

UNIVERSIDADE TECNOLÓGICA FEDERAL DO PARANÁ
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE GESTÃO E ECONOMIA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL

LUMA SCHARAIBER LOBO

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A POSIÇÃO DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ EM RELAÇÃO À RESERVA DO
POSSÍVEL**

MONOGRAFIA DE ESPECIALIZAÇÃO

TELÊMACO BORBA - PR

2018

LUMA SCHARAIBER LOBO

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A POSIÇÃO DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ EM RELAÇÃO À RESERVA DO
POSSÍVEL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista na Pós Graduação em Gestão Pública Municipal, Modalidade de Ensino à Distância, da Universidade Tecnológica Federal do Paraná- UTFPR- *Campus* Curitiba- Polo Telêmaco Borba- PR
Orientadora: Profa. Ana Cristina Macedo Magalhães

TELÊMACO BORBA- PR

2018



Ministério da Educação
Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Diretoria de Pesquisa e Pós-Graduação
Especialização em Gestão Pública Municipal



TERMO DE APROVAÇÃO

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
PARANÁ EM RELAÇÃO À RESERVA DO POSSÍVEL

Por

LUMA SCHARAIBER LOBO

Monografia apresentada às 17:30, do dia 2 de agosto de 2018, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista no Curso de Especialização em Gestão Pública Municipal, Turma, ofertado na modalidade de Ensino a Distância, pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Câmpus Curitiba. O candidato foi arguido pela Banca Examinadora composta pelos professores abaixo assinados. Após deliberação, a Banca Examinadora considerou o trabalho APROVADO.

Ana Cristina Macedo Magalhães
UTFPR - Curitiba
(orientador)

Rogério Alon Duenhas
UTFPR - Curitiba

Joao Mansano Neto
UTFPR - Curitiba

À Deus, pois é nele que encontrei a força necessária para chegar até essa etapa da minha vida. Aos meus pais Valdeci Moreira Lobo e Eli Maria Scharaiber Lobo, que são a fonte da minha existência. À minha amada e querida avó Juraci Rodrigues Betim, fonte de bondade, força e esperança. E ao meu esposo Maycon Henrique Borges pelo apoio, compreensão e pela generosidade na entrega das horas subtraídas de sua companhia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que me deu o dom da vida e que me permitiu que concluir mais uma etapa da minha vida acadêmica.

A minha orientadora, Professora Ana Cristina Macedo Magalhães pelo apoio, orientação, compreensão e auxílio na elaboração deste trabalho.

Aos meus pais Eli Maria Scharaiber, Valdeci Moreira Lobo e a minha vó Juraci Rodrigues Betim pelo incentivo e apoio incondicional.

Ao Maycon Henrique Borges, meu esposo, companheiro e amigo, que me apoiou e me incentivou durante todo o curso.

Aos meus amigos Erik Ribeiro Borges e Thaize Carvalho de Oliveira, que me ajudaram durante todo o curso e me deram força nas horas mais difíceis.

A tutora presencial Patrícia Ferreira Kuhnen que sempre esteve disposta em nos ajudar, esclarecendo todas as nossas dúvidas da melhor maneira possível.

RESUMO

LOBO, Luma Scharaiber. **A judicialização das Políticas Públicas e a Posição do Tribunal de Justiça do Paraná em relação à Reserva do Possível**. 38f. Monografia (Especialização em Gestão Pública Municipal) – Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Telêmaco Borba, 2018.

O presente estudo tem como principal objetivo compreender a aplicabilidade da cláusula da Reserva do Possível, utilizada como meio de defesa pela administração pública em demandas judiciais. A questão de pesquisa é qual o limite da utilização do argumento da Reserva do Possível empregado pelo gestor público para não cumprir uma decisão judicial. O estudo se inicia apresentando a origem da expressão Reserva do Possível, tanto em âmbito mundial como em âmbito nacional. Além disso, é abordado sobre o momento histórico do Brasil quando do surgimento da referida expressão. Na sequência é feita uma abordagem quanto ao conceito da expressão Reserva do Possível, bem como sua fundamentação legal. Em seguida é comentado sobre a Reserva do Possível na jurisdição brasileira, fazendo uma análise do tema com os direitos sociais. Além disso, são traçados apontamentos sobre a reserva do possível e o mínimo existencial e a proibição do retrocesso, temas muito importantes para análise da aplicação do tem nos casos concretos. Por fim, através de casos exemplificativos, é feito uma análise da atual posição do Tribunal de Justiça do Paraná quanto a aplicação da cláusula da Reserva do Possível em casos concretos.

Palavras-chave: Reserva do Possível- Políticas Públicas-Judicialização- Tribunal de Justiça do Paraná

ABSTRACT

LOBO, Luma Scharaiber. **The judicialization of Public Policies and the Position of the Court of Justice of Paraná in relation to the Reserve of the Possible.** 38f. Monograph (Specialization in Municipal Public Management) - Federal Technological University of Paraná, Telêmaco Borba, 2018.

The present study has as main objective to understand the applicability of the clause of the Reserve of the Possible, used as means of defense by the public administration in lawsuits. The question of research is what the limit of the use of the argument of the Reserve of the Possible employed by the public manager to not comply with a judicial decision. The study begins by presenting the origin of the expression Reserve of the Possible, both globally and nationally. In addition, it is approached about the historical moment of Brazil when the expression appeared. Following is an approach to the concept of the term Reserve of the Possible, as well as its legal basis. Then it is commented on the Reserve of Possible in the Brazilian jurisdiction, making an analysis of the theme with the social rights. In addition, notes are drawn on the reserve of the possible and the minimal existential and the prohibition of retrocession, very important subjects for analysis of the application of the has in concrete cases. Finally, through exemplary cases, an analysis is made of the current position of the Court of Justice of Paraná regarding the application of the clause of the Reserve of the Possible in concrete cases.

Keywords: Possible Reserve- Public Policies-Judicialization- Paraná Court of Justice

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....	11
2.1	RESERVA DO POSSÍVEL	11
2.1.1	A Origem da Reserva do Possível na Alemanha	11
2.1.2	A Reserva do Possível no Brasil	13
2.1.3	Conceito e Fundamentação	16
2.2	A RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	20
2.2.1	A reserva do possível e os direitos sociais.....	20
2.2.2	A Reserva do Possível e o Mínimo Existencial	23
2.2.3	Da Proibição do Retrocesso.....	25
3	METODOLOGIA.....	28
4	A POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ EM RELAÇÃO À RESERVA DO POSSÍVEL	31
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
	REFERÊNCIAS.....	39

1 INTRODUÇÃO

Diante da grande gama de direitos fundamentais previstos em nosso sistema normativo e a implementação fática desses direitos, surgem diversos obstáculos.

Além dos desafios do âmbito jurídico, variadas questões como políticas, econômicas e sociais, podem comprometer a efetiva materialização dos direitos fundamentais no plano da realidade fática.

Nessa linha, para se referir a todas as essas dificuldades que acercam a implementação dos direitos fundamentais sob a inspiração da cláusula civilista de que ninguém é obrigado a fazer o impossível, a doutrina se utiliza da expressão reserva do possível, que é muito utilizada pela administração pública como matéria de defesa, a fim de se abster de cumprir decisões judiciais que determinam a implantação de alguma política pública.

Nas ações em que se busca do Poder Judiciário prestações de educação ou saúde, a decisão favorável ao demandante pode ser proferida em dois sentidos, um determinando ao ente estatal que promova a política pública que deveria ter sido realizada nos termos da dotação orçamentária destinada para tanto ou outro determinando o ente estatal cumprir a decisão independente da previsão orçamentária. O que se percebe é que muitas vezes os gestores públicos se utilizam do argumento da reserva do possível para deixar de cumprir determinação judicial acerca de uma política pública, principalmente relacionada a direito social onde estão em jogo os direitos fundamentais do indivíduo, e por outro lado o equilíbrio financeiro da administração municipal. Justamente por isto, houve um interesse acerca da pesquisa, porque muitas das vezes a administração pública não dispõe de recursos suficientes e orçados para atender o comando judicial, de modo que surge esse grande dilema.

Deste modo, a questão de pesquisa do presente trabalho é qual o limite da utilização do argumento da Reserva do Possível empregado pelo gestor público para não cumprir uma decisão judicial.

