral, esta conferência formatou a base para a seção referente à Saúde na Constituição Federal além de impulsionar a reforma sanitária no país.²⁸

A Constituição Federal de 1988 inseriu como espécie da Seguridade Social a saúde, e desta forma deixa bem claro a quem deve ser ofertado esse direito e quem deve prover, de acordo com seu artigo 196, in verbis:

Art. 196. A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.²⁹

No texto constitucional percebe-se que palavra saúde não é usada para denominar apenas o sinônimo de doença e sim em uma forma maior de significado. Mariarosa Costa Gonçalves vê o termo saúde usado em nossa Carta Magna no sentido delimitado pela Organização Mundial a Saúde, que define saúde:

²⁷ BOSCHETTI, Ivanete. A política da seguridade social no Brasil. In: **Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais**. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

²⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

(...) como o completo bem estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos, bem como reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, seja qual sua condição social ou econômica e sua crença religiosas ou política.³⁰

Fica claro ao elucidar tal descrição que o referido texto constitucional torna a perceber a saúde como direito fundamental, disponível para todos sem exceção, e sem caráter contributivo, já que fica fixado como dever estatal de provir tal benefício.

O Estado deve agir a fim de provir a saúde de forma preventiva, curativa e recuperativa. Compreendendo, assim, a prevenção como iniciativa a fim de evitar doenças epidemiológicas, podendo incluir nessa categoria a vigilância sanitária. Além de fornecer proteção, e, através dos serviços sociais a recuperação do indivíduo a ser reintegrado a vida pública.³¹

Sérgio Pinto Martins esclarece que o direito a saúde é consequência do direito à vida prevista no artigo 5º e da dignidade da pessoa humana, já que não existe direito a vida sem que se garanta o acesso a saúde. Ainda de acordo com

Martins, o sentido de ter saúde fica mais amplo ao observarmos o disposto no artigo 3º da Lei 8.080, que trata do Sistema Único de Saúde (SUS), que delimita que o direito fundamental a saúde não cessa apenas com hospitais e médicos, e demonstra que depende também de fatores determinantes para o bem estar social, como alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, atividade física, transporte, lazer, e o acesso aos bens e serviços.³²

De certa forma a junção de todos os fatores que vai demonstrar e real saúde que é proporcionada pelo Estado para com sua população, o que demonstra que a organização social e econômica de determinado país que irá expressar seu nível de saúde.

O direito à saúde vem como o mais amplo dentre os elencados no capítulo da Seguridade Social, já que é regido pelo princípio do acesso universal e igualitário, o que demonstra seu objetivo de atingir a todos sem restrição e sem necessidade de comprovação de contribuição, sendo ele nacional ou estrangeiro, desde que resida no país.

³⁰ GONÇALVES, Mariarosa Costa. Seguridade Social. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 139, p. 325 – 333. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2010.

³¹ GONÇALVES, Mariarosa Costa. Seguridade Social. **Revista de Direito do Trabalho**, vol.

139, p. 325 – 333. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2010.

³² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2014.

Da Previdência

Outra política pública descrita em nossa Carta Magna para atingir o bem estar e a justiça social é a previdência social, e compreende ao artigo 201 e 202 do capítulo II Da Ordem Social. Embora esses artigos apresentem a forma organizacional de esta política, é no artigo 3º da Lei nº 8.212 que identificamos o conceito de Previdência. Dispõe tal artigo que:

a Previdência Social tem por fim assegurar aos beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.³³

Gonçalves entende a previdência social semelhante ao contrato de seguro, já que o indivíduo ao contribuir se acoberta em relação a certos eventos infortúnios que poderão ocorrer durante sua vida. Ela ainda diferencia a previdência dos outros dois pilares da seguridade social pelo caráter contributivo que só existe nesse benefício, tornando a contribuição um

requisito para o beneficiamento do indivíduo.³⁴

A previdência se respalda através dos princípios, regras e instituições que a rege para ser um sistema garantidor da proteção social do trabalhador e sua família, quando este, de uma forma ou outra, não puder prover as condições mínimas de subsistência. Martins estabelece como objetivo deste benefício à proteção social e uma forma do Estado transformar o futuro e incerto em algo certo.³⁵

Outro ponto importante a se destacar é o caráter autossustentável pretendido na previdência social, já que o Estado não teria condições de prover tal benefício apenas com o erário. Dentro desta visão percebemos que a previdência é, entre os três tipos de benefício dentro da seguridade social, o que mais é regido pelo da solidariedade, já que para garantir os objetivos constitucionais e a dignidade da pessoa humana se faz necessário um olhar menos individualista.

Da Assistência Social

³³ GONÇALVES, Mariarosa Costa. Seguridade Social. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 139, p. 325 – 333. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2010.

³⁴ GONÇALVES, Mariarosa Costa. Seguridade Social. **Revista de Direito do Trabalho**, vol.

139, p. 325 – 333. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2010.

³⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2014.

A Assistência Social enquanto Política Pública na perspectiva do Direito só atingiu este status a partir da Constituição de 1988 quando passa a fazer parte do tripé da Seguridade Social e assume a responsabilidade de atender a parcela da população que não possui a condição de segurado considerando que esta Política é não contributiva, ou seja, o acesso da população independe de contribuição para ser atendido.³⁶

A Assistência Social é caracterizada constitucionalmente para quem dela necessita, para aquela parcela da população que se encontra sem relação de trabalho que estabeleça a condição de segurado.

Historicamente a Assistência Social esta relacionada à prática da caridade, da filantropia e da solidariedade religiosa, portanto sem nenhuma característica de política pública de Direito do cidadão, o Estado apenas prestava ajuda aos necessitados em forma de favores concedidos aos indivíduos e famílias.³⁷

Esta característica se perpetua até 1930, apesar do governo populista implantado no Brasil neste período, pela primeira

vez o governo reconhece o enfrentamento da questão social como uma necessidade do Estado, isto muito em decorrência do crescimento da classe operária e dos conflitos e lutas sociais em defesa do trabalhador, contra a exploração do trabalho e pela defesa dos direitos de cidadania.³⁸

O governo populista e desenvolvimentista da era Vargas instituiu legislações e programas voltados para organizar as relações entre capital e trabalho com vista a evitar o conflito social. Mas as ações eram mais focadas nas áreas da Previdência e Saúde ficando a Assistência Social ainda sem nenhuma visibilidade, permanecendo as características filantrópicas.³⁹

Na era Vargas a Assistência Social era prestada diretamente pelas entidades sociais e para tanto foi criado em 1938 o Conselho Nacional de Assistência Social que tinha como função a análise da situação das entidades para adequações e liberação de subvenções sociais, bem como para definir os programas sociais de enfrentamento das situações de pobreza, ou seja, ações centralizadoras,

³⁶ GONÇALVES, Mariarosa Costa. Seguridade Social. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 139, p. 325 – 333. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2010.

³⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2014.

³⁸ BOSCHETTI, Ivanete. A política da seguridade social no Brasil. In: **Serviço Social:**

direitos sociais e competências profissionais. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

³⁹ GONÇALVES, Mariarosa Costa. Seguridade Social. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 139, p. 325 – 333. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2010.

ditatoriais e compensatórias. Em 1942 a LBA – Legião Brasileira de Assistência passa a assumir esta função sob o comando da Primeira Dama Darcy Vargas instituindo o primeiro damismo no país, mantendo as ações de assistência social de forma paternalista, clientelistas e pontuais.⁴⁰

Esta forma de gestão da Assistência Social se perpetuou até o advento da Constituição Federal de 1988 tida como a “Constituição Cidadã”. De fato a Constituição Federal de 88 é o marco para definição da Assistência Social enquanto Política de Direito de Estado, tratada especificamente em seu art. 203:⁴¹

Art. 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

- I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
- III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de

prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Para consolidar o status de Política Pública em 1993 foi instituído a Lei Orgânica de Assistência Social que regulamentou o artigo 203 da Constituição Federal e definiu a Assistência Social como política de Seguridade Social não contributiva que busca prover os mínimos sociais, concretizado por meio de um conjunto integrado de ações de iniciativas públicas e da sociedade para garantir o atendimento às necessidades básicas.⁴²

A partir dos princípios dispostos na LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social, a política pública de Assistência Social começa a se organizar e implementar uma legislação própria que garanta cada vez mais esta política como direito do cidadão.

Em 2004 é homologado o Plano Nacional de Assistência Social e logo em seguida em 2005 instituído o SUAS – Sistema Único de Assistência Social que foi transformado em Lei nº 12.435, conhecida como a Lei do SUAS no ano de 2011. Todo este arcabouço legal além das legislações correlatas como ECA – Estatuto da Criança e Do Adolescente,

⁴⁰ BOSCHETTI, Ivanete. A política da seguridade social no Brasil. In: **Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais**. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

⁴¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

⁴² MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2014.

Estatuto do Idoso e outras normativas garantem á Assistência Social uma organização no aspecto da gestão de da operacionalização desta política como direito do cidadão.⁴³

É nesta política que se encontra garantido o direito ao BPC – Benefício de Prestação Continuada, este benefício vem atender justamente a população idosa e com deficiência que não possui cobertura da política pública de Previdência por não possuir condição de segurado desta política.⁴⁴

O Benefício de Prestação Continuada é destinado às pessoas idosas acima de 65 anos e pessoas com deficiência que apresentem na sua composição de renda um valor per capita inferior a um quarto do salário mínimo, prevalecendo a lógica da política para quem dela necessita.

Este benefício é financiado pelo orçamento da assistência social, porém quem operacionaliza a execução deste benefício é o INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social vinculado à política de Previdência Social, por ter na sua estrutura de funcionamento condições apropriadas no atendimento aos requerimentos destes benefícios.⁴⁵

⁴³ BOSCHETTI, Ivanete. A política da seguridade social no Brasil. In: **Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais**. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

⁴⁴ GONÇALVES, Mariarosa Costa. Seguridade Social. **Revista de Direito do Trabalho**, vol.

139, p. 325 – 333. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2010.

⁴⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2014.

DA SEPARAÇÃO DE PODERES, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

A partir do surgimento do Estado do Bem-Estar Social que teve como consequente desdobramento a intervenção estatal em diversos setores sociais, se desenvolveu uma gama de direitos inerentes ao cidadão que, consequentemente, deveriam ser cobrados do Estado.⁴⁶

Na perspectiva de evitar a concentração de poder em um único órgão estatal foi se estruturando ao longo da história a teoria da separação dos poderes com a finalidade de garantir o equilíbrio político ao mesmo tempo em que se estabelece uma correlação de responsabilidades entre os poderes na tomada de decisões, na independência e na harmonia entre si.

No Brasil, a incidência de direitos sociais se vê desde a Constituição de 1824. Esses direitos foram sendo ampliados no decorrer dos tempos, passando de aparições tímidas, colocado de forma implícita dentro o texto constitucional,

para, com o advento da Constituição Cidadã, ter um capítulo dedicado a tais garantias fundamentais dos cidadãos.⁴⁷

As transformações sociais são dinâmicas e exigem ações mais efetivas para a garantia dos direitos fundamentais, previstos na constituição de 1988, desta realidade surge à necessidade de uma análise diferenciada do sistema constitucional, não limitando seu conteúdo ao caráter político, mas sim na interpretação e suas normas como garantidor de direitos. Assim surge o neoconstitucionalismo que possibilita a colocação da constituição no centro das discussões sobre a efetivação dos direitos e coloca o judiciário como o órgão competente para analisar e avaliar conflitos de interesses.

Como desdobramento, surgiu o fenômeno da judicialização, traduzindo profundas e significativas mudanças na atuação e na responsabilidade do Poder Judiciário, que passou a assumir uma postura mais politizada e ativa de verdadeiro garantidor de direitos fundamentais, já constitucionalmente assegurados.

⁴⁶AZEVEDO, Frederico José Pinto de. **Novos tempos na judicialização das políticas públicas.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-15/segunda-leitura-novos-tempos-judicializacao-politicas-publicas#top>> Acesso em: 29/03/2017.

⁴⁷MOREIRA, Reinaldo Daniel. A efetivação dos Direitos Sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol.75, p. 309-334. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun, 2011.

Separação dos Poderes

A Separação dos Poderes foi analisada, inicialmente, na esfera filosófica por Aristóteles em sua obra “A Política”. Dentro do contexto histórico vivido pelo filósofo, ele aponta três atribuições distintas manifestadas pelo Estado Soberano, sendo elas os atos deliberativos, os atos executivos e os atos judiciais. Porém, essa tripartição fora apenas posta em análise, mas não de forma funcional, muito menos atingiu os governantes da época, continuando por um longo período governos com o Estado uno na figura de um monarca que possuía o poder absoluto.⁴⁸

Após alguns séculos, John Locke propôs pela primeira vez uma forma de separação dos poderes em três esferas. Em sua obra “Dois Tratados sobre o Governo”, Locke fala na separação entre legislativo, que, para ele era a esfera que teria maior importância já que seria a esfera ligada ao bem geral da comunidade; executivo e federativo, que seriam esferas de responsabilidade do governo. Em sua obra, o judiciário é

visto como parte integrante das esferas executiva e federativa, sendo os magistrados escolhidos pelo governo com a função única de solucionar conflitos entre particulares, além da função de punir infratores, por tais motivos deveria ser um poder pouco representativo e com menor força dentre os outros.⁴⁹

Partindo do ponto de vista de Locke e de outros pensadores, Montesquieu aperfeiçoou ideias já existentes retirando a Separação de Poderes do âmbito filosófico e passando para o âmbito ideológico. Em um contexto de grande luta contra o Poder Absolutista vigente, o pensador retomou a questão da divisão de poderes tomando como ponto de partida que aquele que detém o poder tende a aproveitar-se dele em benefício próprio. A proposta então era diminuir a centralização de poder em um único órgão dividindo-o em três esferas para que o órgão que faz as leis não tenha o encargo de aplicá-las, nem o órgão que as executa possa elaborá-las, tão menos o órgão responsável pelo julgamento não as execute nem elabore.⁵⁰

⁴⁸ RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Tripartição de Poderes na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 11, p. 16 – 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun, 1995.

⁴⁹ ALMEIDA, Luiz Antonio Freitas de. O Princípio da Separação de Poderes e Direitos Fundamentais Sociais a Necessidade de Releitura sob a Ótica de um Estado Social de Direito.

Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 77/2011, p. 185 – 206. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 2011.

⁵⁰ RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Tripartição de Poderes na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 11, p. 16 – 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun, 1995.

Ainda na concepção de Montesquieu, em se tratando de uma teoria proposta para garantir a liberdade do indivíduo, necessário se faz que sejam analisados os costumes e culturas de cada governo, para só então conceber leis que ditariam o proibido, o permitido e o obrigatório, tendo assim cada governo a sua liberdade política. Demonstra-se com esse conceito, assim como Locke, a importância maior do Poder Legislativo para o pensador, já que parte dele as leis para delimitar a atuação dos três poderes e a liberdade do indivíduo. Em sua teoria, o Executivo segue tendo o poder limitado, já que apenas executa as leis, assim como o Judiciário, que novamente deveria ser o poder mais fraco, por serem seus juízes escolhidos pelo monarca.⁵¹

O grande diferencial da doutrina deixada pelo pensador em relação ao que já existia foi a visão de não apenas se ter três poderes distintos e completamente separados. Para ele, é extremamente necessário que se tenha uma inter-relação entre os órgãos, mantendo a autonomia de cada um, mas podendo existir a fiscalização e a contenção de

possíveis abusos entre eles, surgindo daí a Teoria dos freios e contrapesos (“checks and balances”).⁵²

Marilene Talarico Martins Rodrigues coloca de uma forma simplificada:

O certo, todavia, é que o importante na teoria elaborada por Montesquieu não foi a identificação de três funções do estado, pois elas já haviam sido identificadas por Aristóteles, mas o fato de demonstrar que tal divisão possibilitaria um maior controle do poder que se encontra nas mãos do Estado. A idéia de um sistema de "freios e contrapesos", onde cada órgão exerça suas competências e também o controle do outro, é que garantiu a acolhida da teoria no Direito Constitucional Contemporâneo.⁵³

Levando em conta o espírito de liberdade vivido pela maioria das sociedades dos séculos seguintes, essa forma de pensar o Estado dividido, mas ao mesmo tempo tendo a interferência de cada poder no outro para o controle e contenção trouxe o pensamento de equilíbrio e de um governo mais justo e ponderado.

Percebe-se que a Separação de Poderes vai além do simples fato de delegar funções diferentes a setores diferentes do Estado, ela traz em seu ideal primário a

⁵¹ ALMEIDA, Luiz Antonio Freitas de. O Princípio da Separação de Poderes e Direitos Fundamentais Sociais a Necessidade de Releitura sob a Ótica de um Estado Social de Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 77/2011, p. 185 – 206. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 2011.

⁵² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 300

⁵³ RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Tripartição de Poderes na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 11, p. 16 – 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun, 1995.

garantia e preservação dos direitos fundamentais dos seres humanos. Tornando-os mais seguros e invioláveis, já que este seria a motivo essencial da existência do Estado. A ideia de se ter um governo mais justo e uma paridade maior entre governo e governado foi tão grande que a Revolução Francesa trouxe para a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” a Separação de Poderes como um dogma a ser seguido e implementado nas novas constituições que seguissem a ideia de democracia.⁵⁴

Como afirma José Afonso da Silva:

Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.09.1787. Tornou-se com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é.⁵⁵

Entretanto, é necessário entender que a Separação de Poderes ganhou força em

um pensamento de Estado Liberal, onde existia apenas a garantia dos direitos fundamentais de primeira geração, porém sem a interferência do Estado para a sua real concretização. Com a Revolução Industrial e o acúmulo de riqueza por uma classe em detrimento a outras, se percebeu a necessidade de uma maior intervenção do Estado para a garantia desses direitos. Passou-se então ao Estado Social, que tem como principal característica ações governamentais para a efetivação dos direitos fundamentais de primeira e demais gerações, como uma tentativa de retirar os direitos do plano formal e passá-lo para o plano efetivo.⁵⁶

O Brasil seguiu o pensamento de Estado Social e da separação de poderes trazida pela revolução Francesa, positivando-a em seu art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”. Nota-se com o texto constitucional, a ideia do poder constituinte da divisão de funções do Estado em três poderes, como também a intenção de evidenciar a forma como deverá ser a relação entre eles, qual

⁵⁴ BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos Poderes na Constituição Brasileira. In: **Direito Constitucional: Organização dos Poderes da República**. Clève, Clémerson Merlin; Barroso, Luís Roberto (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35-49.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 109.