Além disso, o objetivo geral do trabalho é compreender o debate acerca do afastamento ou não da reserva do possível no caso concreto, tendo como base casos julgados pelo Tribunal de Justiça do Paraná. Mas, para isso, é necessário conceituar o tema reserva do possível. Fazer um comparativo entre as diversas posições dos autores quanto a aplicação da reserva do possível no caso concreto,

principalmente quando se trata de políticas públicas que envolvem direitos fundamentais. Além disso, analisar a posição do Tribunal de Justiça do Paraná em casos julgados pelo Tribunal, quanto o acolhimento ou não, do argumento da reserva do possível no que tange a aplicação das políticas públicas.

No presente trabalho, a metodologia a ser utilizada no trabalho quanto aos objetivos é descritiva na medida em que será analisado as diversas opiniões e conceitos sobre o tema, estudando as particularidades sobre o assunto estudado em profundidade. No que se refere ao meio de pesquisa, foi empregado a pesquisa bibliográfica, uma vez que foi analisado as posições da doutrina e artigos científicos quanto ao tema. Além disso foi analisada a jurisprudência do Tribunal de Justiça quanto ao tema com a análise de casos concretos julgados pelo Tribunal.

Da análise dos julgados do Tribunal de Justiça do Paraná, percebeu-se uma posição consolidada quanto ao tema, no sentido de que a Reserva do Possível não é oponível quando se trata de direitos que envolvem a dignidade da pessoa humana.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

No presente capítulo será feita uma pesquisa bibliográfica a fim de analisar a origem da expressão Reserva do Possível. Além disso, será verificado quando a expressão passou a ser utilizada no Brasil e o contexto histórico que o país vivia na época.

Na sequência, com base na pesquisa bibliográfica realizada será conceituado a expressão Reserva do Possível, bem como será analisado a sua fundamentação jurídica, mostrando em quais diplomas legais a expressão encontra respaldo legal.

2.1 RESERVA DO POSSÍVEL

2.1.1 A Origem da Reserva do Possível na Alemanha

A expressão Reserva do Possível teve origem na Alemanha no ano de 1972, por meio da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso conhecido como *Numerus Clausus*. Nesse sentido foram as palavras de Pereira (2014).

A negativa da tutela de direitos fundada no argumento da impossibilidade de atendimento simultâneo a todos por parte do Estado, nos tribunais brasileiros não é recente. Atribui-se, porém, ao julgado *números clausus*, proferido pela Corte Constitucional alemã, em 1972, o uso pioneiro do termo *reserva do possível*, dotando a ideia daquilo que o sujeito pode *razoavelmente* esperar do Estado. (PEREIRA, 2014, p. 23)

O referido processo discutia o direito ao acesso ao ensino superior, onde dois estudantes reivindicavam vagas no curso de medicina.

Os estudantes argumentavam que tiveram seus acessos às instituições de ensino, negados pelas Cortes Administrativas, sob a alegação de que o número de vagas ofertadas pelo Estado era inferior ao número de candidatos, bem como diante das regras *numerus clausus* que estabeleciam determinados requisitos para o ingresso nas universidades.

Diante de tais fatos os referidos estudantes recorreram à Corte Constitucional Alemã, pleiteando a manifestação do órgão jurisdicional quanto a compatibilidade entre a regra *numerus clausus* e a Constituição.

Vê-se o que a autora Pereira (2014) escreveu sobre o assunto:

No caso *numerus clausus*, dois estudantes pleiteavam vagas no curso de medicina, nas universidades das províncias de Bavária e Hamburgo. Tiveram, porém, seu acesso à instituição de ensino superior negado em razão do número de vagas disponíveis ser insuficiente para a demanda correspondente. Essa restrição encontrava legitimidade nas regras *numerus clausus* para as universidades, as quais fixavam requisitos específicos ao ingresso no ensino superior. Assim, após acionados pelos candidatos, as Cortes Administrativas solicitavam à Corte Constitucional manifestação acerca da compatibilidade das regras *numerus clausus* com a Constituição, vez que presente a possibilidade de violação do art. 12, I, da Lei Fundamental de Bonn. (PEREIRA, 2014, p. 23)

Ao decidir o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que “o direito de acesso ao ensino superior não poderia ficar a cargo exclusivo das definições internas do Estado, cabendo ao indivíduo exigir o cumprimento daquilo que minimamente seria razoável exigir-se do Estado- algo nos limites do razoável” (FERNANDES, 2017, p. 702).

Novelino (2012) ao escrever sobre a decisão do Tribunal Constitucional Alemão disse o seguinte:

Apesar do direito fundamental à educação não estar consagrado expressamente na Constituição Alemã, o Tribunal entendeu que a liberdade de escolha profissional exigia, em certa medida, o acesso ao ensino universitário. Não obstante, na decisão ficou estabelecido que a prestação reclamada deveria corresponder ao que *o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade*, cabendo ao legislador, em primeiro plano, avaliar quais interesses da coletividade devem ser prioritariamente atendidos pelo orçamento, em *razão da reserva do possível*. (NOVELINO, 2012, p. 634)

Pereira (2014), dando continuidade sobre o tema afirmou que:

O Tribunal não admitiu, porém, foi que a vaga *em si*, no curso superior, fosse considerada direito subjetivo, sindicável em juízo. Assim, entendeu que as regras *numerus clausus* não violam o direito à livre escolha da profissão, assegurado, conforme o art. 12 § 1º, al. 1 da Constituição alemã, mas sim, restringiam o *acesso*, propriamente dos candidatos às vagas almejadas. (PEREIRA, 2014, p. 25)

Concluindo, Nunes (2017) escreveu o seguinte.

A partir disso, a reserva do possível (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para doutrina majoritária, quanto para jurisprudência constitucional da Alemanha) a ideia de que os direitos sociais as prestações materiais dependem da real disponibilidade dos recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. (2017, p. 1.054)

Sendo assim, se nota que a decisão da Corte Alemã, trouxe a noção de que a efetividade dos direitos sociais depende da capacidade financeira do Estado, tendo em vista que as prestações materiais são custeadas pelos cofres públicos.

2.1.2 A Reserva do Possível no Brasil

No que tange o tema da reserva do possível no Brasil, se verifica que a sua utilização foi abordada de maneira distinta ao que ocorreu na Alemanha, tendo em vista que nosso ordenamento jurídico prevê vários direitos fundamentais.

Além disso o momento de transição econômica que o país enfrentava, onde o investimento mesmo em áreas importantes era reduzido, o tema passou a ganhar destaque nos tribunais nacionais. Nesse sentido são os ensinamentos de Pereira (2014):

Há um fator relevante, que é o papel desempenhado pelo Estado na proteção dos direitos fundamentais, em vista da presença de direitos sociais constitucionalmente assegurados, no ordenamento pátrio. Para além desse fator, no período em que a reserva do possível começou a ganhar visibilidade nos tribunais brasileiros, o país passava por uma transição econômica, sendo que os investimentos mesmo nas áreas prioritárias, eram reduzidos. Por essa razão, e como já mencionado, é que não se pode, igualmente, e ao contrário do que experienciado na Alemanha, afirmar que o Estado já vinha empenhado na maior medida possível os recursos necessários para o atendimento de suas obrigações. (PEREIRA, 2014, p. 30)

O momento histórico do Brasil em que surgiu a reserva do possível também foi ilustrado por Lopes (2008).

A reserva do possível não é uma novidade absoluta, embora seu enquadramento no direito constitucional torne-se particularmente

distinto hoje em dia. Tornou-se expressão corrente em um contexto bastante determinado e dentro de tal contexto deve ser entendida, explicada e explorada. O contexto é o dos benefícios sociais, transformados em direitos fundamentais a partir do constitucionalismo dito social ou liberal social da segunda metade do século XX. (LOPES, 2008, p. 173)

Sendo assim se conclui que o surgimento da reserva do possível no Brasil ocorreu em um momento onde a efetivação dos direitos sociais, encontravam diversos obstáculos. Vê-se o que Pereira (2014) escreveu sobre assunto.

Com efeito, a reserva do possível surge num momento em que as propostas do Estado Social enfrentavam grandes dificuldades para serem cumpridas, o que distancia o argumento daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar do Estado. Havia compromissos a serem cumpridos perante a comunidade internacional, e os compromissos internos sofreram os efeitos desta escolha. (PEREIRA, 2014, p. 32)

O denominado Estado social tem como principal característica a atuação estatal na satisfação das necessidades sociais, por meio de programas e serviços nesta área, com a finalidade de garantir uma igualdade material aos cidadãos. Nesse sentido Pereira (2014) escreveu sobre o assunto:

Esse Estado social, cujos contornos forma delineados já na Constituição de 1934, tem como marca bastante evidente a concepção do Estado enquanto provedor dos elementos que darão satisfação as necessidades sociais, mediante programas, ações e serviços nessa área. A proposta do Estado Social é, justamente, que sejam fornecidas aos cidadãos as prestações que darão viabilidade à realização do postulado da igualdade material, e não apenas formal. (PEREIRA, 2014, p. 33)

Após o final da Segunda Guerra Mundial houve o marco da consolidação do modelo do Estado de Bem Estar Social, diante da necessidade de um Estado que suprisse as necessidades básicas do indivíduo, superando de vez o Estado Liberal, onde havia uma certa abstração por parte do Estado. Pereira (2014) escreveu o seguinte sobre esse período.

Ocorre que o período posterior à Segunda Guerra também foi o marco da consolidação do modelo de Estado de Bem-Estar Social no ocidente. A destruição massiva de vários países associada à sucessiva violação de direitos humanos, deu ensejo à positivação de direitos e garantias assecuratórios não mais, apenas, da liberdade

formal dos indivíduos, mas também, da liberdade/igualdade material. E a realização dessa liberdade/igualdade material dependia, em alguma medida, da intervenção do Estado, provedor das necessidades básicas dos cidadãos, e daí a superação do Estado Liberal abstencionista para o Estado Social mais interventor na autonomia privada dos sujeitos. (PEREIRA, 2014, p. 34)

Diante de tais fatos e como a Constituição Brasileira de 1988 além de prever inúmeros direitos sociais, trouxe em seu texto diversos mecanismos, dos quais o cidadão pode se utilizar para exigir prestações positivas do Estado, o judiciário se deparou com um fenômeno que até então não existia, ou seja, o pleito por prestações positivas por parte do Estado a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais previsto na Constituição. Nesse sentido escreveu Pereira (2014).

Dessa forma, paralelamente à deficiência do Estado quanto ao cumprimento de suas obrigações e considerando a proteção especial que a Constituição de 88 assegurara aos direitos fundamentais, não só reafirmando o dever do Estado no cumprimento de determinadas prestações, mas também prevendo instrumentos processuais hábeis à exigência judicial de tais direitos (mandado de injunção, mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade por omissão por exemplos), o que se viu foi um impulso à *jurisdição* das questões envoltas de direitos fundamentais, notadamente os sociais. Diante desse movimento, os juízes viram-se frente a um fenômeno que até então não adquirira expressividade semelhantes na comunidade brasileira: a cobrança, em juízo, das ações e prestações estatais destinadas à satisfação dos direitos fundamentais. (PEREIRA, 2014, p. 35)

Portanto é nesse contexto que surgiu o tema reserva do possível.

O primeiro processo judicial onde foi discutido o a questão da prevalência dos direitos fundamentais sobre o argumento da escassez financeira do Estado, foi a ação proposta em face do estado de Santa Catarina que deu origem a ação petição 1.246.

No referido processo foi pleiteado o pagamento dos custos com o transplante de células mioblásticas para um paciente portador da Síndrome de Duchene.

Ao decidir em sede de liminar, o Ministro Relator Celso de Mello, determinou que o Estado custeasse o tratamento, sob o argumento de que a vida humana está acima das razões de ordem financeira. Nesse sentido foram as palavras de Pereira (2014).

O processo paradigma em que se levantou a questão da preferência à proteção de um direito fundamental social frente ao argumento estatal da escassez de recursos foi a ação ordinária que deu origem à Petição 1.246, proposta pelo Estado de Santa Catarina, na qual se discutia o pagamento de transplante de células mioblásticas para menor impúbere portador de 2. Síndrome de Duchene. O tratamento seria realizado nos Estados Unidos, e teria o custo de R\$ 85.500,00 (abrangendo o tratamento e despesas de deslocamento). Apesar de posteriormente, o pedido de suspensão não ter sido conhecido por razões processuais, na decisão proferida sobre a liminar da PET o Ministro relator, Celso de Mello, atentou para três aspectos do problema: i) a singularidade do caso em exame, por se tratar de doença rara; ii) a imprescindibilidade do tratamento em questão, por configurar o único meio capaz de salvar a vida do paciente; e iii) a impostergabilidade do cumprimento do dever constitucional do Estado para com a saúde que é direito de todos. O Ministro Relator considerou tais razões para determinar que o Estado de Santa Catarina custeasse o tratamento, por estar longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, tendo dado origem à multicitada passagem da decisão, privilegiando a vida humana em face de razões de ordem financeira. (PEREIRA, 2014, p. 36).

Veja-se que na referida decisão o Ministro Relator, Celso de Mello determinou o estado de Santa Catarina custear o tratamento pleiteado, afirmando que tal fato não colocaria em risco à ordem pública e administrativa local. Além disso a referida decisão privilegiou a vida humana em face de razões de ordem financeiras alegas pelo estado.

2.1.3 Conceito e Fundamentação

Bernardes e Ferreira (2013) conceituam a Reserva do Possível e afirmam o seguinte:

Teoria que sistematiza argumentos a defender que objeções de ordem fática e jurídica, mas sobretudo de ordem econômica, são constitucionalmente válidas para justificar a impossibilidade, total ou parcial, de prestar certas obrigações decorrentes das normas de direito fundamental. (BERNARDES e FERREIRA, 2013, p. 668).

No mesmo sentido Dutra (2017) afirma que a efetivação dos direitos e garantias fundamentais encontram óbice na questão financeira estatal, conforme trecho da sua obra a seguir transcrito.

A implantação e a efetivação sempre onerosa, dos direitos e garantias fundamentais de segunda geração- direitos econômicos, sociais e culturais – exigem do Poder Público prestações estatais positivas. Nesse contexto, a escassez de recursos financeiros delimitará a gradualidade da concretização destes direitos fundamentais. É o que se denomina reserva do possível: a implementação dos direitos e garantias fundamentais de segunda geração esbarram no óbice do financeiramente possível. (DUTRA, 2017, p. 137)

Fernandes (2017) ainda menciona que a reserva do possível se trata da possibilidade financeira do Estado para a implantação dos direitos fundamentais. Afirma ainda que a implantação de tais medidas é uma questão pertinente à discricionariedade administrativa observada as previsões orçamentárias.

A chamada cláusula da " *reversa do possível*" (Der *Vorbehalt des Möglichen*), que começou a ser alegada a partir da década de 1970, é criação do Tribunal Constitucional alemão e compreende a possibilidade material (financeira) para prestação dos direitos sociais por parte do Estado, uma vez que tais prestações positivas são dependentes de recursos presentes nos cofres públicos. A partir daí, alguns autores vão defender que as aplicações desses recursos e, conseqüentemente, a implementação de medidas concretizadoras de direitos sociais seria uma questão restrita e limitada à esfera de discricionariedade das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas nos planos de políticas públicas destes e conforme as previsões orçamentárias. (FERNANDES, 2017, p. 712)

Diante de tais considerações é possível afirmar que a reserva do possível é uma teoria que buscar sintetizar argumentos de ordem econômica e financeira, criada a fim de justificar a impossibilidade fática do Estado em cumprir determinados direitos fundamentais.

Sobre condições fáticas, Novellino (2012, p. 634) afirma que “a efetividade dos direitos fundamentais sociais, cuja implantação impõe prestações materiais por parte do Estado, sujeita-os às condições fáticas, econômicas e financeiras vigentes”.

O mesmo autor Novellino (2012, p. 634) ao citar Ingo Sarlet, relata que “a reserva do possível possui três dimensões, quais sejam, i) a disponibilidade fática; ii) a disponibilidade jurídica e, iii) a razoabilidade e proporcionalidade da prestação”.

Segundo Bernardes e Ferreira (2013) a citada disponibilidade fática está relacionada com dificuldades relacionadas a problemas físicos ou tecnológicos, conforme trecho a seguir transcrito.