⁵⁶ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A Efetivação dos Direitos Fundamentais através do Processo Coletivo: O âmbito de Cognição das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009

seja, independentes, porém, harmônicos em suas inter-relações. Além de positivada, a separação de poderes foi considerada uma cláusula pétrea pelo art.60, § 4º, sendo assim, não pode ser posta em discussão.⁵⁷

Na prática, para José Afonso da Silva, a independência se dá pelo fato de um poder não necessitar da anuência ou aprovação do outro para praticar as funções delimitadas a ele. Da harmonia se depreende duas características, qual seja a civilidade no tratamento mútuo, e o respeito à competência de cada poder. Essa independência só é quebrada pelas interferências que possam existir afim do controle para que não haja arbítrio de um poder em detrimento da coletividade, o chamado sistema de freios e contrapesos, como dito anteriormente.⁵⁸

Partindo do entendimento clássico da Separação de Poderes, a Constituição segue para a questão orgânica da divisão de tarefas, delegando a cada Poder suas funções típicas. O Executivo chefia o Estado, o Legislativo com seu sistema bicameral legisla e fiscaliza via CPIs e o Judiciário tem a função de julgar. Além de suas funções típicas, foram delegadas

a cada poder funções atípicas, como exemplo, o Executivo edita medidas provisórias com força de lei, ato que tem natureza legislativa; o Legislativo tem como função jurisdicional o julgamento pelo Senado de crimes de responsabilidade; já o Judiciário tem sua função administrativa, como o provimento dos cargos de magistrados.⁵⁹ Percebe-se com as divisões de funções, tanto típicas quanto atípicas, que o poder constituinte de 1988 usou a separação de poderes além de sua intenção costumeira de contenção do poder pelo próprio poder. Em nossa Carta Magna a separação tem também o enfoque em dar eficiência estatal na construção de uma sociedade livre.⁶⁰

Corroborando desse entendimento Meirelles Teixeira:

O princípio da separação dos poderes (ou divisão, ou distribuição, conforme a terminologia adotada) significa, portanto, entrosamento, coordenação, colaboração, desempenho harmônico e independente das respectivas funções, e ainda que cada órgão (poder), ao lado de suas funções principais, correspondentes à sua natureza, em caráter secundário colabora com os demais órgãos de diferentes naturezas, ou pratica

⁵⁷ Constituição da República Federativa de 1988

⁵⁸ MAIA, Maurilio Casas. A Separação de Poderes no Brasil Hoje. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 104/2017. P.15-35. Revista dos Tribunais

⁵⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 300

⁶⁰ MAIA, Maurilio Casas. A Separação de Poderes no Brasil Hoje. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 104/2017. P.15-35. Revista dos Tribunais

certos atos que, teoricamente, não pertenceriam à sua esfera de competência⁶¹

Denominada Constituição Cidadã, a Carta Magna brasileira apresenta um extenso rol de direitos fundamentais, que dependem exclusivamente de políticas públicas para a sua concretização, o que demonstra a necessidade de uma análise mais ampla do princípio da separação de poderes que deve ser pensado agora não em um Estado Liberal, mas sim no Estado Social de Direito vigente. Como traz Luiz Antônio de Freitas Almeida:

A Constituição brasileira possui um modelo misto de regras e princípios e deve ser interpretada sem desconsiderar o jogo de forças antagônicas da sociedade, na busca de uma ordem aberta de valores, com resguardo do seu caráter plural. Sua unidade sistêmica não se desconstrói, mas se fortalece com essa pluralidade; não se pode, portanto, diminuir a intensidade axiológica de seus preceitos com a junção indiscriminada a preceitos que matizem correntes antípodas, sob pena de anulá-los e pô-los ao jugo de determinada maioria contingente. Em linhas mais diretas, conclui-se que o extenso rol de direitos econômicos, sociais e culturais contemplados na carta constitucional representa o verniz ideológico que permeia seu corpo normativo, com influência direta sobre as demais

normas reitoras do sistema, inclusive a separação de poderes, que recebe também esse influxo em correspondência à harmonia agregadora de uma correta interpretação constitucional.⁶²

Em suma, a de se entender que mesmo a Separação de Poderes se tratando de uma cláusula pétrea, não pode ser tratada como um fator que restringe a interação entre Executivo, Legislativo e Judiciário. O único motivo razoável para se discutir uma possível violação é se dessa interação surgiu uma concentração de poder em uma das instâncias, retirando a relevância das funções típicas inerentes a tal poder.

Quando se trata de discussões acerca de direitos fundamentais dos seres humanos, a separação de poderes não pode ser uma justificativa para a não interferência judicial em sua devida aplicação.

Neoconstitucionalismo e os Direitos Fundamentais

O constitucionalismo passou por várias mudanças durante os últimos séculos, ganhando forças com o advindo do

⁶¹ TEIXEIRA Meirelles apud RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Tripartição de Poderes na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 11, p. 16 – 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun, 1995.

⁶² ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. O Princípio da Separação de Poderes e Direitos Fundamentais Sociais a Necessidade de Releitura sob a Ótica de um Estado Social de Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 77, p. 185 – 206. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 2011.

Estado Liberal e suas prerrogativas de defesa de alguns direitos, principalmente o de liberdade, e foco na organização do poder estatal. Porém, a Segunda Guerra Mundial e o holocausto trouxe o entendimento da necessidade de garantia de uma gama de direitos inerentes aos seres humanos para uma maior igualdade social, estendendo a influência do Estado em áreas que antes não se viam como necessárias. Nasce assim, o ideário de um Estado Democrático Social de Direito, e em conjunto um constitucionalismo social, ou neoconstitucionalismo.⁶³

Rafael José Nadim traz uma explicação prática:

Melhor explica-se: o Estado Democrático de Direito é tido como sucedâneo lógico do que um dia foi o Estado Liberal e depois Social, vindo à tona após a supramencionada Segunda Guerra Mundial tendo em vista a análise empírica de que mesmo o Estado nazifascista, legitimador de atrocidades genocidas, foi um Estado de Direito, e, portanto, legal, nos termos estritos de uma análise fria. Isso permitiu concluir que não basta um Estado de Direito, é preciso um Estado Democrático de Direito, representando a democracia ponto diferenciador do totalitarismo

de Hitler, Mussoline, Salazar, Franco dentre outros.⁶⁴

Em síntese, o neoconstitucionalismo é a nomenclatura dada às diversas transformações que o direito constitucional teve durante os tempos, transformações essas que ocorreram tanto no âmbito da interpretação da norma jurídica quanto em sua aplicação. O neoconstitucionalismo é um novo olhar ao teor de uma Constituição de uma forma mais filosófica e não somente positivista, é a reaproximação do Direito com a moral.⁶⁵

Importante salientar que o neoconstitucionalismo não foi desenvolvido apenas por uma linha de pensamento isolada de um único doutrinador, mas sim de um conjunto de teorias constitucionais, que inclusive discordam em alguns sentidos, porém seguem o mesmo ideal final. Como bem salienta Daniel Sarmento:

Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linha bastante heterogênea, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 107

⁶⁴ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e mínimo existencial: um**

necessário estudo dialógico. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário Eurípedes. 2012, p. 43

⁶⁵ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Vol. 29/2012. P.161-185. Jan-jun/2012.

Nino, e nenhum deles se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto entre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivas e não-positivas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Nesse quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sobre um mesmo rotulo, mas compromete a possibilidade de uma compreensão mais precisa.⁶⁶

Tendo em mente que o neoconstitucionalismo se baseia nas modificações do direito constitucional através dos tempos, Luís Roberto Barroso classificou em três aspectos as características que construíram tal fenômeno: marco histórico, marco

filosófico e marco teórico. Em síntese, o marco histórico seria o constitucionalismo pós-guerra e a concepção do Estado Constitucional de Direito. O marco filosófico consiste no pós-positivismo, com o foco nos direitos fundamentais e uma leitura moralista do direito, a procura de ir além do que é apenas norma. E ainda o marco teórico que seria a Constituição com uma eficácia maior, a ampliação de uma jurisdição constitucional e uma nova forma de interpretar a Constituição.⁶⁷

Com estes pressupostos, fica evidente o distanciamento do neoconstitucionalismo com as demais teorias já existentes, em principal do positivismo, já que volta o Direito para a moral e a política. Afasta-se também do jusnaturalismo, pois traz a importância da leitura da lei com ponderação e racionalidade, de acordo com as necessidades da sociedade.⁶⁸

Um ponto importante do neoconstitucionalismo é a crescente importância do Poder Judiciário, que sai do papel de mero aplicador da lei para protagonista, já que agora é dele a

⁶⁶ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo: riscos e possibilidades. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 10/06/2018 23:20

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 284

⁶⁸ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 64-80. Abr-jun/2008

interpretação da norma positivada, e, mais importante, se coloca como a figura de guardião da Constituição, como bem afirma Daniel Sarmento:

Outro traço característico do neoconstitucionalismo é o seu foco no Poder Judiciário. O grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. O Direito é analisado sobretudo a partir de uma perspectiva interna, daquele que participa dos processos que envolvem a sua interpretação e aplicação, relegando-se a um segundo plano a perspectiva externa, do observador. Esta obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional.⁶⁹

Se nos países Europeus essa visão neoconstitucional teve início no pós Segunda Guerra, se concretizando principalmente nas constituições da Itália e da Espanha, no Brasil essa perspectiva demorou um pouco mais para ser posta em discussão. O motivo do atraso foi o longo período de ditadura militar o qual se encontrava o país, o que

afastou o direito da moral. Neste período a ordem não era regido pela Constituição, que apenas existia no papel, mas por Atos Institucionais, que asseguravam a autoridade das Forças Armadas.⁷⁰

Com a redemocratização do Brasil, a Assembleia Constituinte se apoiou no cenário internacional, principalmente italiano e espanhol, e, com a intenção de se livrar do período autoritário que vivera promulgou uma Constituição com um rol extenso de direitos, os quais antes eram incluídos apenas os de primeira geração agora englobavam os das demais gerações como sociais, individuais, políticos, colocando-os ainda como cláusulas pétreas, impossíveis de serem modificadas. Seguindo outra linha importante do pensamento neoconstitucionalista, a Constituição de 1988 amplia a ação do Poder Judiciário, o consagrando como garantidor da devida aplicação da Constituição.⁷¹

O neoconstitucionalismo trouxe várias transformações importantes para o

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo: riscos e possibilidades.** Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 10/06/2018 23:20

⁷⁰ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico.** Dissertação de

Mestrado. Centro Universitário Eurípedes. 2012, p. 43

⁷¹ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo: riscos e possibilidades.** Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 10/06/2018 23:20

direito constitucional, que se postos em debates seria um tema inesgotável, porém após uma breve conceituação histórica nota-se que para o tema em análise nesse projeto de pesquisa, os pontos mais importantes salientados neste tópico como a maior força dada a Carta Magna, a inclusão de uma nova gama de direitos inerentes aos seres humanos, tidos como direitos fundamentais e uma ampliação da atuação do Poder Judiciário possibilita um desdobramento do tema de discussão deste trabalho mais adiante que será sobre a judicialização.

Pontuando sobre os Direitos Fundamentais, entende-se que estes estão diretamente relacionados ao surgimento do Estado Constitucional e a toda dinâmica ao processo histórico, social e econômico da humanidade.

A partir do Estado Liberal, que teve seu ápice na Revolução Francesa, surgem os princípios da garantia pelo Estado dos direitos inerente aos seres humanos. Nessa lógica os Direitos Fundamentais passam a ser normatizados com características distintas de acordo com cada dimensão, ou geração, em uma

linha do tempo sequencial de acordo com cada momento de relacionamento do homem em sociedade.⁷²

De forma resumida podemos caracterizar os direitos de primeira geração como os direitos individuais ou direito de defesa, onde o Estado não intervém em razão da autonomia individual advinda do seu poder. Por este motivo é considerado um direito de cunho negativo, uma vez que o Estado não tem poder direto de atuar na sua efetivação.⁷³

É considerado como direitos de primeira geração o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Esses direitos foram desenvolvidos principalmente no século XVII e de acordo com o momento político na história da sociedade ampliados e incorporados nas normativas legais como é o caso do direito a liberdade de expressões coletivas, participação política, entre outros. O que revela uma forte ligação destes direitos com a garantia de democracia nos sistemas políticos.⁷⁴

Já os direitos de segunda geração, desenvolvidos principalmente no século XX, estão relacionados aos impactos da

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. Curso de

Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

revolução industrial e ao agravamento das questões sociais e econômicas na sociedade. Com este advento os direitos de primeira geração já não eram suficientes para garantia do direito a igualdade e liberdade das pessoas, passa a ser imprescindível a intervenção do Estado para salvaguardar a justiça social.

75

O que diferencia os direitos de segunda geração para os de primeira é a necessidade da intervenção estatal para sua efetivação o que o torna um direito de dimensão positiva.

São considerados direitos de segunda geração: o direito à saúde, trabalho, educação, previdenciário entre outros. Como bem coloca Paulo Bonavides os direitos fundamentais de segunda geração “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-lo da razão de ser que os ampara e estimula”.⁷⁶

Considerando que a efetivação destes direitos depende diretamente da ação do Estado, via as políticas públicas, o direito de segunda geração passou por uma fase de questionamentos sobre sua finalidade,

porém com o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais inclusos nas constituições torna-se mais consistente não apenas sua aplicabilidade, mas também sua efetividade.⁷⁷

Sobre este fato Paulo Bonavides comenta:

De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tronar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.⁷⁸

Os direitos inclusos no capítulo da Seguridade Social da Constituição Federal do Brasil referente à saúde, previdência e assistência social são direito de segunda geração.

Os direitos de terceira geração surgem na perspectiva do desenvolvimento global, da necessidade humana da preservação. São direitos coletivos, difusos e trasindividuais e estão relacionados principalmente ao direito ao meio

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011

ambiente, ao desenvolvimento e à comunicação.⁷⁹

Com a globalização e o avanço do neoliberalismo novas necessidades humanas se apresentam e com ela não se exclui a necessidade de normativas legais que amplia a garantia dos direitos fundamentais, surge então os direitos da quarta geração.⁸⁰

Neste campo inclui o direito à democracia, o direito à informação e ao pluralismo. Para alguns autores os avanços tecnológico também apresentam temas para o considerado direito de quarta geração como clonagem, patrimônio genético, pesquisa com células tronco e informática.⁸¹

Judicialização e Ativismo Judicial

A constituição Federal de 1988 traz novos contornos para o Estado Democrático de Direito e o Sistema Jurídico ampliando a aplicabilidade do Direito vinculado ao conceito de justiça. Desta forma, a Constituição deixou de ser um simples documento garantidor de Direitos e passou a ser instrumento

legítimo com determinações voltadas para o Estado ao mesmo tempo em que coloca a comunidade como parte integrante do controle social e com possibilidades efetivas de participação direta da efetivação de seus Direitos Sociais. Assim, sempre que um Direito deixa de ser garantido pelas Políticas Públicas o cidadão que se sente lesado passa a contar com o Judiciário que deixou de ser distante da realidade social para ser um instrumento garantidor da efetividade das políticas públicas.⁸²

Essas mudanças, seguidas por nossa Carta Magna, vêm ao encontro das transformações mundiais, saindo do Estado Liberal para o Estado Social. Com o passar dos tempos ficou notório que o não intervencionismo e a escassez de controle dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, característico do modelo liberal, trouxeram um aumento significativo da desigualdade social.

A visão de deterioração acarretou a mudança da maneira de intervir do Estado, passando do não intervencionismo para uma conduta de

⁷⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016

⁸⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016

⁸¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016

⁸² ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de; Ana Cristina de Melo Silveira. As situações jurídicas de proteção social, a judicialização da sua efetivação e o ativismo judicial. **Universitas JUS**, v. 26, n. 1, p. 51-62, 2015.

intervenção no âmbito econômico e social a favor do bem estar social do indivíduo.⁸³

Com essa crescente do estado de bem estar social notou-se uma ascensão da justiça fundada nos direitos sociais em detrimento da política majoritária, qual seja aquela praticada pelo Legislativo e Executivo.

A partir desses acontecimentos observou-se um aumento expressivo da sociedade para ter acesso a tais garantias, seja de forma individual ou coletiva, através das políticas públicas. Em detrimento desse questionamento maior da população o Estado se viu omissos em relação à aplicação e prestação dos direitos fundamentais de segunda geração.⁸⁴

Conseqüentemente, o Judiciário passou a ser acionado como o Poder garantidor dos direitos sociais positivados na Constituição. Assim, a intervenção do Judiciário em questões que, pelo princípio da separação dos poderes seriam ligadas aos demais poderes,

passou a ser denominada de judicialização.

Para Milton Vasques Thibau de Almeida a judicialização é um movimento popular que visa à efetivação de direitos sociais por meio de decisões judiciais diante da postura de resistência do Estado em fornecê-los para a sociedade.⁸⁵

Ao conceituar o tema judicialização, Luís Roberto Barroso o descreve como um procedimento que ocorre quando questões vinculadas à política ou aos direitos fundamentais estão sendo decididos pelo poder judiciário e não nas instâncias políticas tradicionais ou já nos direitos afiançados pela Constituição Federal.⁸⁶

Para Barroso, a judicialização decorre de variadas causas, tanto no âmbito mundial quanto a causas diretamente ligadas ao sistema brasileiro. O referido autor delimita três causas principais, para que tal fenômeno tenha tido uma crescente no país.⁸⁷

⁸³ POTRICH, Felipe Bittencourt. **Efetividade dos Direitos Sociais, Reserva do Possível e seus limites.** Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/19329113> Acesso em: 27/03/2017.

⁸⁴ WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. **Revista de Processo**, vol.193, p. 577-590. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago, 2011.

⁸⁵ ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de; Ana Cristina de Melo Silveira. As situações jurídicas de proteção social, a judicialização da sua efetivação e o ativismo judicial. **Universitas JUS**, v. 26, n. 1, p. 51-62, 2015

⁸⁶ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 13, p. 71-91, 2009.

⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.