A primeira ordem de impossibilidades tem a ver com obstáculos fáticos, tais como problemas físicos e tecnológicos, de estruturação de órgãos administrativo e etc. (BERNARDES e FERREIRA, 2013, p. 668)

No mesmo sentido são os ensinamentos de Novelino (2012) em sua obra, contudo este vai além, ao mencionar dificuldades no plano financeiro para implementação dos direitos sociais:

A existência de *disponibilidade fática* dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais é um dos aspectos mais controvertidos. A limitação e escassez recursos materiais disponíveis para o atendimento das infindáveis demandas sociais condicionam, em certa medida, a realização das prestações impostas pelos direitos sociais ao volume de recursos susceptível de ser mobilizado pelos poderes públicos. A onerosidade da implantação dos direitos sociais acaba por condicionar o seu processo de concretização às possibilidades financeiras e orçamentárias do Estado, já que alguns consistem em prestações pecuniárias, enquanto outros implicam em despesas de diversos tipos (e.g., saúde e educação). Dentre as várias questões que podem ser suscitadas, pergunta-se: qual o critério a ser utilizado para esta análise? A disponibilidade orçamentária para atender àquela demanda específica ou a todas as situações similares a ela? O atendimento deve ser para todos ou apenas para aqueles que realmente não têm como arcar com os custos? São indagações que, apesar de intensamente discutidas pela doutrina brasileira, nem sempre encontram uma resposta consensual (NOVELINO, 2012, p. 634)

Quanto à disponibilidade jurídica Bernardes e Ferreira (2013, p. 668), afirmam que “está relacionada aos obstáculos jurídicos que servem como escusas lícitas para justificar a impossibilidade de cumprir deveres impostos pelos direitos fundamentais.”

Já o professor Novelino (2016), relaciona a disponibilidade jurídica à previsões orçamentárias.

A *disponibilidade jurídica* está relacionada à existência de autorização orçamentária para cobrir as despesas exigidas judicialmente do Estado (*princípio da legalidade da despesa*). Nesse caso, deve-se analisar a disponibilidade de recursos materiais e humanos, levando em consideração a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, as quais deverão ser equacionadas com o sistema federativo brasileiro (SARLET, 2007). A formulação e a implementação de políticas públicas são, em primeiro lugar, atribuição do Legislativo e do Executivo, cujos membros foram escolhidos para este fim. Diante de demandas igualmente legítimas,

cabe ao administrador optar pela que considera mais importante no momento (NOVELINO, 2016, p. 462)

Por fim a razoabilidade e proporcionalidade da prestação, na efetivação dos direitos prestacionais, depende de dois requisitos, quais sejam razoabilidade da pretensão individual/social e a disponibilidade financeira, conforme os ensinamentos do Ministro Celso de Mello, citado pelo Professor Novelino (2016).

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello afirma que a realização prática dos direitos prestacionais depende da presença cumulativa de dois elementos: a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas do Estado. As limitações orçamentárias que dificultam ou impedem a implementação dos direitos fundamentais sociais por parte do Estado só poderão ser invocadas com a finalidade de exonerá-lo de suas obrigações constitucionais diante da "ocorrência de justo motivo objetivamente aferível. (NOVELINO, 2016, p.462)

O professor Novelino ainda afirma que (2016. p. 463) “a razoabilidade da prestação exigida em face dos recursos existentes deve ser analisada não apenas em relação ao indivíduo, mas tendo em conta a universalização da demanda.”

Importante ainda ser mencionado que a reserva do possível é matéria alegada pelo Estado na defesa em processos judiciais, conforme bem observado pelo Professor Novelino (2016) em sua obra.

Por fim, vale ressaltar que a reserva do possível é matéria a ser alegada pelo Estado como defesa processual, cabendo-lhe o ônus de provar suficientemente – e não simplesmente alegar de maneira genérica - a impossibilidade de atendimento das prestações demandadas (NOVELINO, 2016, p. 463)

Diante disso, se nota que a Reserva do Possível é utilizada pelo gestor público quando da defesa em demandas judiciais, a qual deve ser comprovada durante o processo, demonstrado efetivamente a impossibilidade de realização das demandas pleiteadas.

2.2 A RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

No presente capítulo será analisado onde se encontra a Reserva do Possível da Jurisdição Constitucional Brasileira. Será abordado sobre os direitos sociais previstos no ordenamento jurídico e como eles se relacionam com a Reserva do Possível.

Por fim será, com base na pesquisa bibliográfica realizada, será explanado sobre o Mínimo Existencial e a Proibição do Retrocesso, que são conhecidos como limites ao acolhimento da Reserva do Possível no caso concreto.

2.2.1- A reserva do possível e os direitos sociais

Luciano Dutra conceitua os direitos sociais nas seguintes palavras:

Os direitos sociais são, de acordo com a evolução dos direitos e garantias fundamentais, qualificados como de segunda dimensão, vinculando-se ao valor de igualdade em seu aspecto material. Têm por finalidade proteger os hipossuficientes, exigindo verdadeiras prestações positivas do Estado. (DUTRA, 2017, p. 136)

No mesmo sentido, são os ensinamentos de Moraes (2010) em sua obra:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (MORAES, 2010, p. 196)

Diante disso, se verifica que os direitos sociais são direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, os quais exigem uma prestação positiva do Estado e visam uma proteção aos menos favorecidos, garantindo a igualdade social.

Pereira (2014) ainda afirma que os direitos sociais estão espalhados por nossa Constituição e não se limitam ao rol do artigo 6º da Constituição Federal:

Com efeito, os direitos sociais abrigados pela Constituição Federal de 88, não se limitam ao rol expresso no art. 6º no texto constitucional. Os direitos sociais estão presentes, também, nos títulos que tratam da ordem social e da ordem econômica e

financeira, por exemplo. Ainda, uma interpretação sistemática e ampliativa de outros dispositivos constitucionais, dentro das circunstâncias de cada caso concreto, permite identificar que, em última análise, são direitos sociais que se está a proteger. É uma abertura autorizada pelo art. 5º, § 2º da Constituição. (PEREIRA, 2014, p. 110).

O Professor Novelino (2016) relata que os direitos sociais possuem uma dimensão subjetiva, sendo que qualquer cidadão pode exigir do Estado a realização desses direitos, diante da força normativa da Constituição Federal.

No contexto constitucional contemporâneo, a controvérsia não gira em torno da possibilidade de adjudicação, mas dos limites a serem observados por órgãos judiciais quando da implementação desses direitos. Ante o pleno reconhecimento da força normativa da constituição, seria incompatível com o princípio da inafastabilidade da função jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV) qualquer argumento no sentido de afastar a possibilidade de adjudicação dos direitos sociais, os quais possuem dimensão subjetiva, ou seja, conferem aos cidadãos o direitos de exigir do Estado determinadas prestações materiais. (NOVELINO, 2016, p. 460).

Complementando ainda, NOVELINO (2016, p 460), ainda afirma que “em caso de omissão injustificável dos poderes públicos, não resta ao Judiciário senão assegurar o direito constitucionalmente consagrado.”

Portando os direitos sociais por possuírem dimensão subjetiva, podem ser pleiteados por qualquer cidadão junto ao Poder Judiciário, a fim de assegurar direitos previstos na Constituição Federal.

Pereira (2014) afirma que existem situações em que os direitos sociais são mais evidentes, onde a cláusula da reserva do possível é alegada pela administração, podendo ou não ser acolhida pelo magistrado, conforme trecho do seu livro a seguir transcrito.

Há, no entanto, situações em que os direitos sociais aparecem de maneira mais evidente. São os casos em que se postula, perante o Poder Judiciário, a adjudicação de bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais sociais à saúde e à educação. Tratam-se das hipóteses de fornecimento de medicamentos, custeio de tratamento médico e de oferta de vagas em creches e no ensino fundamental (ou, ensino básico e gratuito, após a EC 59/09). Estas são as situações em que a cláusula da reserva do possível é mais recorrentemente suscitada, sendo ora acolhida pelo órgão julgador, ora afastada. (PEREIRA, 2014, p. 119).

A reserva do possível é utilizada pelo Poder Público para justificar sua omissão ou atuação falha no atendimento à população. Nesse sentido escreveu a autora Pereira (2014):

O Poder Público, por sua vez, justifica a omissão ou a atuação insuficiente, em regra, com base no argumento da reserva do possível. Alega que os recursos de que dispõe para o atendimento das necessidades dos cidadãos são escassos, e daí a organização do legislador orçamentário no sentido de compor a arrecadação e as despesas do ente administrativo. (PEREIRA, 2014, p. 120).