A redemocratização do país com o advento da Constituição Federal de 1988, que restabeleceu as garantias da magistratura, dando poder político de fato ao Judiciário, que deixou de ser visto como mero departamento técnico. Desta forma, mesmo em afronta aos demais poderes, o Poder Judiciário passou a ter uma abertura maior para atuar na garantia dos preceitos constitucionais e as demais legislações.

Esta redemocratização não atingiu apenas o Judiciário, afetando também o Ministério Público que não mais atua apenas na esfera penal, e também a Defensoria Pública que ganhou maior visibilidade. Claramente se nota que a sociedade brasileira passou a exigir por justiça.⁸⁸

Outra causa apontada pelo referido autor seria a constitucionalização abrangente, o qual significa integrar à Constituição matérias que antes eram discutidas apenas na seara política e em leis ordinárias. Barroso expõe que a constitucionalização de uma matéria automaticamente à torna pretensão

jurídica, ou seja, a transforma em matéria que pode ser apreciada pelo Judiciário.⁸⁹

Continuando com as causas da judicialização temos o sistema brasileiro de constitucionalidade que é tido como um dos mais completos controles, já que une o modelo americano e europeu, nas palavras do autor:

(...) desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.⁹⁰

Luis Vernech Viana também atribui o movimento crescente de judicialização ao modelo de controle de constitucionalidade implantado no país,

RDE. *Revista de Direito do Estado*, v. 13, p. 71 -91, 2009.

⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. RDE. *Revista de Direito do Estado*, v. 13, p. 71 -91, 2009.

⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.

RDE. *Revista de Direito do Estado*, v. 13, p. 71 -91, 2009.

⁹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. RDE. *Revista de Direito do Estado*, v. 13, 2009, p. 71 -91.

que despertou uma comunidade de interpretes da Constituição, qual seja: o cidadão passou a conhecer os seus direitos e busca-lo usando todos os meios disponíveis.⁹¹

Conceituado judicialização e suas causas, vale destacar que tal fenômeno e ativismo judicial não podem ser considerados sinônimos, mesmo tendo uma significativa semelhança e andarem juntos. A judicialização, em suma, seria ações judiciais interpostas contra o poder público buscando a efetivação de direitos garantidos constitucionalmente, enquanto ativismo social seria a participação do judiciário na construção de valores e fins constitucionais, interferindo na atuação dos outros poderes. De forma resumida o ativismo seria a vontade do magistrado na interpretação da Constituição.⁹²

A judicialização, portanto apenas se verifica pelo clamor popular, ou seja, para sua existência é necessário que o judiciário seja provocado, para assim conhecer e decidir acerca de direitos positivados. Ativismo judicial,

entretanto, é uma atitude, um modo de interpretação da Constituição, que, de forma proativa expande o sentido e o alcance da norma constitucional.⁹³

Portanto, o ativismo acaba sendo um desdobramento da judicialização, sem, entretanto, confundir ativismo com o papel político do magistrado, que quando passa a decidir pelo cumprimento de leis positivadas e que não estão sendo devidamente aplicados pelos demais poderes, está apenas cumprindo seu papel de guardião da Constituição, seguindo as determinações legais.⁹⁴

O notório impasse em relação à judicialização (principalmente em relação ao ativismo judicial) está ligada na legitimidade democrática, como afirmam a maioria doutrinária, que pode entrar em risco tendo um poder não eletivo (Judiciário) se colocando a frente de um poder legítimo eleito pelo voto popular (Legislativo e Executivo).⁹⁵

Embora não se tenha uma definição doutrinária em relação a se tal movimento é positivo ou negativo, a judicialização se tornou essencial para a

⁹¹ Viana, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁹² ALVES, Ivete Maria de Oliveira. Judicialização, Ativismo e efetivação de direitos fundamentais. **Revista de Direito Brasileira**, vol. 2, p. 95-119, jan-jun, 2012.

⁹³ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 13, p. 71 -91, 2009.

⁹⁴ MARGRAF, Alencar Frederico. Decisões Judiciais: Entre o Ativismo do Judiciário e a Judicialização da Política. **Revista dos Tribunais**, vol. 977, p. 213 – 240. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar, 2017.

⁹⁵ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 13, 2009, p. 71 -91.

efetividade das garantias fundamentais de segunda geração, já que é crescente a inércia dos poderes Legislativo e Executivo na aplicação de políticas públicas capazes de suprir essas necessidades sociais.

A judicialização se torna perceptivelmente válida quando a consideramos uma vontade do legislador, que coloca o Judiciário como guardião da Constituição, e não como mera presunção de vontade de tal Poder.

APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA SEGURIDADE SOCIAL

Através de todo o estudo apresentado até este momento percebe-se a evolução histórica do direito constitucional e dos direitos fundamentais sociais até sua positivação nas constituições mundo afora como também na Carta Magna pátria. Porém com o tempo também surge a problemática acerca da concretização de tais direitos e de que forma o cidadão poderá cobrá-los do Estado de uma maneira razoável.

Na Alemanha a busca no judiciário por esses direitos trouxe em pauta das maneiras e até qual ponto o Estado poderia ser cobrado, iniciando o pensamento da teoria da reserva do possível. Em contrapartida, estudiosos perceberam a necessidade de se estabelecer um mínimo de necessidades para o ser humano ter uma vida digna, o que foi denominado de mínimo existencial. Tais princípios foram trazidos para o Brasil e incluídos nas discussões ligadas ao provimento de direitos, principalmente aos direitos positivos que demandam de políticas

públicas e conseqüentemente do despendimento de recursos financeiros pelo Estado.

Teoria da Reserva do Possível

A teoria da Reserva do possível começou a ser construída, pelo que se sabe, na Corte Alemã, em um caso denominado *numerus clausus*, que discutia o direito de acesso ao ensino superior do país. Na ocasião, estudantes alemães não haviam conseguido vaga na escola de medicina de Hamburgo e Munique em decorrência de uma política de restrição de número de vagas adotada pelo país. Tal reivindicação teve como fundamento o artigo 12 da Lei Fundamental da Alemanha de 1960, que dita que todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação.⁹⁶ Fernando Facury Scaff traz, de forma resumida, o caso citado:

No caso em apreço, duas Universidades alemãs estabeleceram restrições ao acesso direto de alunos ao curso de “medicina humana” (medicina e odontologia), nos anos de 1969 e 1970. A Universidade de Hamburgo estabeleceu que as vagas disponíveis para os candidatos

⁹⁶ MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas.** Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDA-E-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br

alemães deveriam ser distribuídas na proporção de 60% segundo o curriculum do candidato, e 40% segundo o ano de nascimento, sendo possível haver a reserva de vagas para situações excepcionais, porém não limitou o número de vagas total. Já a Universidade da Bavária – ponto central do tema – estabeleceu limitação de vagas para algumas áreas do conhecimento, se isso fosse estritamente necessário à manutenção do funcionamento regular de um curso, tendo em vista a capacidade das instalações dos *campi* daquela Universidade. Foi contra estas normas que se pronunciou o Tribunal Constitucional alemão, em controle concentrado, apresentado pelos Tribunais Administrativos daqueles dois Estados-membros da Alemanha.⁹⁷

Após várias discussões, a pretensão dos estudantes foi negada pelo Tribunal Alemão, o qual entendeu que as prestações materiais do Estado para o cidadão deverão ter conformidade com o que o indivíduo poderá exigir do poder público de uma maneira razoável, ou seja, para que ocorra a efetividade dos direitos sociais que dependem de prestações financiadas pelo Estado deve-se ter como óbice a existência de recursos financeiros no orçamento público.⁹⁸

Posteriormente ao *numerus clausus*, a doutrina majoritária e a jurisprudência alemã seguiram o mesmo pensamento adotado como decisão. Toda e qualquer prestação material reivindicada contra o Estado deve ser levado em conta o que pode ser exigido da sociedade dentro da razoabilidade. Tendo esse conceito em mente, percebemos que o entendimento adotado se sobrepõe ao fator orçamento, ou seja, mesmo o Estado dispondo de recurso para garantir determinada prestação, esta não poderá ser efetivada se não estiver no limite do razoável.⁹⁹

Também se tratando do nascimento da reserva do possível, Scaff traz que tal teoria não surgiu repentinamente, foi sim, trazida pelo Tribunal Constitucional alemão de uma expressão usada por economistas denominada “Limite do Orçamento”, que tem basicamente o mesmo sentido. “O significado é o mesmo: *todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com*

⁹⁷ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 151.

⁹⁸ REIS JUNIOR, Ari Timóteo dos. A teoria da Reserva do Possível e o Reconhecimento pelo Estado de Prestações Positivas. **Revista**

Tributária e de Finanças Públicas. vol. 86/2009, p. 9 – 31, Maio - Jun / 2009.

⁹⁹ SARLET Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 29

*exigências de harmonização econômica geral.”*¹⁰⁰

Elucidado o surgimento da reserva do possível, percebe-se o seu sentido limitador, quando utiliza da razoabilidade do pedido para determinar a prestação ou não de um direito requerido ao judiciário. Porém, na sua fonte, a questão gira em torno de um conceito maior do que a questão financeira do Estado, por se tratar de um país desenvolvido e que de certa forma provê uma qualidade de vida melhor do que o quadro apresentado no Brasil.

Já no Brasil, a reserva do possível surge após um longo período ditatorial, com uma Constituição repleta de direitos antes nem pensado pelo cidadão, e que agora, passa a poder ser exigido do Estado através de políticas públicas. Baseado nesse cenário, o cidadão vendo que direitos sociais garantidos constitucionalmente não estão sendo disponibilizados pelo Executivo e Legislativo, passa a acionar o Judiciário, como garantidor da Constituição, para a efetiva prestação. Neste sentido, Ana Carolina Lopes Olsen:

¹⁰⁰ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 151

É neste ambiente que a reserva do possível tem surgido como argumento frequente em processos judiciais envolvendo a cobrança, pelos cidadãos, de prestações previstas nas normas de direitos fundamentais sociais. Ela costuma estar relacionada com a necessidade de se adequar às pretensões sociais com as reservas orçamentárias, bem como à real disponibilidade de recursos em caixa, para a efetivação das despesas. A preocupação seria conter decisões judiciais que determinavam o cumprimento das prestações previstas nas normas de direitos fundamentais sociais, muitas vezes, é válido ressaltar, sem a menor preocupação com as consequências econômicas de suas determinações.¹⁰¹

Diante desse momento inicial da “reserva do possível” no solo pátrio, nota-se a diferença entre o seu conceito inicial, usado pelo Tribunal alemão, e o aplicado nas pretensões brasileiras. Lá o limite é a razoabilidade do pedido, aqui o limite está inteiramente ligado ao custo que a demanda acarretaria ao Erário, já que os direitos sociais em sua amplitude dependem da prestação pelo Estado, conseqüentemente gera despesas no orçamento público.

Delimitado o conceito essencial da “reserva do possível”, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo

¹⁰¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 192.

trazem um tripé, por assim dizer, da dimensão que ela deve abranger:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.¹⁰²

Diante da explanação dos referidos autores, pode-se dizer que não se deve olhar a “reserva do possível” apenas no âmbito da disponibilidade orçamentária, mas também pela razoabilidade do pedido, e de que forma o alocamento de verba para concretizá-lo impactará toda a sociedade. Além de visualizar o impacto da movimentação do judiciário para julgar tal pretensão, tendo em vista que o processo gera custos ao orçamento público.

¹⁰² SARLET Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do**

Aprofundando a concepção acima, temos que os direitos sociais que necessitam de prestação devem ser relacionados a elementos da realidade, por certo não se pode exigir dos poderes públicos demandas absurdas. Além do ponto de maior importância qual seja à existência de recursos materiais.¹⁰³

É de suma importância entender esse ponto sobre os direitos sociais a prestação, já que é onde os Direitos Sociais elencados dentro as Seguridade Social se encaixam. Os denominados Direitos Sociais a prestação dependem de uma distribuição igualitária além de fruição de recursos sociais existentes, o que para alguns autores os diferenciam dos direitos de defesa, como bem salienta Paulo Caliendo:

Os direitos a prestações exibem uma nota econômica em um grau superior aos direitos de defesa, visto que muitos desses direitos se relacionam a distribuição ou redistribuição de direitos que são referenciados em recursos finitos e mesmo escassos e onde na maioria das vezes sua disposição exige uma tomada de decisão e escolha sobre que valores e bens a serem distribuídos e quais deverão ser sacrificados. Considerando, portanto, que a característica fundamental da ordem econômica é de escassez,

possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30

¹⁰³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 216-217

e não de abundância, torna-se necessário estabelecer critérios constitucionais para a satisfação do programa de maximização dos direitos fundamentais a prestações.¹⁰⁴

Para o referido autor, a maioria da doutrina constitucionalista utiliza a “reserva do possível” para limitar a efetiva concretização dos direitos fundamentais a prestações pelo Estado. Em outro ângulo, Sarlet e Figueiredo não veem a “reserva do possível” como um elemento integrante dos direitos sociais, não podendo se colocar como limite imanente dos direitos fundamentais. Se enquadrando então como espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais.¹⁰⁵

Analisando o narrado até o momento, vemos que a Constituição brasileira denominada Constituição cidadã, incluiu uma gama de direitos sociais que necessitam do despendimento de recurso para seu provimento para a população. Em um país em desenvolvimento, além de outras circunstâncias culturais que fez com que o Estado, rapidamente, se visse em um cenário de uma grande demanda de direitos prestacionais e com uma

política orçamentária que limitava a efetividade de políticas públicas para todos os cidadãos. Dessa forma, se iniciou a busca da população pelo judiciário para garantir as prestações desses direitos.

Assim, pode-se afirmar que a “reserva do possível” serve como matéria de defesa para o Estado. Já que cabe a ele a administração do erário e a implementação de políticas públicas capazes de satisfazer os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Sendo impossível a alegação da reserva do possível por um indivíduo particular.¹⁰⁶

Sendo matéria de defesa exclusiva do Estado, também cabe a ele o ônus de demonstrar a ausência de orçamento para prover o bem tutelado juridicamente, já que é praticamente impossível ao autor ter acesso às informações que comprovariam a inexistência ou existência de verbas provenientes do Estado. Corroborando com esse entendimento a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: “[...] 5. A reserva do possível não pode ser

¹⁰⁴ CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 176

¹⁰⁵ SARLET Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas

aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30

¹⁰⁶ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico**. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário Eurípedes. 2012, p. 43

apresentada como alegação genérica, destituída de provas da inexistência de recursos financeiros. Sendo assim, a não apresentação de provas pelo Estado torna a alegação do autor com maior possibilidade de ser atendida pelo judiciário.¹⁰⁷⁻¹⁰⁸

No mesmo sentido, José Reinaldo de Lima Lopes conclui: “[...] a reserva do possível é uma defesa perfeitamente legítima para os casos de litígio de direito público, especialmente quando o pedido e a decisão a beneficiar alguém em particular e de forma imediata e isolada. [...]”.¹⁰⁹

Percebe-se então que uma parte da doutrina aceita, em um formato específico, o uso pelo Estado da “reserva do possível” como um limite para os direitos prestacionais inclusos também na Seguridade Social, se a demanda é essencialmente individual, e consequentemente trará a retirada de direitos da coletividade.

Mínimo Existencial como Limite da Teoria da Reserva do Possível

Nos últimos séculos, principalmente no pós Segunda Guerra, a percepção da necessidade de garantia de um mínimo básico de direitos para a sobrevivência do ser humano é crescente no âmbito do direito constitucional. Da necessidade de garantir esses direitos fundamentais sociais, iniciou sua positivação nas Constituições que foram promulgadas na crescente do Estado Social de Direito.

Porém, a inclusão de direitos fundamentais sociais dentro do texto constitucional não avalizou de forma integral a sua devida exigibilidade. A problemática da aplicação dessa gama de direitos se deu, para alguns doutrinadores, pelo fato de serem particularmente direitos que dependem necessariamente da intervenção do Poder Legislativo, elaborando leis que proovessem políticas públicas capazes de suprir a demanda da sociedade, além de estarem diretamente ligadas aos fatores econômicos do Estado.¹¹⁰

¹⁰⁷ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico**. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário Eurípedes. 2012, p. 43

¹⁰⁸ (REsp 764.085/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 10/12/2009)”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22reserva+do+poss%EDvel%22&&b=ACOR&p=tr>

¹⁰⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 172

¹¹⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 349

A concepção do mínimo existencial nasceu, assim como a reserva do possível, na Alemanha com o jurista Otto Bachof, que na década de 50 deu um sentido novo a interpretação clássica do princípio da dignidade da pessoa humana normatizado pelo art. 1º inc. I da Lei Fundamental da Alemanha. Para Bachof tal princípio não garantia apenas a liberdade do indivíduo, já que para uma vida digna o ser humano necessita mais do que ser livre, a liberdade sem estar acompanhada com o mínimo recurso material para prover as necessidades ínfimas de uma pessoa não garante sua dignidade.¹¹¹

Além disso, Bachof entende que o direito à vida não é apenas um direito de defesa, uma proibição da destruição da existência, é, ao contrário, uma postulação ativa da garantia à vida. A tese sustentada por Bachof ganhou tanta força que influenciou uma decisão do Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, como traz Sarlet e Figueiredo:

Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (Bundesverwaltungsgericht), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito de liberdade e no direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência. Ressalte-se que apenas alguns anos depois o legislador acabou regulamentando – em nível infraconstitucional – um direito a prestações no âmbito da assistência social (art.4º, inc. I, da Lei Federal sobre Assistência Social [Bundessozialhilfegesetz]).

¹¹²

Com o já aludido até o momento, percebe-se que o mínimo existencial pode ser entendido como uma série de elementos necessários para suprir as necessidades básicas de subsistência de um ser humano. Seria então uma forma de limite entre o que é essencialmente necessário para ser considerada uma vida digna ou não.