Outro argumento muito utilizado pelo Poder Público é que “ao Poder Judiciário é vedado imiscuir-se nas escolhas do administrador e do legislador, estes sim democraticamente eleitos para atenderem às demandas de seus representados” (PEREIRA, 2014, p. 120).

Diante de tal empasse a doutrina e os Tribunais estabelecem parâmetros para se tomar uma decisão justa. Nesse sentido são as palavras do professor Novelino (2016).

A fim de traçar uma via intermediária entre os dois extremos, a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm se empenhado na formulação de parâmetros objetivos e universáveis capazes de assegurar os direitos sociais a todos que deles necessitem e não apenas aos que recorrem ao Judiciário. (NOVELINO, 2016, p. 461).

No mesmo sentido são os ensinamentos de Nunes Junior (2017) em sua obra.

Ainda que o alto grau de abstração, ou considerado o caráter programático da norma jurídica constitucional, a força normativa da Constituição lhe autoriza gerar situações subjetivas. Não obstante, dois temas vêm sendo largamente estudados pela doutrina e pela jurisprudência para a concretização e tutela desse aspecto subjetivo dessas normas: o dever de tutelar um mínimo “existencial” dessas normas e, de outro lado, os limites da “reserva do possível”. (NUNES, 2017, P. 1053)

Sendo assim, se nota que diante do alto grau de abstração das normas que preveem os direitos sociais, faz com que surjam diversas situações particulares. Deste modo a doutrina e a jurisprudência desenvolveram dois temas a fim de concretizar tais direitos, quais sejam o mínimo existencial e a proibição do retrocesso que serão estudados nos tópicos abaixo.

2.2.2 A Reserva do Possível e o Mínimo Existencial

O tema mais uma vez surgiu na Alemanha no ano de 1953, e pode ser conceituado como a reunião de bens indispensáveis para uma vida digna. Nesse sentido escreveu o professor Novelino (2016).

A expressão mínimo existencial surgiu na Alemanha, em uma decisão do Tribunal Federal Administrativo de 1953, sendo posteriormente incorporada na Jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional daquele país. Deduzido a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social, o termo designa um conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna. No âmbito dos direitos sociais, Ana Paula Barcellos (2002) aponta a saúde, a educação, a assistência dos desamparados (alimentação, vestuário e abrigo) e o acesso a justiça como direitos integrantes do mínimo existencial e que, por conseguinte, devem ter prioridade na formulação e execução das políticas públicas. (NOVELINO, 2016, p. 463)

No mesmo sentido são as palavras de Nunes Junior (2017) ao conceituar o mínimo existencial.

Entendemos que o mínimo existencial dos direitos sociais corresponde ao conteúdo essencial desses direitos, ou seja, a um núcleo irreduzível das normas definidoras de direitos sociais, que exigem por parte do Estado não apenas omissões, mas também ações. Outrossim, sob pena de transformarmos o mínimo existencial em um mero instituto teórico, sem efeitos práticos concretos, olvidando a força normativa da Constituição e o princípio da eficiência ou máxima efetividade, entendemos também que o mínimo existencial dos direitos sociais pode ser jurisdicionalizado, ou seja, exigido dos Poderes Público, pela via jurisdicional. (NUNES, 2017, p. 1056)

Pereira (2014) ao escrever sobre o mínimo existencial afirma que em casos onde se pleiteia junto ao Poder Judiciário tutela satisfativa com base no mínimo existencial, não podem ser afastadas pela alegação da reserva do possível, conforme trecho a seguir transcrito.

São inúmeras as ações que chegam diariamente ao Poder Judiciário, pleiteando a concessão de tutela satisfativa do mínimo existencial. Tratam-se de ações onde o pedido é atendido, em face da Administração Pública, com fundamento no dever estatal constitucionalmente assegurado de proteção à dignidade da pessoa humana. Daí o ponto de afastamento do argumento da reserva do

possível: razões de ordem financeira não podem sobrepor-se à necessidade de proteção do bem maior da dignidade humana, que é a vida. (PEREIRA, 2014, p. 129).

Por outro lado, o Professor Novelino (2016), afirma que a arguição da reserva do possível em face do pleito de direitos sociais que pertencem ao mínimo existencial, não é pacífica na doutrina, apresentando ainda duas posições sobre o tema.

A possibilidade de se invocar a reserva do possível em relação aos direitos sociais que compõem o mínimo existencial não encontra resposta homogênea na doutrina. De um lado, há quem defenda não existir um direito definitivo ao mínimo existencial mas sim a necessidade de um ônus argumentativo pelo Estado tanto maior quanto mais indispensável for o direito postulado. De outro, há quem atribua caráter absoluto ao mínimo existencial, não o sujeitando à reserva do possível. Nesse sentido o entendimento do Ministro Celso de Mello ao ressaltar a "impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. (NOVELINO, 2016, p. 463)

Nunes Junior (2017), afirma que deve ser analisado o caso concreto a fim de verificar se o direito levantado ofende a dignidade humana, capaz de identificar o mínimo existencial.

Não há um rol taxativo de direitos aptos a gerar o mínimo existencial jurisdicionável. Cabe ao hermeneuta (inclusive o órgão jurisdicional para o qual a questão é levada) verificar quais os aspectos dos direitos sociais decorrem diretamente da dignidade da pessoa humana e quais são aqueles definidos pelo constituinte originário, por meio de regras de cumprimento imediato, integral e exigível. (NUNES, 2017, p. 1063)

Ao escrever sobre o assunto Dutra (2017) também menciona a dignidade da pessoa humana como meio para a identificação do mínimo existencial.

A efetivação do mínimo existencial não se sujeita à reserva do possível, pois tais direitos se encontram na estrutura dos serviços públicos essenciais. Na omissão estatal, caberia ao Judiciário determinar a entrega das prestações positivas enquadradas no mínimo existencial, uma vez que tais direitos fundamentais não se encontram na órbita discricionária da Administração ou do Legislativo, mas compreendem a concretização da dignidade da pessoa humana, ou seja, quando se tratam de direitos relacionados ao mínimo existencial, a reserva do possível não deve servir como

um escudo apto a impedir a satisfação do direito vindicado (DUTRA, 2017, p. 137).

O autor ainda finaliza dizendo o seguinte:

Nessa dialética entre o mínimo existencial e a reserva do possível, o Estado deve entregar as prestações tendentes a concretizar os direitos fundamentais ligados ao mínimo existencial, não podendo justificar sua ausência na reserva do possível. (DUTRA, 2017, p. 137)

Diante disso, para encontrarmos o mínimo existencial, devemos sempre observar se a violação do direito infringe a dignidade da pessoa humana, logo tal direito, não pode ser impugnado por meio da cláusula da reserva do possível.

2.2.3 Da Proibição do Retrocesso

Novelino (2016) afirma que o princípio da Proibição do retrocesso possui diversas nomenclaturas, conforme trecho a seguir transcrito.

A nomenclatura utilizada para designar este princípio é bastante diversificada. Dentre os vários termos utilizados pela doutrina estão “proibição de retrocesso”, “vedação de retrocesso social”, “efeito cliquet”, proibição de contrarrevolução social”, proibição de evolução reacionária, “eficácia vedativa/impeditiva de retrocesso” e “não retorno da concretização”. (NOVELINO 2016, p. 464)

Dutra (2017) conceitua o princípio da proibição do retrocesso nas seguintes palavras:

Os direitos sociais constitucionalmente estabelecidos vinculam o legislador infraconstitucional a ponto de exigir um comportamento positivo para a sua implementação. O princípio da proibição do retrocesso (também conhecido como efeito *cliquet*) qualifica-se pela impossibilidade de redução do grau de concretização dos direitos sociais já implementados pelo Estado. Noutras palavras, uma vez alcançado determinado grau de concretização de um direito social, fica o legislador proibido de suprimir ou reduzir essa concretização sem que haja a criação de mecanismos equivalentes chamados de medidas compensatórias. (DUTRA, 2017, p. 136)

O autor Fernandes (2017) também conceitua o princípio da vedação do retrocesso como um limite imposto para eventual redução de direitos garantidos pelo Poder Constituinte originário.