¹¹¹ SARLET Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20

¹¹² SARLET Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível,

mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20

Independente da postulação filosófica que o princípio do mínimo social assume, é importante frisar que determinadas prestações materiais atribuídas ao Estado pela Carta Magna são cruciais na garantia de uma vida digna ao cidadão. Portanto, caso um vida humana encontre-se em risco pela omissão do Estado a presença do mínimo existencial deve ser invocado.¹¹³

No Brasil, o ideal de mínimo existencial foi trazido por Ricardo Lobo Torres, que publicou o primeiro artigo sobre o tema nos anos seguintes a promulgação da Constituição Cidadã no Brasil. Para ele a discussão da garantia de um mínimo social vem como debate secundário ao da tese de indivisibilidade dos direitos humanos, que de forma resumida consiste na tese de vários autores internacionais que os direitos sociais não podem se desligar dos direitos fundamentais, já que são necessários para sua efetivação. Para ele, que corrobora das ideias de J.J. Gomes Canotilho, tal sustentação não melhora a situação da eficácia dos direitos sociais,

apenas aumenta a demanda judicial em relação ao tema:

A tese de indivisibilidade dos direitos fundamentais chega a alguns impasses: não consegue resolver o problema da eficácia dos tais direitos fundamentais sociais sem a intermediação do legislador; banaliza a temática dos direitos da liberdade sem fortalecer a dos direitos da justiça; apoia-se na ideia de “justiça social”, que postula a distribuição da riqueza social entre classes, mas não leva à adjudicação de parcelas dessa riqueza a indivíduos concretos; tenta substituir as políticas públicas pela subsunção no processo judicial, atitude típica do bacharelismo; amortece a dimensão reivindicatória da cidadania; busca, enfim a própria quadratura do círculo.¹¹⁴

Torres, não discute a importância de determinar um mínimo existencial, em seus trabalhos ele apenas aponta o caráter jusfundamental que lhe implica, e faz uma crítica à busca dos direitos sociais que extrapolem o mínimo, a respeito desses a avaliação para efetiva prestação deve ser feita de acordo com a elaboração de políticas públicas e com o orçamento para tal demanda.

De fato, o mínimo existencial está inteiramente ligado ao que é necessário

¹¹³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível.** Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 349

¹¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo

Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 67

para a vida de um ser humano. Em um ambiente onde existe certo tipo de privação e exclusão de um setor da sociedade, como é o caso do Brasil, a garantia vem através da normatização de direitos sociais. Um exemplo prático da tentativa de garantia constitucional do mínimo de subsistência para o indivíduo em solo pátrio é o art. 7º, IV, que prevê o salário mínimo, para que o cidadão tenha acesso à alimentação, moradia, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.¹¹⁵

Logo, entendendo que os direitos fundamentais sociais tem sua aplicabilidade condicionada há alguns fatores como a reserva do possível, o direito ao mínimo existencial é a exceção, já que garante o direito fundamental à liberdade. Outro ponto importante é sua aplicabilidade imediata, sem a necessidade de intervenção do Poder Legislativo, mesmo que isso cause um gasto não planejado no orçamento público. A dificuldade consiste em determinar o que se enquadraria como mínimo existencial, trazendo a discussão para o judiciário, que passa a ter a responsabilidade, através de jurisprudências, de fazê-lo.¹¹⁶

Analisando a Constituição pátria, não se encontra o mínimo existencial como direito fundamental expressamente codificado. Porém sua interpretação se baseia nos direitos que integram a Constituição e nos princípios de interpretação da norma, além da influência do direito constitucional alemão. Como explanam Sarlet e Figueiredo:

No caso do Brasil, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, caput), no que a nossa carta de 1988 resgatou o que já proclamava a Constituição de Weimar, de 1919. De outra parte, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo, dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado. Por outro lado, a previsão de direitos sociais não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio

¹¹⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível.** Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 349

¹¹⁶ CASTRO, Ione Maria Domingues de. **Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

mínimo existencial, notadamente para alguns efeitos específicos.¹¹⁷

A problemática que envolve o mínimo existencial é sua própria quantificação, ou seja, até que limite pode ser considerado uma necessidade básica de um direito social para a garantia da dignidade humana. Além disso, sua jusfundamentabilidade e a sua ligação com os direitos sociais trás a visão de direito prestacional, e de direito de ação, que pode ser posto em análise pelo judiciário se um cidadão entender que o poder público não está o provendo da maneira correta.¹¹⁸

De toda forma, a reserva do possível não pode se opor ao mínimo existencial, se este for realmente demonstrado. Há de se chegar a um meio termo, se pensar de uma forma unificada entre os princípios, já que a validade dos dois para a garantia dos direitos fundamentais sociais é incontestável.¹¹⁹

Reserva do Possível e Seguridade Social

A seguridade Social e seu tripé de direitos fundamentais sociais se inserem na concepção de direitos de segunda geração, e, a partir desta constatação pode-se afirmar o seu conteúdo positivo e a necessidade da intervenção estatal por meio de políticas públicas, já que são direitos prestacionais. Tomando como base o conceito de direitos sociais fundamentais e seu caráter positivo, passa-se a análise da aplicação do princípio da reserva do possível dentro da saúde, da previdência e da assistência social.

A saúde, dentre os três direitos sociais discutidos, é o que mais é levado em discussão no judiciário brasileiro. As pretensões mais comumente encontradas nas jurisprudências são em relação ao fornecimento de medicamentos, leitos em hospitais ou cirurgias. A busca da sociedade pelo judiciário para cobrar prestações dentro da saúde, teve seu

¹¹⁷ SARLET Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 25

¹¹⁸ CASTRO, Ione Maria Domingues de. **Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹¹⁹ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico**. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário Eurípedes. 2012, p. 158

início nos anos noventa por pacientes soropositivo que almejavam o fornecimento de medicações pelo poder público. De início, as pretensões foram negadas com o pretexto da necessidade de uma regulamentação mais concisa em relação ao fornecimento desse tipo de medicação.¹²⁰

Esse direito, que está elencado nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, dita que a saúde é um direito de todos e o dever é do Estado de prover políticas sociais para o acesso universal. Porém a doutrina entende que o que pode ser posto em discussão no judiciário é o que chamam de saúde básica, que seria o mínimo existencial dentro do tema. Por saúde básica entende-se a preventiva e a restauradora, principalmente.¹²¹

A partir da ânsia da sociedade por tratamentos e a concepção do mínimo existencial, o judiciário começou uma mudança no pensamento existente, e, apenas pelo inscrito na Constituição Federal e sem a necessidade de norma inferior regulamentadora, passou a reconhecer a obrigatoriedade do Estado na realização de políticas públicas na

área da saúde, garantindo o entendimento de que todos os direitos positivos que necessitam da prestação, principalmente o da saúde, do Estado podem ser postos em discussão no judiciário. Porém, essa judicialização de políticas públicas, gera vários debates, como traz Ana Carolina Lopes Olsen:

Este comportamento é alvo de diversas críticas, dentre as quais destaca-se aquela que imputa às decisões judiciais que determinam o Estado a realização de determinadas prestações materiais o comprometimento de políticas públicas administrativas que buscam organizar a distribuição destas prestações à população. Assim, “uma ordem judicial impondo a entrega de remédio para um determinado postulante acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontrava devidamente cadastrado junto ao centro de referência”.¹²²

Percebe-se então que os debates acerca da judicialização nas questões ligadas aos direitos prestacionais estão diretamente relacionados à questão da grande demanda por bens sociais, por estarmos em um país em desenvolvimento e com uma sociedade maioritariamente de baixa e média renda,

¹²⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível.** Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 240

¹²¹ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico.** Dissertação de

Mestrado. Centro Universitário Eurípedes. 2012, p. 158

¹²² OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível.** Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 241

e principalmente, com o impacto que o custo de um benefício dado a um indivíduo gerará em detrimento de outro, ou da coletividade em si, já que a prestação depende de demanda orçamentaria.

Com a constituição de 1988 a Assistência Social ganha status de política pública e consolida sua natureza jurídica como direito do cidadão e dever do estado, porém direcionada a quem dela necessitar. Neste novo cenário a assistência social promove sua travessia do assistencialismo na sua prática para o campo dos direitos garantidos constitucionalmente.

A assistência social como direito passa a ser reconhecida nacionalmente e internacionalmente com o Estado Social assumindo o dever em cumprir a legislação e os compromissos internacionais os quais o país é signatário em relação ao respeito e à promoção da dignidade humana. Os necessitados por outro lado passam a ter instrumentos para reivindicar o fiel cumprimento do direito regulamentado.¹²³

Após a Constituição de 88 o grande passo para a afirmação da assistência

social no campo do direito foi a promulgação da Lei Orgânica da Assistência Social, lei nº 8.742 de 1993 que dentre outros princípios, garantiu o mínimo de proteção aquela pessoa impossibilitada de ser atendida principalmente pela política da previdência social.¹²⁴

Dentre as normas e organizações da assistência social detalhadas na Lei Orgânica de Assistência Social referente a sua prestação, a lei regulamentou também os artigos 6º e 203 da Constituição Federal e instituiu o Benefício de Prestação Continuada para proteger o vulneráveis idosos e deficientes sem caráter de contribuinte do sistema previdenciário a garantia da concessão de um benefício assistencial para suprir suas necessidades básicas.

Em linhas gerais o benefício de prestação continuada é concedido aos idosos acima de 65 anos e aos deficientes com incapacidade comprovada e que a renda per capita seja inferior a ¼ do salário mínimo, este benefício corresponde a

¹²³ Concurso de artigos jurídicos: direito e assistência social /[Organizado por] Simone Aparecida Albuquerque, Karoline Aires Ferreira Olivindo, Sandra Mara Campos Alves -- Brasília, DF: Fiocruz Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2015.