O princípio da proibição do retrocesso ou da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais deve ser entendido na atualidade como limite material implícito, de forma que os direitos fundamentais sociais já constitucionalmente assegurados e que alcançaram um grau de densidade normativa adequado não poderão ser suprimidos por emenda constitucional e nem mesmo por legislação infraconstitucional, a não ser que tenha prestações alternativas para os direitos em questão. (FERNANDES, 2017, p. 719).

Ao escrever sobre esse princípio Novelino (2016, p. 464) afirma que este “tem por finalidade impedir a extinção ou redução injustificada de medidas legislativas ou políticas públicas adotadas para conferir efetividade às normas fundamentais”.

Portando a proibição do retrocesso se trata de uma vedação de diminuição de direitos fundamentais, ou seja, proíbe que os direitos sociais previstos na Constituição Federal sejam suprimidos por meio da legislação infraconstitucional.

Contudo conforme afirmado pelo professor Novelino (2016), a principal controvérsia que envolve esse princípio é o limite da sua aplicação, conforme bem explicado em seu livro.

A principal controvérsia envolve a intensidade da aplicação deste princípio, ou seja, em que medida não se deve admitir a supressão ou redução no grau de concretização de um direito prestacional. Exigir a manutenção integral do nível de realização alcançado pelo direito seria tratar a “vedação do retrocesso” como regra, e não como princípio. Tal entendimento encontraria dificuldade em ser harmonizado com a “reserva do possível” e com a liberdade de conformação que deve ser assegurada ao legislador no Estado Democrático de Direito. A autonomia legislativa não pode ser transformada em mera execução de normas constitucionais. (NOVELINO, 2016, p. 464)

Nunes Junior (2017) afirma que pode ocorrer o retrocesso, desde que justificado e que não atinja o mínimo existencial dos direitos sociais.

No nosso entender, o retrocesso pode ocorrer quando constitucionalmente justificável, mas não poderá atingir o mínimo existencial dos direitos sociais relacionados a dignidade da pessoa

humana e necessários à vida saudável e digna. (NUNES, 2017, p. 1070)

Novelino (2016) também menciona o núcleo essencial como parâmetro para redução ou supressão de um direito fundamental.

Por isso, a constitucionalidade de uma norma que revoga medidas concretizadoras deve ser analisada, no caso concreto, à luz do postulado da proporcionalidade, a fim de que o "conteúdo essencial" ("núcleo essencial" ou "núcleo duro") do direito seja preservado. O que não se pode admitir é que a supressão ou redução do grau de concretização do direito fundamental ocorra de forma injustificada, ou seja, seja que esteja fundamentada em razões mais fortes fornecidas por outros princípios constitucionais ou sem que haja a devida compensação por outra medida concretizadora. (NOVELINO, 2016, p. 456)

Por fim, Fernandes (2017) ao escrever sobre o assunto afirma que o princípio da proibição do retrocesso não pode ser visto como um empecilho as mudanças legislativas em relação aos direitos fundamentais.

Assim sendo, temos que "o princípio da proibição do retrocesso" não deve e nem pode ser visto como um impedimento para modificações (legislativas) no âmbito dos direitos fundamentais porém a revogação de normas que disciplinam direitos fundamentais sociais deve ser acompanhada de medidas alternativas que tenham a capacidade de compensar as eventuais perdas. Além disso, os Poderes Públicos devem recorrentemente buscar a concretização de direitos fundamentais sociais. (FERNANDES, 2017, p. 718)

Sendo assim, conclui-se que a proibição do retrocesso serve como um limite no caso de eventual redução dos direitos sociais, ou seja, não pode reduzi-lo a ponto de extingui-lo. Por outro lado, a proibição do retrocesso não pode ser vista como um empecilho à alterações legislativas, devendo o poder público sempre tentar buscar a concretização dos direitos sociais da melhor maneira possível, favorecendo a população dentro das possibilidades orçamentárias do ente público.

3 METODOLOGIA

O presente Trabalho de Conclusão de Curso foi elaborado como uma monografia, que possui como característica a apresentação pelo autor de todo seu conhecimento sobre determinado assunto na área do curso, devendo obedecer às normas e características de um trabalho científico.

Salienta-se que esse trabalho se caracteriza como uma monografia tendo em vista que busca conceituar o tema Reserva do Possível, além de expor sobre a posição do Tribunal de Justiça do Paraná sobre o tem em casos concretos.

No que tange a pesquisa Gil (2002, p. 17) afirma que a mesma “pode ser definida como o procedimento racional e sistemático que tem como objetivo proporcionar respostas aos problemas que são propostos”.

O mesmo autor afirma que as quanto aos objetivos as pesquisas podem ser classificadas como exploratórias, descritivas e explicativas. Gil (2002), em sua obra, conceitua a pesquisa exploratória, trazendo ainda suas características.

As pesquisas descritivas são, juntamente com as exploratórias, as que habitualmente realizam os pesquisadores sociais preocupados com a atuação prática. São também as mais solicitadas por instituições educacionais empresas comerciais, partidos políticos etc. Geralmente assumem a forma de levantamento. (GIL, 2002, p. 42).

Se nota, portanto, que a pesquisa descritiva é a que busca uma análise prática.

Sendo assim, vê-se que o objeto de pesquisa no presente estudo, tomou como base o referencial teórico que busca conceituar o tema Reserva do Possível, além de trazer suas características e peculiaridades sob a visão de vários autores.

Além disso, foi realizada pesquisa junto ao sítio do Tribunal de Justiça do Paraná e coletados três julgados onde o tema Reserva do Possível é objeto de discussão.

Gil (2002, p.43) ainda menciona que “o delineamento em linhas gerais o desenvolvimento da pesquisa, com ênfase nos procedimentos técnicos de coleta e análise de dados, torna-se possível, na prática, classificar as pesquisas segundo seu delineamento. ”

Segundo o autor, o componente mais importante do delineamento é o método utilizado na coleta de dados. Ao escrever sobre o assunto Antônio Carlos Gil descreve quais são esses métodos.

Assim, podem ser definidos dois grandes grupos de delineamentos: aqueles que se valem das chamadas fontes de “papel” e aqueles cujos dados são fornecidos por pessoas. No primeiro grupo estão a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental. No segundo grupo estão a pesquisa experimental, a pesquisa *ex post facto*, o levantamento e o estudo de caso. (GIL, 2002, p. 43).

Gil (2002) conceitua a pesquisa bibliográfica nas seguintes palavras.

A pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Embora em quase todos os estudos seja exigido algum tipo de trabalho dessa natureza, há pesquisas desenvolvidas exclusivamente a partir de fontes bibliográficas. Boa parte dos estudos exploratórios pode ser definida como pesquisas bibliográficas. (GIL, 2002, p. 44)

Portanto a pesquisa bibliográfica é aquela que onde a coleta de dados é feita a partir de livros e artigos científicos que abordam o tema a ser pesquisado. Conclui-se, portanto que o presente trabalho, quanto ao meio de pesquisa utilizado se baseou na pesquisa bibliográfica uma vez que os conceitos, características do tema foram retirados de livros publicados.

Em relação à análise dos casos julgados pelo Tribunal de Justiça do Paraná, que se trata do objetivo geral do presente estudo, foi feita uma pesquisa documental.

Gil (2002), conceitua a pesquisa documental nas seguintes palavras:

A pesquisa documental assemelha-se muito à pesquisa bibliográfica. A diferença essencial entre ambas está na natureza das fontes: Enquanto a pesquisa bibliográfica se utiliza fundamentalmente das contribuições dos diversos autores sobre determinado assunto, a pesquisa documental vale-se de materiais que não recebem ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetos da pesquisa. (GIL, 2002, p.45)

Salienta-se que para atingir o objetivo geral, foram colhidos três casos julgados pelo Tribunal de Justiça, os quais o tema Reserva do Possível foi objeto de discussão. Os referidos julgados são processo originais de cidades do estado do Paraná, motivo pelo qual foram escolhidos. Além, disso buscou coletar casos

recentes envolvendo a Reserva do Possível e o direito à saúde e à educação, onde o tema é mais debatido.

Em relação à abordagem, foi realizada uma pesquisa qualitativa. Prondanov e Freitas (2013, p. 70) conceitua a pesquisa qualitativa como sendo “a interpretação dos fenômenos e a atribuição de significados são básicas no processo de pesquisa qualitativa”. Portanto considerando que o presente estudo traz diversos conceitos, características e peculiaridades sobre o tema, conclui-se que foi realizada uma pesquisa qualitativa.

4 A POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ EM RELAÇÃO À RESERVA DO POSSÍVEL

Neste capítulo será analisado alguns casos pelo Tribunal de Justiça do Paraná onde é abordado a questão da Reserva do Possível. Além disso, será explanado sobre a atual posição do Tribunal de Justiça do nosso estado quanto aos limites da aplicação da Reserva do Possível nos casos concretos.

Conforme visto nos capítulos anteriores o argumento da Reserva do Possível é utilizado como matéria de defesa em ações judiciais em que a Administração Pública figura como ré. Argumenta-se que como o orçamento do órgão público é previsto de forma anual, o mesmo não pode arcar com despesas fora do orçamento, podendo a administração incorrer em ilegalidade.

Afirma-se ainda, que quando o Judiciário determina que a administração construa uma creche ou forneça um medicamento que não estão dentro do orçamento, a administração teria que retirar de o valor de outras áreas a fim de cumprir a decisão, o que acaba não sendo justo com a população em geral.

Os casos que serão analisados foram coletados no site do Tribunal de Justiça do Paraná, referem-se ao fornecimento de medicamentos e a criação de vagas em creches.

Salienta-se que esses casos foram escolhidos, tendo em vista que abordam o tema Reserva do Possível e os direitos sociais mencionados no capítulo 02 do presente estudo. Além disso, são temas que envolvem o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, que são de extrema importância e garantidos pela nossa Constituição Federal.

O primeiro caso a ser analisado o autor da ação pleiteia m face do Município e do estado do Paraná o fornecimento do medicamento Pembrolizumab 100mg para o tratamento de Melanoma Maligno da pele. A seguir a ementa do julgado.

Processo: 0012227-74.2018.8.16.0000 (Acórdão)

Segredo de Justiça: Não

Relator (a): Leonel Cunha

Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná

Comarca: Guarapuava

Data do Julgamento: 12/06/2018

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MELANOMA MALIGNO DA PELE. PEMBROLIZUMAB 100MG. DEVER DO ESTADO. COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS (ARTIGO 23, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). GARANTIA E EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. NECESSIDADE DA MEDICAÇÃO COMPROVADA POR DECLARAÇÃO MÉDICA. a) O Poder Público tem o dever de fornecer medicamentos aos necessitados, assegurando o direito fundamental à vida e à saúde previsto na Constituição Federal (artigos 6º e 196). b) A promoção da saúde pública é direito fundamental do cidadão e responsabilidade solidária dos entes federativos, de modo que cada um deles (União, Estados ou Municípios) pode ser provocado a adotar as medidas hábeis ao cumprimento da garantia prevista constitucionalmente, uma vez que a saúde é obrigação de todos os entes federados (artigo 23, inciso II, da Constituição Federal). c) O direito à saúde, de aplicação imediata e eficácia plena, deve ser implementado pelo Estado (União, Estados e Municípios), desde que comprovada a doença e a necessidade de tratamento específico, mediante atestado assinado por profissional médico especialista na área. d) A prescrição específica do tratamento postulado foi feita por profissional habilitado, responsável pelo tratamento do paciente, e, portanto, por quem tem as melhores condições de averiguar as reais necessidades dele. e) O direito à vida, à saúde e a dignidade da pessoa humana são consagrados pela Constituição Federal, impondo-se ao Poder Judiciário intervir quando provocado, para torná-lo realidade, ainda que para isso resulte em impor obrigação de fazer, com inafastável repercussão na esfera orçamentária, o que, por si só, não ofende o princípio da reserva do possível. 2) AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJPR - 5ª C.Cível - 0012227-74.2018.8.16.0000 - Guarapuava - Rel.: Leonel Cunha - J. 12.06.2018)

O caso acima coletado, se trata de uma decisão proferida em Agravo de Instrumento, onde figura como agravante o Estado do Paraná e Agravado a Defensoria Pública do Paraná.

O Estado do Paraná recorreu da decisão de primeiro grau, que em sede de antecipação de tutela determinou o Estado a fornecer o medicamento Pembrolizumab 100mg à uma paciente portadora de melanoma maligno de pele.

Um dos argumentos do Estado do Paraná para o fim de reformar a decisão agravada foi que o direito à saúde deve ser interpretado em conjunto com os postulados da reserva do possível e do acesso universal e igualitário.

Por sua vez, o Tribunal negou provimento ao recurso, afirmando que em relação ao argumento da reserva do possível, não poderia ser acolhido.

Na decisão, aplicou o Enunciado 29 da Quarta e Quinta Câmaras Cíveis do Tribunal, o qual afirma que “A teoria da reserva do possível não prevalece em relação à vida, à dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, não constituindo óbice para que o Poder Judiciário determine que o ente político o fornecimento gratuito de medicamento.

Se nota que nessa decisão o Tribunal manifesta sua posição consolidada quanto o assunto. Tanto é que o próprio Tribunal editou enunciado sobre o assunto, o qual preconiza que no caso de direito envolvendo a vida, a dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, a teoria da reserva do possível não prevalece.

Outro caso coletado a ser analisado é envolvendo outro direito social previsto na Constituição Federal, em seu artigo 6º, a educação.

Processo: 1722899-6 (Acórdão)

Segredo de Justiça: Não

Relator (a): Roberto Lopes de Paiva

Órgão Julgador: 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná

Comarca: Cascavel

Data do Julgamento: 10/10/2017

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. "AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA PARA VAGA EM CRECHE". INSURGÊNCIA DO MUNICÍPIO. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE VAGA - DESCABIMENTO - NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS QUE ASSEGURAM O DIREITO À EDUCAÇÃO - VIOLAÇÃO A DIREITO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO, QUE NÃO SE SUJEITA À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E À CLAUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL - SENTENÇA CONFIRMADA. MULTA COERCITIVA - MEDIDA SUBSIDIÁRIA PARA A HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO - CABIMENTO. VALOR EXCESSIVO - REDUÇÃO - OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DESTINADOS AO FUNDO DE APARELHAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA - REDUÇÃO - NOVA FIXAÇÃO NA FORMA FIXAÇÃO NA FORMA DO ART. 85, §2º E §8º, DO CPC/2015 - APRECIACÃO EQUITATIVA - PROVEITO ECONÔMICO INESTIMÁVEL DA CAUSA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. ALTERAR PARCIALMENTE A SENTENÇA EM REMESSA NECESSÁRIA. (TJPR - 6ª C. Cível - ACR - 1716599-4 - Curitiba - Rel.: Renato Lopes de Paiva - Unânime - J. 10.10.2017)

O caso em análise se trata do julgamento de uma apelação onde foi mantida a decisão de primeiro grau em autos de mandado de segurança, que condenou o Município de Cascavel a fornecer uma vaga em um Centro de Educação Infantil à autoria.

Ao decidir o Tribunal afirmou que o direito à educação decorre de expressa previsão constitucional e o Poder Público tem o poder-dever de executar as políticas públicas quando determinadas por mandamento constitucional, como é o caso do direito indisponível à educação.

Frisou-se ainda que como a educação infantil é um direito fundamental de toda criança, não pode ficar a mercê da discricionariedade administrativa e não está subordinado à rotina governamental.

Diante disso, fica claro a posição do nosso Tribunal de Justiça no que tange a aplicação da reserva do possível nos casos envolvendo à educação. Mais uma vez o Tribunal afirma que quando se fala em direitos sociais não pode ser aplicado a reserva do possível, tendo em vista que tratam-se de normas constitucionais que visam a garantia da dignidade humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Com a finalidade de comprovar a posição do Tribunal de Justiça em relação à cláusula da Reserva do Possível, colhe-se mais um julgado envolvendo a educação.

Neste caso, o relator ainda menciona o direito a educação é um direito existencial, que garante o mínimo existencial do ser humano. A seguir a ementa do julgado.