¹²⁴ Concurso de artigos jurídicos: direito e assistência social /[Organizado por] Simone Aparecida Albuquerque, Karoline Aires Ferreira Olivindo, Sandra Mara Campos Alves -- Brasília, DF: Fiocruz Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2015.

uma renda mensal no valor de um salário mínimo vigente.¹²⁵

Como pode ser entendida a prestação dos serviços da política de assistência social esta condicionada a comprovação da hipossuficiência do cidadão ou de sua família, ela possui o caráter universal enquanto direito, porém sua oferta depende de comprovação de que realmente a pessoa ou família enquadra nos critérios pré-estabelecidos para sua concessão.

Na assistência social a judicialização ocorre principalmente em relação ao BPC – Benefício de Prestação Continuada quanto ao seu critério de renda, previsto legalmente, para sua concessão. As alegações consideram que o valor de renda definido na legislação deveria servir apenas como parâmetro e não como limite absoluto para definir a concessão ou não do benefício.

Diferentemente da Saúde e da Assistência Social, a Previdência enquanto direito constitucional possui uma característica de seguro e sua concessão esta intrinsecamente relacionada a condição de contribuinte,

ou seja, para acessar o direito a previdência o cidadão carece de pagar antecipadamente por este direito.¹²⁶

Em relação ao direito a previdência Lazari esclarece:

Como a Previdência Social foi relacionada, (...) com o direito social de perceber remuneração pelo trabalho – e, por isso, incluído no “mínimo”, fica difícil, em termos práticos, estabelecer uma “série” de questionamentos dialógicos como se tem feito até agora. Afinal, se trata de haver enquadramento ou não nas condições já legisladas sobre questões previdenciárias. Se sim, que o judiciário apenas faça cumprir a lei (veja-se que nada há de “ativismo” aqui), por mera subsunção; se não, que se negue o pedido por ausência de direito adquirido.¹²⁷

Percebe-se então, que nos casos relacionados à Previdência o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado como matéria de defesa pelo Estado para o não provimento de algum benefício. De início por ser um direito adquirido pela contribuição do próprio beneficiário, outro motivo seria a existência de uma legislação infraconstitucional específica que delimita as situações em que o indivíduo

¹²⁵ Concurso de artigos jurídicos: direito e assistência social / [Organizado por] Simone Aparecida Albuquerque, Karoline Aires Ferreira Olivindo, Sandra Mara Campos Alves -- Brasília, DF: Fiocruz Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2015.

¹²⁶ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e mínimo existencial: um**

necessário estudo dialógico. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário Eurípedes. 2012, p. 158

¹²⁷ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico.** Dissertação de Mestrado. Centro Universitário Eurípedes. 2012, p. 158

terá tal direito provido. Por fim, por se tratar de um direito que adquire também a concepção de um mínimo existencial, já que o beneficiário da previdência teve, por algum motivo externo, seu direito ao trabalho cessado e depende dos valores percebidos pelo seguro para continuar sua vida com o mínimo de dignidade.

CONCLUSÃO

O Brasil seguiu os passos do Direito Internacional quando promulgou a Constituição Federal de 1988, tida como a Constituição Cidadã ela traz a visão do Poder Constituinte de deixar para trás os anos de autoritarismo vivenciado através do regime militar, onde não existia uma legislação específica para a garantia de direitos que assegurassem a dignidade humana, e iniciando um Estado Democrático e Social de Direito com um extenso rol de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Assim como os direitos fundamentais de primeira geração, que já eram garantidos em um Estado Liberal positivou-se também direitos fundamentais de segunda geração, que são em sua maioria direitos positivos, ou seja, dependem da intervenção do Estado para a sua devida prestação, gerando custos ao erário. Dentro dos direitos de segunda geração

se enquadram os direitos à saúde, a previdência e a assistência social.

A intenção de se garantir no texto constitucional tais direitos é notória, porém, em um país em desenvolvimento como o Brasil e onde as políticas públicas para se efetivarem direitos prestacionais dependem diretamente de planos orçamentários trouxe o descontentamento da população em se ter direitos garantidos entretanto não concretizados. A partir desse contexto surgiu o fenômeno da judicialização, onde o cidadão se valendo do direito de ação passou a buscar no judiciário as demandas que lhe eram pertinentes.

A judicialização na questão dos direitos fundamentais trouxe em pauta o debate sobre a Separação dos Poderes, incluído como cláusula pétrea na Constituição de 1988, e que determina as funções típicas de cada poder objetivando que nenhum poder seja absoluto. A pesquisa doutrinária demonstrou que a Separação dos Poderes não pode ser invocada nos casos em estudo, já que as decisões judiciais que tratam de direitos fundamentais se baseiam na função típica do judiciário em aplicar o que já está imposto como norma legal, ou sua função atípica de fiscalizar os demais poderes da efetivação das leis constitucionais.

Solucionado sobre a questão da Separação dos Poderes passou-se a discussão do tema principal, qual seja se a judicialização promove o devido uso da reserva do possível dentro das decisões que envolvem os direitos elencados na Seguridade Social.

A partir de todo o conceito abordado percebe-se que a reserva do possível é usada pelo Estado como fundamento para o não provimento de políticas públicas em razão de não se ter orçamento para tal demanda. Em contrapartida existe o mínimo existencial a ser assegurado ao cidadão para que este consiga ter uma vida digna. O poder judiciário deve ver com cautela a linha tênue entre os dois princípios, e a partir de uma análise completa tomar uma decisão.

Conclui-se que a reserva do possível poderá ser usada, nos casos relacionados a saúde, em que o objeto almejado por um único indivíduo ultrapasse o considerado mínimo existencial para a jurisprudência e coloque em risco o provimento dos direitos básicos a coletividade.

Já em relação a previdência e a assistência social, nesse caso ao benefício de prestação continuada, a reserva do possível não pode ser invocada. Em relação ao primeiro direito, a não invocação se deve á sua relação direta ao direito ao trabalho e por seu caráter contributivo. Já em relação ao BPC, a não invocação se dá pelo fato de já ser considerado um mínimo existencial, sem poder ser diminuído.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luiz Antonio Freitas de. O Princípio da Separação de Poderes e Direitos Fundamentais Sociais a Necessidade de Releitura sob a Ótica de um Estado Social de Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 77/2011, p. 185 – 206. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 2011.

ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de; Ana Cristina de Melo Silveira. As situações jurídicas de proteção social, a judicialização da sua efetivação e o ativismo judicial. **Universitas JUS**, v. 26, n. 1, p. 51-62, 2015.

ALVES, Ivete Maria de Oliveira. Judicialização, Ativismo e efetivação de direitos fundamentais. **Revista de Direito Brasileira**, vol. 2, p. 95-119, jan-jun, 2012.

AZEVEDO, Frederico José Pinto de. **Novos tempos na judicialização das políticas públicas**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-15/segunda-leitura-novos-tempos-judicializacao-politicas-publicas#top> Acesso em: 29/03/2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 107

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 13, p. 71 -91, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011

BOSCHETTI, Ivanete. A política da seguridade social no Brasil. In: **Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais**. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos Poderes na Constituição Brasileira. In: **Direito Constitucional: Organização dos Poderes da República**. Clève, Clèmerson Merlin; Barroso, Luís Roberto (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35-49.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 176

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A Efetivação dos Direitos Fundamentais através do Processo Coletivo: O âmbito de Cognição das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 300

Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 151

- GLASENAPP, Ricardo Bernd. **Direito Previdenciário**. Brasil: Pearsons, 2015.
- GONÇALVES, Mariarosa Costa. Seguridade Social. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 139, p. 325 – 333. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2010.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. Salvador: Juspodivm, 2006.
- LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico**. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário Eurípedes. 2012, p. 43
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 172
- Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20
- MAIA, Maurilio Casas. A Separação de Poderes no Brasil Hoje. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 104/2017. P.15-35. Revista dos Tribunais
- MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br
- MARGRAF, Alencar Frederico. Decisões Judiciais: Entre o Ativismo do Judiciário e a Judicialização da Política. **Revista dos Tribunais**, vol. 977, p. 213 – 240. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar, 2017.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2014.
- MOREIRA, Reinaldo Daniel. A efetivação dos Direitos Sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol.75, p. 309-334. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun, 2011.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 192.
- POTRICH, Felipe Bittencourt. **Efetividade dos Direitos Sociais, Reserva do Possível e seus limites**. Disponível em: < www.agu.gov.br/page/download/index/id/19329113> Acesso em: 27/03/2017.
- REIS JUNIOR, Ari Timóteo dos. A teoria da Reserva do Possível e o Reconhecimento pelo Estado de Prestações Positivas. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. vol. 86/2009, p. 9 – 31, Maio - Jun / 2009.
- RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Tripartição de Poderes na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 11, p. 16 – 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun, 1995.

SARLET Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. . In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013,

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo: riscos e possibilidades. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-ossibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 10/06/2018 23:20

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 151.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 109.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Vol. 29/2012. P.161-185. Jan-jun/2012.

TEIXEIRA Meirelles apud RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Tripartição de Poderes na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 11, p. 16 – 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 67

Viana, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. **Revista de Processo**, vol.193, p. 577-590. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago, 2011.