Processo: 1739754-3 (Acórdão)

Segredo de Justiça: Não

Relator (a): D'Artagnan Serpa Sá

Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná

Comarca: Curitiba

Data do Julgamento: 06/03/2018

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.739.754-3, DE FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA - VARA DESCENTRALIZADA DE SANTA FELICIDADE NÚMERO UNIFICADO: 0003199-83.2016.8.16.0184 APELANTE : MUNICÍPIO

DE CURITIBA - PR APELADO : L. S. A. REPRESENTADO POR E. S. RELATOR : DES. D'ARTAGNAN SERPA SÁ APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL. INSURGÊNCIA. MATRÍCULA EM CRECHE DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO. AUSÊNCIA DE VAGA. GARANTIA CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO QUE SE SOBREPÕE AO ARGUMENTO DE LISTA DE ESPERA. PREVISÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE O DEVER DO ESTADO EM ASSEGURAR À CRIANÇA O ATENDIMENTO A CRECHE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA, DA RESERVA DO POSSÍVEL E SEPARAÇÃO DOS PODERES. PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO LEI Nº 13.005/2014. NÃO APLICADO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS MANTIDOS. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Direito a educação que se configura como direito social e necessário ao mínimo básico e existencial ao ser humano. 2. O serviço de educação é dever fundamental do estado, e ante o descumprimento do dever constitucional pelo município, deve o judiciário, quando provocado, determinar que se cumpra a ordem fundamental, sob pena de aplicação de multa diária. (TJPR - 7ª C. Cível - AC - 1739754-3 - Curitiba - Rel.: D'Artagnan Serpa Sá - Unânime - J. 06.03.2018)

No caso acima, se trata de uma apelação cível, tendo como apelante o Município de Curitiba e apelado o menor L.S.A representado por E.S.

Consta do julgado que o Município foi condenado a efetuar a matrícula do autor em creche da rede municipal de ensino, uma vez que a educação é um direito constitucional que se sobrepõe ao argumento da lista de espera e é dever do estado assegurar à criança o atendimento a creche.

Em seu recurso, o Município argumentou que a implantação de unidades educacionais envolve um levantamento de vários fatores, bem como a disponibilização de recursos e projetos. Argumentou ainda que a determinação para a concessão de vaga em creche contraria o princípio da Reserva do Possível, pois a obrigação se torna incompatível com restrições de caráter orçamentário.

Ao rebater esse argumento, o Relator com muita propriedade afirmou que o Princípio da Reserva do Possível está sendo utilizado como barreira para a concretização dos direitos sociais prestacionais.

Afirmou ainda que a superlotação em creches não retira a responsabilidade do órgão público quanto a efetivação do direito à educação, uma vez que é obrigação do Estado a criação de políticas públicas e a destinação de recursos

específicos para a criação de mais vagas, cumprindo assim com a norma programática prevista na Constituição Federal.

Por fim, o relator ainda afirma que a Reserva do Possível não pode impedir a efetivação de direitos previstos na Constituição Federal que asseguram o mínimo existencial, sendo que o Estado deve tratar de todos de forma igualitária.

Diante disso, mais uma vez restou demonstrada a posição do Tribunal de Justiça do Paraná, o qual é consolidada no sentido de que a cláusula Reserva do Possível não pode ser utilizada e acolhida quando se fala em direitos sociais, principalmente o direito à saúde e à educação.

Segundo o Tribunal de Justiça do Paraná é dever do Estado, garantir a todos saúde e educação que fazem parte do mínimo existencial para que o cidadão tenha respeitada sua dignidade humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o fim da segunda guerra mundial, houve a consolidação do denominado Estado Social, diante da necessidade de suprir as necessidades essenciais do indivíduo, superando de vez o Estado Liberal o qual era caracterizado pela abstenção do Estado.

A Constituição Brasileira de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã, é um marco na garantia de direitos sociais. A Carta Magna além de prever inúmeros direitos sociais, trouxe mecanismos que podem ser utilizados pelo cidadão para exigir prestações positivas do Estado. Diante disso, o Poder Judiciário se deparou com inúmeras ações onde se pleiteava a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Contudo a efetivação desses direitos encontrou uma barreira econômica, ou seja, a limitação dos recursos por parte do Estado. Essa limitação de recursos é um dos fundamentos da então denominada Cláusula da Reserva do Possível.

Conforme vimos ao longo do estudo a Cláusula do Reserva do Possível, é utilizada pelo Poder Público para justificar sua omissão ou até mesmo sua atuação insuficiente na garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Além disso, se argumenta que o Poder Judiciário não pode determinar que o Poder Público interferir na decisão do administrador público, o qual foi eleito democraticamente para atender as necessidades de seus representados.

Diante dessa celeuma, entre a necessidade de efetivação dos direitos sociais, os quais possuem alto grau de abstração e a falta de recursos, a doutrina e a jurisprudência criaram alguns parâmetros a fim de se tomar uma decisão justa no caso concreto.

Dois temas utilizados como parâmetros foram criados pela doutrina e pela jurisprudência, quais sejam, o mínimo existencial e a proibição do retrocesso.

Conforme visto no trabalho, para garantir o mínimo existencial o julgador deve analisar se a não concessão daquele direito infringe a dignidade da pessoa humana. Caso haja essa violação a Reserva do Possível não pode ser acolhida.

Quanto a Proibição do Retrocesso se trata de um limite imposto aos administradores públicos e ao legislador, para eventual redução de direitos garantidos pelo Poder Constituinte Originário.

Diante disso, para ter uma decisão justa, o julgador deve avaliar se a não concessão do direito pleiteado fere a dignidade da pessoa humana, bem como se o referido direito não está sendo suprimido, a ponto de violar as garantias previstas na Constituição Federal.

Comprovando a aplicação prática de tais conceitos e limites, nos julgados colhidos Tribunal de Justiça do Paraná, verifica-se claramente que a cláusula da reserva do possível não é oponível perante a dignidade da pessoa humana.

Em todos os julgados se nota a posição consolidada do Tribunal quanto ao assunto, na medida em que casos envolvendo o direito à vida, a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, a Reserva do Possível não pode ser acolhida, sob pena de violação do texto constitucional.

Além disso, é importante ser mencionado que os objetivos do trabalho foram atingidos, tendo em vista foi conceituado a expressão Reserva do Possível, fazendo uma comparação entre diversos autores que escreveram sobre o tema. No que tange a questão de pesquisa também restou respondida, uma vez que da análise aos três casos coletados no site do Tribunal de Justiça do Paraná, restou claro que o limite da utilização da Reserva do Possível seria os direitos fundamentais, conforme relatado no último capítulo do presente estudo.

REFERÊNCIAS

DUTRA, L. **Direito Constitucional Essencial**. 3ª Edição, revista atualizada e ampliada. Rio de Janeiro; São Paulo. Método, 2017.

FACHIN, O. **Fundamentos da Metodologia**. 5ª Edição, revista e atualizada pela norma da ABNT 14724, de 30/12/2005. São Paulo. Saraiva, 2006.

FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição Ampliada e Revisada. Salvador. Juspodivm, 2017.

FERREIRA, O.A.V.A. **Direito Constitucional. Tomo I**. Teoria da Constituição. Coleção Sinopses para Concursos. 3ª Edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador. Jospodivm, 2013.

GIL, A.C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4ª Edição. São Paulo. Atlas S.A, 2002.

LOPES, J.R.L. **Direitos fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2008.

MORAES. A. **Direito Constitucional**. 26ª Edição, revista e atualizada até a EC nº 64/10 e Súmula Vinculante 31. São Paulo. Atlas S.A, 2010.

NOVELINO, M. **Direito Constitucional**. 6ª Edição revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador. Juspodivm, 2016.

PEREIRA, A.L.P. **Reserva do Possível**. A Judicialização de Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional. Curitiba. Juruá, 2014.

TJPR. Agravo de Instrumento nº 0012227-74.2018.8.16.0000. Relator: Desembargador Leonel Cunha. Julgamento em 12/06/2018. DJ 15/06/2018. Disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000005951411/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0012227-74.2018.8.16.0000>. Acesso em 20 de julho de 2018.

_____. Apelação Cível nº 1716599-4. Relator: Desembargador Renato Lopes de Paiva. Julgamento em 10/10/2017. DJ 31/10/2017. Disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12445463/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1716599-4>. Acesso em 20 de julho de 2018.

_____ Apelação Cível nº 1739754-3. Relator: Desembargador D'Artagnan Serpa Sá. Julgamento em 06/03/2018. DJ 26/03/2018. Disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12505569/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1739754-3>. Acesso em 20 de julho de 2018.

NUNES, F.M.A. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017.

PRODANOV, C.C.; FREITAS, E.C. **Metodologia do Trabalho Científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2ª ed. Novo Hamburgo; Feevale, 2013.

Vade Mecum OAB e Concursos. 9ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2016.